

Diplomado Iberoamericano de Especialización
Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Políticas Públicas



TESINA

"Algunas implicancias jurídicas de la ratificación por el Estado de Chile del Convenio OIT 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes"

Marcelo Tapia Valenzuela

Santiago de Chile, mayo de 2009

INDICE

1. Introducción
2. Génesis, discusión y entretelones de una ratificación
3. El Derecho Internacional del Trabajo, los Convenios Internacionales y el Derecho Nacional
4. La OIT y su normativa
5. El Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
6. Aplicación de los Convenios OIT
7. Los Derechos Laborales como Derechos Humanos
8. Conclusión

1.- INTRODUCCIÓN

El 15 de octubre de 2008, a través de una declaración pública, los ministros Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo, y de Planificación, Paula Quintana, confirmaron que la Presidenta Michelle Bachelet, había ratificado el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

La misiva señalaba que el Convenio *"entrará en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009, doce meses después de la fecha del registro de su ratificación, por lo que el gobierno en este lapso continuará con la puesta en marcha de su política indígena, que implica la adecuación de la estructura gubernamental para la aplicación del Convenio"*.¹

De este modo, la fecha de entrada en vigencia del Convenio en nuestro país, será en algunos meses, en su texto original, dado que el plazo del año de entrada en vigencia se cuenta desde que la OIT registró su ratificación el 15 de septiembre del 2008, para permitir en la legislación su implementación.

El seguimiento cronológico de este Convenio indica que la Cámara de Diputados había aprobado el Convenio ya en abril del año 2000 y el Senado ocho años más tarde en marzo de 2008, y su publicación en el Diario Oficial, data del 14 de octubre de 2008.

De esta manera, con la ratificación realizada por la Presidenta Bachelet, concluía un largo y tortuoso camino, después de 18 años de su presentación al Parlamento (durante la administración del Presidente Patricio Aylwin A.), dando con cumplimiento a lo estipulado en el *Acuerdo de Nueva Imperial* en 1989. En dicha ocasión el entonces candidato, Patricio Aylwin, había concurrido a una reunión con un gran número de dirigentes mapuches, generando altas expectativas tanto por tratarse del candidato que representaba a todas las fuerzas antidictatoriales de la época, como por el contexto mismo de la reunión. Sobre dicha génesis y conflicto actual, entregaré algunas referencias e ideas que dan cuenta de la complejidad que ha acompañado esta ratificación y el tratamiento del tema, históricamente.

El Convenio en cuestión es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más actualizados sobre reconocimiento y protección de los pueblos indígenas, y parte integrante de los importantes Convenios OIT, de los cuales Chile ha ratificado los fundamentales, como el N° 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del derecho de Sindicación y el N° 98 sobre el derecho de Sindicación y Negociación Colectiva.

Desde distintos sectores de la sociedad, se ha calificado como altamente positiva la ratificación e implementación del Convenio entendiéndolo como un instrumento para el diálogo y la gobernabilidad, una guía para las políticas públicas basadas en derechos, es un encauzamiento de los conflictos de un país pluriétnico dentro de un Estado de Derecho.

Es así como la Encargada de la Oficina Subregional de la OIT para el Cono Sur de América Latina, María Elena Valenzuela, destacaba en un taller organizado por la OIT, la importancia de la ratificación del Convenio 169, calificándola como *"un hito en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas en Chile y el inicio de una nueva etapa de mayor inclusión social en el país"*.²

¹ Diario La Nación, 15 de octubre de 2008.

² *Noticias de la OIT - Santiago de Chile* - Debate sobre implicancias y desafíos de la ratificación del Convenio 169 en el país - Diciembre 2008. www.oit Chile.cl

Por su parte, el Director de la CONADI, Alvaro Marifil H. ha sostenido que *“la ratificación de este convenio es una de las más importantes reivindicaciones políticas de los pueblos indígenas de Chile desde 1989, y es parte del cumplimiento de la política indígena “Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad”.*

También desde las comunidades indígenas y las ONG relacionadas, se pronunciaron sobre el tema apenas publicada la ley, manifestando que *“las comunidades Mapuche, Lonkos, Caciques, Machi, Genpin, Dirigentes y Dirigentas Mapuche, deben estar contentos de este logro y comunicarles a sus familias que comienza una nueva era. Con esto se acaba la potestad que el Estado Chileno, tenía sobre los Mapuche. A partir de ahora deberá respetar nuestros derechos fundamentales como PUEBLO y mover su vara estatal hacia un marco donde deben imperar los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas que viven a lo largo y ancho de Chile.”*³

A su vez, el Coordinador del Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas del Observatorio Ciudadano, Blaise Pantel, calificaba la publicación de la ratificación como *“una buena noticia, pero ahora empieza un nuevo proceso que es la implementación del convenio en Chile y el año que la OIT otorga a los estados tiene un propósito bien particular, cual es que el estado haga la adecuación jurídica interna para conformarse a los derechos establecidos en el Convenio 169. Pero hay que recalcar, ahora el convenio se debe implementar ya. No hay que esperar un año. Por lo tanto la agenda del gobierno se debe conformar con la participación y consulta de los pueblos indígenas, ya que así lo establecen los mecanismos del propio convenio”.*⁴

Se trata, por tanto, de un esfuerzo gubernamental de establecer políticas públicas en un sensible tema, tal como se hace referencia en el informe presentado por el Estado chileno al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en mayo de 2009 al manifestar que *“en cuanto a medidas legislativas, se ratificó y promulgó el Convenio N° 169 de la OIT, respecto del cual el Plan Re-conocer contempla medidas específicas de implementación, dando cuenta de la voluntad decidida del Gobierno de avanzar en el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas.*

En definitiva, estamos en presencia de un Convenio que en lo fundamental establece una nueva relación de los pueblos indígenas con el Estado.

Por su intermedio se les reconoce la autodeterminación que permite incorporarse a los avances del país, pero respetando la cultura y tradiciones, garantizando el respeto de su integridad. Además se les debe asegurar a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población. Por su intermedio se insta a promover la plena efectividad de los derechos económicos- sociales y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones

³ Mesa de trabajo Mapuche-Williche por el Convenio 169, Provincia del Ranco – Región de los Ríos, 14 de octubre de 2008, <http://meli.mapuches.org>

⁴ Ratificación de Convenio 169 de la OIT fue publicada hoy en Diario Oficial, Por Elías Paillan, martes 14 de octubre de 2008, Observatorio Ciudadano.

De esta manera los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los DDHH y libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación.

Resta por parte del Estado chileno, tomar todas las medidas necesarias para adecuar la legislación nacional al Convenio ratificado, dando cuenta y poniéndose a la altura del compromiso, principalmente respecto de los pueblos indígenas pero también frente a la comunidad internacional.

Las implicancias de la ratificación de un convenio OIT, en cuanto a las obligaciones de los Estados ratificantes, la relación entre los convenios internacional y la legislación nacional, las discusiones que se sostuvieron en el mundo jurídico a propósito de otras ratificaciones de Convenios OIT (como el 87 y 98, sobre libertad sindical y negociación colectiva), el contenido de los derechos laborales, serán los temas que trataré de abordar en el presente trabajo.

2.- GÉNESIS, ENTRETRELONES Y CONCRECIÓN DE LA RATIFICACIÓN

*“Antes de la peluca y la casaca
Fueron los ríos, ríos arteriales:
Fueron las cordilleras, en cuya onda raída
El cóndor o la nieve parecían inmóviles:
Fue la humedad y la espesura, el trueno
Sin nombre todavía, las pampas planetarias.”*

**Pablo Neruda – La Lámpara en la
Tierra - Canto General.**

Hace 18 años, en Nueva Imperial, el Gobierno se comprometió junto con los pueblos originarios a transitar juntos un mismo camino, para hacer de Chile una sociedad y una patria democrática, justa e inclusiva para todos los hijos e hijas de esta tierra”, sostiene solemnemente el actual Director de la CONADI, en el mensaje de entrada de la página web de la institución.

Se trata de una imprescindible referencia histórica ya que la mencionada reunión de Nueva Imperial, claramente implicó un punto de partida y un anhelo del inicio de una vida colectiva en democracia, la cual sería (o se esperaba que fuera) muy distinta a la dictadura impuesta durante 17 años. Fue un encuentro esperanzador y de diálogo para todos los participantes, y las comunidades indígenas se sentaban una vez más, con representantes de los *winkas* a repetir sus reivindicaciones de respeto por su vida y cultura ancestral.

Así recuerda, el historiador chileno, José Bengoa, el momento vivido: *“Había mucha expectativa en el próximo comienzo de la democracia. Aylwin, como jefe de la Concertación, había ganado en el plebiscito al propio general Pinochet. Comenzaron los largos discursos tradicionales y finalmente Levi dio lectura al largo petitorio. Consistía principalmente en tierras y desarrollo. Respeto a la divinidad indígena y participación. Se pedía la eliminación y exención de impuestos a las propiedades mapuches, reivindicación muy antigua y siempre sentida. Aylwin respondió que no estaba de acuerdo con este punto y se llevó una pifia general. Ese día pensé que se había establecido una relación decente. Y firme con el próximo nuevo Presidente. Había acuerdos y había desacuerdos. No había ese populismo bobalicón de los candidatos, sonrisa condescendiente y paternalista, que hemos criticado ya varias veces en este libro. No recuerdo como se sacó la pifia, pero de algún modo terminó en aplauso.*

... Allí en ese año noventa, hubo un ejercicio práctico de democracia. La democracia había llegado materialmente a los indígenas en la forma de abrir un espacio de debate. Bien valió la pena. Fue un gran proceso intelectual en que cada cual planteó sus ideas y de manera ordenada y respetuosa se fue llegando a un enorme consenso sobre lo que debiera ser la relación entre el Estado chileno y los pueblos indígenas en la última década del siglo.”⁵

⁵ BENGOA, José, Historia de un conflicto – El Estado y los Mapuches en el siglo XX; Editorial Planeta S.A; (Segunda edición Junio 2002)

Grandes esperanzas y expectativas puestas por todos los presentes, mapuches y “winkas” en el *Parlamento de Nueva Imperial*, las que, pese a los posteriores avances gubernamentales e intentos de cumplimiento con parte de lo acordado (creación de la CONADI y varias leyes especiales), se enfrentaron con la insoslayable realidad económica y social del país, en especial en aspecto de las tierras. Este sensible e importante tema, justicia y/o criminalización, no podré abordar en el presente trabajo, sin perjuicio de aparecer constantemente en las referencias, citas y apreciaciones de los actores y testigos.

En esa ocasión, como hace más de 500 años, se demandó por parte de los dirigentes mapuches presentes, esencialmente, respeto por la dignidad indígena. *“La cuestión mapuche no es sólo un saco de abono más o un crédito menos, una beca más o una beca menos”, dijo en esa oportunidad Isolda Reuque “hay que ir al fondo del asunto. Hay que ver como un pueblo es respetado, un pueblo que reivindica lo que es y ha sido, la forma de ver su futuro, la manera de sentir, su propia cosmovisión”.* ⁶

Lo anterior se ha expuesto e insistido en numerosas ocasiones, tanto por los propios afectados y organizaciones del ámbito de la defensa de los Derechos Humanos, como por parte de relatores internacionales especiales.

Sobre estos últimos, especial mención merece el Relator Especial de la ONU para los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, quien realizó una visita de trabajo a Chile, en julio de 2003, presentando en noviembre del mismo año, un contundente informe.

En dicho informe expresó que no obstante el retorno a la democracia en Chile, esto no ha implicado reformas constitucionales relacionadas con la materia ni tampoco la ratificación del Convenio 169 de la OIT, realizando un llamado urgente *“a la Cámara de Diputados y al Senado de Chile para que aprueben el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos y ratifiquen el Convenio 169. Es preciso también revisar el conjunto de la legislación sectorial cuando su aplicación vulnera derechos ancestrales de las comunidades indígenas, para ajustarla a las normas modernas de protección de los derechos humanos. El no hacerlo puede conducir, en opinión del Relator, a conflictos sociales de cierta magnitud con el consecuente peligro para la estabilidad y la gobernabilidad democrática del país.”* ⁷

La respuesta del Estado de Chile, no se hizo esperar, y, dirigiéndose al Relator y a la comunidad internacional, se sostuvo que respecto de las reformas constitucionales y la ratificación del Convenio 169, no habría tenido apoyo suficiente, atendido el quórum de reformas de normas constitucionales que requieren de una mayoría calificada.

Se argumentó que en lo relativo a la ratificación del Convenio 169, éste no debía ser considerada una meta en si mismo, sino *“sólo es un compromiso del Estado de llevar adelante modificaciones y políticas públicas de reconocimiento a estos pueblos.”*

Asimismo se planteó que el Estado considera imposible asumir las recomendaciones relativas a la *“participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones a través de mecanismos de discriminación positiva en la conformación del Congreso, ya que se vulnerarían presupuestos fundamentales de la Constitución que consagran el principio de la “igualdad formal”.*

⁶ BENGOA, José, Historia de un conflicto – El Estado y los Mapuches en el siglo XX; Editorial Planeta S.A; (Segunda edición Junio 2002)

⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo, Informe Especial (Misión a Chile) al Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 60° periodo de sesiones, 17 de noviembre de 2003.

Según se mencionó en la introducción del presente trabajo, durante casi ocho años se encontró en el Senado, la ratificación del Convenio, en una larga discusión con avances y retrocesos, donde uno de los puntos clave era la supuesta inconstitucionalidad de la normativa internacional según las interpretaciones de los senadores opositores al proyecto, principalmente de la oposición de derecha. Tras largas negociaciones finalmente, en aras del consenso, el gobierno intentó una ratificación, pero acompañada de una "declaración interpretativa".

El primer intento gubernamental se proponía lograr la ratificación del Convenio, buscando presentarlo ante la OIT con una "declaración interpretativa" del Senado, la cual sería incorporado al Decreto Promulgatorio del Convenio 169 y en el cual se pretendía determinar el alcance de algunas de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico chileno.

Es así como durante la tramitación de la ratificación en el Senado, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado con la anuencia de la Ministro de Mideplan y el de la Presidencia, aprobó, el 08 de enero de 2008, el Informe sobre este Convenio recomendando que la ratificación fuera acompañada de una Declaración Interpretativa que señalaba sustancialmente que, el Gobierno de la República de Chile al ratificar el Convenio 169, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del convenio en el sentido "*que éste es sólo aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes*".

El artículo 35 del Convenio 169, establece que "*la aplicación de las disposiciones del presente convenio no deberán menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.*"⁸

Si bien lo planeando por el gobierno de Chile y la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, hace expresa alusión a lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2°, de la Constitución Política de la República⁹, lo grave de esta propuesta era que, la declaración interpretativa buscaba dar pie a que el Estado de Chile, al poner en entredicho los efectos plenos de la aplicación del Convenio pudiese **excluir** instrumentos internacionales como la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, entre otros.

Esto significaba impedir que las disposiciones del Convenio 169 puedan interpretarse de manera evolutiva, es decir tomando en cuenta los avances del derecho internacional de los DDHH relativos a estos pueblos.

Este intento no prosperó, tanto por la oposición de las organizaciones indígenas y cercanas, como al hecho de abierta inadecuación al Derecho Internacional, la cual contravenía abiertamente la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (como se verá en el capítulo 3), y se buscó la presentación de un proyecto de ley que logrará el quórum suficiente sumando a los senadores de la derecha chilena.

Dicho proyecto, buscaba aprobar el Convenio 169, pero con una "declaración de reserva" sobre la palabra "**pueblos**", utilizada por el tratado mencionado, y aplicada a los indígenas.

Es decir, se pretendía ratificar el *Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes*, pero contraviniendo su objeto y finalidad.

⁸ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Convenio OIT, N° 169, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989, y con fecha de entrada en vigor, el 05 de septiembre de 1991.

⁹ "*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*".

Aún peor, no se tenía en cuenta que los convenios de la OIT, a diferencia de otros tratados internacionales, no pueden ratificarse con reservas. Se han de aceptar en su totalidad.

Paralelamente, y desde el ejecutivo, según Instructivo Presidencial N° 5, fechado el 25 de junio del 2008 enviado a Ministros, Subsecretarios e Intendentes y al Director de la CONADI, a la luz del nuevo contexto de ratificación-promulgación y publicación del Convenio 169 de la OIT.

“En dicho Instructivo enviado por la Señora Presidenta de la República entre otras cosas ya dichas, instruye a los órganos de la administración, el deber de consulta y participación de los pueblos indígenas - desde ya- “para el diseño de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles” fundando en el artículo 34 de la ley 19.253 y el Convenio 169 de la OIT, reconociendo que las disposiciones del convenio, son compromisos asumidos por el Estado.

El mismo instructivo en su parte final (punto 22 en adelante) estatuye el procedimiento a seguir para llevar a cabo esta proceso de consultas y participación. Sin embargo, el punto 34 del Instructivo Presidencial señala: “El procedimiento incorporado al presente instructivo será revisado y actualizado o reemplazado en su caso, una vez que entre en vigencia la Ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (Boletín n° 3562-06), en actual trámite del Congreso.”¹⁰

Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas de la Universidad Arcis, advertía al legislador que el proyecto impone nuevos controles estatales a las organizaciones indígenas quedando las organizaciones supeditadas a un Registro Único Nacional y sujetas a nuevas regulaciones. *No solo están ya sujetas a la CONADI sino que ahora además serán controladas por la Secretaria General de Gobierno .El proyecto en su artículo 16 impone a las asociaciones y Comunidades de los pueblos indígenas un Registro Único Nacional que las expone a un sistema de publicidad de sus estatutos, directivas, recursos. Es un mecanismo de registro y publicidad que no ha sido consultado a los pueblos indígenas, y ante el cual no han otorgado su consentimiento previo libre e informado. ¿Están los pueblos indígenas a exponer públicamente su tejido organizacional en un país donde aun no se ha legislado para proteger debidamente los datos personales, y donde las Comunidades indígenas y sus directivas son sometidas a presiones y acoso de empresas que ambicionan sus territorios?¹¹*

Pese a todo, y finalmente, el Convenio fue ratificado sin observaciones, interpretaciones ni reservas, el 14 de octubre de 2008.

¹⁰ <http://meli.mapuches.org>, Comisión de Comunicaciones, 22 de octubre de 2008, “ALERTA; Peligra derecho de participación y consulta de los Pueblos Indígenas derivada del Convenio 169 de la OIT”, Lautaro Loncon Antileo.

¹¹ *ibidem*

3.- LOS CONVENIOS INTERNACIONALES, EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL DERECHO NACIONAL

El grueso del derecho – aquella parte que define y condiciona la ejecución de la política social, económica, extranjera – no puede ser neutral. Debe enunciar, en su mayor parte la opinión que tiene la mayoría de lo que es el bien común. La institución de los derechos es por consiguiente, crucial porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la divinidad y la igualdad de estas serán respetadas. Cuanto más violentas sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser ese gesto para que el derecho funcione.

“Los Derechos en serio” – R. Dworkin

Al ratificar el Estado chileno el *Convenio OIT 169*, asumió ciertas obligaciones y responsabilidades a nivel internacional, en el marco del Derecho Internacional, y en especial el del Trabajo, las cuales buscaremos señalar, definir y delimitar en el presente capítulo.

En primer lugar, cabe precisar que las normas adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), son las principales fuentes del Derecho Internacional del Trabajo. Estas normas de la OIT adoptan la forma de *Convenios* o *Recomendaciones* Internacionales de Trabajo. Los primeros son tratados internacionales sujetos a la ratificación de los Estados Miembros de la organización. Las recomendaciones son instrumentos no obligatorios que sirven de orientación en la materia, en los ámbitos político, legislativo y práctico.

Se trata por ende, de *convenios internacionales especiales*, por lo cual es preciso determinar su naturaleza jurídica.

Al respecto existen distintas apreciaciones de los juristas que señalan que se trataría de una modalidad *sui generis* de tratado internacional. Es la opinión entre otros, del profesor Manuel Montt B., quien precisa que *“un análisis más detenido sobre la naturaleza jurídica de los convenios internacionales del trabajo, parece indicarnos, sin embargo que nos encontraríamos ante una modalidad sui generis de tratado internacional, “una verdadera creación con características propias, e inclusive revolucionarias, en el ámbito del derecho internacional”, dice Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, opinión que compartimos.”*¹²

Sin perjuicio de esta apreciación jurídica, y a propósito otra opinión jurídica que dice relación más bien con la finalidad y aplicación de estos convenios, en especial del carácter que estas adoptan con su ratificación, es menester tener presente que *“para George Scelle, tales instrumentos constituyen*

¹² Montt Balmaceda, Manuel, Principios de Derecho Internacional del Trabajo – La OIT, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Segunda Edición actualizada – Dic. 1998

*verdaderas leyes internacionales sujetas para entrar en vigor, al cumplimiento del acto-condición de la ratificación por el correspondiente estado.*¹³

Según se ha dicho, estamos en presencia de *convenios internacional especiales*, los cuales se ratifican frente a un organismo internacional en el marco de un derecho especial, como lo es el *Derecho Internacional del Trabajo*, el cual constituye una parte del *Derecho Internacional Público*, en cuanto implica una vigencia de un sistema jurídico aceptado por la comunidad internacional.

Por *Derecho Internacional Público*, entendemos al conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones entre los Estados, señalando sus deberes y derechos. La base de este Derecho reside en el reconocimiento de la igualdad de los Estados.

En cuanto a su definición, el jurista francés, Nicolás Valticos, sostiene que por la expresión "*Derecho Internacional del Trabajo*", se entiende la parte del Derecho del Trabajo cuya fuente es internacional y que en consecuencia esta comprendida en el derecho internacional público.¹⁴

Sobre el mismo punto, Manuel Montt Balmaceda, define al Derecho Internacional del Trabajo como "*un conjunto de normas y principios del Derecho del Trabajo, emanados de fuente internacional*".¹⁵

En estas circunstancias, resulta necesario hacer referencia a distintas definiciones del Derecho del Trabajo y sus diversos aspectos conceptuales.

El abogado y profesor de Derecho del Trabajo, Luis Lizama Portal, lo define como "*la ordenación jurídica del trabajo prestado por cuenta ajena en condiciones de dependencia o subordinación*".¹⁶

Establece asimismo como objeto de su regulación las relaciones jurídicas – individuales y colectivas– que se establecen entre quienes realizan un trabajo personal, voluntario, retribuido y dependiente por cuenta ajena para otra persona (trabajadores) y quienes lo retribuyen y hacen suyo los resultados de la actividad laboral contratada (empleadores).

Resultan interesantes asimismo, las visiones jurídicas e históricas a las que alude el profesor Lizama, al referirse a esta rama del Derecho, como autónoma del Derecho Civil, "*que se descodifica de este, cuando se dicta una regulación del trabajo retribuido prestado en régimen de ajenidad, dependencia y libertad, de acuerdo a principios diferentes a los propios de la norma civil ...*"¹⁷

Desde otro punto de vista, manifiesta que el Derecho del Trabajo, "*es una categoría cultural fruto del sistema capitalista industrial, que no constituye la respuesta normativa al conflicto de trabajo en general, sino que es la reacción ante el conflicto que se produce entre el capital y el trabajo asalariado en la sociedad capitalista industrial, entendido como el motor de todas sus contradicciones, o sea, de un conflicto central o paradigmático*".¹⁸

Se trata por tanto de un derecho, es decir, una potestad, la cual puede ser reclamada por las personas que son parte de un determinado Estado. En este orden de ideas, es pertinente tener a la vista lo manifestado al respecto por una de las expositoras del Diplomado Internacional de Especialización, versión 2008-2009, quien sostuvo que "*se tiene un derecho cuando el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto una potestad, la de hacer o no hacer algo y la de reclamar correlativamente de otros sujetos que hagan o no hagan algo. Tener un derecho significa que una*

¹³ *ibídem*

¹⁴ VALTICOS, Nicolas, *Derecho Internacional del Trabajo*, *ob.cit*

¹⁵ MONTT Balmaceda, Manuel. *Principios del Derecho Internacional del Trabajo*. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2006).

¹⁶ LIZAMA Portal, Luis. *Derecho del Trabajo*. Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago de Chile (2003)

¹⁷ *Ibídem*

¹⁸ *Ibídem*

norma jurídica asigna a un sujeto una expectativa negativa (de omisión) o una expectativa positiva (de acción) y crea sobre otros sujetos los correspondientes deberes y obligaciones.”¹⁹

Pero no cualquier derecho sino específicamente *derechos humanos*, derechos fundamentales que se reconocen y reciben un resguardo internacional, dado que estamos de en palabras *“atributos inherentes a la persona humana, cualquiera sea su raza, nacionalidad, religión, género, condición social, nacimiento, etc. Y son por lo tanto inviolables, imprescriptibles e irrenunciables.”*²⁰

Sobre el carácter de estos derechos, y en especial su condición de imprescriptibles, exigibles e inviolables, además de las obligaciones de los Estados que ratifican Pactos, Convenciones y Convenios Internacionales, es menester, recordar que *“estos derechos tienen como características comunes el ser oponibles como exigibles al Estado y el que, para ser puestos en práctica, se requiera la acción coordinada del Estado, de los individuos y de las instituciones, tanto públicas, como privadas: Requieren además, una comunidad internacional con instituciones que puedan actuar eficazmente.”*²¹

Asimismo tener presente que estos derechos fundamentales poseen rango constitucional dado su carácter de *tratados internacionales ratificados por Chile* y lo que prescribe la Constitución Política de la República, especialmente por lo dispuesto por el ya citado artículo 5º, inciso 2º que establece como limitación al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana.

Justamente el hecho de la *ratificación* resulta de absoluta relevancia y merece atención más pormenorizada, en especial dadas las implicancias de las ratificaciones de estos importantes convenios.

Al respecto, cabe citar al abogado laboralista y profesor universitario, don Sergio Mejía Viedman, quien precisa que *“la ratificación de un convenio, es un acto solemne por el cual un Estado miembro de la OIT se compromete a cumplir y aplicar sus disposiciones. Lo anterior implica que debe existir armonía y coherencia tanto entre la legislación interna como en la práctica, como con los preceptos establecidos en el Convenio ratificado.”*²²

A nivel internacional se entiende que la ratificación de un convenio de la OIT es el **comienzo** de un proceso de diálogo y cooperación entre el gobierno y la OIT, **no el fin** en sí mismo con el cual concluye un camino adoptado. Sobre este proceso de ratificación, el Organismo internacional entrega orientaciones de los pasos a seguir, en diversas publicaciones²³:

- El gobierno envía una carta a la OIT informándola de su decisión de ratificar el convenio y de cumplirlo.

¹⁹ PAUTASSI, Laura, Políticas Públicas con enfoque de derechos, Conicet – Universidad de Buenos Aires, Argentina, Taller de Análisis de Políticas Públicas, 17 de noviembre de 2008, Santiago de Chile.

²⁰ GARRETON, Roberto, Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, **Políticas públicas para un Estado social de derechos** - El paradigma de los derechos universales, LOM Ediciones / Fundación Henry Dunant América Latina (Santiago de Chile, Primera Edición 2007)

²¹ ALVAREZ, Juan, De la declaración universal de los DD.HH a la Globalización, medio siglo de camino. Artículo del Manual “Hacia una cultura de los derechos humanos, Universidad de Verano, de DD.HH y del Derecho a la educación”, Ginebra, Suiza, Fernández, Alfred (editor) - junio 2000.

²² Montt MEJIAS Viedman, Sergio, “Convenios Internacionales del Trabajo: el compromiso del país” Revista Temas Laborales, n° 13, Dirección del Trabajo, Chile.

²³ Convenio n° 169 sobre pueblo indígenas y tribales – Un Manual; Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas. OIT 2003, Primera edición, 2003.

- Registro formal: cuando la OIT recibe dicha carta, registra la ratificación e informa a los demás Estados miembros.
- Un año después de haber recibido la OIT la noticia de la ratificación, el Convenio entra en vigor en el país interesado, es decir que su cumplimiento es obligatorio.
- Un año después del registro: el gobierno debe enviar su primera memoria sobre la aplicación del convenio de la OIT. El período de un año se ha fijado para dar tiempo al gobierno de asegurarse que la legislación y la práctica de su país se ajusten a lo dispuesto por el convenio.
- Posteriormente, las memorias o informes sobre el Convenio núm. 169 se deben cada cinco años. Si bien este es el período normal de presentación de memorias para este Convenio, si se da una situación cuya gravedad exige seguirla más de cerca, se pedirán informaciones con mayor frecuencia.

4.- LA OIT Y SU NORMATIVA

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada por el Tratado de Versalles en 1919, junto con la Sociedad de las Naciones.

Es la organización del sistema de las Naciones Unidas especializada en el establecimiento de normas cuya finalidad es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos del mundo entero, sin discriminación por motivos de raza, género de vida o extracción social.

“Nacida tras el caos de la primera guerra mundial y templada por casi un siglo de cambios turbulentos, la OIT tiene como fundamento el principio –inscrito en su Constitución - de que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social.”²⁴

La OIT adopta convenios y ayuda a los gobiernos y otros interesados a ponerlos en práctica. Se distingue de las demás organizaciones del sistema de las Naciones por ser la única que no se compone exclusivamente de gobiernos, pues en ella coparticipan gobiernos, empleadores y trabajadores. El diálogo y la cooperación entre estos tres copartícipes, cuyos representantes deciden libremente, constituyen los cimientos de la OIT.

En 1946 la OIT fue la primera organización especializada que pasó a formar parte del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, fundada en 1945.

La actividad normativa ha constituido el medio de acción privilegiado de la OIT para promover la justicia social, actividad que implica la elaboración de Normas Internacionales del Trabajo y que tiene el propósito de que las mismas sean aceptadas lo más ampliamente posible y se pongan después en ejecución.

Estas normas tienen carácter universal y un considerable grado de flexibilidad, dado que fijan metas a lograr por los Estados a través de las políticas nacionales y establecen un marco para la cooperación internacional y además fomentan el tripartismo, protegen los derechos humanos fundamentales y encarnan un consenso internacional sobre cómo regular y establecer niveles mínimos de protección a los trabajadores, que sean aceptables en la comunidad internacional.

Se trata de normas que forman una unidad coherente que armoniza fines específicos de orden técnico, social y económico, presentando características que son complementarias a las que tienen como DD.HH²⁵:

- **Internacionalidad:** adoptadas por delegados que representan a los gobiernos y a las organizaciones de trabajadores y de empleadores de todas las regiones del mundo y por el hecho, de que sus textos definen objetivos ampliamente aceptados y reglas para orientar la acción nacional.

- **Flexibilidad:** Atendiendo a lo dispuesto por la propia Constitución de la OIT, se tiene muy presente la necesidad de que sean adaptables en función de la diversidad de los niveles de desarrollo, condiciones y prácticas de los Estados Miembros de la Organización.

La única excepción a dicho principio se da en la aplicación de los principios referentes a las libertades y los derechos humanos fundamentales, frente a los cuales no se admite ninguna flexibilidad.

- **Viabilidad:** Con el fin de lograr acuerdos con posibilidades ciertas, los proyectos de convenio se elaboran y examinan en consulta con los gobiernos y con las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores, además de que se debaten y aprueban por la Conferencia Internacional

²⁴ www.oitchile.cl; “Acerca de la OIT”

²⁵ MARCOS-SANCHEZ, José, RODRIGUEZ CALDERON, Eduardo; Manual para la defensa de la libertad sindical (*) 2 ed. Lima, OIT-Oficina Regional, 2001.

del Trabajo, a través de dos de sus reuniones y con previa votación favorable de un mínimo de dos tercios de los delegados presentes.

- **Adaptabilidad:** La permanente mutación del mundo del trabajo y su creciente interdependencia, ha obligado a la OIT a mantener una cultura que le exige una permanente evolución y adaptación de las normas internacionales que produce, para hacer frente a los cambios del mundo moderno

- **Normas mínimas:** Frente al temor de que los convenios o recomendaciones puedan contener disposiciones tan avanzadas o exigentes que sería difícil garantizar su cumplimiento por los Estados, la OIT se preocupa de garantizar el carácter de un mínimo común fundamental a dichos instrumentos, lo cual permite a los legisladores nacionales adaptar sus sistemas legales a las obligaciones asumidas.

- **Inadmisibilidad de reservas:** Conforme al Art. 19 inciso 8 de su Constitución, en ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.

Los convenios una vez adoptados por la Conferencia, en el proceso de su ratificación y cumplimiento, no quedan sujetos a reservas o condiciones y el hecho de que el texto de una norma internacional abra opciones para que cada Estado Miembro pueda adherirse o no a ciertas partes, forma parte de su carácter flexible, pero no de la existencia o autorización de reservas.

- **Impulsoras:** Las normas internacionales del trabajo imponen una movilización de la cooperación y la asistencia técnica internacional tanto multilateral como bilateral, pues sus objetivos de desarrollo y protección social, así como su naturaleza de derechos humanos, concitan intereses y responsabilidades de la comunidad internacional, para volcarlos como parte de la cooperación internacional para el desarrollo.

5.- El Convenio 169 de la OIT – Principales contenidos

Historia y antecedentes

El antecedente inmediato y natural del Convenio 169, es el N° 107, sobre poblaciones indígenas y tribales, adoptado el 1957. En él se abordan muchas cuestiones importantes para dichos pueblos, como los derechos sobre la tierra, el trabajo y la educación.

A la época de adopción del Convenio núm. 107, los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades "atrasadas" y transitorias. Para que pudiesen sobrevivir, se consideraba necesario fundirlas en la corriente nacional mayoritaria mediante la integración y la asimilación.

Con el correr del tiempo este punto de vista se fue poniendo en tela de juicio como consecuencia, principalmente, de una comprensión más profunda del tema y del número cada vez mayor de miembros de pueblos indígenas y tribales que participaban en foros internacionales, tales como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas.

Para responder a las exigencias de esta situación, la OIT convocó en 1985 una reunión de Expertos que se pronunció en favor de una revisión del Convenio núm. 107 que le diese mayor actualidad e importancia. El Consejo de Administración apoyó esta recomendación.

Entre 1987 y 1989, la OIT procedió a revisar el Convenio consultando a un gran número de pueblos indígenas y tribales, que también participaron ampliamente en las reuniones, sea a título individual o por conducto de sus organizaciones, sea como representantes de gobiernos o de organizaciones de empleadores o de trabajadores. Tras dos años de arduos debates e intensos esfuerzos de redacción, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Número 169 resultó adoptado en junio de 1989 y entró en vigor internacional en 1991. Los primeros Estados que los suscriben son Noruega y México.

Estructura y contenidos

El Convenio núm. 169 de la OIT se divide en tres partes principales y contiene 25 artículos sustantivos, a saber:

- 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, Artesanía e Industrias Rurales, (*artículos 21 a 23*)
 4. Seguridad Social y Salud (*artículos 24 y 25*)
 5. Educación y Medios de Comunicación (*artículos 26 a 31*)
 6. Contactos y Cooperación a Través de las Fronteras (*artículo 32*)
- III. Administración (*artículo 33*)
- IV. Disposiciones Generales de Procedimientos (*artículos 34 a 44*)

Alcances de las definiciones pueblos tribales e indígenas

Con respecto a su alcance la OIT adoptó un criterio práctico: el Convenio núm. 169 no define cuáles son los pueblos indígenas y tribales. Sólo describe los pueblos que trata de proteger:

Elementos de los pueblos tribales:

- estilos de vida tradicionales;
- cultura y manera de vivir diferentes de las de otros sectores de la población nacional, por ej., sus formas de vida, lenguas, costumbres, etc.;
- organización social propia y costumbres y leyes tradicionales.

Elementos de los pueblos indígenas:

- estilos de vida tradicionales;
- cultura y manera de vivir diferentes de las de otros sectores de la población nacional, por ej., sus formas de vida, lenguas, costumbres, etc.;

- organización social propia y costumbres y leyes tradicionales;
- continuidad histórica de vida en una determinada región o antes de que otros la hayan “invadido” o llegado a ella.

ÁMBITO DE APLICACIÓN – LOS SUJETOS DEL CONVENIO

Es importante saber a quienes se aplica el Convenio y quienes pueden beneficiarse de sus disposiciones. El Convenio trata esta cuestión basándose tanto en un criterio objetivo, como en un criterio subjetivo.

Criterio objetivo: Un determinado grupo o pueblo satisface las exigencias del art. 1.1. y reconoce y acepta a una persona perteneciente a su grupo o pueblo.

Criterio subjetivo: Esta persona se identifica a sí misma como perteneciente a este grupo o pueblo; o bien el grupo se considera a sí mismo como indígena o tribal de conformidad con las disposiciones del Convenio.

AUTOGOBIERNO

Un objetivo importante del Convenio núm. 169 es el de fijar las condiciones necesarias para el autogobierno y, a tal efecto, ofrecer medios para que los pueblos mencionados puedan mantener o asumir la gestión de sus vidas y destinos propios, y lograr que se reconozca más ampliamente el carácter particular de sus culturas, tradiciones y costumbres, así como un mayor control de su propio desarrollo económico, social y cultural.

TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD

El Convenio especifica tres casos en los cuales los pueblos indígenas y tribales deben asumir plenamente la responsabilidad y el control:

- Los programas especiales de formación profesional (*artículo 22.3.*),
- Los servicios de salud comunitarios (*artículo 25.1.*),
- Los programas de educación (*artículo 27.2.*).

La transferencia de responsabilidad sólo debería tener lugar cuando los pueblos indígenas y tribales estimen oportuno asumirla.

Sin embargo, una vez realizada tal transferencia, los gobiernos no pueden descartar simplemente cualquier otra responsabilidad que les corresponda, como por ejemplo, supervisar las actividades para asegurarse que las mismas se desarrollen sin tropiezos y que cuenten con la financiación adecuada.

CONSULTA

Uno de los principales problemas de los pueblos indígenas y tribales es que tienen poca o ninguna oportunidad de expresar su opinión sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas.

Entre tales medidas pueden mencionarse, a título de ejemplo:

- Enmiendas a la Constitución nacional;
- Nueva legislación agraria;
- Decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las tierras;
- Programas y servicios nacionales de educación o de salud;
- Toda política oficial que afecte a los pueblos indígenas y tribales.

En consecuencia, antes de adoptar una norma legal o disposición administrativa que pueda afectarlos directamente, los gobiernos deben iniciar una discusión abierta, franca y significativa con los pueblos interesados.

El Convenio dispone el marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales.

El objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados. Lo que interesa recordar es que las consultas deben efectuarse:

- a) De buena fe, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, etc.), no puede considerarse como una verdadera consulta.
- b) Respetando el principio de representatividad lo cual es "un componente esencial de la obligación de consulta. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio".

PARTICIPACIÓN

Para poder controlar el ritmo y la amplitud de su desarrollo, los pueblos indígenas y tribales deben participar plenamente en todos los procesos que puedan afectarlos. Sólo si lo hacen desde el comienzo hasta el fin de un proyecto o programa podrán ser responsables del mismo y contribuir activamente al establecimiento y consolidación de su propia autosuficiencia socioeconómica.

El Convenio destaca la necesidad de que todo el que tenga parte o interés en cualquier empresa sea considerado como "propietario", para asegurar así que los beneficios alcancen a los pueblos interesados.

Elementos de la participación:

- _ Los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de participar en todas y cada una de las etapas en un proyecto, política o programa;
- _ También se permitirá dicha participación durante la concepción o diseño de políticas, programas o proyectos hasta su aplicación y evaluación;
- _ Dichos pueblos participarán en la adopción de decisiones, a todos los niveles (local, nacional o regional), sea de instituciones políticas electivas, sea de administraciones nacionales y locales.
- _ La participación se efectuará a través de las propias instituciones tradicionales u organismos representativos de los pueblos interesados, y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que ésta las acepte.

FORMACION - CAPACITACION

En los pueblos indígenas y tribales son los padres, abuelos y ancianos quienes enseñan a los niños las destrezas tradicionales necesarias, como por ejemplo, para cazar, pescar, recolectar y tejer. Estas habilidades o destrezas pasan de una generación a otra y aseguran los principales ingresos de las familias.

Pese a sus escasas posibilidades de éxito, un número cada vez mayor de miembros de comunidades indígenas y tribales se ven obligados a tratar de ganarse la vida en otras actividades que las tradicionales en que se basan sus economías.

De aquí la gran importancia de los programas de formación profesional. Para que un programa logre sus objetivos de empleo remunerado y autosuficiencia económica debe contar pues con el apoyo, la cooperación y el acuerdo de la comunidad interesada.

Todo programa de formación destinado a pueblos indígenas y tribales deberá comprender los elementos siguientes:

- _ Basarse en sus características específicas.
- Satisfacer sus necesidades. A estos efectos, podrán recurrirse a estudios para evaluar la situación y señalar los componentes de la formación.
- Ser productivos y ayudar a dichos pueblos a ser económicamente autosuficientes.

- Participación de los pueblos interesados en todas las etapas, desde el diseño del programa hasta su aplicación y evaluación.

EMPLEO

El Convenio destaca la necesidad de adoptar medidas especiales para proteger a los trabajadores de estos pueblos cuando las normas nacionales del trabajo no lo hacen eficazmente.

El objetivo es evitar toda discriminación contra los trabajadores de los pueblos mencionados y garantizar que se les trata de la misma manera que a los demás trabajadores.

Para proteger a los trabajadores indígenas y tribales de la discriminación, el Convenio especifica las siguientes condiciones:

- Los trabajadores indígenas y tribales no serán objeto de discriminación cuando busquen trabajo o presenten su candidatura para todo puesto, desde los manuales hasta los de más elevada jerarquía. Hombres y mujeres deberán tener las mismas oportunidades.
- No se les deberá pagar menos que a toda otra persona que realice un trabajo de igual valor, sin limitar esta norma a los puestos de trabajo menos remunerados.
- No deberán trabajar en condiciones de explotación.
- Este principio reviste particular importancia para los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes, tales como los contratados en las plantaciones durante las cosechas. Hombres y mujeres han de recibir un trato igual.
- Tendrán derecho de formar asociaciones y a afiliarse a ellas, así como a participar en actividades sindicales.
- Deben recibir información sobre sus derechos laborales y medios de buscar asistencia.
- No deben trabajar en condiciones que tengan consecuencias perjudiciales para la salud sin haber sido debidamente informados acerca de las precauciones indispensables.

6.- APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS OIT EN CHILE - LAS EXPERIENCIAS RECIENTES

A fines del año 2001, se dictó la Ley 19.759, sobre Reformas Laborales, la que implicó una profunda modificación al Código del Trabajo en materia de derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Uno de sus antecedentes fue la ratificación por el Estado chileno de los Convenios OIT N° 87 y 98, el 01 de febrero de 1999.

En noviembre de 1998, el Congreso Nacional chileno dio su aprobación a los Convenios N° 87 y N° 98, el primero de ellos relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación (adoptado por la OIT el 09 de julio de 1948) y el segundo relativo a la aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación (adoptado por la OIT el 01 de julio de 1949), iniciando de esta manera el itinerario de nuevos compromisos internacionales del Estado de Chile.

Con la publicación en el Diario Oficial, del decreto promulgatorio, el 12 de mayo de 1999, se dejaba constancia de tales ratificaciones, y se abría el camino hacia su establecimiento en el derecho nacional, lo que suscitó en su época, un extenso debate en el ambiente laboral acerca de las implicancias y consecuencias de esta ratificación.

Se discutió por sobre todo acerca del "conflicto entre las normas internacionales y legislación nacional" y la particularidad del caso de Chile.

*"Diferente es el problema que se plantea en el caso que el sistema institucional de un determinado Estado permita la incorporación del correspondiente tratado internacional como tal a su derecho interno, si las disposiciones de aquel aparecen como incompatibles con éste. En general, en estos casos y en virtud del principio *lex posterior derogat priori* se ha sostenido simplemente la supremacía del tratado sobre la ley.*

*Más compleja es, sin embargo, la situación por sus consecuencias prácticas cuando el conflicto surge entre un convenio internacional del trabajo ratificado y una ley posterior incompatible con sus disposiciones, eventualidad que habrá de resolverse, en principio a la luz de las normas constitucionales respectivas".*²⁶

A propósito de la reforma a la Constitución Política de 1980 – aprobada por la ciudadanía en 1989- mucha se ha discutido en Chile acerca del conflicto que suscita la norma internacional frente a la norma de derecho interno. El texto constitucional modificado, disponía originalmente que *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana."*

Luego se agregó *"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 encuentran vigentes."*²⁷

El problema que presenta la nueva norma radica, fundamentalmente en determinar el rango de los tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, o simplemente sobre derechos humanos.

Para algunos, dicha norma no solo habría otorgado rango constitucional a los referidos tratados internacionales, sino que la misma no ha venido sino a ratificar la categoría constitucional de los

²⁶ Montt Balmaceda, Manuel, Principios de Derecho Internacional del Trabajo – La OIT, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Segunda Edición actualizada – Dic. 1998

²⁷ Constitución Política de la República, art. 5°, inciso 2.

derechos humanos consagrados en dichos tratados. De este modo la referida reforma otorgaría certeza respecto de ciertos catálogos en los cuales los derechos esenciales de las persona humana están consagrados esto es, la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En este orden de ideas el Profesor de Derecho Internacional, Santiago Benadava, sostuvo que *"es conveniente insistir en que si un tribunal chileno aplica una ley interna contraria a las obligaciones que impone a Chile un tratado internacional en que Chile es parte, podrá configurar un acto ilícito internacional que hará incurrir al país en responsabilidad internacional. No podrá el Gobierno de Chile esta responsabilidad alegando que la norma aplicada tiene carácter constitucional y que ella prevalece en el orden interno, sobre las disposiciones de un tratado. Es la ley interna la que debe adaptarse al Derecho Internacional y no el derecho internacional a la ley interna"*

Otros especialistas estiman que la posición anterior es inaceptable, pues sostenerla implicaría situar a la Constitución bajo las normas internacionales que reglan los derechos humanos.

Para el profesor de Derecho Constitucional, Gastón Gómez Bernales, se trataría de una interpretación que no se compadece con una lectura cabal y comprensiva del texto de la Constitución en su totalidad y que parece querer fortalecer la protección de los derechos humanos a través de un mecanismo que no es producto de pasos conscientes e institucionales dados por una comunidad jurídica. Sostiene el profesor Gómez que *"lo importante para la protección de los derechos de las personas no es la existencia de órganos formales extranjeros que hagan eficaces los derechos – suponiendo que tienen tal capacidad – sino que una cultura jurídica y política respetuosa de ellos. Pensar el problema del primer modo es una fórmula similar al positivismo legalista, que cree que detrás del derecho debe haber un soberano ilimitado."*

Desde la misma perspectiva, pero entregando otro punto de vista, los abogados laboristas Thayer y Novoa, sostuvieron que *"en general la legislación nacional y su reglamentación respetan los citados derechos en su esencia y, por lo mismo, no hay norma alguna que deba entenderse derogada tácitamente a contar del 1 de febrero del año 2000, como consecuencia de lo establecido en el inciso 2° del artículo 5° de nuestra Constitución. Sin embargo desde esa misma fecha, debe ponerse en marcha un proceso para discutir la adecuación de algunas normas de nuestra legislación que, sin comprometer en su esencia el derecho de asociación, no se ajustan a los principios ordenadores que los referidos convenios actualmente imponen y Chile debe respetar de buena fe. Tal proceso, ordenado y soberano, obediente a los compromisos contraídos con la ratificación, será beneficioso y no perturbador, si se ajusta a los principios clave de la Convención de Viena: pacta sunt servanda y bona fide, y se desenvuelve con el buen criterio de quienes están comprometidos al mismo tiempo con el cuidado del bien común nacional y el cumplimiento de sus deberes internacionales."*²⁸

²⁸ THAYER A., William y Novoa F. Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV, Sindicatos y negociación colectiva, Los Convenios 87 y 98 y su impacto en la legislación chilena

7.- LOS DERECHOS LABORALES COMO DERECHOS HUMANOS

Según un análisis de las modificaciones legislativas 2000-2005, publicado por Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se sostiene que *“especial importancia adquiere la consagración en nuestro ordenamiento jurídico de ciertas normas enmarcadas en el concepto de ciudadanía laboral, las que tiene por finalidad proteger los derechos fundamentales del trabajador frente al ejercicio – reconocido y legítimo – de la potestad reglamentaria y de organización del empleador dentro de la empresa. Estos derechos relativos a la dignidad del trabajador (derecho a la intimidad, la libre expresión y la no discriminación, entre otros), constituyen un reconocimiento cabal a la dimensión de actor social relevante del trabajador, en el proceso de transformación de nuestra sociedad”*²⁹

La mención a un concepto de “ciudadanía laboral”³⁰ y las normas con la finalidad de proteger los “derechos fundamentales del trabajador”, nos sitúa en un contexto jurídico que requiere de precisiones.

Al indicar la presencia de ciertos “**derechos fundamentales**” se hace referencia a aquellos derechos inherentes a la persona, reconocidos de forma legal y protegidos procesalmente. Esto es, derechos que corresponden a todos los seres humanos dotados de status de personas o ciudadanos con capacidad de obrar.

El profesor Sergio Mejía Viedman, los define como “aquellos **derechos humanos** reconocidos por el derecho positivo nacional o internacional”.³¹

Nos estamos refiriendo a Derechos Humanos, es decir *“un amplio conjunto de bienes ideales humanos que de aquella derivan y que están destinados a servir no solo como bases intangibles de una convivencia, sino también como valores significativos que toca al legislador respetar y hacer respetar”*³²

En 1919, el jurista francés Mahaim, uno de los fundadores de la OIT, señalaba, que en la base de todo esfuerzo de reglamentación internacional del Trabajo se encuentra “una concepción particularmente elevada de los derechos esenciales de la humanidad”.³³

Llámense *esenciales, fundamentales o humanos*, su principal implicancia es que el titular de estos derechos, cuando son vulnerados dentro de la empresa, tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir al órgano administrativo competente, sin perjuicio de recurrir a los Tribunales de Justicia, a quienes les corresponde en última instancia proporcionar el amparo de estos derechos.

Los derechos fundamentales de incidencia laboral, constituyen de esta manera el sustrato básico e imprescindible de nuestro Estado de Derecho en el ámbito laboral, no requiriéndose necesariamente su consagración explícita en cada institución para su eficacia en atención a las definiciones expuestas.

²⁹ Observatorio Laboral N° 19 – Diciembre 2005, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, “Un Nuevo Marco Normativo para el Mundo del Trabajo: Modificaciones legislativas 2000 –2005”.

³⁰ Con *ciudadanía laboral* se alude a “*la extensión y alcance de los derechos ciudadanos en la relación de trabajo independiente y la vigencia y eficacia de los mecanismos y principios democráticos en el interior de la empresa*” (APARICIO Joaquín y BAYLOS Antonio, “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992, p.15).

³¹ MEJIA Viedman, Sergio, “El Procedimiento de tutela laboral”, Apuntes del Diplomado *Los Nuevos Tribunales del Trabajo y su procedimiento*, Universidad Internacional SEK, octubre 2006

³² NOVOA Monreal, Eduardo, “El Derecho como obstáculo al cambio social, Siglo XXI Editores, México DF, 1ª edición 1975, 10ª edición 1990

³³ VALTICOS, Nicolás, *Derecho Internacional del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, España 1977

7.- CONCLUSIÓN

"La destrucción del pasado o más bien, de los mecanismos sociales que vincula la experiencia contemporánea del individuo, con las generaciones anteriores, es uno de los fenómenos más característicos y extraños de las postrimerías del siglo XX. En su mayor parte los jóvenes, hombres y mujeres, de este final de siglo crecen en una suerte de presente permanente sin relación orgánica alguna con el pasado del tiempo en el que viven."

Eric Hobsbawm, Historia del Siglo XX

Que duda cabe, que las luchas actuales del pueblo mapuche y de los pueblos indígenas en general, tienen estrecha relación con la historia reciente y también la de hace más de 500 años atrás. Tanto la historia de nuestro país, como la de América Latina.

Un continente que claramente está demostrando tomar pasos propios, como se infiere de la orientación que han preferido la mayoría de nuestros países, en la cual se asume un enfoque absolutamente distinto de los pueblos indígenas, acrecentándose tanto su presencia en la toma de decisiones, como de su promoción y protección.

Lo anterior en un contexto, que hace sólo hace unos años atrás, parecía contrario y hostil a los Derechos Humanos, en especial a tenerlo como eje del desarrollo del mundo. Durante la década los '90, todo parecía unívoco y centrado en una sola palabra globalización.

La difícil ratificación del Convenio OIT N° 169, da cuenta de esta realidad política, jurídica, cultural y socioeconómica.

Como se ha expuesto, hubo de pasar muchos años de postdictadura, para lograr ciertos avances formales, y los cuales a la luz de la normativa de los Derechos Humanos, digan relación con los aspectos más relevantes e importantes para los pueblos indígenas como lo es la tierra, los recursos naturales y el medio ambiente, así como el idioma, la cultura y la educación.

Durante el presente diplomado tuvimos ocasión de conocer distintas perspectivas, avances, grados de desarrollo, posiciones doctrinarias y de implementación práctica de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Pudimos tomar nota y conciencia de que existe consenso o al menos una amplia mayoría, en que más allá de los reconocimientos legales expresos de los derechos fundamentales, es preciso que exista una tutela efectiva de los mismos.

El establecimiento de un nuevo paradigma en el ámbito de los Derechos Humanos, el respeto y la aplicación de buena fe y progresiva de los Convenios OIT y más precisamente en el trato y convivencia con los pueblos indígenas, es un paso de la mayor relevancia y dependerá de las organizaciones sociales todas, del Estado (Parlamento/ Gobierno / Poder Judicial) en la defensa a la vulneración a los derechos fundamentales y la ampliación de los llamados Derechos Humanos de *segunda generación*, esto es los económicos, sociales y culturales, establecidos en el Pacto Internacional de 1966.

“En nuestros días no se juzgan a los gobiernos por las guerras que ganan o los puentes que construyen: el gran barómetro es el trato que dan las personas sometidas a su jurisdicción”, sostuvo en su ponencia, “Los derechos humanos económicos, sociales y culturales” Roberto Garretón el año 2007.

Sin embargo, resuenan las palabras del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen, respecto a la criminalización de las actividades de protesta de los indígenas, y como una en su opinión, *“una de las deficiencias más graves en la protección de los derechos humanos de los últimos años es la tendencia a la utilización de las leyes y de la administración de justicia para castigar y criminalizar las actividades de protesta sociales y las reivindicaciones legítimas de las organizaciones y movimientos de indígenas en defensa de sus derechos. Según algunos informes, esas tendencias adoptan dos formas: la aplicación de leyes de emergencia, como las leyes contra el terrorismo, y el procesamiento de manifestantes como autores de delitos comunes”*.³⁴

Se trata por ende de tomar y tomarse los *derechos en serio*, tanto desde las instituciones como apuntaba Dworkin, como de los habitantes de la tierra, en general. Evidentemente que este es grueso tema que excede este trabajo pero que no deja de ser una alusión pertinente al hablar de Derechos humanos y un enfoque de derechos.

Me parece necesario concluir el presente trabajo con una nota de precisión y optimismo, citando al destacado jurista chileno, abogado penalista y por largos años, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile Eduardo Novoa Monreal:

*“Los derechos humanos se fundan, en verdad, en las necesidades de las comunidades humanas, tal como ellas son apreciadas en un momento dado por los miembros de ellas que logran difundir sus ideas y hacerlas admisibles por aquellos que tienen la posibilidad de imponerlas de hecho. Su desarrollo ha corrido paralelo, al progreso de las concesiones sobre lo que debe ser una organización social más satisfactoria para el hombre. Sin duda ellos serán perfeccionados en el futuro, en la medida en que ese progreso avance.”*³⁵

³⁴ Tercer informe R. Stavenhagen: La justicia y los derechos indígenas (2004). Ob cit.

³⁵ NOVOA Monreal, E. El Derecho como obstáculo al cambio social. *Ob. Cit.*

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ, Juan, De la declaración universal de los DD.HH a la Globalización, medio siglo de camino. Artículo del Manual "Hacia una cultura de los derechos humanos, Universidad de Verano, de DD.HH y del Derecho a la educación", Ginebra, Suiza, Fernández, Alfred (editor) - junio 2000.
- BENGOA, José, Historia de un conflicto – El Estado y los Mapuches en el siglo XX; Editorial Planeta S.A; (Segunda edición Junio 2002)
- BUHL, Katryn y Korol, Claudia (Orgs.), Criminalización de la Protesta y de los Movimientos Sociales, Instituto Rosa Luxemburgo, Sao Paulo, Brasil (Octubre 2008)
- DWORKIN, Ronald; Los Derechos en serio; Editorial Ariel S.A – España; 2° edición diciembre 1989)
- ERAZO, Ximena, María Pía Martin, Héctor Oyarce (editores), Políticas públicas para un Estado social de derechos - El paradigma de los derechos universales, LOM Ediciones / Fundación Henry Dunant América Latina (Santiago de Chile, Primera Edición 2007)
- GUEVARA, Lydia, *"La Declaración de la OIT sobre Principios y Derecho Fundamentales como referente del concepto de legislación laboral en la integración de América"* - Revista de la Asociación Americana de Juristas, Año XIV – 2004, Publicación de la AAJ, Buenos Aires, Argentina
- HOBBSBAMM, Eric, Historia del Siglo XX, Editorial Crítica (Grijalbo Mondadori), Buenos Aires, Argentina (Segunda reimpresión Diciembre 1998)
- MEJIAS Viedman, Sergio, "Convenios Internacionales del Trabajo: el compromiso del país" Revista Temas Laborales, nº 13, Dirección del Trabajo, Chile.
- MONTT Balmaceda, Manuel. Principios de Derecho Internacional del Trabajo. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1998)
- NERUDA, Pablo, Canto General, Pehuén Editores, Santiago de Chile, Primera edición (julio 2005)
- NOVOA Monreal, Eduardo, El derecho como obstáculo al cambio social, Siglo XXI Editores, Mexico DF, primera edición 1975, décima edición 1990.
- THAYER Arteaga, William, NOVOA Fuenzalida, Patricio- Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV, Sindicatos y Negociación Colectiva – Los convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación chilena. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, (2000)
- VALTICOS, Nicolas. Derecho Internacional del Trabajo. Editorial Tecnos, Madrid, España (1977)
- www.conadi.cl

- www.oitchile.cl
- www.observatorioindigena.cl

•

•

a Regional 1, Santiago Centro
Santiago, CHILE Teléfono-Fax: +56-2 697 2976