



Organización
Internacional
del Trabajo

► Entendiendo el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169):

Herramienta para jueces
y operadores del derecho

▶ **Entendiendo el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169):**

Herramienta para jueces
y operadores del derecho

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2020

Primera edición 2020

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

Entendiendo el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169): Herramienta para jueces y operadores del derecho, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2020.

ISBN: 9789220330838 (impreso)

ISBN: 9789220330821 (web PDF)

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Para más información sobre las publicaciones y los productos digitales de la OIT, visite nuestro sitio web: ilo.org/publns.

Impreso en Guatemala

▶ Índice

Prefacio	8
Introducción	10
Metodología	12
▶ 1. Identificación de pueblos indígenas y tribales	14
1.1 Uso del término “pueblos”	15
1.2 Criterios de identificación	16
1.3 Estatus jurídico	17
▶ 2. Institucionalidad y participación	18
2.1 Instituciones, acción coordinada y sistemática (arts. 2 y 33)	19
2.2 Participación de los pueblos indígenas y tribales	22
▶ 3. Derechos Humanos	24
3.1 No discriminación	25
3.2 Protección de la integridad personal	26
3.3 Mujeres indígenas	27
▶ 4. Obligación de consulta	28
4.1 Consulta como piedra angular del Convenio	29
4.2 Medidas a ser consultadas	30
4.2.1 “Cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas...”	30
4.2.2 “...susceptibles de afectarles directamente”	31
4.3 Buena fe	32
4.4 Carácter previo	32
4.5 Instituciones representativas	33
4.6 Procedimientos apropiados	34
4.7 Objetivo de la consulta	34
4.8 Consulta respecto de actividades extractivas, participación en beneficios e indemnización	36

► 5. Desarrollo, participación y estudios de impacto	40
5.1 Derecho a decidir prioridades del desarrollo	41
5.2 Participación en estudios de impacto	42
► 6. Derechos sobre las tierras	44
6.1 Relación especial entre los pueblos indígenas y sus tierras tradicionalmente ocupadas	45
6.2 Derechos de propiedad y posesión (demarcación y titulación)	46
6.3 Procedimientos para solucionar reivindicaciones y conflictos de tierras	48
6.4 Transmisión de derechos de propiedad	49
6.5 Garantías frente al traslado	50
► 7. Derecho consuetudinario y acceso a la justicia	52
7.1 Deber de tomar en cuenta el derecho consuetudinario	53
7.2 Acceso a la justicia	55
► 8. Condiciones laborales, empleo y seguridad social	56
8.1 Contratación y condiciones de trabajo	58
8.2 Seguridad social	59
► 9. Salud	60
9.1 Acceso a la salud con consideración a métodos de salud tradicional	61
9.2 Salud reproductiva	62
► 10. Educación	64
10.1 Derecho a la educación en todos los niveles	66
10.2 Derecho a ser educado en su propia lengua	67
► 11. Flexibilidad	68
► 12. Normas mínimas	70
Anexo: Lista cronológica de las reclamaciones examinadas en virtud del artículo 24 de la Constitución en relación con el Convenio núm. 169.	72

► Prefacio

La presente herramienta tiene como objetivo promover un mejor entendimiento del [Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 \(núm. 169\)](#) en la práctica. Está dirigido a jueces y letrados de cortes nacionales e internacionales, docentes, servidores públicos, abogados en libre ejercicio, funcionarios internacionales, juristas y demás operadores del derecho que trabajan en temas relativos a los pueblos indígenas. La herramienta está organizada en doce secciones temáticas:

- 1 Identificación de los pueblos indígenas y tribales
- 2 Institucionalidad y participación
- 3 Derechos humanos
- 4 Obligación de consulta
- 5 Desarrollo, participación y estudios de impacto
- 6 Derechos sobre las tierras
- 7 Derecho consuetudinario y acceso a la justicia
- 8 Condiciones laborales, empleo y seguridad social
- 9 Salud
- 10 Educación
- 11 Flexibilidad
- 12 Normas mínimas

Nacida en 1919, la OIT es una organización tripartita en la cual los gobiernos, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores intervienen en la creación y supervisión de las normas internacionales del trabajo, todos ellos orientados bajo el principio del diálogo social. Por ello, a lo largo de este documento se ilustrará la contribución de estos tres constituyentes de la OIT en la elaboración y supervisión del Convenio núm. 169. La [Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo](#) reconoce que el diálogo social “contribuye a la cohesión global de las sociedades” y que “es un fundamento esencial de todas las actividades de la OIT”. El diálogo social, sea de forma informal o institucionalizada, ha probado también ser imprescindible para asegurar la efectiva implementación a nivel nacional de las normas internacionales de trabajo, incluido el Convenio núm. 169.

Esta herramienta es producto de un trabajo colaborativo entre el Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo y la Oficina de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana y se ha beneficiado de los comentarios de la Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV) y la Oficina de Actividades para los Empleadores (ACT/EMP). Se enmarca dentro de la [Estrategia de la OIT para el derecho de los pueblos indígenas y tribales a un desarrollo incluyente y sostenible](#), aprobada por el Consejo de Administración de la OIT en noviembre de 2015, la cual contempla el desarrollo de actividades de formación y promoción para lograr la mejor comprensión del Convenio núm. 169. También, esta herramienta forma parte de los programas de formación para jueces llevados a cabo por el Centro Internacional de Formación de la OIT, y complementa a otras que incluyen el [Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 \(núm. 169\)](#) y el documento de [Extractos de informes de la OIT: Aplicando el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 \(núm. 169\)](#).¹

1 Estas y otras herramientas para la promoción del Convenio núm. 169 pueden encontrarse en: <https://www.ilo.org/global/topics/indigenous-tribal/toolbox/lang--es/index.htm>



**Organización
Internacional
del Trabajo**

-
- ▀▀ Nacida en 1919, la OIT es una organización tripartita en la cual los gobiernos, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores intervienen en la creación y supervisión de las normas internacionales del trabajo, todos ellos orientados bajo el principio de diálogo social.

► Introducción

El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) es el único tratado internacional abierto a ratificaciones que aborda de manera integral la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.² Fue el resultado de la revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, (núm. 107) y se basa en el reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales a asumir el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, así como en el respeto de sus culturas. Reconoce derechos individuales y colectivos a los pueblos indígenas, establece obligaciones para los gobiernos en relación con la formulación y aplicación de políticas y programas dirigidos a dichos pueblos, y promueve el empoderamiento económico y el trabajo decente de hombres y mujeres indígenas. Además, el Convenio núm. 169 propicia el diálogo y la confianza mutua entre los gobiernos y los pueblos indígenas con miras a alcanzar la paz y la justicia social.

Existen alrededor de 476 millones de personas pertenecientes a pueblos indígenas en el mundo. Las trabajadoras y los trabajadores indígenas son más propensas y propensos a ser parte de la economía informal que sus homólogos no indígenas, así como a vivir en condiciones de pobreza extrema. En particular, las mujeres indígenas enfrentan bajos índices de desarrollo socioeconómico, con menos probabilidades de acceder a la educación básica y de tener un empleo formal.³ Frente a esta realidad, el Convenio núm. 169 ofrece un marco único para proteger los derechos de los pueblos indígenas como parte integral del desarrollo inclusivo y sostenible. Como único tratado internacional sobre la materia, contiene disposiciones específicas que promueven el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas desde un enfoque incluyente, incorporando

su participación desde las primeras etapas de planificación de políticas públicas que les conciernen, incluyendo las políticas laborales.

476

millones de personas pertenecientes a pueblos indígenas en el mundo.

Es importante tener presente que, en su calidad de trabajadoras y trabajadores, las personas pertenecientes a pueblos indígenas están cubiertas por los demás Convenios y Recomendaciones de la OIT, en particular los convenios fundamentales relativos al trabajo forzoso, trabajo infantil, igualdad y no discriminación⁴, derecho de asociación y libertad sindical y derecho de negociación colectiva.⁵ Por ejemplo, en el marco de la supervisión de la aplicación de los convenios relativos al trabajo forzoso o al trabajo infantil, los órganos de supervisión de la OIT han examinado situaciones de explotación laboral en ciertas comunidades indígenas pidiendo que se tomen las medidas adecuadas para protegerlas contra prácticas constitutivas de trabajo forzoso⁶ o para proteger a las niñas y los niños contra las peores formas de trabajo infantil⁷. Existen también otros instrumentos que, si bien se enfocan en temas más generales del mundo del trabajo, tienen disposiciones específicas para pueblos indígenas. Este es el caso de la Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas,

2 Por razones prácticas, el término “pueblos indígenas” en este documento se usará para referirse también a los pueblos tribales.

3 Oficina Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*, 2019.

4 Ver: Oficina Internacional del Trabajo, *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación: Guía sobre el Convenio núm. 111 de la OIT*, 2007.

5 Para mayores detalles sobre estos convenios, ver: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>

6 Ver, por ejemplo, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), Convenio núm. 29, Congo, solicitud directa 2017; Convenio núm. 29, Bolivia, observación, 2018; Convenio núm. 29, Paraguay, observación, 2017; Convenio núm. 29, Perú, observación, 2010.

7 Ver, por ejemplo, CEACR, Convenio núm. 182, Guatemala, observación, 2018; Convenio núm. 182, Ecuador, solicitud directa, 2018; Convenio núm. 182, Honduras, solicitud directa, 2018.

1998 (número 189); la Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 2004 (número 195); la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (número 204); y la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (número 205).

En el marco del Consejo de Administración de la OIT, se han llevado a cabo discusiones alrededor de la [Estrategia para el derecho de los pueblos indígenas y tribales a un desarrollo incluyente y sostenible](#). Estas discusiones han apuntado a la necesidad de establecer instituciones sólidas que promuevan la participación de los pueblos indígenas y han destacado la importancia de contar con el apoyo de las organizaciones de empleadores y trabajadores para lograr la efectiva aplicación del Convenio número 169.⁸

El proceso para la preparación y discusión del Convenio número 169 se inició con una Reunión de Expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT para 1986, cuyos miembros incluían representantes de los mandantes tripartitos, y dos representantes de organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos de los pueblos indígenas. El propósito de la Reunión era hacer recomendaciones sobre los principios en los que debía basarse la revisión del Convenio número 107 y que servirían de fundamento para el Convenio número 169. Teniendo en cuenta las conclusiones de dicha Reunión, así como el derecho y la práctica de los estados miembros de la OIT, la Oficina Internacional del Trabajo (Oficina) preparó un cuestionario sobre el contenido de un Convenio revisado sobre pueblos indígenas, el cual fue respondido por gobiernos, organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores. En algunos casos, los gobiernos transmitieron, junto con sus respuestas, las posiciones de organizaciones indígenas. Basándose en las respuestas recibidas, la Oficina elaboró y sometió a consideración de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988 un proyecto de conclusiones con miras a la adopción de un Convenio. Tomando como referencia las conclusiones adoptadas por dicha Conferencia, la Oficina elaboró un primer proyecto de Convenio que fue puesto a consideración de los gobiernos, organizaciones

de trabajadores y organizaciones de empleadores para que presenten sus comentarios. En base a los comentarios recibidos, la Oficina elaboró un proyecto final del Convenio número 169 que fue sometido a consideración de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1989. En los debates que surgieron alrededor del Convenio en el marco de la Conferencia, varias organizaciones indígenas participaron como observadores con derecho a voz. También debe notarse que ciertas organizaciones de trabajadores y empleadores incluyeron a representantes indígenas como parte de sus delegaciones.

[Los países que han ratificado el Convenio número 169](#) han ganado experiencias en su aplicación que puede ser de utilidad para otros países del mundo. En América Latina el Convenio ha sido utilizado por jueces al tratar cuestiones vinculadas con los pueblos indígenas. Algunas cortes de alto nivel de esta región han reconocido al Convenio como parte del “bloque de constitucionalidad”.⁹ Temas que han propiciado el uso de dicho instrumento por parte de jueces y tribunales nacionales incluyen la identificación de pueblos indígenas, la participación y consulta, el derecho sobre tierras, el acceso a la justicia, el ejercicio del derecho consuetudinario indígena, así como asuntos relativos al trabajo, educación, seguridad social y salud intercultural.

8 Ver: [GB.325/POL/2](#); [GB.325/PV](#); [GB.334/POL/2](#); [GB.334/PV](#); [GB.335/POL/2](#); [GB.335/PV](#).

9 Ver, por ejemplo, sentencia emitida por la Sala Liquidadora Transitoria del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia el 23 de julio de 2012 (0645/2012) respecto de la acción de incumplimiento interpuesta por la Central Indígena de Pueblos Originarios de la Amazonía de Pando contra el Director Departamental de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Bosques y Tierras y el Director Departamental a. i. del Instituto Nacional de Reforma Agraria, sección III de la sentencia. Ver, también, la sentencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia el 1 de julio de 2010 (T-547/10) respecto de la acción de tutela interpuesta por el Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta en contra de los Ministerios del Interior y de Justicia, y otros. Sentencia T-547/10, párrafo 4.1 de la sentencia.

► Metodología

Las explicaciones contenidas en este documento se basan en lo siguiente:

- Los [trabajos preparatorios del Convenio](#), incluyendo los debates y conclusiones de la Reunión de Expertos de 1986 sobre la revisión del Convenio núm. 107, los informes preparatorios elaborados por la Oficina Internacional del Trabajo con los insumos de los mandantes tripartitos con miras a las dos discusiones tripartitas que tuvieron lugar en la Conferencia Internacional del Trabajo en 1988 y 1989, y las Actas de dichas discusiones. De conformidad con los artículos 5 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en la interpretación de los convenios de la OIT, debe tomarse en cuenta la práctica de la Organización de examinar los trabajos preparatorios conducentes a la adopción de un convenio. Esto es importante dada la naturaleza tripartita de la organización, reflejada en la contribución de los mandantes tripartitos de la OIT en la creación de las normas.¹⁰
- Los comentarios y recomendaciones proporcionados por los órganos de control de la OIT en el marco del sistema de control regular y de los procedimientos especiales. Estos contribuyen a una comprensión más profunda del alcance de las obligaciones contenidas en el Convenio, y se encuentran disponibles en la base de datos [NORMLEX](#).¹¹ Los órganos de supervisión de la OIT incluyen:

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), es un órgano compuesto por 20 juristas de trayectoria descatada quienes, sujetos a los criterios de objetividad, imparcialidad e independencia, supervisan la aplicación de los convenios de la OIT. Esta supervisión se basa en el examen de las memorias enviadas a intervalos regulares por los Estados que han ratificado los convenios y en las observaciones remitidas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores al respecto. Al proceder a este examen, la CEACR adopta

observaciones y/o solicitudes directas dirigidas de manera individual a los gobiernos. También puede formular observaciones generales sobre la aplicación de un convenio. Estos comentarios se encuentran publicados en los informes anuales de la CEACR.¹²

- La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), es un órgano compuesto por 20 juristas de trayectoria descatada quienes, sujetos a los criterios de objetividad, imparcialidad e independencia, supervisan la aplicación de los convenios de la OIT.

10 Ver: CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2010.

11 Ver: [OIT, Las reglas del juego: Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo \(2019\)](#).

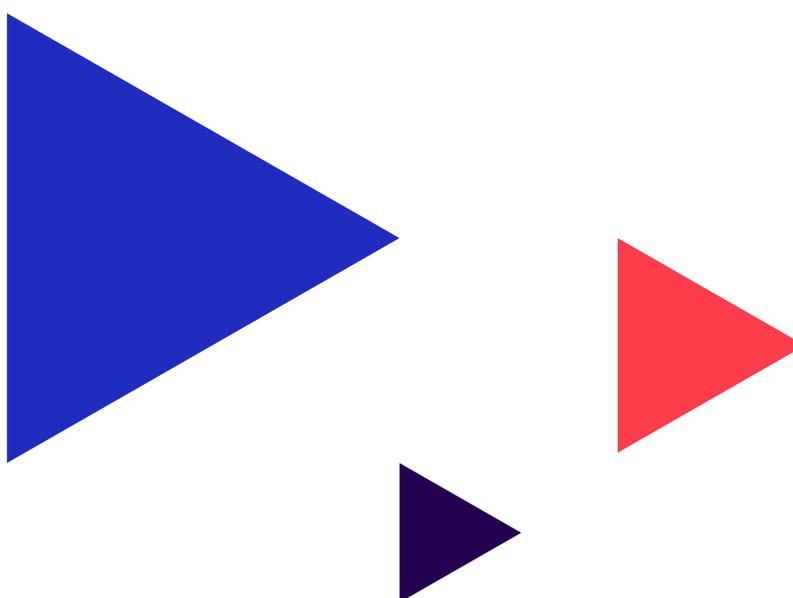
12 Para una mayor explicación sobre el mandato y prácticas de la CEACR ver: OIT, [Aplicación de Normas Internacionales del Trabajo, 2020, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones](#), párrafo 32.

La Comisión de Aplicación de Normas (CAN), es una comisión tripartita permanente de la Conferencia Internacional del Trabajo compuesta por delegados de los gobiernos, empleadores y trabajadores. Examina anualmente el informe de la CEACR seleccionando un número limitado de casos vinculados a las observaciones de la CEACR sobre la aplicación de los convenios ratificados por un Estado miembro. Bajo este mecanismo los gobiernos concernidos son invitados a presentar información sobre la situación objeto de examen. La CAN adopta conclusiones en las que recomienda a los gobiernos que tomen medidas específicas para superar los problemas relativos a la aplicación de un convenio.¹³

Los comités tripartitos ad-hoc establecidos por el Consejo de Administración de la OIT para examinar reclamaciones, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución de la OIT. Dicho artículo permite a las organizaciones de empleadores y de trabajadores presentar una reclamación contra un Estado miembro que,

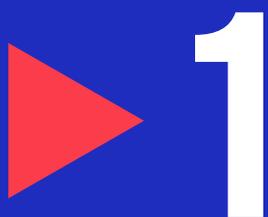
en su opinión, no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un Convenio que ha ratificado. El comité tripartito *ad hoc* establecido en el marco del artículo 24 está compuesto por tres miembros del Consejo de Administración en representación de los gobiernos, organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores, respectivamente. El comité examina la reclamación y la respuesta del gobierno y somete al Consejo de Administración un informe que contempla los aspectos jurídicos y prácticos del caso y contiene recomendaciones.¹⁴

- ▶ [El Manual para los mandantes tripartitos de la OIT para comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales](#), 1989 (núm. 169), publicado por la Oficina Internacional del Trabajo en 2013, fue enriquecido con los comentarios de las Oficinas de Actividades para los Empleadores (ACT/EMP) y para los Trabajadores (ACTRAV).

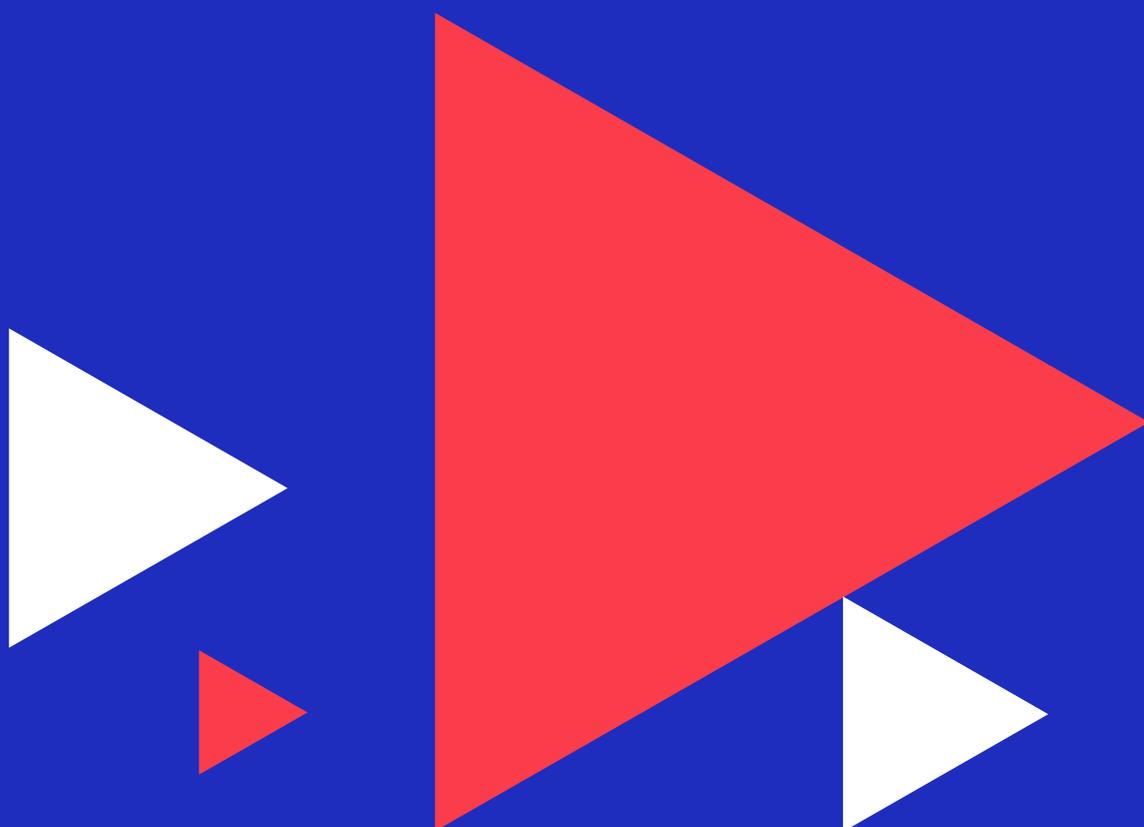


13 Desde la entrada en vigencia del Convenio núm. 169, la CAN ha discutido 8 casos relativos a la aplicación de este convenio (Honduras en 2016, República Centroafricana en 2014, Perú en 2009 y 2010, Paraguay en 2006 y 2003, México en 2000 y 1995). Las conclusiones adoptadas en estos casos pueden encontrarse en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es>.

14 Ver, en la parte de anexos a este documento, una lista de las reclamaciones presentadas en relación con la aplicación del Convenio núm. 169.



Identificación de pueblos indígenas y tribales



Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:
 - a. a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
 - b. a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

► 1.1 Uso del término “pueblos”

Uno de los cambios importantes que introduce el Convenio núm. 169, en relación con su antecesor, el Convenio núm. 107, es el uso del término “pueblos indígenas” en lugar de “poblaciones indígenas”. Varios miembros de la Reunión de Expertos de 1986 consideraron que la palabra “poblaciones” usada en el Convenio núm. 107 debería ser sustituida por el término “pueblos” el cual, en su criterio, implicaba que los grupos indígenas tenían identidad propia.¹⁵ Durante los debates en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988, las organizaciones indígenas que participaron como observadoras se pronunciaron también a favor de la utilización del término “pueblos”, entre estas la Conferencia Inuit Circumpolar la cual subrayó “la importancia fundamental de reconocer a las diversas sociedades indígenas como pueblos”.¹⁶

Al discutir las implicancias jurídicas del término “pueblos” en dicha Conferencia, los miembros empleadores indicaron que este podría tener un significado distinto según los países; mientras que los trabajadores apoyaron categóricamente su uso y algunos miembros gubernamentales manifestaron reservas al respecto.¹⁷

Un grupo de trabajo *ad hoc* establecido por la Comisión de la Conferencia encargada de la revisión del Convenio núm. 107 propuso clarificar expresamente en el texto del nuevo Convenio que el término pueblos “no debería conllevar ninguna implicación vinculada con la interpretación que se da a dicho término en otros instrumentos o procedimientos internacionales, en particular en relación con la cuestión de la autodeterminación”.¹⁸ El consejero técnico de los empleadores de Australia propuso, por su parte, “encontrar una fórmula según la cual quede claro que el Convenio núm. 107 revisado no será interpretado en el sentido de significar o implicar que a los pueblos en cuestión se les conceden, con la adopción del Convenio revisado propuesto, derechos de autodeterminación u otros derechos en virtud del derecho internacional o como se comprenden en otras organizaciones internacionales”.¹⁹ Asimismo, la consejera técnica

15 Informe de la Reunión de Expertos sobre la Revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107). Ginebra, 1-10 de septiembre de 1986 (APPL/MER/107/1986/D.7), párrafo 30.

16 Conferencia Internacional del Trabajo, de 1988, actas provisionales N° 32, páginas 32/2 a 32/5.

17 *Ibidem*, párrafos 31 y 34.

18 *Ibidem*, párrafo 35.

19 Conferencia Internacional de Trabajo de 1988, actas provisionales N° 32, página 36/19.

►► La CEACR ha reiterado que “disponer de datos estadísticos fiables sobre la población indígena, su localización y sus condiciones socioeconómicas constituye una herramienta esencial para definir y orientar eficientemente las políticas relativas a los pueblos indígenas, así como para monitorear el impacto de las acciones emprendidas”.

de los empleadores de Estados Unidos, en su calidad de india cherokee, puntualizó que “[l]o que los pueblos indígenas persiguen no es la creación de nuevos Estados sino el reconocimiento de su derecho a ser diferentes y a mantener su identidad y cierto grado de autonomía dentro de los Estados existentes”.²⁰ Por su parte, los miembros trabajadores manifestaron su apoyo al uso del término “pueblos” ya que reflejaba “la opinión que tienen estos pueblos de sí mismos”.²¹

En su informe para la Conferencia Internacional del Trabajo de 1989, la Oficina indicó que la mayoría de respuestas enviadas por los mandantes de la OIT en relación al uso del término “pueblos” eran favorables. Subrayó, además, que la mayoría de los constituyentes que inicialmente habían manifestado su oposición a dicho término, apoyaron su uso sujeto a la incorporación de la cláusula condicional propuesta por el grupo de trabajo *ad hoc* respecto a sus implicaciones.²² Dicha cláusula fue finalmente incorporada en el párrafo 3 del artículo 1 del Convenio. Durante la segunda discusión sobre el Convenio, en 1989, el presidente de la Comisión para la revisión del Convenio núm. 107 aclaró que “el mandato y ámbito de acción de la OIT no le otorga competencia para definir, otorgar o restringir el derecho de autodeterminación”.²³

► 1.2 Criterios de identificación

La identificación de los grupos cubiertos por el Convenio núm. 169, ya sea como “pueblos indígenas” o “pueblos tribales”, constituye el primer paso a dar por los gobiernos para una implementación efectiva de dicho instrumento. Los jueces pueden ser llamados a determinar si un grupo se encuentra cubierto o no por el Convenio, y por ende en la capacidad de gozar los derechos que dicho instrumento consagra. Al respecto, el artículo 1 del Convenio establece criterios objetivos y subjetivos para la identificación de pueblos indígenas y tribales. Entre los criterios objetivos figuran, para el caso de los pueblos tribales, el tener condiciones sociales, culturales y económicas distintas a las de otros sectores de la colectividad nacional y estar regidos total o parcialmente por costumbres o tradiciones propias, o por una legislación especial. Para el caso de los pueblos indígenas se requiere el haber descendido de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país previo a la colonización o la conquista, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales; junto con la conservación total o parcial de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Estos criterios objetivos se complementan con el criterio subjetivo de conciencia de identidad indígena o tribal, el cual es considerado por el Convenio como fundamental.

La CEACR ha subrayado la importancia de que los grupos que cumplan con estos criterios gocen de los derechos consagrados en el Convenio,

20 *Ibidem*, página 36/22.

21 *Ibidem*, página 36/20.

22 Oficina Internacional del Trabajo, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1989, ver a partir de la página 3.

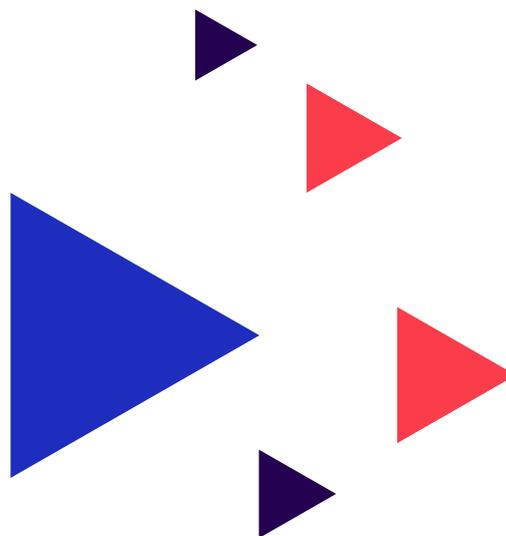
23 Conferencia Internacional del Trabajo de 1989, actas provisionales No. 31, página 31/5.

independientemente de su reconocimiento legal como pueblos indígenas o tribales.²⁴ También recordó que la conciencia de la identidad indígena constituye un criterio fundamental en la determinación de los grupos a los que ha de aplicarse el Convenio e invitó a los gobiernos a incorporar este criterio en sus respectivos censos.²⁵ En la práctica, algunos países informaron en sus memorias sobre la aplicación del Convenio respecto al uso de este criterio subjetivo en censos poblacionales.²⁶ La CEACR ha reiterado que “disponer de datos estadísticos fiables sobre la población indígena, su localización y sus condiciones socioeconómicas constituye una herramienta esencial para definir y orientar eficientemente las políticas relativas a los pueblos indígenas, así como para monitorear el impacto de las acciones emprendidas”.²⁷

La categoría de pueblo tribal es usada de manera menos frecuente que la de pueblos indígenas en las legislaciones nacionales de América Latina. Para el caso de comunidades afrodescendientes que no son consideradas como “indígenas”, pero que cumplen con los criterios establecidos bajo el artículo 1 del Convenio, están cubiertas en su calidad de pueblo tribal.²⁸ Cabe notar, además, que bajo el Convenio los pueblos indígenas y los pueblos tribales gozan de los mismos derechos y garantías de protección.

▶ 1.3 Estatus jurídico

Algunos países han adoptado reglas para que los pueblos indígenas o tribales puedan obtener el reconocimiento de su personería jurídica o un estatus jurídico a fin de ejercer los derechos establecidos en el Convenio.²⁹ Al respecto, la CEACR, al tomar nota de las figuras usadas para el reconocimiento de personería jurídica de un pueblo indígena y su respectivo registro, ha recordado el principio de reconocimiento de una realidad preexistente establecido en el Convenio a fin de que el trámite para dicho reconocimiento tenga carácter declarativo y no constitutivo.³⁰



24 CEACR, Convenio núm. 169, Observación General, 2018.

25 CEACR, Convenio núm. 169, Paraguay, solicitud directa, 2006.

26 Ver a modo de ejemplo: CEACR, Convenio núm. 169, Guatemala, solicitud directa, 2018; México, solicitud directa, 2019.

27 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

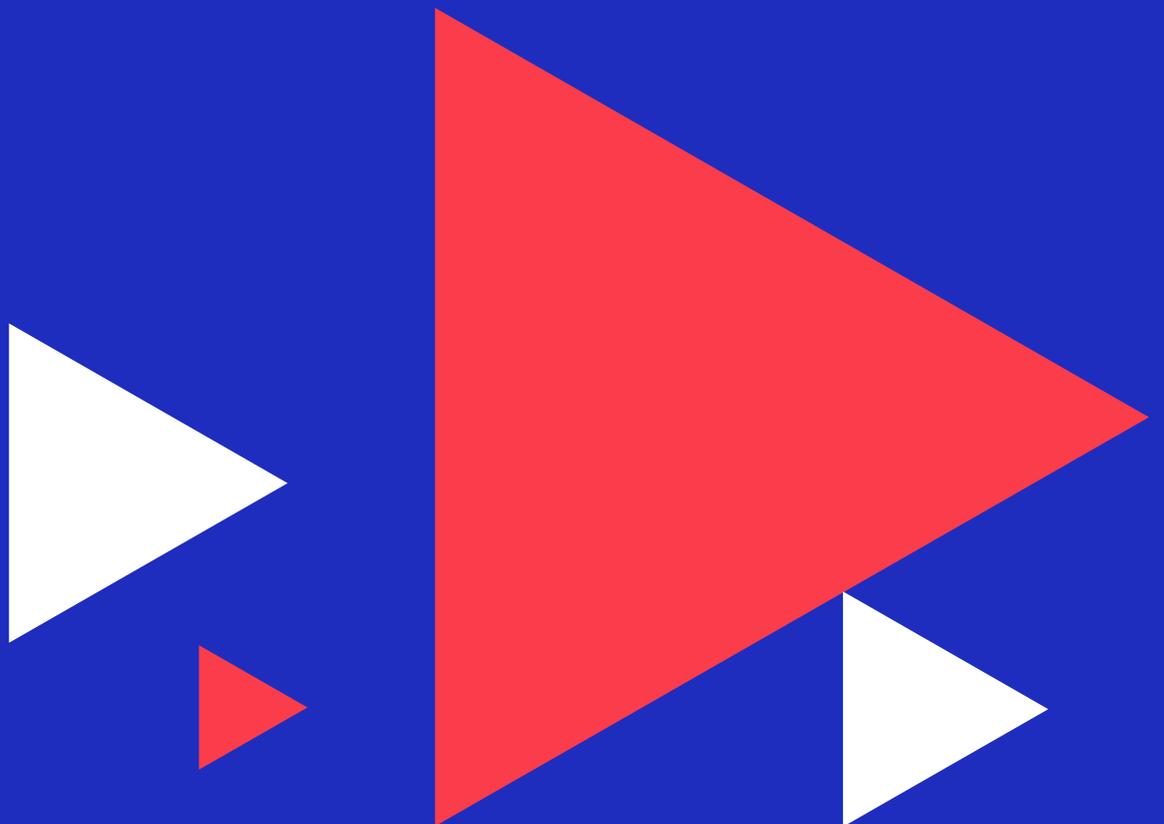
28 En una observación para Colombia, la CEACR, en base a la información transmitida por un sindicato, consideró que las comunidades afrodescendientes de Curbaradó y Jiguamiandó del departamento del Chocó parecían reunir los requisitos de identificación establecidos por el Convenio. Ver: CEACR, Convenio núm. 169, Colombia, observación, 2006. La misma apreciación se realizó para Brasil respecto de las comunidades quilombolas. Ver: CEACR, Convenio núm. 169, Brasil, observación, 2008.

29 En Argentina, la personería jurídica de una comunidad indígena se obtiene a través de su inscripción en el Instituto Nacional del Indígena (INAI). En Costa Rica, los pueblos indígenas pueden ejercer sus derechos bajo la forma de Asociaciones de Desarrollo Integral.

30 CEACR, Convenio núm. 169, Argentina, solicitud directa, 2006.

▶ 2

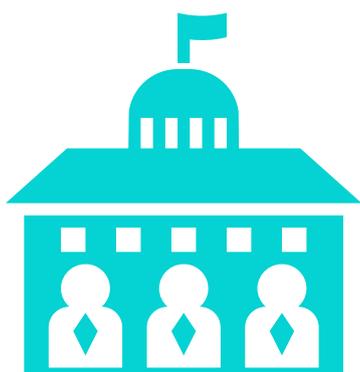
Institucionalidad y participación



► 2.1 Instituciones, acción coordinada y sistemática (Arts. 2 y 33)

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas:
 - a. que aseguren 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;
 - b. que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
 - c. que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.



Artículo 33

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

Los artículos 2 y 33, en conjunto, establecen la obligación de los gobiernos de crear, coordinar, implementar y evaluar las medidas para la efectiva realización de los derechos consagrados en el Convenio, con la participación de los pueblos indígenas. Esto incluye el deber de dotar de los recursos económicos necesarios a las instituciones competentes para la aplicación del Convenio y de asegurar una acción coordinación y sistemática entre estas.

El informe de la Oficina sobre la revisión del Convenio núm. 107 para la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988 destacó que era necesario “contar con algún tipo de organismo administrativo responsable de coordinar, cuando no de ejecutar, todas las actividades relativas a los pueblos indígenas y tribales”, e indicó que “[d]e no existir ningún organismo de esta índole, puede plantearse el problema contrario: que nadie asuma la responsabilidad en esta esfera, dejando así a los grupos indígenas y tribales del país sin ningún

Los artículos 2 y 33, en conjunto, establecen la obligación de los gobiernos de crear, coordinar, implementar y evaluar las medidas para la efectiva realización de los derechos consagrados en el Convenio, con la participación de los pueblos indígenas. Esto incluye el deber de dotar de los recursos económicos necesarios a las instituciones competentes para la aplicación del Convenio y de asegurar una acción coordinada y sistemática entre éstas.

medio eficaz de acceso al gobierno ni ningún mecanismo de protección”.³¹

Durante la primera discusión en la Conferencia Internacional del Trabajo sobre el Convenio revisado se discutió la posibilidad de mantener la palabra “protección” presente en el artículo 2 del Convenio núm. 107. Los miembros trabajadores consideraron que dicho término “conllevaba insinuaciones paternalistas”; mientras que los miembros empleadores no consideraban que el término fuera despectivo, posición que fue compartida por algunos gobiernos.³² La Oficina, por su parte, señaló que era “preciso buscar un equilibrio entre la acción protectora y medidas para permitir y alentar la participación”.³³ El texto final del artículo 2 del Convenio núm. 169 mantiene el término “proteger”.

La CEACR ha subrayado que los artículos 2 y 33 del Convenio “prevén una acción coordinada y sistemática, con la participación de los pueblos indígenas, al aplicar las disposiciones del Convenio y que el artículo 33, párrafo

2, prevé la participación de estos pueblos desde la concepción hasta la evaluación de las medidas previstas en el Convenio”.³⁴

Ha recordado que la consecución de un diálogo permanente y a todos los niveles con los pueblos indígenas “contribuiría a evitar conflictos y a construir un modelo de desarrollo incluyente”.³⁵

Asimismo, en su observación general de 2018, la CEACR indicó que “la acción coordinada y sistemática tiene por objetivo garantizar la coherencia entre las diferentes instituciones gubernamentales que tienen responsabilidades de implementar programas o políticas relacionados con los pueblos indígenas”.³⁶ Además señaló que “[i]ndependiente del tipo de estructura establecida [...] la entidad encargada de asuntos indígenas debe disponer de personal y recursos financieros adecuados, un marco legal bien definido y de poder de decisión”, y que “los pueblos indígenas deben estar representados y participar en dichas instituciones”.³⁷

31 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 44.

32 Conferencia Internacional del Trabajo, de 1989, actas provisionales N° 32, párrafo 48.

33 Oficina Internacional del Trabajo, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1989, ver páginas 15 y 16.

34 CEACR, Convenio núm. 169, Guatemala, observación, 2006.

35 CEACR, Convenio núm. 169, Bolivia, solicitud directa, 2005.

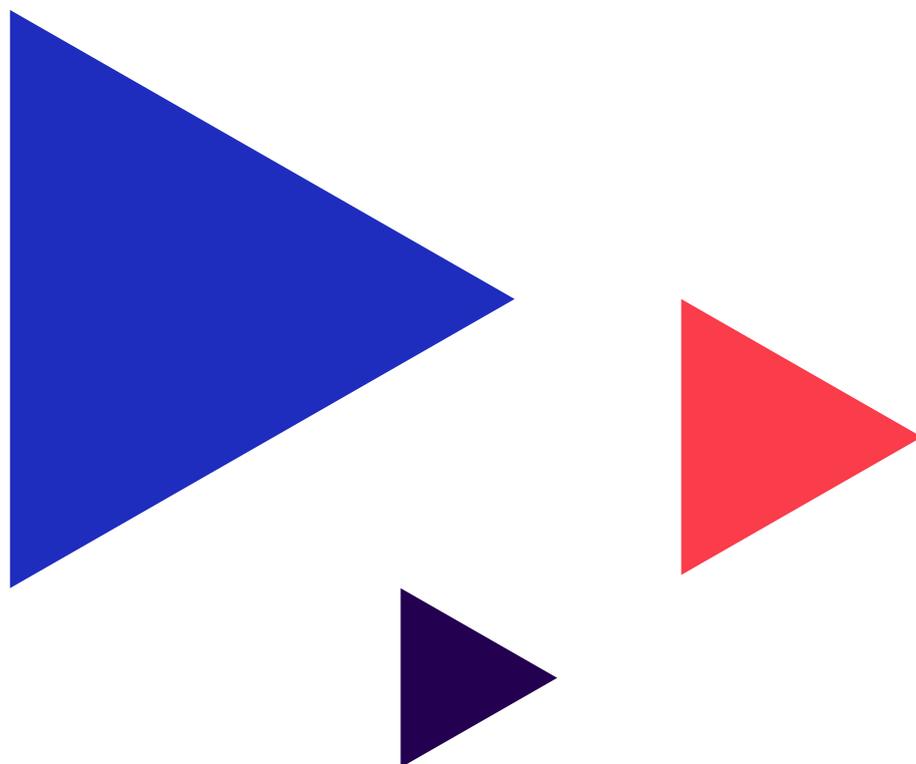
36 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

37 *Ibidem*.

La CAN también ha recordado la necesidad de garantizar una acción sistemática y coordinada para proteger los derechos de los pueblos indígenas. Ha subrayado que los artículos 2 y 33 del Convenio exigen “instituciones estatales que cuenten con la confianza de los pueblos indígenas y en las que se garantice su plena participación”.³⁸

En los debates dentro del Consejo de Administración en relación con el seguimiento de la Estrategia de la OIT de 2015 para el derecho de los pueblos indígenas y tribales a un desarrollo incluyente y sostenible, el grupo empleador ha hecho hincapié en la necesidad de invertir en la construcción de capacidades institucionales, teniendo en cuenta además el problema de la falta de coordinación entre instituciones a nivel federal, estatal, provincial y municipal.³⁹ Por su parte, el grupo trabajador ha insistido en promover enfoques de aplicación del Convenio núm. 169 que sean “vinculados a otros instrumentos de la OIT”.⁴⁰

“La CEACR indicó que la acción coordinada y sistemática tiene por objetivo garantizar la coherencia entre las diferentes instituciones gubernamentales que tienen responsabilidades de implementar programas o políticas relacionados con los pueblos indígenas”



38 CAN, Examen individual, Perú, 2010.

39 Ver: GB.334/POL/PV, párrafos 20 y 21.

40 *Ibidem*, párrafo 14.

► 2.2 Participación de los pueblos indígenas y tribales

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - b. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan [...].
 - c. establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Para hacer frente a la situación en la cual los pueblos indígenas no pueden gozar o ejercer plenamente el derecho de participación política en el mismo grado que el resto de la población de los países en que viven, el artículo 6, (1)(b) del Convenio requiere que los gobiernos creen mecanismos para la participación de los pueblos indígenas en dos sentidos: primero, en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole; y segundo, en la adopción de políticas y programas que les conciernan.

En el documento de trabajo preparado por la Oficina para la Reunión de Expertos de 1986, se recordó que ya en la duodécima Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT de 1986, un miembro gubernamental subrayó la necesidad de que en la definición de políticas relativas a los pueblos indígenas se cuente con la participación de dichos pueblos, a fin de “resolver el conflicto existente entre los esquemas de organización social de las comunidades indígenas y algunas instituciones del sector moderno”.⁴¹ El informe de la Oficina de 1988 indicó que, para que el derecho de participación de los pueblos indígenas sea efectivo debe brindarle a dichos pueblos “la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas” y debe ser respaldado “por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional de acuerdo con las condiciones del país”.⁴²

Durante la primera discusión del Convenio en la Conferencia, varios gobiernos apoyaron la propuesta del miembro gubernamental de Japón de garantizar la participación de los pueblos indígenas en pie de igualdad que otros miembros de la comunidad nacional.⁴³ En cuanto al párrafo 1 c) del artículo 6 del Convenio, que prevé establecer medios para el desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas, cabe mencionar que la inclusión del término “medios” fue propuesta por los trabajadores. Al respecto, los empleadores consideraron que la obligación de los gobiernos debía consistir en “facilitar oportunidades para el desarrollo” y que el término “recursos”, presente también en dicho párrafo, debería entenderse en sentido económico”.⁴⁴

41 Oficina Internacional del Trabajo, Reunión de Expertos sobre la Revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, Documento de Trabajo: Normas Internacionales y Poblaciones Indígenas y Tribales (1986), página 32.

42 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), 1987, página 33.

43 Conferencia Internacional de Trabajo 1988, actas provisionales N° 32, página 32/11, párrafo 77.

44 *Ibidem*, párrafo 79.

La CEACR ha enfatizado que es “clave que se desarrollen y fortalezcan instituciones con la participación de los pueblos indígenas”.⁴⁵ Ha indicado también que “[a]unque el Convenio no impone un modelo específico de participación, requiere la existencia o establecimiento de instituciones u otros mecanismos apropiados, con los medios necesarios para cumplir debidamente con sus funciones y la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales”.⁴⁶

Algunos países que han ratificado el Convenio ya han encaminado acciones para hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas en la construcción de políticas que les conciernen.⁴⁷

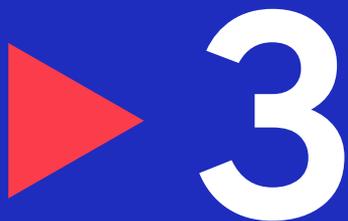
▶▶ La CEACR ha enfatizado que es “clave que se desarrollen y fortalezcan instituciones con la participación de los pueblos indígenas”.



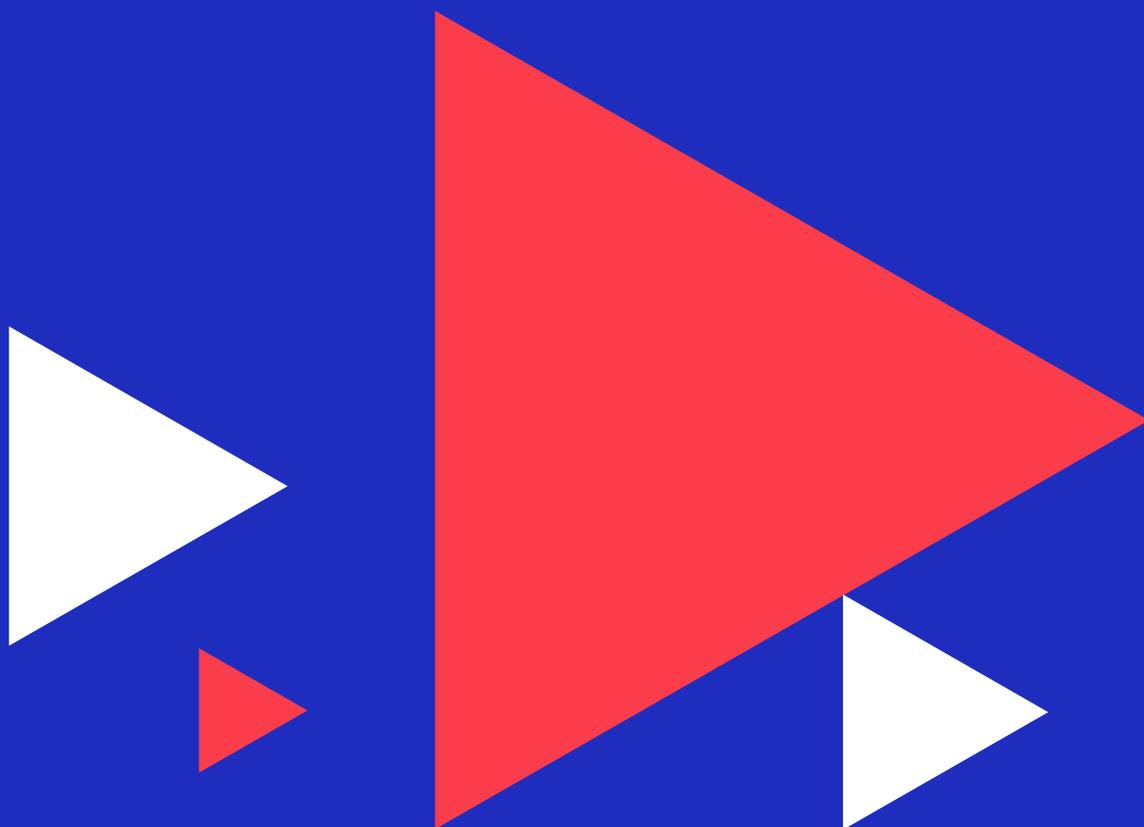
45 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

46 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2008.

47 A modo de ejemplo, la CEACR ha tomado nota con interés de las acciones emprendidas por el Gobierno de Colombia, a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías para fortalecer el diálogo entre el Gobierno y las comunidades afro e indígenas, en los que también ha intervenido el Ministerio del Trabajo (ver: CEACR, Convenio núm. 169, Colombia, solicitud directa, 2013). En la misma línea, tomó nota de la instauración en Costa Rica de una mesa de diálogo permanente integrada por varios representantes de los pueblos indígenas que tenía entre sus actividades la promoción de la coordinación y articulación interinstitucional, así como la formulación de una política sobre territorios indígenas (ver: CEACR, Convenio núm. 169, Costa Rica, observación, 2015).



Derechos Humanos



Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.
2. No deberá emplearse forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas.

► 3.1 No discriminación

El Convenio núm. 169 es relevante desde el punto de vista de los derechos humanos. En su preámbulo, el Convenio recuerda “los términos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación”.

El artículo 3 del Convenio reconoce que los pueblos indígenas deben gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación, tanto a nivel individual como colectivo. Esta disposición refuerza la prohibición de discriminación en el empleo y ocupación consagrada en el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111).

El Convenio núm. 169 deja atrás el enfoque integracionista de su antecesor, el Convenio núm. 107, y en su lugar reconoce el derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar sus propias instituciones, lenguas y culturas. En esta línea, el artículo 4 del Convenio núm. 169 establece la obligación de los gobiernos de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas, no pudiendo ser estas medidas contrarias a los deseos expresados por dichos pueblos.

La CEACR ha considerado necesario que los gobiernos desplieguen esfuerzos encaminados a eliminar la discriminación contra los miembros de pueblos indígenas⁴⁸, y de manera particular en materia de empleo y ocupación.⁴⁹ Adicionalmente, ha solicitado a los gobiernos información sobre las entidades encargadas de examinar quejas sobre discriminación contra pueblos indígenas, y sobre el resultado de los procedimientos iniciados al respecto.⁵⁰ Algunos países han informado a la CEACR sobre planes, programas y acciones nacionales de derechos humanos que abordan el problema de la discriminación histórica contra pueblos indígenas, incluso abordando temas como violencia contra mujeres indígenas en el contexto de salud reproductiva.⁵¹

48 Ver, por ejemplo, CEACR, Convenio núm. 169, República Centroafricana, solicitud directa, 2014.

49 CEACR, Convenio núm. 169, Paraguay, solicitud directa, 2014.

50 CEACR, Convenio núm. 169, Guatemala, solicitud directa, 2011.

51 CEACR, Convenio núm. 169, Guatemala, solicitud directa, 2005; Paraguay, solicitud directa, 2017; México, observación, 2019.

La CEACR también ha hecho énfasis en la necesidad de tomar en consideración y abordar los efectos de discriminación múltiple.⁵² Los pueblos indígenas pueden ser sujetos de discriminación por múltiples motivos, incluyendo la etnicidad, sexo, origen social, discapacidad, salud, estado de VIH, u otras razones. La discriminación basada en el sexo, en particular, frecuentemente interactúa con otras formas de discriminación. Las mujeres indígenas frecuentemente se enfrentan a la discriminación basada en el género, etnicidad e identidad indígenas.⁵³

► **Varios países han tomado acciones específicas dirigidas a proteger la integridad de grupos en aislamiento voluntario o contacto inicial.**

► 3.2 Protección de la integridad personal

En varias ocasiones, la CEACR y la CAN han tomado nota con profunda preocupación de los hechos de violencia perpetrados en comunidades indígenas, incluidos asesinatos e intimidaciones, incluso en el marco de reivindicaciones sociales.⁵⁴ En su observación general de 2018, la CEACR llamó a poner fin al clima de violencia, destacando “la importancia de adoptar medidas apropiadas para que se investiguen todos los actos de violencia contra personas o pueblos indígenas y que se garantice la integridad personal y la seguridad de las comunidades indígenas”.⁵⁵ De la misma manera, ha recordado “la importancia de velar por que los pueblos indígenas conozcan sus derechos y tengan acceso a la justicia para hacerlos valer”.⁵⁶

Asimismo, la CEACR ha expresado su preocupación por informaciones presentadas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores relativas a la criminalización de la protesta social. Al respecto, ha recordado la obligación de los Estados “de garantizar que los pueblos indígenas disfruten plenamente de todos sus derechos humanos”.⁵⁷

Varios países han tomado acciones específicas dirigidas a proteger la integridad de grupos en aislamiento voluntario o contacto inicial.⁵⁸ La CEACR también ha abordado esta situación en el marco de la supervisión regular, incluso bajo la base del artículo 18 del Convenio que prevé la imposición de sanciones contra toda intrusión en tierras de los pueblos indígenas, y ha pedido a los gobiernos informaciones sobre dichas medidas.⁵⁹

52 Oficina Internacional del Trabajo, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Dar un rostro humano a la globalización, 2012, párrafo 748.

53 Ver, por ejemplo, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz (A/HRC/30/41), 6 de agosto de 2015.

54 CAN, examen individual, México, 1995.

55 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018. Ver, también, CEACR, Convenio núm. 169, Brasil, observación, 2019, con referencia a “la integridad física y psicológica” de los pueblos indígenas y tribales.

56 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

57 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018. Ver, también, CEACR, Convenio núm. 169, Guatemala, observación, 2018 y Colombia, observación, 2019.

58 Ver, por ejemplo, CEACR, Convenio núm. 169, Perú, solicitud directa, 2017 y Bolivia, solicitud directa, 2019.

59 Ver, por ejemplo, CEACR, Convenio núm. 169, Ecuador, solicitud directa, 2014.

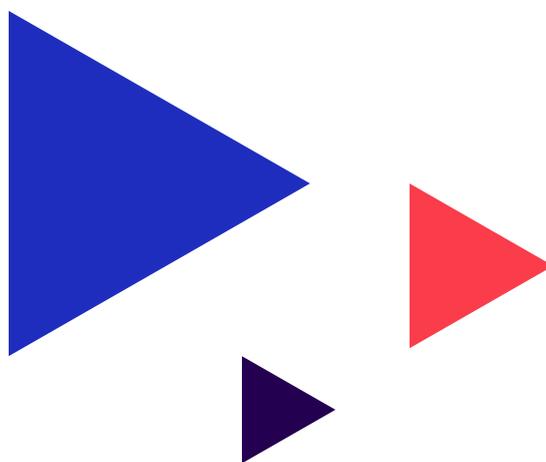
► 3.3 Mujeres indígenas

El párrafo 1 del artículo 3 establece que las normas contenidas en el Convenio deben aplicarse sin discriminación tanto a los hombres como a las mujeres pertenecientes a pueblos indígenas.

En su respuesta al cuestionario enviado por la Oficina con miras a la redacción del Convenio núm. 169, Suecia destacó que dicho instrumento debía prestar una atención adecuada a la situación particular de las mujeres indígenas.⁶⁰ En las discusiones de la Conferencia de 1988, el miembro gubernamental de Canadá propuso que se incluya una disposición que establezca que el Convenio se aplique por igual a hombres y mujeres indígenas, la cual fue apoyada por los miembros trabajadores y varios miembros gubernamentales.⁶¹ En particular, el miembro gubernamental de Noruega destacó que “la condición de las mujeres indígenas se había degradado a menudo como consecuencia de los cambios económicos, por lo que los gobiernos debían tener presente sus obligaciones hacia las mujeres indígenas”.⁶²

El informe de la OIT de 2019 sobre la aplicación del Convenio núm. 169, reveló que las mujeres indígenas se enfrentan a condiciones socioeconómicas más desfavorables que las mujeres no indígenas, lo cual se traduce en altos índices de pobreza.⁶³ En sus comentarios, la CEACR ha prestado especial atención a la situación de las mujeres indígenas, especialmente en relación con el empleo, acceso a la educación y a la salud.⁶⁴ En su solicitud directa para Perú de 2017, por ejemplo, la CEACR pidió al Gobierno informaciones sobre las medidas tomadas “para fomentar el acceso de la mujer indígena a la educación, al mercado de trabajo, a la propiedad de la tierra, así como su participación en los procesos de consulta previa en condiciones de equidad”.⁶⁵

En el ámbito del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, núm. 111, la CEACR ha brindado atención a la situación de discriminación que enfrentan las mujeres indígenas y afrodescendientes.⁶⁶ En varios países, las mujeres indígenas incursionan en el trabajo doméstico, razón por la cual la CEACR también ha abordado la situación de las trabajadoras domésticas indígenas en el ámbito del Convenio sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)⁶⁷.



60 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107). Sexto punto del orden del día. 75ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1988, página 107.

61 Conferencia Internacional de Trabajo 75ª reunión, 1988, actas provisionales N° 32, páginas 32/9-32/10, párrafo 58.

62 *Ibidem*.

63 Ver: [Oficina Internacional del Trabajo, Aplicación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo, 2019](#), especialmente partes II y III.

64 Ver, por ejemplo, CEACR, Convenio núm. 169, México, observación, 2019; Paraguay, solicitud directa, 2017; Nicaragua, solicitud directa, 2018.

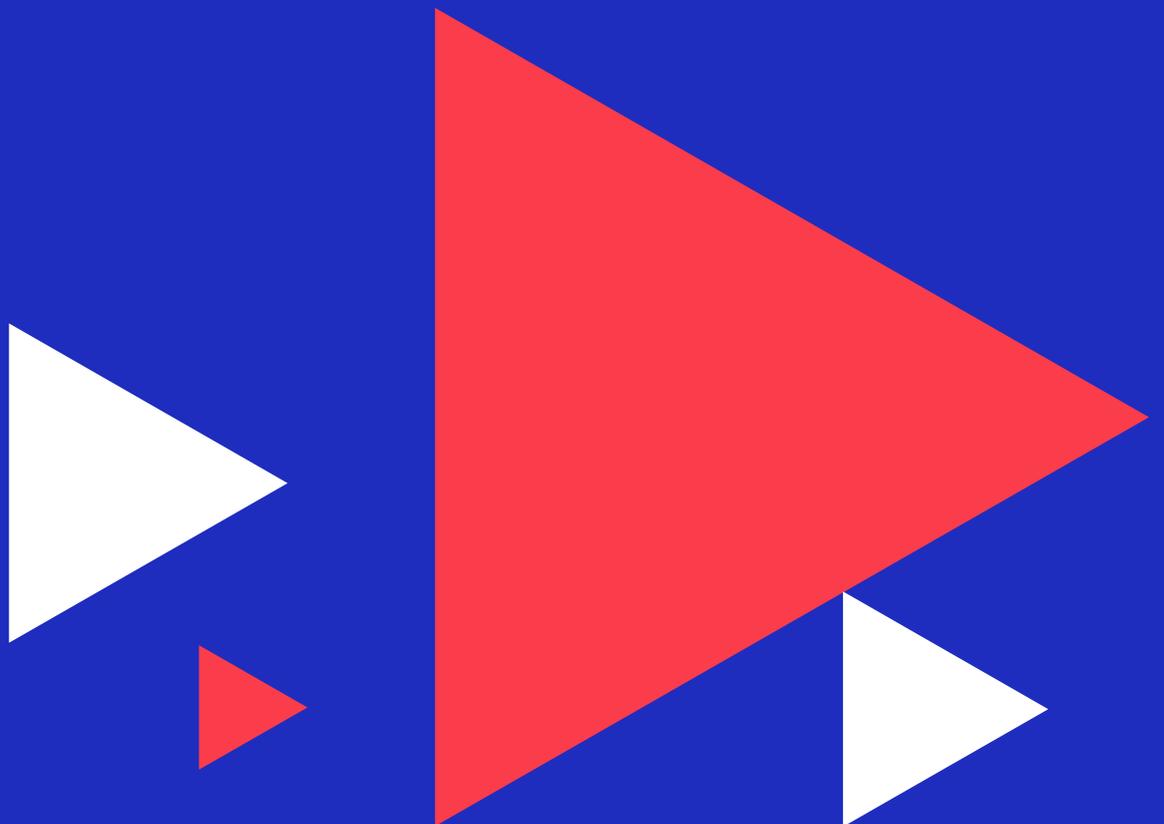
65 CEACR, Convenio núm. 169, Perú, solicitud directa, 2017.

66 CEACR, Convenio núm. 111, Brasil, observación, 2009.

67 Ver, por ejemplo, CEACR, Convenio núm. 189, Bolivia, solicitud directa, 2017.

▶ 4

Obligación de consulta



► 4.1 Consulta como piedra angular del Convenio

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a. consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La obligación de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente constituye la “piedra angular del Convenio núm. 169 y la base de todas sus disposiciones”.⁶⁸ Por esta razón, es importante para los jueces conocer el contenido de esta obligación y su ámbito de aplicación ya que tiene fundamental importancia al examinar no sólo para casos que conciernen la consulta, sino también para aquellos que se refieran a la aplicación de las distintas obligaciones establecidas en el Convenio.

La consulta fue un concepto clave durante la preparación del Convenio núm. 169 ya que cristaliza la transición de un enfoque integracionista hacia uno de promoción del derecho de los pueblos indígenas a participar activamente en la formulación e implementación de decisiones que les afecten. El establecimiento de mecanismos de consulta ha sido recogido como uno de los elementos de la Estrategia de la OIT sobre el Derecho de los pueblos indígenas y tribales a un desarrollo incluyente y sostenible de 2015. Ha sido también objeto de observaciones por parte de organizaciones de empleadores y trabajadores en el marco del sistema de control y por ende abundantemente examinada por la CEACR y la CAN así como por los comités tripartitos en el contexto de reclamaciones.

La consulta constituye un principio fundamental de gobernanza democrática y desarrollo incluyente⁶⁹ que, de acuerdo a la CEACR, “debe ser percibida como un instrumento esencial para promover el diálogo social significativo, la comprensión mutua, así como la seguridad jurídica”⁷⁰. Las consultas pueden además desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.⁷¹

La CEACR ha subrayado que a través de la consulta “se promueve que todas las disposiciones del Convenio se apliquen de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”.⁷² En la misma línea, un comité tripartito enfatizó “la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie

68 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2010.

69 Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT, 2013, página 11.

70 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

71 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2008.

72 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

un diálogo productivo”.⁷³ Es importante tener presente que, la obligación de consultar a los pueblos indígenas radica clara y explícitamente en el gobierno y no en personas o empresas privadas.⁷⁴

Las consultas deben ser formales y cumplir con los requisitos indicados en el artículo 6 del Convenio. Estas deben hacerse a través de las “instituciones representativas” de los pueblos indígenas, orientadas por el principio de “buena fe”, de una “manera apropiada a las circunstancias”, mediante “procedimientos apropiados”, y “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. En los párrafos siguientes se analizará cada uno de estos elementos.



► 4.2 Medidas a ser consultadas

4.2.1 “Cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas...”

El artículo 6 del Convenio establece la obligación de consultar con los pueblos indígenas toda propuesta de medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles directamente. Este artículo no contiene requisitos adicionales respecto al tipo de medida a ser consultada. La expresión “medida legislativa” abarca, por ejemplo, proyectos de legislación sujetos a aprobación del órgano legislativo competente, tanto a nivel federal como estatal en sistemas federados. Un comité tripartito indicó que las reformas constitucionales “constituyen medidas legislativas en el sentido del artículo 6 y por lo tanto, entran indiscutiblemente en el ámbito de este artículo”.⁷⁵ También, la CEACR ha insistido en que deben ser consultadas con los pueblos indígenas las propuestas de legislación para la regulación de la consulta previa.⁷⁶

En la práctica, las regulaciones nacionales han incluido políticas públicas o decretos de carácter reglamentario provenientes del Ejecutivo entre las medidas administrativas sujetas a consulta.⁷⁷ Respecto a la definición de las “medidas administrativas”, un comité tripartito indicó que “la legislación y la práctica nacionales pueden diferenciar entre actos y medidas administrativas siempre que la distinción no implique impedir o restringir el ejercicio de la consulta”.⁷⁸ En cuanto a medidas adoptadas en situaciones de excepción o de emergencia, el mismo comité tripartito señaló que, “si bien ciertas circunstancias tales como los desastres naturales pueden requerir que se tomen medidas urgentes y excepcionales,

73 Reclamación presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares respecto a México, 2006, (GB.296/5/3), párrafo 44.

74 Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT, 2013, página 14.

75 Reclamación presentada por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH) respecto a México, 2004 (GB.289/17/3), párrafo 83.

76 CEACR, Convenio núm. 169, Honduras, observación, 2019. Ver, también, Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT, 2013, página 13.

77 Ver, por ejemplo, Decreto 40932 Costa Rica; Reglamento a la Ley de Consulta Perú, artículo 3.

78 Reclamación presentada por el Sindicato núm. 1 de Panificadores Mapuche de Santiago respecto a Chile, 2016, (GB.326/INS/15/5), párrafo 150.

los procedimientos de consulta deberían restablecerse a la brevedad posible”.⁷⁹

Al momento de examinar la procedencia de la consulta, algunas cortes nacionales han distinguido entre medidas de alcance general y medidas dirigidas exclusivamente a pueblos indígenas.⁸⁰ Al respecto, debe tenerse en cuenta que “en el artículo 6, párrafo 1, a), del Convenio no se introdujeron excepciones al alcance de las “medidas legislativas o administrativas”.⁸¹ Por ello, independientemente de esta distinción siempre que una medida pueda afectar directamente a los pueblos indígenas ameritaría ser sometida a consulta.

Junto al artículo 6, existen otras disposiciones del Convenio que establecen el deber de consulta a los pueblos indígenas en situaciones particulares: antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (artículo 15 (2)); siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (artículo 17 (2)); la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22 (3)); la creación de sus propias instituciones y medios de educación (artículo 27 (3)), y medidas relativas a la alfabetización de niños indígenas en su propia lengua indígena o en la lengua comúnmente hablada en el grupo al que pertenecen (artículo 28 (1)). En todos estos casos la consulta debe realizarse respetando los requisitos establecidos en el artículo 6 del Convenio.

4.2.2 “...susceptibles de afectarles directamente”

De acuerdo al artículo 6 del Convenio, el criterio fundamental para determinar las medidas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas es que estas sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. La incorporación del término “directamente” en la formulación de este artículo fue propuesta por los miembros empleadores, en respuesta a las preocupaciones expresadas por algunos gobiernos de que el ámbito de la obligación de consulta debía ser bien definido.⁸² Algunas cortes nacionales se han referido a este criterio usando el término de “afectación” o “alteración” directa, y a través de su jurisprudencia han tratado de darle contenido.⁸³ Al mismo tiempo, algunos marcos legales existentes para la implementación de la consulta previa también contienen definiciones de este criterio.

En el contexto de una reclamación se analizó si una medida legislativa en materia forestal que expresamente excluía tierras indígenas de su ámbito de aplicación debía ser consultada. Al respecto, el comité tripartito indicó que “la necesidad de identificación de las tierras excluidas, muestra que la ley es susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados”.⁸⁴

79 *Ibidem*, párrafo 137.

80 Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional de Perú (sentencia del pleno), demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6226 ciudadanos contra el Decreto Legislativo 994 mediante el cual se promovía la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola. Sentencia emitida el 26 de julio de 2011 (Exp. N° 00024-2009-PI), Fundamentos, sección 3, párrafo 6. Ver, también, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, acción de inconstitucionalidad respecto del proceso de formación de la Ley Forestal. Sentencia emitida el 23 de enero de 2008 (C-30/08), párrafo 4.2.2.2.1.

81 Reclamación presentada por el Sindicato núm. 1 de Panificadores Mapuche de Santiago respecto a Chile, 2016, (GB.326/INS/15/5), párrafo 149.

82 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1988, páginas 30-31. Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, Actas provisionales N° 32, página 32/11 para. 76.

83 Ver, por ejemplo, sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Demanda de inconstitucionalidad por parte de 6226 ciudadanos contra el Poder Ejecutivo. Sentencia del 26 de julio de 2011 (Expediente N° 00024-2009-PI). En su pronunciamiento, al referirse al criterio de alteración directa, la Corte indicó: “Aún así no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas”. Ver, también, Corte Constitucional de Colombia, C-030/08 en la cual la Corte desarrolla el concepto de “afectación directa” en relación a medidas legislativas.

84 Reclamación presentada por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal respecto a Brasil, 2009, (GB.304/14/7), párrafo 41.

► 4.3 Buena fe

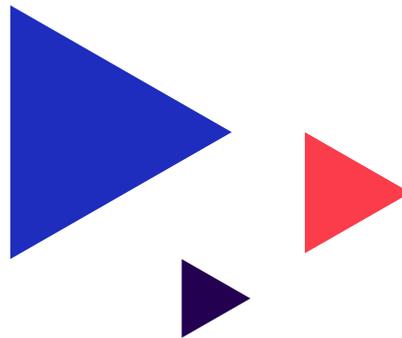
El principio de buena fe rige la consulta previa y tiene como objetivo garantizar que la consulta no sea simplemente una formalidad, tal como se manifestó en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988⁸⁵, sino que realmente contribuya a la participación efectiva de los pueblos indígenas.

Los órganos de supervisión de la OIT han destacado que durante la consulta debe producirse un “verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo”.⁸⁶ Por ello, “las consultas proforma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio”.⁸⁷ La CAN ha subrayado también que “un diálogo auténtico debe estar basado en el respeto de los derechos y la integridad de los pueblos indígenas”.⁸⁸ La CEACR ha destacado que los procesos de consulta ayudan a fortalecer la confianza entre el gobierno y los pueblos indígenas.⁸⁹

En algunos países, el procedimiento de consulta incluye una etapa de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos obtenidos como resultado de la consulta.⁹⁰ En sus comentarios, la CEACR ha solicitado a los gobiernos información sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a los acuerdos a los que se ha llegado con las comunidades consultadas.⁹¹

► 4.4 Carácter previo

La consulta debe brindar a los pueblos indígenas “la posibilidad efectiva de expresar su punto de vista en el proceso de formulación de decisiones que les afecten”⁹². Como lo indicó un comité tripartito, para alcanzar este objetivo, es necesario que la consulta se realice con la “suficiente antelación”⁹³ a la adopción de la medida en cuestión. Es entonces fundamental que los gobiernos garanticen “que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad” otorgando “tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisión y participen de manera eficaz en las decisiones adoptadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales”.⁹⁴



85 Conferencia Internacional de Trabajo 1988, Actas provisionales N° 32, página 32/11, párrafo 74.

86 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018. Ver, también, Reclamación presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) respecto a Ecuador, 2001 (GB.282/14/2), párrafo 38.

87 CEACR, observación general, 2011.

88 CAN, examen individual, Perú, 2009.

89 CEACR, Convenio núm. 169, Chile, observación, 2018.

90 Este es el caso de la Ley de Consulta de Perú (N° 29785), artículo 15 y del Decreto N° 40932 de 2018 de Costa Rica sobre consulta previa que establece el mecanismo general de consulta a pueblo indígena, artículo 37.

91 Ver, por ejemplo, CEACR, Guatemala, solicitud directa, 2011; Chile, observación, 2018.

92 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 37.

93 Reclamación presentada por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.) respecto a Argentina, 2008 (GB.303/19/7), párrafo 64.

94 Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, 2013, página 16.

- Los órganos de supervisión de la OIT han destacado que durante la consulta debe producirse un “verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo”.

► 4.5 Instituciones representativas

En línea con el reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas “a asumir el control de sus propias instituciones”, plasmado en el preámbulo del Convenio, el artículo 6 requiere que la consulta se lleve a cabo por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. A dicho requerimiento se le ha denominado como el “principio de representatividad”⁹⁵. La Reunión de Expertos de 1986 reconoció que los pueblos indígenas “ya poseían sus propias instituciones y procedimientos para la adopción de decisiones”⁹⁶. Así también, en la discusión sobre el proyecto de artículo 6 del Convenio, los miembros trabajadores insistieron en que la consulta debía garantizar que los pueblos indígenas puedan expresarse por intermedio de sus propias instituciones, lo cual fue también apoyado por los miembros empleadores.⁹⁷

El Convenio no determina la naturaleza o las características de lo que debe ser una instancia representativa de los pueblos indígenas. Como lo resaltó un comité tripartito, “[d]ada la diversidad

de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”⁹⁸. Además, según las circunstancias del caso, “la institución apropiada puede ser representativa a nivel nacional, regional o comunitario; puede ser parte de una red nacional o puede representar a una única comunidad”⁹⁹. Otro comité tripartito acotó que es fundamental que “las autoridades competentes se cercioren de que se convoque a los procedimientos de consulta y participación a todas las organizaciones surgidas del propio proceso de los pueblos indígenas y que den lugar a que se expresen las diversas posiciones y sensibilidades que pueda haber”¹⁰⁰.

Es importante tener presente que “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”¹⁰¹. El apartado c) del párrafo 1 del artículo 6 establece que los gobiernos deberán “establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

95 Reclamación presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) respecto a Ecuador, 2001 (GB.282/14/2), párrafo 44.

96 Consejo de Administración, 234ª Reunión, Informe de la Reunión de Expertos sobre la Revisión Parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), noviembre de 1986, (GB.234/5/4), párrafo. 94.

97 Conferencia Internacional del Trabajo, 1989, actas provisionales N° 25, página 25/13 1972, para. 72.

98 Reclamación presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y otras organizaciones respecto de México, 2004 (GB.289/17/3), párrafo 102.

99 Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, 2013, página 15.

100 Reclamación presentada por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un. T. E. R), gremio base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C. T. E. R. A.) respecto a Argentina, 2008 (GB.303/19/7), párrafo 76.

101 Reclamación presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) respecto a Ecuador, 2001 (GB.282/14/2), párrafo 44.

► 4.6 Procedimientos apropiados

Para que un proceso de consulta se considere como apropiado este debe generar “las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado”.¹⁰² El informe de la Oficina para la Conferencia de 1988 destacó que la participación de los pueblos indígenas debería ser respaldada “por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional de acuerdo a las condiciones del país” y en su aplicación “adaptarse a la situación de las poblaciones indígenas y tribales interesadas”.¹⁰³

Los órganos de supervisión de la OIT han recordado la necesidad de establecer “mecanismos eficaces de consulta que tengan en cuenta la concepción de los gobiernos y de los pueblos indígenas y tribales sobre los procedimientos a seguir”.¹⁰⁴ En particular, la CEACR ha insistido en que dichos pueblos “participen y sean consultados [...], incluso respecto de la elaboración de disposiciones sobre los procesos de consulta, y que la normativa sobre la consulta refleje, en particular, los elementos contenidos en los artículos 6, 7, 15 y, 17, párrafo 2, del Convenio”.¹⁰⁵ Debe también tenerse en cuenta que la CEACR ha subrayado la importancia de que se realice “una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, a fin de continuar mejorando su eficacia”.¹⁰⁶

► 4.7 Objetivo de la consulta

Al tenor del artículo 6 del Convenio, la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Esto implica que las consultas deben ser realizadas sin injerencias,¹⁰⁷ garantizando a los pueblos indígenas “la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas”.¹⁰⁸

Durante las discusiones en la Conferencia de 1988, el representante gubernamental de Estados Unidos propuso hacer uso del término “plena consulta” en lugar de “buscar el consentimiento”, propuesta que fue rearticulada por el miembro gubernamental de Noruega, quien propuso utilizar la frase “consultar plenamente con miras a obtener el consentimiento”.¹⁰⁹ El miembro gubernamental de Canadá destacó que la propuesta de Noruega ya estaba implícita en el lenguaje propuesto por Estados Unidos pues “no sólo requería consultas formales, sino consultas de buena fe a través de los mecanismos apropiados”.¹¹⁰ En consecuencia, el término “plena consulta” fue reflejado en las conclusiones adoptadas por parte de la Conferencia luego de la primera discusión.¹¹¹

En sus respuestas a la propuesta de artículo 6 preparado por la Oficina que recogía el término “plena”, el Grupo Internacional de Pueblos Indígenas, cuyos comentarios fueron transmitidos por Canadá, propuso sustituir el término “consultar plenamente” por “obtener el consentimiento”, lo que fue apoyado por los sindicatos de Dinamarca, Estados Unidos, Japón, Noruega y Suiza.¹¹² El proyecto final de artículo 6 sometido a debate en la Conferencia de 1989

102 Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, 2013, página 16.

103 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 33.

104 Reclamación presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) respecto a Ecuador, 2001 (GB.282/14/2), párrafo 45; reiterada en CEACR, Ecuador, observación, 2013.

105 CEACR, Convenio núm. 169, Perú, observación, 2009.

106 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2010.

107 CEACR, observación general, 2018.

108 CEACR, observación general, 2010.

109 Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, actas provisionales N° 32, página 32/11, párrafo 74

110 *Ibidem*.

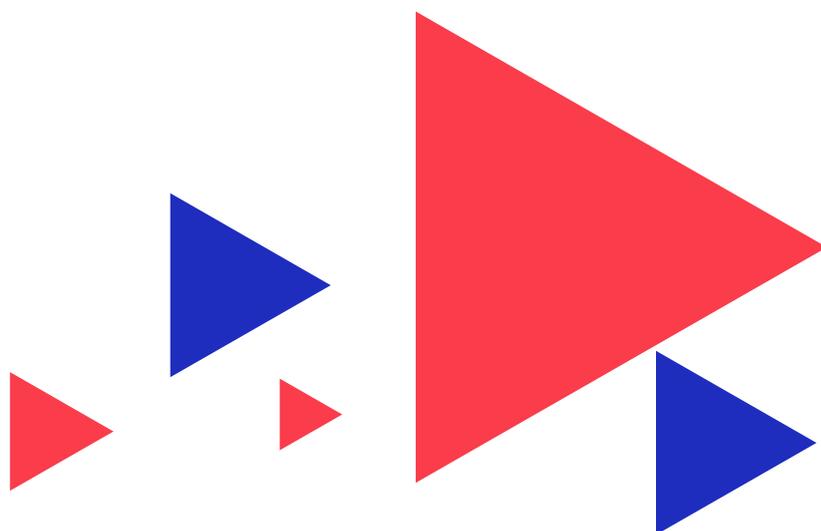
111 Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, actas provisionales N° 32, página 32/11, ver párrafos del 72 al 81.

112 Oficina Internacional del Trabajo, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1989, páginas 21-22. Conferencia Internacional del Trabajo, 1989, Actas provisionales N° 25, párrafo 68.

no incorporó el término “plenamente”. En su lugar, el proyecto de artículo estableció que las consultas debían realizarse “con la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento acerca de las medidas propuestas”.¹¹³ Durante la Conferencia de 1989, los miembros trabajadores insistieron en reemplazar el término “consultar a” por “obtener el consentimiento”; frente a esta propuesta, los empleadores indicaron que la redacción propuesta por la Oficina era acorde con lo empleado por la OIT pues requería la existencia de un diálogo, y, en consecuencia, rechazaron la enmienda de los trabajadores por considerarla rígida.¹¹⁴ Varios otros miembros gubernamentales se opusieron a la enmienda de los trabajadores, por lo que no fue adoptada.¹¹⁵

La CEACR, en base al examen de los trabajos preparatorios del Convenio, ha recalado que las consultas “no implican un derecho de veto, ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”.¹¹⁶ Un comité tripartito señaló que si bien “el artículo 6 no establece la obtención del consentimiento como requisito de su validez, “sí exige que la consulta tenga el objetivo de alcanzarlo, lo cual requiere la instauración de un proceso de diálogo, intercambio verdadero y buena fe entre los diferentes interlocutores”.¹¹⁷

Los órganos de supervisión de la OIT han recordado la necesidad de establecer “mecanismos eficaces de consulta que tengan en cuenta la concepción de los gobiernos y de los pueblos indígenas y tribales sobre los procedimientos a seguir”.



113 Ver proyecto de Convenio sometido a la Conferencia Internacional del Trabajo, 1989 en Oficina Internacional del Trabajo, Informe IV (2B), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1989.

114 Conferencia Internacional del Trabajo, 1989, Actas provisionales N° 25, página 25/12, ver párrafo 68.

115 *Ibidem*.

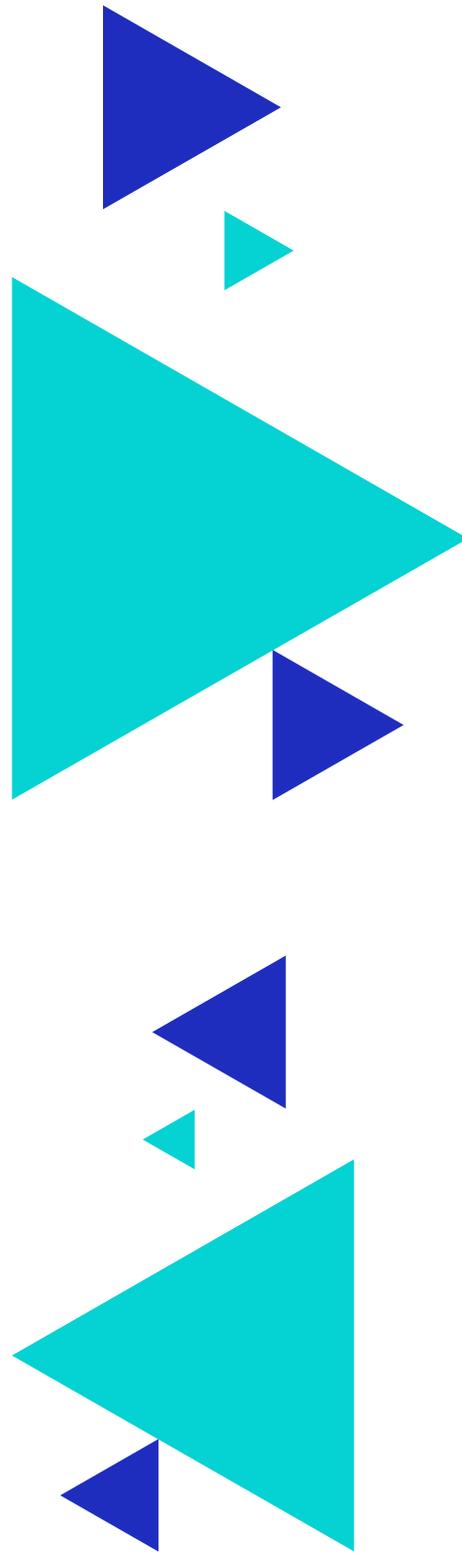
116 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2010.

117 Reclamación presentada por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un. T. E. R), gremio base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C. T. E. R. A.) respecto a Argentina, 2008 (GB.303/19/7), párrafo 81.

► 4.8 Consulta respecto de actividades extractivas, participación en beneficios e indemnización

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.



En varias ocasiones las cortes han sido llamadas a decidir casos relacionados a la aplicación de la consulta en proyectos de extracción de recursos naturales ubicados en tierras ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas. El informe de la Oficina preparado para la Conferencia de 1988 estableció que “[u]n convenio internacional no puede formular directrices detalladas sobre las condiciones precisas en que todas las actividades relativas a la explotación de recursos naturales pueden o no tener lugar en tierras de los pueblos indígenas y tribuales”, aunque sí se puede “proporcionar un marco general para tratar estas cuestiones”.¹¹⁸

Durante la preparación del Convenio núm.169, hubo un consenso general con respecto a que los pueblos indígenas debían tener derechos sobre los recursos naturales existentes en las zonas que ocupan.¹¹⁹ En este sentido, también existió “un amplio acuerdo en que, en primer lugar, a los pueblos considerados se les debería atribuir el control de la fauna y de otros recursos pertenecientes a sus tierras tradicionales, que son fundamentales para la continuación de sus formas de vida habituales”.¹²⁰ La consejera técnica de los empleadores de los Estados Unidos señaló que “el Convenio revisado debería reconocer otros medios de control efectivo sobre las tierras y no limitarse al ejercicio del derecho de propiedad” y agregó que “[l]os derechos de los pueblos indígenas, en su sentido territorial, deberían extenderse a la flora, fauna, los recursos naturales, la pesca costera y las riquezas del subsuelo”.¹²¹

Por otro lado, se propuso por parte de algunos gobiernos, organizaciones indígenas y organizaciones de trabajadores, la inclusión de un deber de los gobiernos de instaurar mecanismos participativos de buena fe con los pueblos indígenas antes de emprender programas de prospección y explotación de

recursos naturales en sus tierras, asegurando su participación en los beneficios.¹²² Por su parte, los miembros empleadores consideraron que era difícil formular declaraciones absolutas sobre la propiedad de los recursos del subsuelo, por lo que “favorecían la adopción de una postura que no interfiriese con los derechos de los Estados, pero que permitiera consultar a los pueblos indígenas respecto a la explotación de los recursos, y a la mayor protección posible de sus condiciones de vida”.¹²³ Esto se materializó en una disposición específica sobre consulta en el artículo 15 (2) del Convenio que prevé la obligación de los gobiernos de “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Debe tenerse en cuenta que, el artículo 15(2) es respetuoso del principio presente en muchas legislaciones según el cual la propiedad de los recursos del subsuelo le pertenece al Estado.

Si bien algunas legislaciones nacionales contemplan mecanismos de participación en el proceso de evaluación de estudios de impacto ambiental, la CEACR ha sostenido que “[l]a realización, por parte de la empresa, de estudios de impacto ambiental no reemplaza la consulta prevista en el artículo 15 (2)”, recordando además que “la obligación sobre esta consulta recae en el Gobierno y no en la empresa”.¹²⁴ Un comité tripartito recordó que el artículo 6 establece que la consulta debe ser “previa”, “lo que implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, incluyéndolos en la realización de estudios de impacto ambiental”, y subrayó que “reuniones o consultas llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los artículos 6 y 15, (2) del Convenio”.¹²⁵ La CEACR

118 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 61.

119 Oficina Internacional del Trabajo, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1989, página 43.

120 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1988, página 56.

121 Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, Actas provisionales N° 36, página 36/22.

122 Oficina Internacional del Trabajo, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm.107), Cuarto punto del orden del día. 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1989, páginas 39-44.

123 Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, actas provisionales N° 32, página 32/17, párrafo 129.

124 CEACR, Convenio No. 169, Guatemala, observación, 2005.

125 Reclamación presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) respecto a Colombia, 2001 (GB.282/14/3), párrafo 90. Las cortes nacionales, también han destacado la importancia de que la consulta se inicie con suficiente antelación de manera que los pueblos indígenas puedan influir en el resultado final de la decisión.

ha alentado a los gobiernos a establecer el deber de consulta en la legislación relacionada con la exploración y explotación de los recursos naturales.¹²⁶

Respecto a situaciones en las que proyectos de prospección o explotación de recursos han sido autorizados con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio núm. 169, un comité tripartito afirmó que “las disposiciones del Convenio no pueden ser aplicadas retroactivamente, en particular por lo que respecta a cuestiones de procedimientos”, pero que el Convenio es aplicable en lo concerniente a actividades llevadas a cabo después de que dicho instrumento entrara en vigor.¹²⁷ El mismo comité subrayó que “la obligación de consultar con los pueblos interesados no es aplicable sólo a la celebración de contratos sino que surge de manera general en el contexto de la aplicación de las disposiciones del Convenio”.¹²⁸

Respecto al procedimiento de consulta, la CEACR ha señalado que “los Gobiernos deben tener presente los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 6 del Convenio y las disposiciones del artículo 7, según el cual, entre otros, ‘los Gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios en cooperación con los pueblos interesados a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medio ambiente, que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre estos pueblos. Los resultados de

estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.¹²⁹

El párrafo 1 del artículo 15 del Convenio dispone como principio general que los pueblos indígenas tienen derechos respecto a los recursos naturales existentes en sus tierras, lo que comprende el derecho “a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Con respecto a la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que reporten las actividades de explotación de recursos existentes en sus tierras, contemplado en el párrafo 2 del artículo 15, la CEACR ha considerado que “no existe un modelo único de participación en los beneficios, como prevé el artículo 15, párrafo 2, y que los sistemas idóneos tienen que establecerse en cada caso en particular, teniendo en cuenta la circunstancia de la especial situación de los pueblos indígenas interesados”.¹³⁰ En esa misma disposición se establece el deber de los gobiernos de otorgar a los pueblos indígenas afectados por programas de explotación “una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultados de esas actividades”. Sobre la definición de la expresión “indemnización equitativa”, durante la discusión del proyecto del Convenio se consideró que era una cuestión que debía ser abordada de conformidad con las normas y procedimientos establecidos a nivel nacional.¹³¹

Ver: Decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de sentencia de acción de amparo promovida por Bernardo CaalXól contra el Ministerio de Energía y Minas. Sentencia dictada el 26 de mayo de 2017 (Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017). La Corte sostuvo: “procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben efectuarse desde las primeras etapas de elaboración y planificación de la medida propuesta, con la finalidad de que los pueblos indígenas puedan realmente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”.

126 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2010.

127 Reclamación presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) respecto a Ecuador, 2001 (GB.282/14/2), párrafo 28.

128 *Ibidem*, párrafo 30.

129 CEACR, Guatemala, observación, 2005.

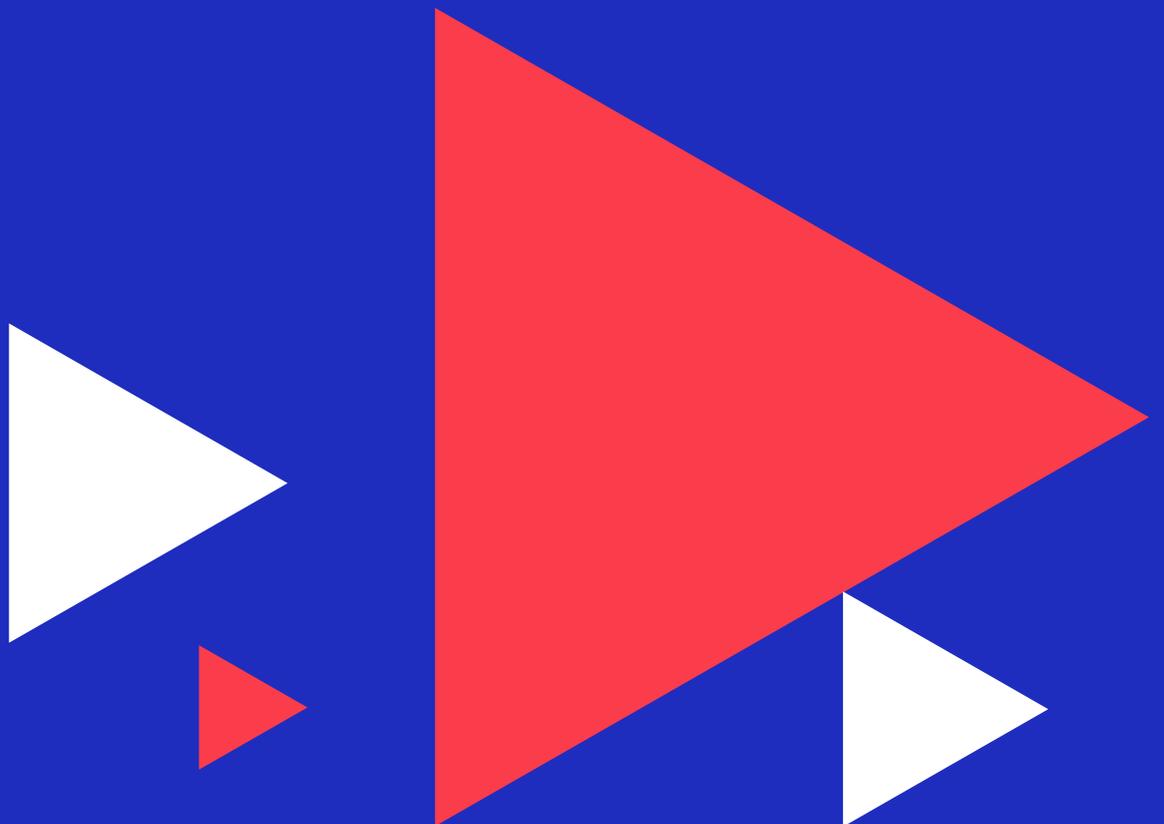
130 CEACR, Noruega, observación, 2009.

131 Oficina Internacional del Trabajo, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm.107), Cuarto punto del orden del día. 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1989, página 44.



▶ 5

Desarrollo, participación y estudios de impacto

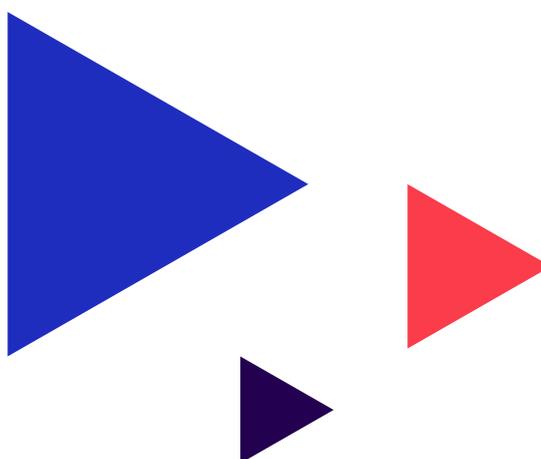


Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente, que las actividades de desarrollo previstas puedan tener en esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

► 5.1 Derecho a decidir prioridades del desarrollo

El preámbulo del Convenio núm. 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus formas de vida y desarrollo económico dentro del marco de los Estados en que viven. La Reunión de Expertos de 1986, en sus conclusiones, señaló que “[L]os pueblos indígenas y tribales deberían gozar tanto como sea posible del control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural”.¹³² Algunos miembros de la Reunión opinaron que “la razón del fracaso de muchos programas de desarrollo económico radicaba en que habían sido impuestos desde arriba, en vez de ser el resultado de los deseos de la población directamente afectada”, y consideraron que “los pueblos indígenas y tribales deberían tener derecho a determinar en toda circunstancia, si los programas de desarrollo económico podían afectarlos y en qué forma”.¹³³

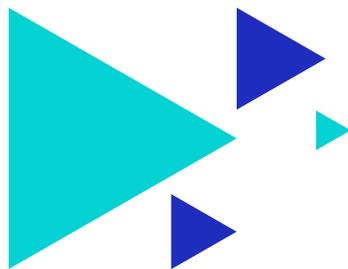


¹³² Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), 1987, Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, Anexo I, Extractos del Informe de la Reunión de Expertos, conclusión 2.

¹³³ Informe de la Reunión de Expertos sobre la Revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107). Ginebra, 1-10 de septiembre de 1986 (APPL/MER/107/1986/D.7), párrafo 57.

La CEACR ha destacado que el Convenio núm. 169 “consagra como eje fundamental el derecho de los pueblos indígenas a participar de manera efectiva en la adopción de decisiones que puedan afectarlos, así como en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”¹³⁴, en línea con lo dispuesto en el artículo 7 (1) del Convenio. La CEACR también ha enfatizado que “[i]ncluso cuando hay cierto grado de participación general a escala nacional y se realizan consultas *ad hoc* sobre ciertas medidas, puede que esto no sea suficiente para cumplir con los requisitos del Convenio en lo que respecta a la participación en la formulación e implementación de los procesos de desarrollo”.¹³⁵

El concepto de participación presente en el artículo 7 del Convenio implica también que “los pueblos indígenas no deben dar a conocer únicamente su reacción y ser capaces de influir sobre las propuestas iniciadas desde el exterior, sino que deben participar activamente y proponer medidas, programas y actividades que construyan su desarrollo”.¹³⁶ Además, un comité tripartito destacó que “[l]os proyectos especiales para las regiones donde habitan los pueblos interesados deberán elaborarse de modo que promuevan el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud, con su participación y cooperación”.¹³⁷



► 5.2 Participación en estudios de impacto

La necesidad de llevar a cabo estudios del impacto social, espiritual, y cultural respecto de proyectos de desarrollo en cooperación con los pueblos indígenas tiene como fin prevenir o mitigar los impactos negativos de dichos proyectos sobre dichos pueblos. El Informe de la Oficina para la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988 subrayó que “exigir tales estudios elevaría el valor de la consulta con estos pueblos al promover una evaluación objetiva de los intereses de todas las partes en causa”.¹³⁸ Una de las conclusiones propuestas por la Oficina con miras a la primera discusión indicó: “Si hubiere lugar, deberían efectuarse estudios sociales y ecológicos, en colaboración con los pueblos en cuestión”.¹³⁹ Los miembros trabajadores presentaron una enmienda para que dicha formulación sea redactada en términos de obligación”, la cual fue apoyada y adoptada por consenso.¹⁴⁰ También presentaron otra enmienda dirigida a requerir a los gobiernos “que asegurasen que los pueblos en cuestión dispondrían de los recursos adecuados para realizar ellos mismos tales estudios”.¹⁴¹ Sin embargo, esta propuesta no recibió el apoyo de los empleadores ni de varios representantes gubernamentales, por lo que fue retirada.

En el contexto de una reclamación, un comité tripartito indicó que “los artículos 2, 1); 2, 2), b); 6; 7 y 15, 2) contemplan que se deberá consultar a los pueblos interesados antes de finalizar el estudio ambiental y el plan de manejo ambiental”.¹⁴² La CEACR ha recordado la necesidad de velar porque toda propuesta de legislación relativa a la evaluación de impactos ambientales: “i) dé cumplimiento a los artículos 6 y 15 del Convenio en lo que respecta a la consulta con los pueblos

134 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

135 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2008.

136 Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, 2013, página 20.

137 Reclamación presentada por el Sindicato núm. 1 de Panificadores Mapuche de Santiago respecto a Chile, 2016, (GB.326/INS/15/5), párrafo 149.

138 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 39.

139 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1988, página 111.

140 Conferencia Internacional de Trabajo, 1988, actas provisionales N° 32, página 32/13 para. 93.

141 *Ibidem*, para. 94.

142 Reclamación presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) respecto a Colombia, 2001 (GB.282/14/3), párrafo 78.

En línea con el párrafo 3 del artículo 7 del Convenio, la CEACR ha pedido a los gobiernos informaciones sobre la forma en que los pueblos indígenas y tribales participan en las actividades relacionadas a la evaluación de la incidencia social, espiritual, cultural y medioambiental que los proyectos de desarrollo puedan tener sobre sus territorios y derechos colectivos.

indígenas sobre proyectos de prospección o explotación de recursos existentes en tierras tradicionalmente ocupadas por dichos pueblos; ii) asegure la cooperación de los pueblos interesados en la evaluación de la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo puedan tener sobre dichos pueblos, en base al artículo 7 del Convenio, y iii) atienda las situaciones previstas en los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 16 del Convenio en relación con proyectos que impliquen el traslado de los pueblos interesados de sus tierras tradicionalmente ocupadas”.¹⁴³ También, en línea con el párrafo 3 del artículo 7 del Convenio, la CEACR ha pedido a los gobiernos informaciones sobre la forma en que los pueblos indígenas y tribales participan en las actividades relacionadas a la evaluación de la incidencia social, espiritual, cultural y medioambiental que los proyectos de desarrollo puedan tener sobre sus territorios y derechos colectivos.¹⁴⁴ Asimismo, ha solicitado información sobre cómo los resultados de los

estudios de impacto ambiental, social y cultural, llevados a cabo con la participación de los pueblos indígenas, han sido considerados como criterios fundamentales para la realización de actividades mineras en comunidades indígenas.¹⁴⁵

Algunos gobiernos han adoptado medidas para asegurar que las evaluaciones de impacto ambiental tengan en cuenta también las repercusiones del proyecto en cuestión sobre los pueblos indígenas. En su memoria de 2013, Costa Rica indicó que la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, al momento de ingresar un formulario de evaluación de impacto ambiental, procede a la revisión de la ubicación geográfica del proyecto a fin de determinar la presencia de pueblos indígenas; y que, en caso de existir, informa al desarrollador para que ese elemento sea contemplado dentro de la evaluación ambiental. Asimismo, las Cortes se han referido a la aplicación del artículo 7(3), en su jurisprudencia.¹⁴⁶

143 CEACR, Convenio núm. 169, Chile, observación, 2018.

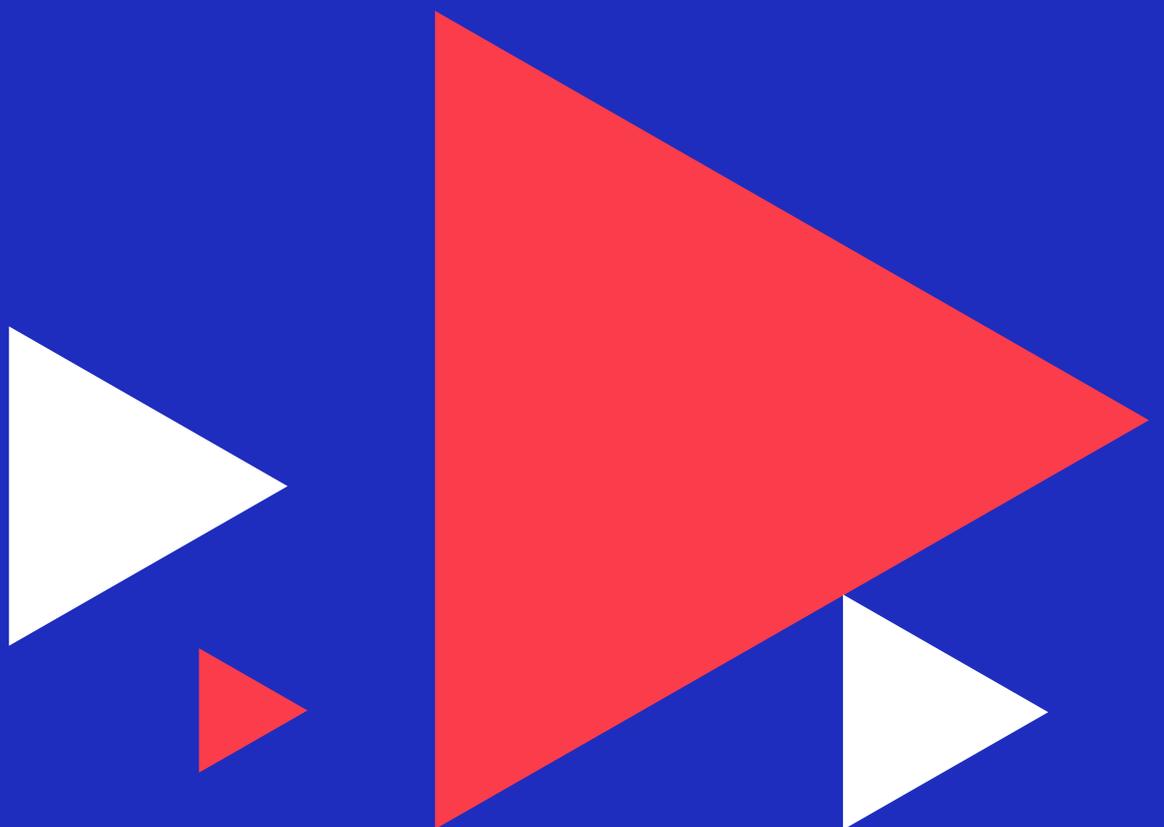
144 CEACR, Convenio núm. 169, Nicaragua, solicitud directa, 2018.

145 CEACR, Convenio núm. 169, Colombia, solicitud directa, 2019.

146 Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Chile, Informe sobre el Proyecto de Ley que Moderniza al SEIA (núm. 20 2018), 5 de septiembre de 2018; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 123/18.

▶ 6

**Relación especial entre
los pueblos indígenas y sus
tierras tradicionalmente
ocupadas**



► 6.1 Relación especial entre los pueblos indígenas y sus tierras tradicionalmente ocupadas

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

El artículo 13 del Convenio reconoce el carácter especial de la relación que une a los pueblos indígenas con las tierras que ocupan tradicionalmente. El párrafo 2 de dicho artículo define al término *tierras* en el sentido de que abarca “el concepto de territorio, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de otra manera”.¹⁴⁷ Dichos usos podrían incluir actividades como “la caza, la pesca, o rituales religiosos culturales”.¹⁴⁸ Durante las discusiones de la Reunión de Expertos de 1986, el representante del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, al pronunciarse sobre la relación especial de dichos pueblos con sus tierras, indicó que en el Convenio revisado “se debería hacer referencia a los territorios que tradicionalmente ocupan y no simplemente a las tierras”.¹⁴⁹ Hizo hincapié también en que el concepto de *tierras* debía incluir las aguas, el subsuelo, el espacio aéreo, así como la vida vegetal y animal y todos los recursos.¹⁵⁰ Otro experto subrayó que era importante incluir bajo dicho concepto a las aguas costeras y los bancos de hielo.¹⁵¹

Por otro lado, varios expertos opinaron que el nuevo Convenio debería manifestar una preferencia por las formas colectivas de propiedad.¹⁵² En las discusiones en la Conferencia de 1988, la consejera técnica de los empleadores de los Estados Unidos sostuvo que “el criterio de la propiedad individual de la tierra no podía conciliarse con el carácter predominantemente colectivo de la vida y los actos de los pueblos indígenas”.¹⁵³

Ante la divergencia de opiniones de gobiernos, organizaciones de empleadores, organizaciones de trabajadores y organizaciones indígenas en relación con el uso de los términos *tierras* y *territorios*, la Oficina propuso utilizar ambos términos en el proyecto de Convenio. Luego de intensos debates, esta propuesta fue aprobada y reflejada en el texto final del artículo 13. Sobre este punto, en su intervención en la Conferencia de 1989, el consejero técnico de los empleadores de México consideró que “los gobiernos

147 El concepto de territorios, indicado en el artículo 13 del Convenio, ha sido invocado también en la jurisprudencia nacional. Ver: Tribunal Constitucional de Bolivia, Recurso de amparo constitucional presentado por el Director Técnico del Servicio Departamental de Caminos Tarija contra el presidente de la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu. Sentencia dictada el 25 de octubre de 2010 (2003/2010-R).

148 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018

149 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), 1 Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987; Anexo I, Extractos del Informe de la Reunión de Expertos, página 118, párrafo 63.

150 *Ibidem*

151 *Ibidem*

152 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 50.

153 Conferencia Internacional del Trabajo, de 1988, actas provisionales N° 36, página 36/22.

deberán resolver lo relativo a tierras, a la luz de sus respectivos sistemas legales, políticos y económicos”.¹⁵⁴

La definición de tierras contenida en el artículo 13 (2) del Convenio, debe tomarse en cuenta para la aplicación de los artículos 15 y 16 del Convenio. Un comité tripartito indicó que el artículo 15, párrafo 2 del Convenio no impone como requisito para su aplicación que los pueblos indígenas tengan títulos de propiedad, sino que “procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en tierras que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de otra manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos”.¹⁵⁵ El mismo comité también subrayó que “los derechos sobre las tierras ocupadas tradicionalmente y reconocidos por el Convenio no tienden solamente a preservar la propiedad y posesión sino también la propia sobrevivencia de los pueblos indígenas como tales y su continuidad histórica”.¹⁵⁶ La importancia del aspecto colectivo de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras fue destacada por otro comité tripartito al indicar que “la pérdida de tierras comunales, a menudo causa perjuicio a la coherencia y viabilidad de los pueblos concernidos”.¹⁵⁷

► Se define al término tierras en el sentido de que abarca “el concepto de territorio, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de otra manera”.

► 6.2 Derechos de propiedad y posesión (demarcación y titulación)

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

¹⁵⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, de 1989, actas provisionales N° 31, página 31/1.

¹⁵⁵ Reclamación presentada por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC) respecto a Guatemala, 2007 (GB.299/6/1), párrafo 48.

¹⁵⁶ *Ibidem*

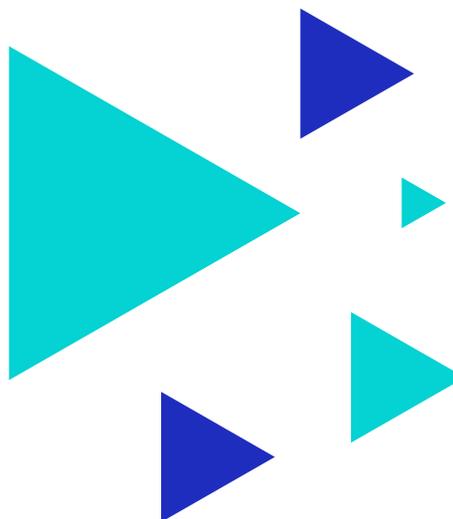
¹⁵⁷ Reclamación presentada por la Confederación de Trabajadores del Perú (CGTP) respecto a Perú, 1998 (GB.270/16/4), párrafo 30.

Muchas de las acciones presentadas por los pueblos indígenas ante cortes nacionales e internacionales abordan la cuestión de tierras. El artículo 14 consagra los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento del derecho a las tierras se fundamenta en la ocupación tradicional y no en un eventual reconocimiento o en el registro legal oficial de dicha propiedad.¹⁵⁸

El término “tradicionalmente” fue objeto de discusión durante la preparación del Convenio. Al respecto, la Oficina indicó que “[n]o se puede considerar de forma realista que este término implique que estos pueblos deberían tener derechos de propiedad reconocidos sobre todas las tierras tradicionalmente ocupadas por los mismos en todas las fases anteriores de su historia”, y que “no tiene como fin suscitar una investigación detallada sobre el pasado histórico”.¹⁵⁹

El artículo 14, (2), establece también la obligación de los gobiernos de determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente, a fin de garantizar la protección de sus derechos de propiedad y posesión. Para cumplir con esta obligación, “los gobiernos deben establecer procedimientos para identificar las tierras de los pueblos indígenas y tomar medidas para proteger sus derechos de propiedad y posesión, que incluyen la demarcación y el otorgamiento de títulos”.¹⁶⁰ Algunos expertos y varios observadores indígenas que participaron en la Reunión de Expertos de 1986 consideraron que era necesario que los propios pueblos indígenas y tribales definan estos territorios o participen en su deslinde y demarcación.¹⁶¹ Cabe mencionar que, ante la sugerencia hecha por algunos constituyentes de incorporar una disposición que asegure la colaboración de los pueblos indígenas en la adopción de medidas para la identificación de sus tierras, la Oficina explicó que este principio ya estaba asegurado en las disposiciones generales del Convenio, por lo que no era necesario repetirlo.¹⁶²

En sus comentarios, la CEACR ha solicitado a los gobiernos información sobre los mecanismos existentes para la demarcación y regularización de las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas, incluyendo indicaciones sobre la cantidad de tierras regularizadas y las tierras por regularizar.¹⁶³ Un comité tripartito, al reconocer que “la regularización de las tierras requiere tiempo y que no basta con la adopción de legislación sino que es el resultado de un proceso complejo”, recalcó que “los pueblos indígenas no deben resultar perjudicados por la duración de dicho proceso” y que por ello era aconsejable “que durante dicho proceso se adopten medidas transitorias para proteger los derechos sobre las tierras de los pueblos interesados”.¹⁶⁴



158 Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, 2013, página 21.

159 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1988, página 50.

160 Oficina Internacional del Trabajo, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, 2013, página 21.

161 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987; Anexo I, Extractos del Informe de la Reunión de Expertos, página 119, párrafo 69.

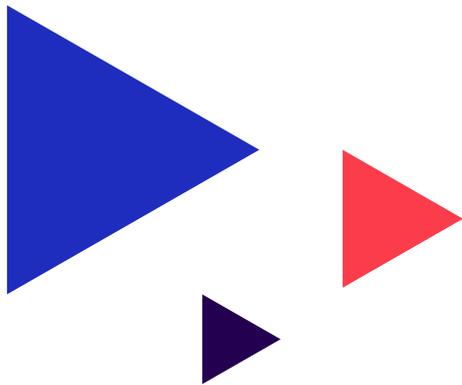
162 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, páginas 51 y 52.

163 Ver, por ejemplo, CEACR, Convenio núm. 169, Argentina, observación, 2009.

164 Reclamación presentada por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC) respecto a Guatemala, 2007 (GB.299/6/1), párrafo 45.

La CEACR ha considerado que “las disposiciones que tratan de la cuestión de las tierras en el Convenio, y más concretamente los artículos 13 y 14, deben ser interpretadas en el contexto de la política general expresada en el artículo 2, párrafo 1, según el cual los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.¹⁶⁵ Ha indicado también, que “dichas disposiciones además deben articularse en la práctica con la implementación de los procesos de consulta con los pueblos interesados del artículo 6”.¹⁶⁶

El artículo 14 también contempla la situación de los pueblos nómadas o agricultores itinerantes con respecto a sus derechos sobre las tierras que utilizan de modo intermitente. En efecto, un comité tripartito consideró que “[e]l Convenio fue redactado para reconocer situaciones en las que existen derechos sobre tierras que han sido tradicionalmente ocupadas, pero también podría abarcar situaciones en las que los pueblos indígenas tienen derechos sobre tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera, bajo otras consideraciones”.¹⁶⁷



► 6.3 Procedimientos para solucionar reivindicaciones y conflictos de tierras

Además de reconocer derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras, el artículo 14 establece la obligación de instituir procedimientos adecuados en el sistema jurídico nacional para solucionar reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas. En su informe de 1988, la Oficina, en base a las respuestas recibidas por los Estados al consultárseles sobre la necesidad de incluir esta disposición, notó que existía un consenso general a favor de esta inclusión y que se había señalado “que deberían adoptarse medidas legislativas y administrativas para tratar de solucionar el problema de las reivindicaciones de tierras”.¹⁶⁸ Al mismo tiempo, la Oficina, atendiendo a la naturaleza flexible del Convenio, aclaró que no sería conveniente definir en detalle las tierras a las que se hace referencia en esta obligación, dado que la condición jurídica de dichas tierras varía de país a país.¹⁶⁹

Un comité tripartito insistió en la importancia de “garantizar que se apliquen los procedimientos para la solución de los conflictos relativos a los derechos sobre la tierra, y en que los principios del Convenio se tengan en cuenta cuando se trate de resolver los problemas que afecten a los pueblos indígenas y tribales”.¹⁷⁰ La CEACR, por su parte, ha solicitado informaciones a los gobiernos sobre mecanismos para resolver los conflictos que surjan entre pueblos indígenas y terceros, así como entre comunidades indígenas, en el marco de los procesos de demarcación y titulación.¹⁷¹ A su vez, ha reconocido la importancia de adoptar planes de restitución de tierras para los desplazados internos con la participación de los pueblos indígenas.¹⁷²

165 CEACR, Convenio núm. 169, Colombia, observación, 2006.

166 *Ibidem*

167 Reclamación presentada por el Sindicato Radical de Trabajadores de Metal y Similares, 1999 (GB.276/16/3), párrafo 37.

168 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1988, página 66.

169 *Ibidem*, páginas 65 y 66.

170 Reclamación presentada por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia, 2001 (GB.280/18/5), párrafo 34.

171 CEACR, Convenio núm. 169, Venezuela, solicitud directa, 2018.

172 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

► 6.4 Transmisión de derechos de propiedad

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

El artículo 17 del Convenio garantiza el respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos indígenas, otorgándoles el derecho a ser consultados cada vez que se considere su capacidad de transmitir derechos sobre sus tierras. En su informe para la Conferencia de 1988, la Oficina sugirió la inclusión de dicha disposición, “en consonancia con el enfoque general de respetar las costumbres de estas poblaciones”.¹⁷³

Si bien el Convenio no prohíbe la división de las tierras colectivas de los pueblos indígenas en parcelas individuales, un comité tripartito consideró que “[l]a experiencia de la OIT con los pueblos indígenas y tribales demuestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, acaban perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando conservan sus tierras en comunidad”.¹⁷⁴

En la práctica, países como Nicaragua y Bolivia han establecido marcos legislativos que reconocen la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras.¹⁷⁵ También se han puesto en ejecución planes de demarcación y titulación de tierras con la colaboración de los pueblos indígenas.¹⁷⁶

►► Un comité tripartito insistió en la importancia de “garantizar que se apliquen los procedimientos para la solución de los conflictos relativos a los derechos sobre la tierra, y en que los principios del Convenio se tengan en cuenta cuando se trate de resolver los problemas que afecten a los pueblos indígenas y tribales”.

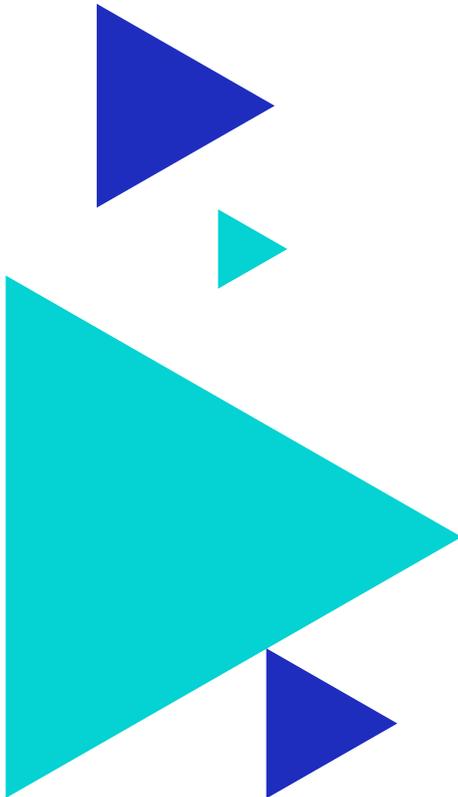
173 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 78.

174 Reclamación presentada por la Confederación General de Trabajadores del Perú, 1998 (GB.273/14/4), párrafo 26.

175 CEACR, Convenio núm. 169, Nicaragua, solicitud directa, 2018; Bolivia, solicitud directa 2019.

176 CEACR, Convenio núm. 169, Ecuador, solicitud directa, 2014.

► 6.5 Garantías frente al traslado



Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.
4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.
5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

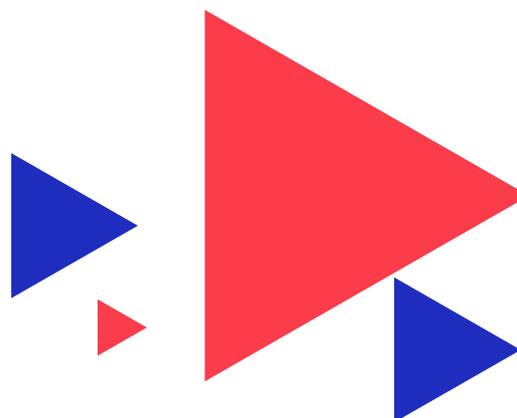
El artículo 16 del Convenio establece la regla general de que los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. Al mismo tiempo, prevé la circunstancia excepcional de traslado y la reubicación de los pueblos indígenas sujetos al consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los pueblos interesados. El artículo 12 del Convenio núm. 107, predecesor del Convenio núm. 169, estableció que: "No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento". No obstante, esta prohibición estaba supeditada a excepciones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones. Dicha disposición no fue incluida en el Convenio núm. 169.

La mayoría de los miembros de la Reunión de Expertos de 1986 coincidieron en que el Convenio revisado "debería exigir que no se traslade a los pueblos indígenas y tribales de sus territorios habituales sin su libre consentimiento o tras un examen de si esos traslados son necesarios por razones superiores de interés nacional y decididos, en su caso, mediante procedimientos que aseguren la plena participación de los grupos afectados en la adopción de tal decisión".¹⁷⁷

En cuanto al alcance del párrafo 2 del artículo 16 del Convenio, la Oficina indicó que este implicaba que los pueblos en cuestión "deberían tener una oportunidad real de participar en la toma de decisiones"; y comentó que era conveniente requerir procedimientos especiales de traslado en lugar de supeditarlos al mecanismo general de consulta.¹⁷⁸ En sus intervenciones en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1989, los miembros empleadores indicaron, con respecto a la situación de traslado, que "[e]l principio de compensación, así como la posibilidad de regresar a las tierras, debería incluirse".¹⁷⁹ Por su parte, los miembros trabajadores sostuvieron que el texto del Convenio revisado no podía ser más débil que el del Convenio núm. 107.¹⁸⁰

El artículo 16 establece requisitos a cumplir por parte de los gobiernos cuando no sea posible obtener el consentimiento de la comunidad afectada. Se dispone, en primer lugar, que el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. En segundo lugar, siempre que sea posible, dichos pueblos tendrán el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto terminen las causas que propiciaron su traslado y reubicación, o, en su defecto, recibir en todos los casos posibles tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente. En tercer lugar, los pueblos indígenas tendrán el derecho de, si lo prefieren, recibir una indemnización en dinero o en especie por las pérdidas o daños sufridos a consecuencia del desplazamiento.

La CEACR ha insistido en "la necesidad de adoptar medidas específicas para impedir que los pueblos indígenas sean trasladados de las tierras que ocupan"¹⁸¹, y ha solicitado a los gobiernos informaciones sobre "las consultas que se hubieren efectuado a los pueblos afectados antes de su traslado, sobre la calidad y cantidad de las tierras antes y después del traslado, y sobre la eventual implementación de mecanismos necesarios para pagar indemnizaciones por los daños causados".¹⁸²



177 Informe de la Reunión de Expertos, Revisión del Convenio núm. 107, Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1986, párrafo 77.

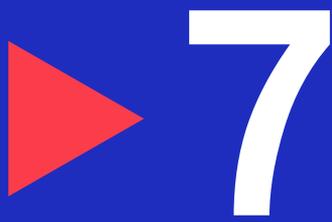
178 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1988, páginas 47 y 48.

179 Conferencia Internacional del Trabajo, 1989, actas provisionales N° 25, página 25/21, párrafo 125.

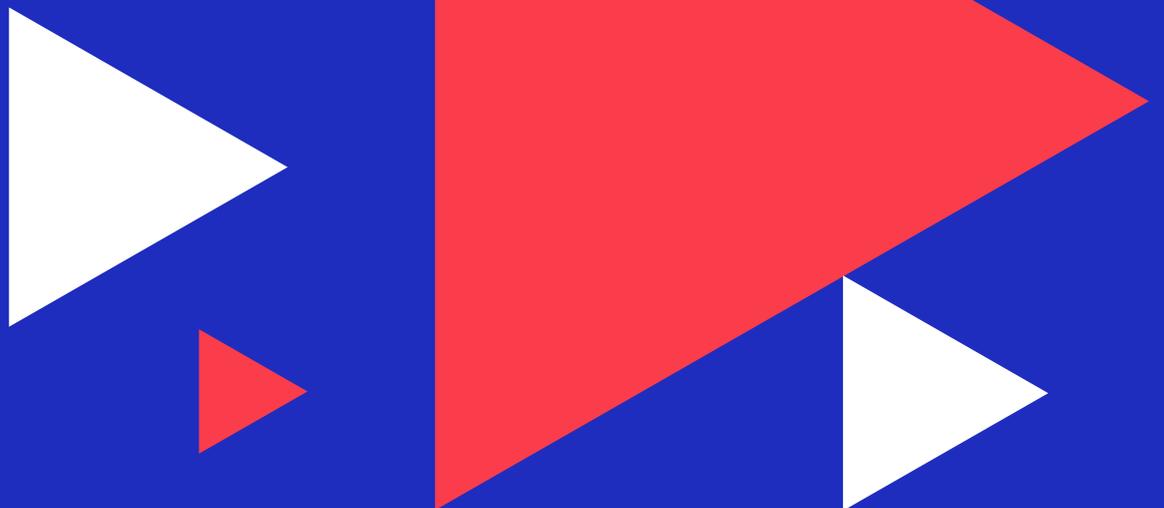
180 *Ibidem*, párrafo 147.

181 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

182 CEACR, Convenio núm. 169, Paraguay, solicitud directa, 2007.



Derecho consuetudinario y acceso a la justicia



► 7.1 Deber de tomar en cuenta el derecho consuetudinario

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento.

El Convenio reconoce a los pueblos indígenas el derecho a conservar su derecho consuetudinario y sus métodos tradicionales para la represión de delitos, sujeto al respeto del sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La aplicación de este derecho ha sido ampliamente discutida por cortes nacionales, incluso en procesos de orden penal. En la Reunión de Expertos de 1986, observadores de las organizaciones indígenas indicaron que la imposición del derecho nacional a sus pueblos era una carga pesada, y por ello sugirieron que sólo sus normas deberían regir los diversos tipos de relaciones entre ellos.¹⁸³ Al mismo tiempo, otros expertos señalaron que “debería existir el derecho individual de apelar al sistema legal nacional para quienes no

183 Informe de la Reunión de Expertos, Revisión del Convenio núm. 107, Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1986, párrafo 98.

deseen regirse exclusivamente por las leyes y procedimientos tradicionales”.¹⁸⁴

Durante la primera discusión del Convenio en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988, se debatió una propuesta hecha por los miembros trabajadores en el sentido de que el Convenio establezca una obligación de “reconocer” y “respetar” el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al aplicárseles la ley en reemplazo del término “tomarse debidamente en consideración”. Los miembros empleadores consideraron que dicha propuesta “haría que se diese preferencia al derecho consuetudinario y, en consecuencia, podría suscitar un conflicto con el derecho escrito”.¹⁸⁵ Los miembros gubernamentales tampoco apoyaron la propuesta de los trabajadores. El representante del Gobierno de Noruega coincidió con el grupo empleador al manifestar su preocupación de que los términos “reconocer” y “respetar” podrían dar preferencia al derecho consuetudinario, dificultándose así la ratificación del Convenio.¹⁸⁶

Otro de los temas discutidos durante la redacción del Convenio núm. 169 fue la necesidad de abordar los eventuales conflictos entre el derecho consuetudinario y la legislación nacional.¹⁸⁷ La Oficina explicó que la mayoría de las respuestas recibidas sobre el contenido del artículo 8 apuntaban a que sería inapropiado incluir el principio de primacía del derecho consuetudinario.¹⁸⁸ El texto final del artículo 8 del Convenio dispone, en consecuencia, que, siempre que sea necesario, deben establecerse procedimientos para solucionar conflictos

en la aplicación del derecho consuetudinario indígena.¹⁸⁹

La CEACR ha solicitado a los gobiernos tomar “medidas para fomentar los mecanismos de comunicación y coordinación entre las instituciones de justicia y las autoridades indígenas para que se tomen en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas cuando se les aplica la legislación nacional”.¹⁹⁰ También, ha insistido en que se asegure que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas sea tomado en cuenta en procesos de demarcación e identificación de tierras indígenas.¹⁹¹

La disposición contenida en el artículo 10 del Convenio, respecto a la aplicación de métodos de castigo distintos al encarcelamiento a las personas pertenecientes a pueblos indígenas, fue una propuesta hecha por los miembros trabajadores en la Conferencia de 1988 que fue apoyada por representantes gubernamentales.¹⁹² El miembro gubernamental de Colombia subrayó que “la readaptación debía ser consecuente con la cultura de las personas indígenas”.¹⁹³ Por su parte, los miembros empleadores consideraron que “sólo podrían incluirse penas sustitutivas si estaban contempladas en la legislación nacional”.¹⁹⁴

184 *Ibidem*, párrafo. 97.

185 Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, actas provisionales 32, párrafo 96.

186 *Ibidem*

187 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Informe de la Reunión de Expertos, Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 39.

188 Oficina internacional del Trabajo, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1989, páginas 25-27.

189 La Corte Constitucional del Ecuador ha recurrido a los artículos 8 y 9 del Convenio en apoyo del reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a desarrollar y practicar su derecho consuetudinario. Ver: Corte Constitucional del Ecuador, Acción extraordinaria de protección en contra de decisiones adoptadas por la jurisdicción indígena pertenecientes al Pueblo de Panzaleo. Sentencia dictada el 30 de julio de 2014 (Caso N° 0731-10-EP).

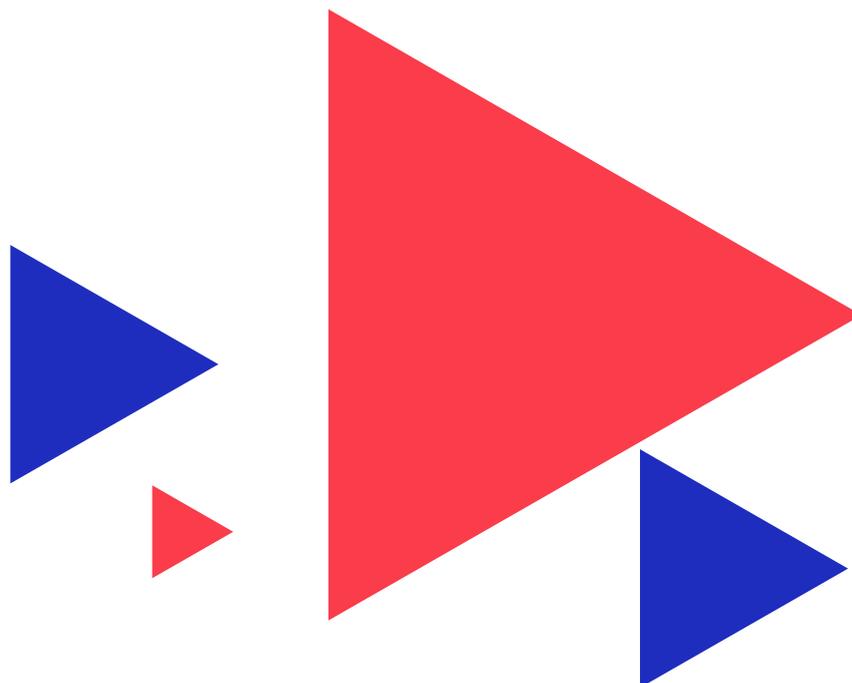
190 CEACR, Convenio núm. 169, Guatemala, solicitud directa 2018.

191 CEACR, Convenio núm. 169, Noruega, observación, 2014.

192 Este artículo también ha sido aplicado por la Corte Constitucional de Colombia. Ver: Acción de tutela presentada por Leonardo Gerary contra el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, Tolima. Sentencia dictada el 4 de septiembre de 2014 (Expediente T 642/14). La Corte indicó: “[S]iguiendo el Convenio 169 de la OIT, en casos de procedencia en la investigación y juzgamiento de la conducta punible por la jurisdicción ordinaria, ante la ausencia de los elementos constitutivos del fuero especial indígena, desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte, todos los jueces de la República, sin excepción de ningún tipo, deberán tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros de dichos pueblos, dando preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento” (página 27 de la decisión).

193 Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, Actas provisionales N° 32, página 32/16, párrafo 123.

194 *Ibidem*



► 7.2 Acceso a la justicia

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

El artículo 12 del Convenio consagra el deber de los gobiernos de adoptar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales y así asegurar su eficaz acceso a la justicia. Esto supone el acceso a intérpretes por parte de quienes no hablen la lengua usada en el procedimiento respectivo. Varios miembros gubernamentales en la Conferencia de 1988 consideraron que “una negación de este derecho podría resultar en una negación de justicia”.¹⁹⁵

La CEACR ha indicado que “el objeto del artículo 12 del Convenio, al conceder una protección especial a estos pueblos, es el de suplir las desventajas que podrían tener al no poder tener acceso a los conocimientos lingüísticos o jurídicos necesarios para hacer valer o proteger sus derechos”.¹⁹⁶ Ha alentado a los gobiernos a adoptar “medidas para garantizar el acceso efectivo a la justicia de los pueblos indígenas de manera que puedan iniciar los procedimientos legales, individuales o colectivos para proteger eficazmente sus derechos”.¹⁹⁷ También ha tomado nota de que ciertos países han adoptado reglas específicas, dentro del sistema judicial, para facilitar el acceso de los pueblos indígenas a la justicia.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, actas provisionales 32 para. 117.

¹⁹⁶ CEACR, México, observación, 1998.

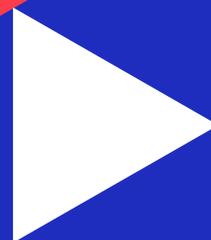
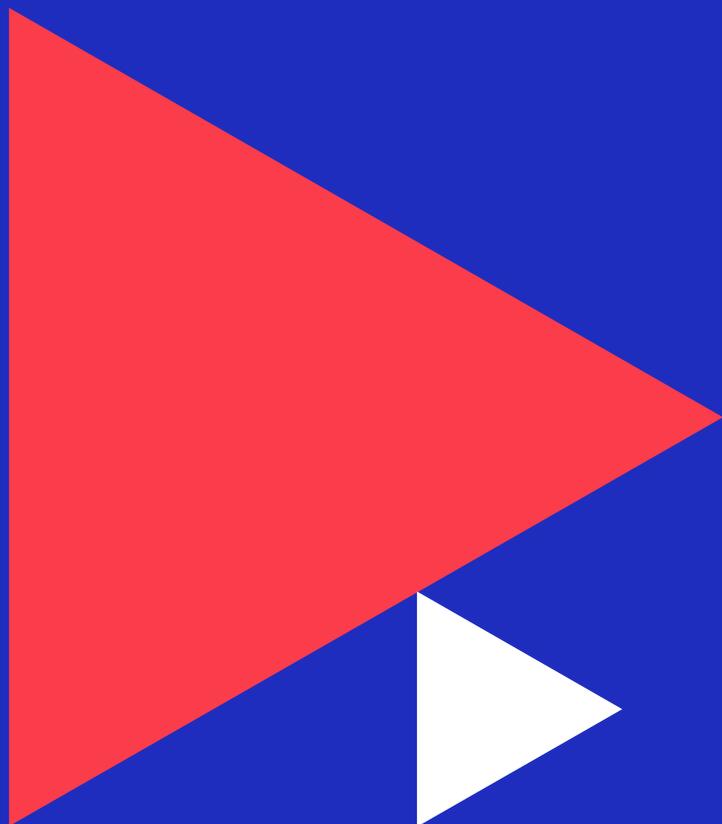
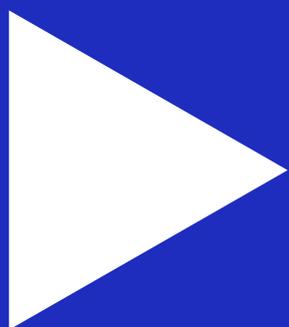
¹⁹⁷ CEACR, Guatemala, solicitud directa, 2018.

¹⁹⁸ Ver, por ejemplo, CEACR, Costa Rica, solicitud directa, 2015.



8

Condiciones laborales, empleo y seguridad social



Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.
2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:
 - a. acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
 - b. remuneración igual por trabajo de igual valor;
 - c. asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
 - d. derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.
3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:
 - a. los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren

la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

- b. los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;
 - c. los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
 - d. los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.
4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

► 8.1 Contratación y condiciones de trabajo

Los artículos 20 y 24 del Convenio refuerzan la protección otorgada por otros Convenios de la OIT en materia de empleo y seguridad social en favor de los pueblos indígenas.¹⁹⁹ A menudo los trabajadores pertenecientes a pueblos indígenas hacen parte del sector de la economía informal.²⁰⁰ Al mismo tiempo, como se indica en los documentos preparatorios del Convenio, durante la Reunión de Expertos de 1986 se hizo especial referencia a problemas que enfrentaban los trabajadores indígenas, los que incluían la falta de documentación y, en consecuencia, falta de cobertura por parte de la legislación laboral; y la exposición a sustancias tóxicas en actividades agrícolas.²⁰¹

El artículo 20 del Convenio núm. 169 aborda la protección de los pueblos indígenas en relación a diferentes aspectos laborales: protección contra la discriminación, acceso al empleo, remuneración igual por trabajo de igual valor, salud e higiene en el trabajo, libertad sindical y derecho de negociación colectiva, protección contra la contratación coercitiva y el hostigamiento sexual.

En relación con la protección contra la discriminación, si bien el Convenio núm. 107 ya contenía disposiciones que aseguraban la igualdad de trato de los trabajadores indígenas en relación con los trabajadores no indígenas, la Oficina sugirió que el Convenio revisado podría hacer hincapié en la necesidad de que los gobiernos pongan en marcha una política para promover dicha igualdad; y adopten medidas

necesarias para asegurar que la legislación laboral se aplique con eficacia a los pueblos indígenas.²⁰²

Durante las discusiones en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988, los miembros trabajadores propusieron incluir en el texto del Convenio la obligación de prever un servicio de inspección de trabajo, lo cual fue reflejado en el texto final del artículo 20 del Convenio que requiere que se preste “especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados”.

Debe destacarse también que el párrafo 3 del artículo 20 del Convenio establece la obligación de proteger a las trabajadoras y trabajadores indígenas contra el hostigamiento sexual, la cual también puede leerse en conjunto con las disposiciones del Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190).

En materia de inspección de trabajo, la CEACR ha enfatizado desde sus primeros comentarios que “una de las más importantes medidas para garantizar la efectiva protección de los derechos laborales fundamentales es una inspección del trabajo que actúe con frecuencia y eficacia en los lugares donde ejercen actividades asalariadas trabajadores indígenas”.²⁰³ Lo anterior también ha sido recalado por la CAN.²⁰⁴

En su observación general de 2018, la CEACR también recordó que en sus comentarios ha tomado nota con preocupación de graves abusos contra trabajadores indígenas, especialmente en el área rural y en el sector agrícola. Al respecto, subrayó que “[e]l fortalecimiento de la inspección del trabajo en áreas habitadas por pueblos indígenas es fundamental en este sentido”.²⁰⁵ También destacó “la importancia de adoptar medidas que fomenten la participación de las mujeres indígenas en el mercado de trabajo y de

199 Téngase en cuenta los ocho convenios fundamentales: Convenio sobre Trabajo Forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); así como otros convenios, entre ellos el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), y Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), entre otros.

200 Ver: Oficina Internacional del Trabajo, Aplicación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo”, 2019, especialmente partes II y III.

201 Informe de la Reunión de Expertos sobre la Revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1986, párrafo 105.

202 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1988, páginas 68-69.

203 CEACR, Convenio núm. 169, México, observación, 1998.

204 CAN examen individual, México, 1995.

205 CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

“desarrollar programas de formación vocacional teniendo en cuenta las condiciones económicas, ambientales, sociales y culturales de los pueblos indígenas”.²⁰⁶

En la práctica, países como Paraguay y Bolivia han adoptado medidas para fortalecer la inspección de trabajo en zonas habitadas por pueblos indígenas.²⁰⁷ México ha adoptado medidas legislativas para asegurar que los trabajadores indígenas, que no hablan el idioma de su patrón, tengan acceso a un intérprete a fin de conocer las condiciones de su empleo.²⁰⁸

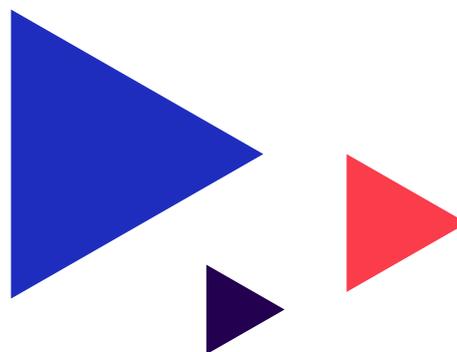
Por su parte, la CAN ha subrayado la importancia de que los gobiernos proporcionen información sobre la aplicación práctica del Convenio, en particular respecto de los diferentes aspectos relativos a la contratación y las condiciones de empleo requeridas en aplicación del artículo 20 del Convenio.²⁰⁹

En materia de acceso al empleo, en la Reunión de Expertos de 1986, se hizo hincapié en la necesidad de dotar a las personas indígenas de las destrezas necesarias para acceder al mundo del trabajo.²¹⁰ Al respecto, es importante también tener en cuenta las normas contenidas en la Parte IV del Convenio relativas a la formación profesional, artesanía e industrias rurales.

► 8.2 Seguridad social

El artículo 24 del Convenio consagra la obligación de los gobiernos de asegurar de manera progresiva que los pueblos indígenas sean cubiertos, sin discriminación, por los sistemas de seguridad social nacionales.²¹¹ Como lo indicó la Oficina en su informe de 1988, esta disposición consagra el principio por el cual los sistemas de seguridad social deberían hacerse extensivos, lo antes posible, a los pueblos en cuestión.²¹²

La CEACR ha subrayado “la importancia de velar por que se tengan en cuenta las características, necesidades y perspectivas específicas de los pueblos indígenas y tribales en la elaboración y aplicación de los sistemas nacionales de protección social”.²¹³ Países como Colombia ya han puesto en marcha acciones para asegurar que los pueblos indígenas tengan acceso a la seguridad social, incluso aquellos sin capacidad de pago.²¹⁴



²⁰⁶ *Ibidem*

²⁰⁷ CEACR, Convenio núm. 169, Paraguay, observación, 2017; Bolivia, solicitud directa, 2013.

²⁰⁸ CEACR, México, solicitud directa, 2013.

²⁰⁹ CAS, Examen Individual, Paraguay, 2006.

²¹⁰ Informe de la Reunión de Expertos sobre la Revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107). Ginebra, 1-10 de septiembre de 1986 (APPL/MER/107/1986/D.7), párrafo 106.

²¹¹ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha indicado que “La Caja Costarricense de Seguridad Social está normativamente obligada, con base en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU, a considerar las condiciones particulares de las poblaciones indígenas al momento de establecer los requisitos para el aseguramiento y la atención médica”. Ver: Acción de amparo interpuesto por Meryanne Bolaños y otros contra la Caja Costarricense de Seguro Social y otros. Sentencia dictada el 28 de julio de 2017 (Exp. 16-008633-007-CO), Considerando VI.

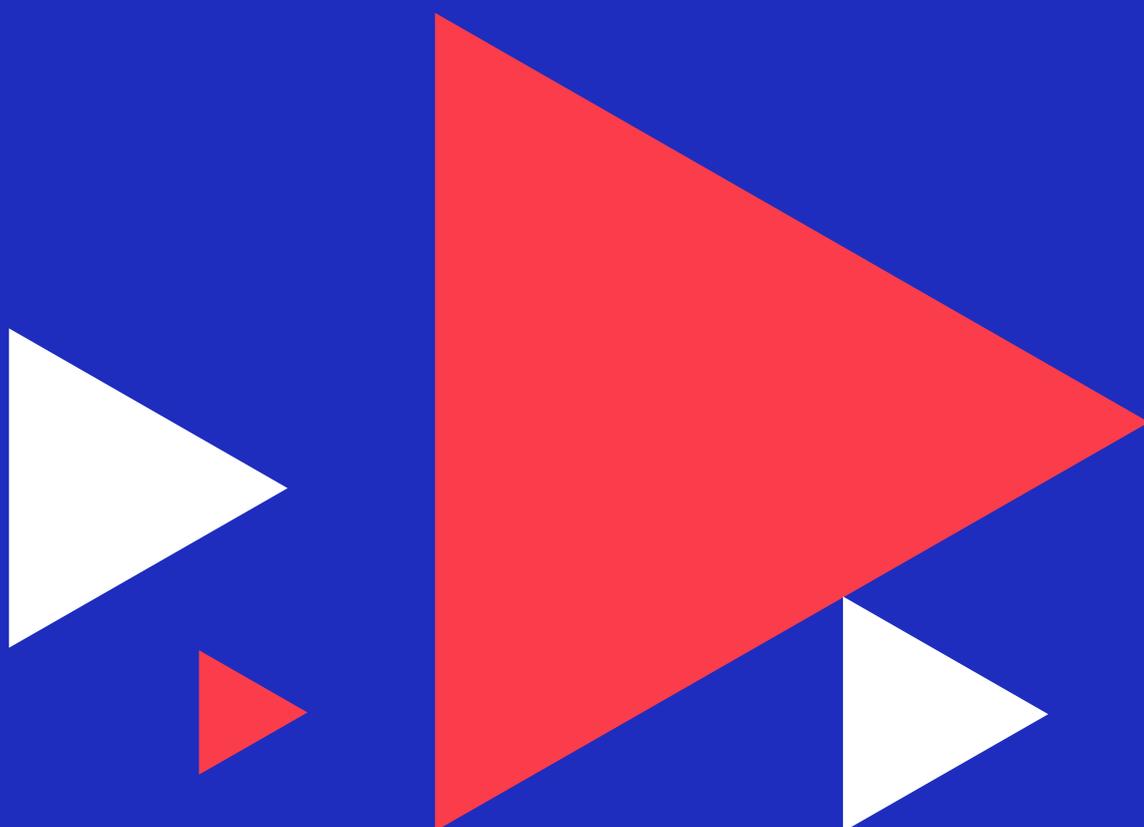
²¹² Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1988, páginas 79-80.

²¹³ CEACR, Convenio núm. 169, observación general, 2018.

²¹⁴ CEACR, Convenio núm. 169, Colombia, solicitud directa, 2019.

▶ 9

Salud



Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.
2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.
3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.
4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

► 9.1 Acceso a la salud con consideración a métodos de salud tradicionales

La falta de acceso a servicios de salud adecuados a las realidades económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas es un problema que puede ser abordado bajo los lineamientos que establece el artículo 25 del Convenio. De acuerdo a esta disposición, los servicios de salud deben ser organizados, en la medida de lo posible, bajo la propia responsabilidad y control de las comunidades indígenas, teniendo en cuenta sus condiciones de vida y en particular sus métodos de salud tradicionales.²¹⁵

El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a hacer uso de sus prácticas curativas tradicionales está “en consonancia con el enfoque general de tratar con respeto las culturas y tradiciones de estos pueblos”.²¹⁶ La Organización Mundial de la Salud, que participó como observador en las reuniones preparatorias al Convenio recordó la necesidad de garantizar la coordinación entre la asistencia médica y otros sectores al prestar asistencia para el desarrollo, y destacó los problemas especiales de salud con que se enfrentan los pueblos indígenas cuando emigran a ciudades.²¹⁷ En relación con el término “máximo nivel de salud física y mental”, la Oficina clarificó que este se basaba “en la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.²¹⁸

215 Este artículo ha sido invocado por la Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal i del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 (por la cual se hacen modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud). Sentencia dictada el 4 de febrero de 2010 (C-063-10). La Corte recordó que “el deber que el Estado colombiano ha adquirido a nivel internacional para la protección y promoción de la diversidad cultural de la población, entre otras, en materia de salud” y mencionó que “el artículo 25º consagra que los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario; que estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta, entre otros factores, sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales; y que la prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país” (página 49 de la decisión).

216 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 42.

217 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 41.

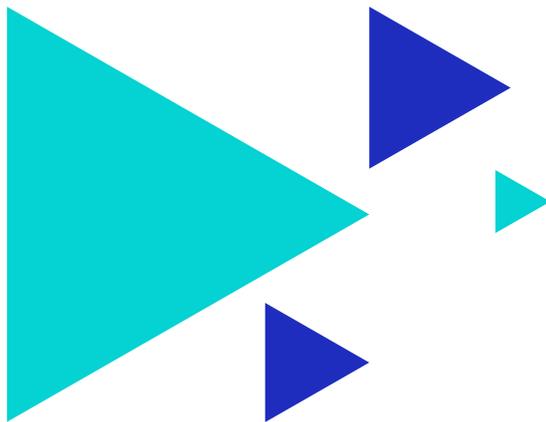
218 Conferencia Internacional del Trabajo, 1988, actas provisionales N° 32, página 32/22 párrafo 175.

►► La Organización Mundial de la Salud, que participó como observador en las reuniones preparatorias al Convenio recordó la necesidad de garantizar la coordinación entre la asistencia médica y otros sectores al prestar asistencia para el desarrollo, y destacó los problemas especiales de salud con que se enfrentan los pueblos indígenas cuando emigran a ciudades.

La CEACR ha solicitado a los gobiernos información sobre la forma en que los pueblos indígenas participan en el diseño e implementación de programas de salud.²¹⁹ Ha pedido información sobre acciones emprendidas para abordar distintos problemas con los que se enfrentan los pueblos indígenas como por ejemplo la mortalidad infantil indígena a causa de desnutrición y de recién nacidos.²²⁰ Ha solicitado, además, información sobre la forma en que los planes de salud dirigidos a pueblos indígenas toman en cuenta las formas de medicina tradicional de estos pueblos.²²¹

► 8.2 Salud reproductiva

La salud reproductiva ha sido abordada también bajo el artículo 25 del Convenio. La CEACR ha tomado nota de programas encaminados al asegurar el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos y, al respecto, ha solicitado información sobre como “el consentimiento informado sobre los derechos sexuales y reproductivos ha sido incluido en los programas destinados a las comunidades indígenas”.²²² La CEACR también ha tomado nota con interés de la elaboración de políticas para la atención de mujeres embarazadas durante el parto, que reconocen la participación y el papel importante de comadronas pertenecientes a pueblos indígenas en la promoción y atención de la salud de la mujer y el recién nacido.²²³



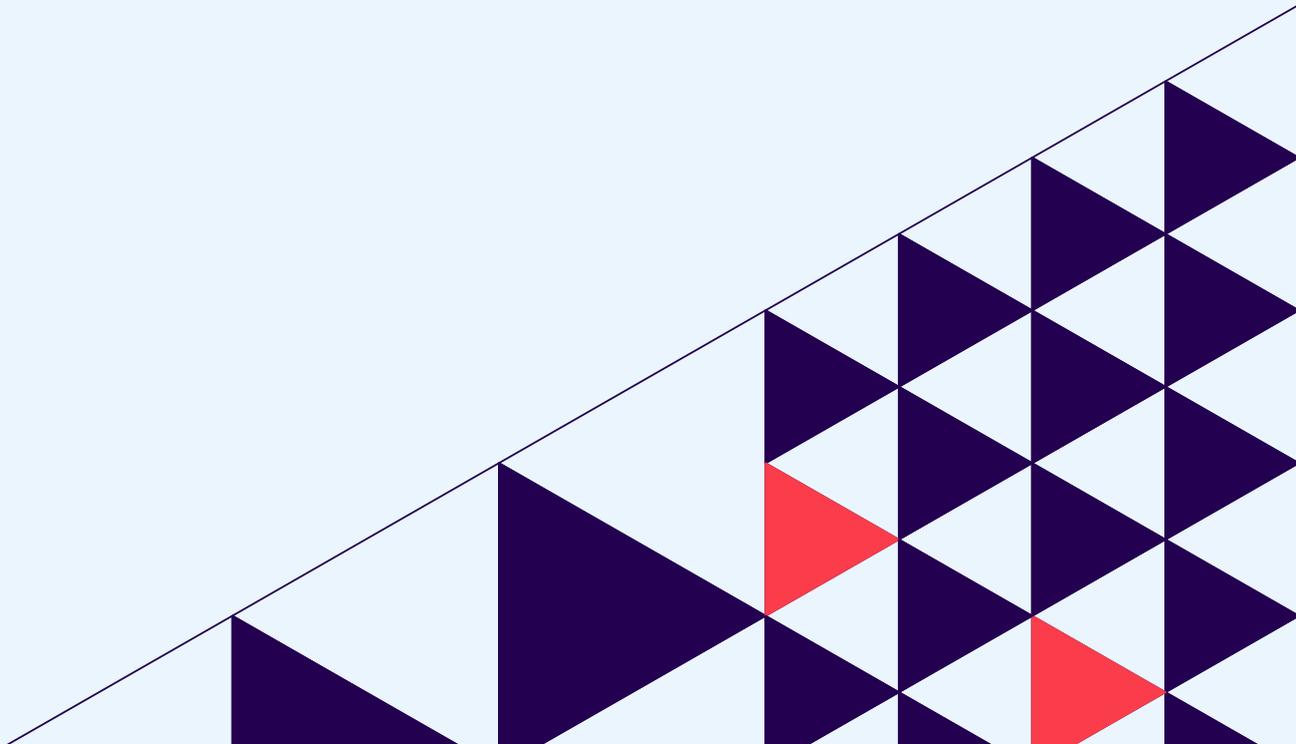
219 CEACR, Honduras, solicitud directa 2019.

220 CEACR, Convenio núm. 169, Brasil, solicitud directa, 2005.

221 CEACR, Convenio núm. 169, Nicaragua, solicitud directa 2013.

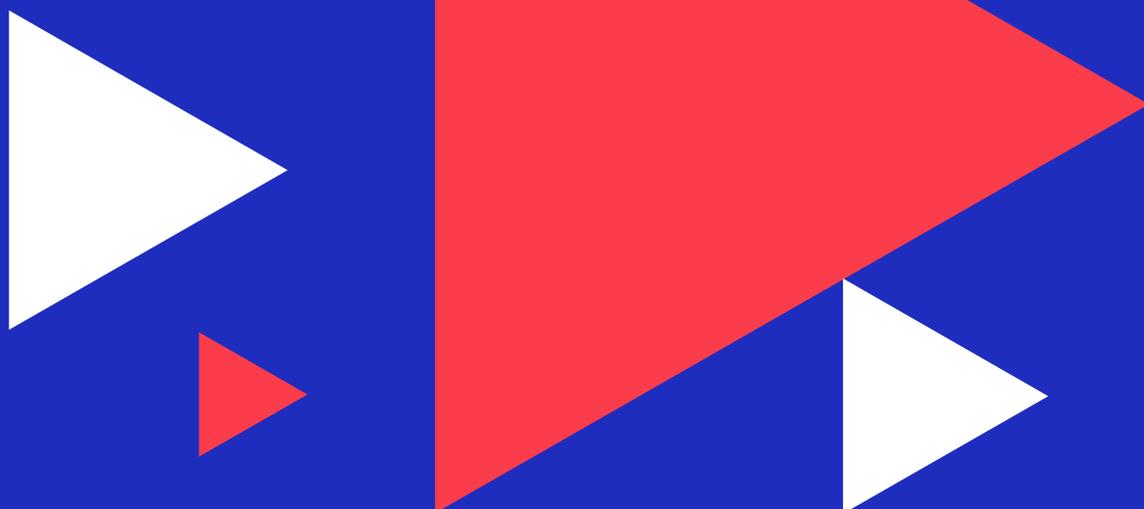
222 CEACR, Convenio núm. 169, México, observación, 2013.

223 CEACR, Convenio núm. 169, Guatemala, solicitud directa, 2018.



▶ 10

Educación



Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.
3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.
2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

► 10.1 Derecho a la educación en todos los niveles

Los artículos 26 al 29 del Convenio están dirigidos a garantizar, por una parte, la realización del derecho a la educación de los miembros de los pueblos indígenas, sin discriminación, y, por otra parte, el derecho de los pueblos indígenas de participar en el diseño y administración de programas y sistemas educativos, incluyendo el derecho de transmitir su propia lengua.

En las discusiones preparatorias al Convenio se hizo hincapié en la importancia de que los programas educativos dirigidos a los pueblos indígenas sean diseñados teniendo en cuenta las características culturales de dichos pueblos, incluyendo sus valores, culturas e intereses.²²⁴ Como lo indicó la Oficina en su informe de 1988,

este aspecto “desempeña un papel vital en la ayuda a pueblos marginados a preservar o reconstruir su identidad cultural”.²²⁵

Cabe notar que el párrafo 3 del artículo 27 establece el requisito de consultar con los pueblos indígenas respecto a la creación y desarrollo de sus sistemas educativos.²²⁶ En el proceso de redacción del Convenio, se consideró que “no sólo la formulación de los programas de educación deberá realizarse en consulta con los pueblos interesados, sino también su ejecución y evaluación”.²²⁷

En sus comentarios, la CEACR ha instado a los gobiernos a tomar medidas tendientes a asegurar que los sistemas educativos respondan a las necesidades de los pueblos indígenas y que permiten su involucramiento en sus fases de formulación e implementación.²²⁸ En particular, ha solicitado información respecto a consultas con los pueblos indígenas sobre las bases curriculares de programas educativos.²²⁹

►► En sus comentarios, la CEACR ha instado a los gobiernos a tomar medidas tendientes a asegurar que los sistemas educativos respondan a las necesidades de los pueblos indígenas y que permiten su involucramiento en sus fases de formulación e implementación.

224 Consejo de Administración, 234^o Reunión, Informe de la Reunión de Expertos sobre la Revisión Parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), noviembre de 1986, (GB.234/5/4), párrafo. 121.

225 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 42.

226 La Corte Constitucional de Colombia ha recordado que “en el campo de la implantación de un sistema de educación especial para los grupos étnicos, el Convenio 169 de la OIT. prevé el mecanismo de consulta previa, al consagrar expresamente en su artículo 27 que “Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”. Ver: Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”. Sentencia dictada el 21 de marzo de 2007 (C-208-07). Secciones 6 y 8 de la decisión.

227 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 89.

228 CEACR, Convenio núm. 169, Nicaragua, solicitud directa, 2013.

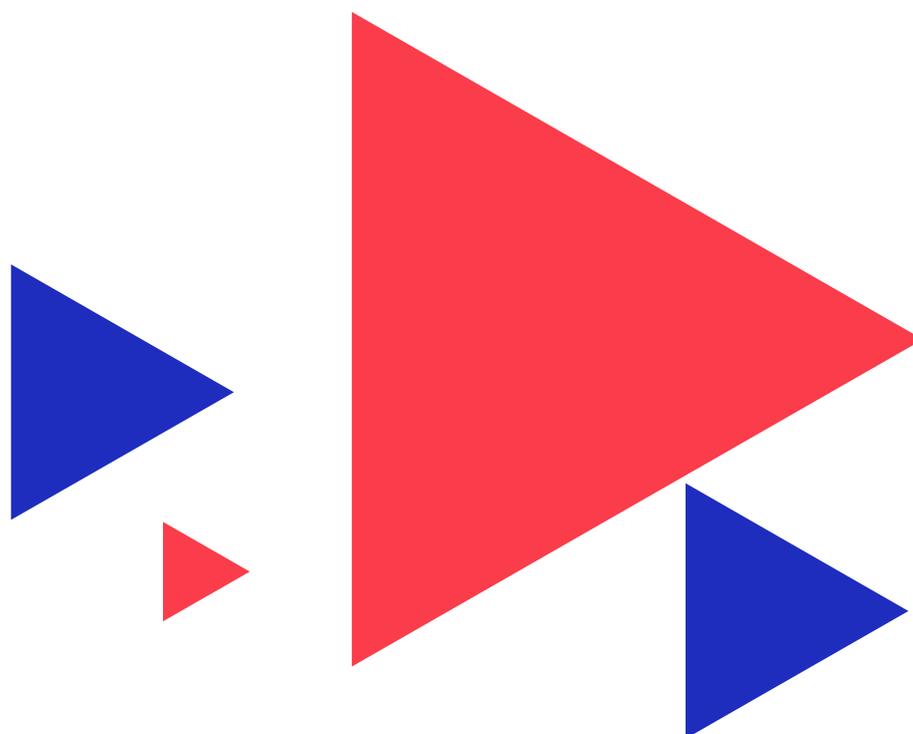
229 CEACR, Convenio núm. 169, Chile, solicitud directa, 2018.

El artículo 28 del Convenio está dirigido a que los gobiernos adopten las medidas necesarias para la preservación de las lenguas indígenas en el proceso de educación a miembros de dichos pueblos, considerando que “la lengua materna de un pueblo es un vínculo indispensable con la cultura tradicional”

▶ 10.2 Salud reproductiva

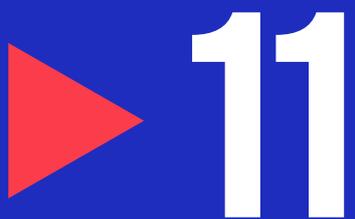
El artículo 28 del Convenio está dirigido a que los gobiernos adopten las medidas necesarias para la preservación de las lenguas indígenas en el proceso de educación a miembros de dichos pueblos, considerando que “la lengua materna de un pueblo es un vínculo indispensable con la cultura tradicional”.²³⁰ Lo anterior debe complementarse con medidas que aseguren también el dominio por parte de miembros de pueblos indígenas de la lengua oficial del país en el que habitan, de manera que estos tengan acceso a la más amplia gama de oportunidades.

La CEACR ha dado seguimiento al cumplimiento del artículo 28, por ejemplo, al solicitar a los gobiernos “informaciones sobre los resultados obtenidos en materia de lucha contra el analfabetismo, con especial énfasis en las niñas y mujeres, y la enseñanza de las lenguas que más comúnmente se hablan en las comunidades indígenas”.²³¹

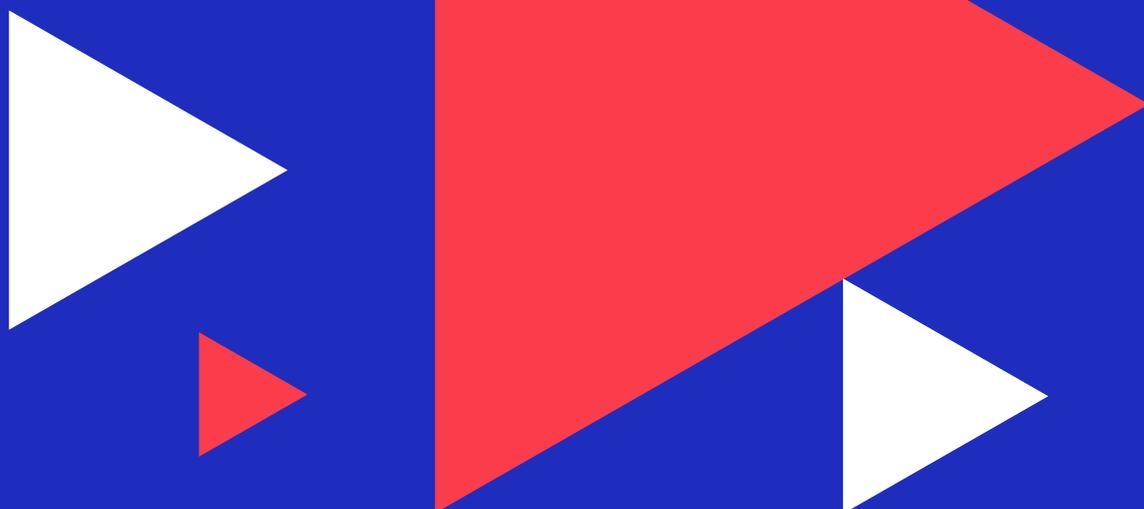


²³⁰ Consejo de Administración, 234^o Reunión, Informe de la Reunión de Expertos sobre la Revisión Parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), noviembre de 1986, (GB.234/5/4), párrafo. 121.

²³¹ CEACR, Convenio núm. 169, Paraguay, solicitud directa, 2017.



Flexibilidad

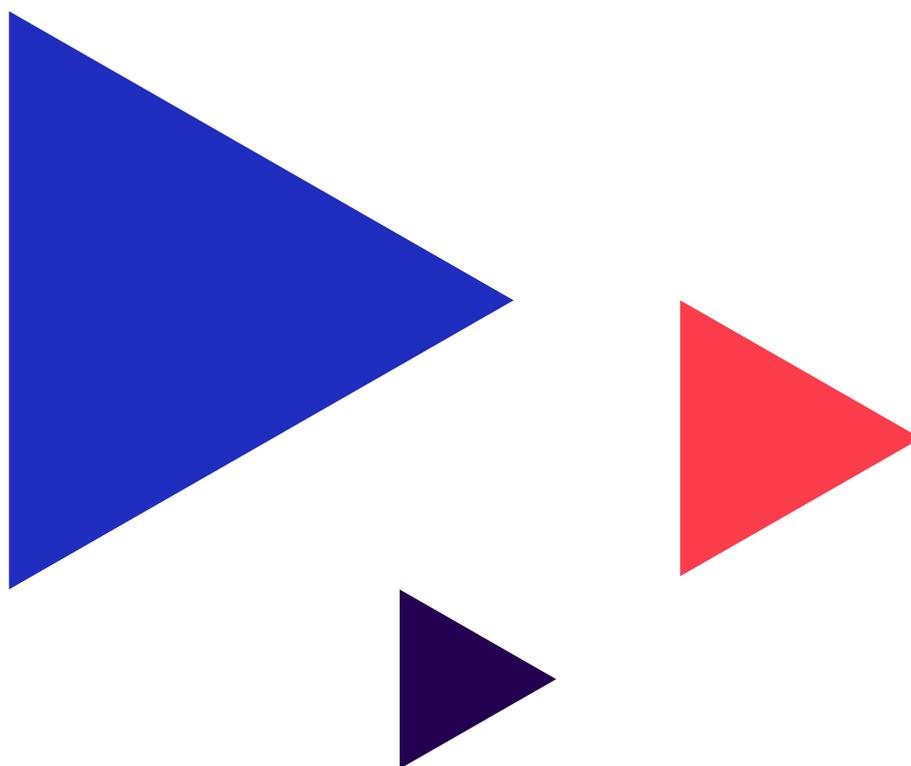


Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

La flexibilidad tiene como objeto la adaptación del Convenio a las distintas situaciones nacionales y necesidades fundamentales de los pueblos indígenas, por ello, durante la preparación del Convenio, se habló de la flexibilidad como un principio básico del Convenio.²³² Este criterio también ha sido invocado por cortes nacionales.²³³

En las conclusiones de su informe de 1988, la Oficina clarificó que "[n]o incumbe a un convenio de la OIT determinar globalmente la medida en que estas necesidades (de los pueblos indígenas) existen en cada Estado ni la manera como deben respetarse tales derechos en cada caso; su contenido es, por el contrario, establecer el principio básico del respeto de estos derechos y exigir de los países que lo ratifiquen que tomen las medidas necesarias para decidir a nivel nacional, en consulta con los afectados, cómo deben respetarse".²³⁴



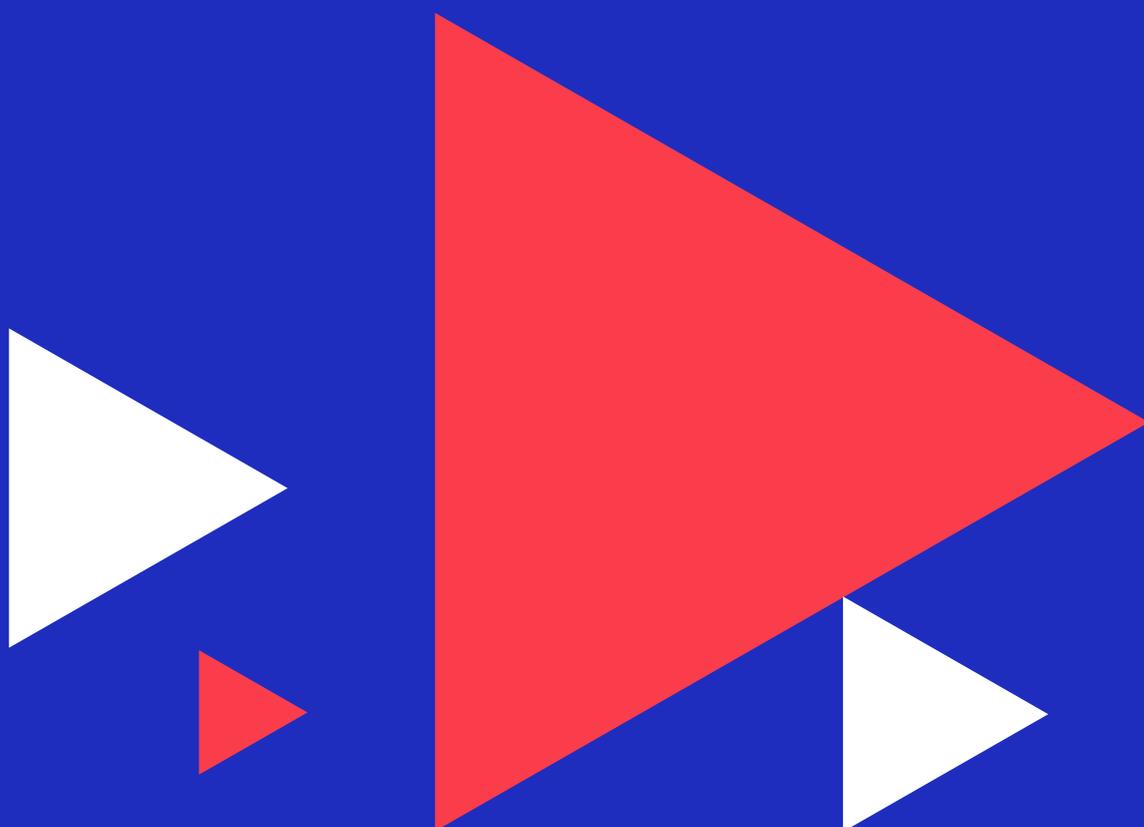
232 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), 1988; Anexo I, Extractos del Informe de la Reunión de Expertos, página 110, párrafo 16.

233 Ver: Decisión de la Corte Suprema de Chile, Apelación de decisión que niega recurso de protección contra la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Ríos por calificar favorablemente un estudio de impacto ambiental. Sentencia dictada el 14 de octubre de 2010 (4.078-2010), Considerando V. La Corte indicó que "el artículo 34 del Convenio N° 169 contiene una norma que flexibiliza la incorporación de dicho tratado internacional al derecho interno, disponiendo que "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".

234 Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), 1987, página 97.

▶ 12

Normas mínimas



Como sucede generalmente con los Convenios y Recomendaciones de la OIT, las normas establecidas en el Convenio núm. 169 son normas mínimas. Este principio está consagrado en el artículo 19, párrafo 8 de la Constitución de la OIT, el cual dispone lo siguiente:

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.

Más aún, el artículo 35 del Convenio núm. 169 establece lo siguiente:

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Este artículo del Convenio núm. 169 es una expresión contextual del principio consagrado en el artículo 19, párrafo 8, de la Constitución de la OIT que define a las normas de la OIT como normas mínimas. Sin embargo, el artículo 35 no tiene el efecto de incorporar en el Convenio obligaciones adicionales o diferentes que podrían estar contenidas en otros instrumentos internacionales.

Este artículo del Convenio núm. 169 es una expresión contextual del principio consagrado en el artículo 19, párrafo 8, de la Constitución de la OIT que define a las normas de la OIT como normas mínimas.



► **Anexo: Lista cronológica de las reclamaciones examinadas en virtud del artículo 24 de la Constitución en relación con el Convenio núm. 169.**

México – Documento del Consejo de Administración [GB.272/7/2](#), junio de 1998.

Perú – Documento del Consejo de Administración [GB.273/14/4](#), noviembre de 1998.

Estado Plurinacional de Bolivia – Documento del Consejo de Administración [GB.274/16/7](#), marzo de 1999.

México – Documento del Consejo de Administración [GB.276/16/3](#), noviembre de 1999.

Dinamarca – Documento del Consejo de Administración [GB.280/18/5](#), marzo de 2001.

Colombia – Documento del Consejo de Administración [GB.282/14/3](#), noviembre de 2001.

Colombia – Documento del Consejo de Administración [GB.282/14/4](#), noviembre de 2001.

Ecuador – Documento del Consejo de Administración [GB.282/14/2](#), noviembre de 2001.

México – 3 reclamaciones examinadas en el Documento del Consejo de Administración [GB. 289/17/3](#), marzo de 2004.

México – Documento del Consejo de Administración [GB.296/5/3](#), junio de 2006.

Guatemala – Documento del Consejo de Administración [GB.299/6/1](#), junio de 2007.

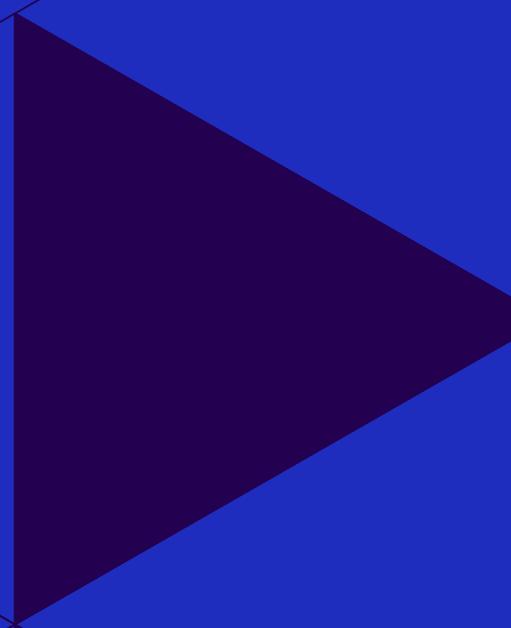
Argentina – Documento del Consejo de Administración [GB.303/19/7](#), noviembre de 2008.

Brasil – Documento del Consejo de Administración [GB.304/14/7](#), marzo de 2009.

Perú – Documento del Consejo de Administración [GB.313/INS/12/1](#), marzo de 2012.

Chile – Documento del Consejo de Administración [GB.326/INS/15/5](#), 23 de marzo de 2016.





ilo.org

Organización Internacional del Trabajo
Route des Morillons 4
1211 Ginebra 22
Suiza