



Oficina Regional para América Latina y el Caribe

**Presentación del Director Regional de la
Oficina de la OIT para América Latina y el Caribe
José Manuel Salazar-Xirinachs
En la Conferencia Internacional de Minería (CONFEMIN)**

Lima, Perú, 15 de Setiembre, 2016

“El Convenio 169 de la OIT”

Me han invitado a hablar del convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, lo cual les agradezco profundamente.

Es un privilegio estar hoy con ustedes.

El Convenio 169 es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en 1989.

La piedra angular para la aplicación del Convenio 169 es el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones que les afectan.

Ya entraré en detalles del convenio, pero para dar una perspectiva más amplia quisiera organizar esta intervención en tres partes:

- Primero, algunos elementos del contexto general.
- Segundo, el tema del convenio, su historia, conceptos básicos y los retos de su aplicación en la práctica y lecciones aprendidas, y
- Finalmente, el papel de la OIT en ayudar a los gobiernos, los empresarios y empresas y a las comunidades indígenas y otros actores en su aplicación.

I. CONTEXTO GENERAL

La materia del Convenio 169, es parte de los retos del desarrollo de América Latina y el Caribe. En países con presencia significativa de población indígena no es de

extrañar que el Convenio y los derechos que consagra se hayan convertido en tema central vinculado con los temas de inclusión, cohesión social y gobernanza.

Siendo la minería una de las principales vocaciones productivas del Perú, con grandes aportes hechos, y qué hacer en el futuro, al bienestar y riqueza del país, el hecho de que en el 2015 hubiera más de 280 conflictos activos relacionados con la minería, registrados por la Oficina de la Defensoría del Pueblo, y que en años anteriores el número haya sido aún mayor, muestra una fractura importante, y la falta de una visión suficientemente compartida entre diversos sectores de la sociedad peruana sobre el papel de la minería en el desarrollo productivo del Perú. Y sugiere la necesidad de fortalecer los mecanismos y procesos de diálogo alrededor de los temas que afectan a los pueblos indígenas.

Y como sabemos no se trata solo de la minería ni es este un reto que afecta solo al Perú. Son 15 los países de América Latina que han ratificado el Convenio 169 y todos enfrentan el reto de implementar procedimientos de consulta previa eficaces, eficientes, predecibles y que arrojen resultados beneficiosos tanto para los procesos de inversión y creación de riqueza como para los pueblos indígenas.

Y es que ese es el objetivo del Convenio 169 y de la OIT: conciliar la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, por una parte, con la debida seguridad jurídica que demanda todo proceso de desarrollo e inversión dirigido al bienestar general de las sociedades, por la otra. Esta es la perspectiva balanceada desde la que la OIT aborda esta problemática.

Sé que ya se ha hablado en esta Conferencia sobre algunos retos del desarrollo social y productivo, pero quisiera comenzar resumiendo cómo vemos estos temas desde la Dirección Regional de la OIT porque los retos alrededor del Convenio 169 no son tema separado sino intrínsecos a este panorama más general.

A. Los retos de América Latina

América Latina es una región de gran diversidad económica y social pero que también tiene una cantidad importante de retos comunes:

- En promedio, el 47% de las personas que trabajan lo hacen en la informalidad, en Perú esta proporción es 7 de cada 10. Esto significa que el crecimiento de

la región no ha sido suficientemente inclusivo ni social ni productivamente. No ha tenido suficiente tracción en crear empleos de calidad.

- La productividad promedio de la región es la mitad de la productividad de los países líderes, y lo peor es que la brecha de productividad se está ensanchando. Mayores niveles de ingreso y de vida no son alcanzables si la región no experimenta una gran transformación productiva y en materia de productividad.
- A pesar de importantes avances en la década dorada de alto crecimiento, la pobreza promedio en la región al 2015 es todavía de 29,2% según la CEPAL, en Perú esta proporción es 21.8% según el INEI.
- Y el reciente ciclo de desaceleración económica, que afortunadamente no ha afectado tanto al Perú, ha puesto de manifiesto que la región no ha escapado su patrón histórico de volatilidad económica, en parte por la falta de desarrollo y diversificación productiva, y alta dependencia de relativamente pocos productos de exportación.
- La desigualdad, que cuando es extrema puede socavar la cohesión social y alimentar sentimientos de que “no todos los ciudadanos están en el mismo bote”, es un tema de política social y de subdesarrollo productivo, porque las desigualdades están arraigadas en ese patrón muy heterogéneo de crecimiento y productividad que combina unos cuantos sectores y áreas territoriales de alta productividad y salarios altos con una gran mayoría de sectores, actividades y áreas territoriales de baja productividad y salarios bajos. El combate a la desigualdad no es solo un tema de políticas sociales, sino que pasa por políticas de desarrollo productivo.
- En mayor o menor medida todos los países de la región se caracterizan por un importante grado de conflictividad social y alta desconfianza en los gobiernos, en las instituciones públicas y entre sectores sociales. La cultura de diálogo no está bien institucionalizada. La región está viviendo una *era de desconfianza*, y un período de una *gobernabilidad muy compleja*.¹

¹ Daniel Zovatto, presentación en OIT, Lima, 8 de Diciembre, 2015. Ver <https://youtu.be/-HLv9cM6hHk>

- Estas características en materia de gobernanza y diálogo social afectan y a la vez son afectadas por las condiciones económicas y sociales: Las desigualdades y la exclusión acrecientan las posibilidades de conflicto social, corroen la confianza en las instituciones democráticas y ponen gran presión sobre los gobiernos.
- El diálogo social es uno de los principios fundacionales de la OIT desde 1919. Es el modelo de gobernanza que promueve la OIT. En la visión de la OIT el diálogo social encarna el principio democrático de que los afectados por las políticas deben tener voz en las direcciones de cambio y porque el diálogo social puede facilitar visiones comunes sobre las políticas económicas, sociales y laborales. Reconocemos que en la práctica el diálogo social es un proceso complejo, donde los participantes con frecuencia ocupan lugares muy diversos en la producción y en la sociedad y se guardan distancias y desconfianzas de vieja data.

Este panorama de contexto no estaría completo sin una caracterización de la situación de los pueblos indígenas.

B. Patrones de inclusión y exclusión de los pueblos indígenas en el “pacto social” latinoamericano

De acuerdo con la CEPAL, 45 millones de personas, el 8,3% de la población de América Latina es indígena. Los pueblos indígenas participaron en cierta medida de los avances que experimentaron los países de la región en la década dorada de alto crecimiento del 2003 al 2013. Sin embargo, como muestra un Reporte reciente del Banco Mundial² los pueblos indígenas se beneficiaron menos que los no indígenas: la pobreza todavía afecta al 43% de los hogares indígenas de la región –más del doble de la proporción de no indígenas-; el 24% de los hogares indígenas vive en condiciones de pobreza extrema, 2.7 veces más que los no indígenas.

El acceso de los pueblos indígenas a servicios de alcantarillado y electricidad es 18% y 15% menor, respectivamente, que el del resto de los ciudadanos. Y la probabilidad de trabajar en la economía informal y no estar cubiertos por la seguridad social es bastante más alta para los indígenas que para los no indígenas.

² Titulado: “Latinoamérica Indígena en el Siglo XXI

En prácticamente todos los indicadores sociales, laborales y de ingreso, las brechas entre indígenas y no indígenas son amplias. Y las estadísticas también muestran que los pueblos indígenas están más afectados por la discriminación, el trabajo infantil y el trabajo forzoso.

En resumen, se trata de un patrón persistente de exclusión social de los pueblos indígenas, tanto en zonas urbanas como rurales, muy estrechamente asociada a una desventajosa inclusión productiva y laboral.

II. CONVENIO 169: HISTORIA, CONCEPTOS Y DIFICULTADES PRÁCTICAS DE LA CONSULTA PREVIA

A. Historia, Conceptos y Principios

Pero pasemos ahora sí, habiendo caracterizado a este contexto general, al tema de la historia, los conceptos y los principios del Convenio 169. Ya en 1921, la OIT comenzó a abordar la situación de los denominados “trabajadores aborígenes” en las colonias europeas y en 1930 adopta el Convenio sobre el Trabajo Forzoso (núm. 29). En 1957 adoptó el Convenio de los Pueblos Indígenas y Tribales Núm. 107, el primer tratado internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, que más tarde mostró algunos puntos débiles, en particular sus supuestos integracionistas o asimilacionistas. Y esto llevó a que en 1989 fuera reemplazado por el Convenio 169.

Los principales artículos del convenio afirman que:

- *“Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación” (Art 3).*
- *“Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. (Art 4)*
- *“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 éste afecte 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. ...” (Art 7).*

- *“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 garantizar el respeto de su integridad”. (Art 2).*
- *“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 consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. (inciso (3) del Artículo 7)*
- Además el Art 14 reconoce el *“derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”*; el 15 reconoce *“el derecho ...a los recursos naturales existentes en sus tierras...”*, el 20 habla de que los gobiernos deben garantizar a los trabajadores de estos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo; el 21 dice que *“deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos”*, el 24 afirma que *“los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna”*, y el 26 y siguientes hablan de las medidas para *“garantizar la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.”*

El artículo 6 establece el **derecho a la consulta**, y lo hace en los siguientes términos:

“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;...”*

El artículo 6 también establece que *“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.”*

Hasta aquí básicamente he leído los principales conceptos y principios establecidos en el Convenio 169.

En relación con estos conceptos y principios quisiera contribuir a aclarar algunos malentendidos que con frecuencia se presentan:

Primero, una vez ratificado el Convenio sus disposiciones son vinculantes para el Estado ratificante. Es decir, los países que han ratificado el convenio 169 de la OIT tienen **la obligación** de respetar, aplicar y proteger los derechos de los pueblos indígenas allí establecidos.

Segundo, la consulta debe ser de buena fe, es decir debe existir una genuina voluntad de todas las partes para encontrar soluciones comunes.

Tercero: son los Gobiernos, no las empresas, como algunos interpretan, los responsables de la consulta. La empresa privada puede contribuir positivamente en el proceso, pero el Convenio es clarísimo...la obligación es del gobierno, pues además de ser la parte legalmente vinculada al Convenio 169, también el objetivo es que, en el caso de proyectos de inversión privada, las empresas no se conviertan en juez y parte a la vez.

Cuarto, el resultado de la consulta no es jurídicamente vinculante, pues queda en las manos de la autoridad pública tomar la decisión final en favor del bien común. Esto es importante porque a veces se ha generado una **falsa expectativa de que las comunidades indígenas y tribales tienen un derecho de veto** en el proceso de consulta. Esto no es así.

Quinto, la consulta y la participación son derechos que no sólo se atribuyen a los pueblos indígenas. La consulta es un principio fundamental que **se encuentra en todos los demás convenios de la OIT** que disponen la consulta entre los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como con todos a quienes interesa un convenio determinado. En este sentido, el Convenio núm. 169 no es una excepción, sino que afirma el requisito de consultas específicas con los pueblos indígenas.

Sexto, el Convenio 169 no crea derechos especiales para los pueblos indígenas, lo que hace es reafirmar para los pueblos indígenas los mismos derechos que tiene el resto de la ciudadanía de participar en la vida democrática general del Estado. Lo que sí hace el convenio, es que al reconocer las especificidades de estos pueblos, reconoce también que se requieren medidas especiales de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco de un Estado democrático.

B. Las dificultades de la Consulta Previa en la Práctica: lecciones y recomendaciones

La aplicación inadecuada de las disposiciones sobre la consulta, la participación y los estudios de evaluación de impacto en el contexto de la prospección y exploración de los recursos naturales ha sido un problema común.

Los países de la región están todavía en una etapa de ensayo y error en la aplicación del convenio.

Con base en la experiencia y en un estudio reciente de la OIT, voy a continuación a mencionar y comentar algunas de las principales dificultades y lecciones:

- 1) ¿Quiénes son los pueblos indígenas y tribales? No hay una definición universal, el Convenio 169 ofrece una serie de criterios subjetivos y objetivos, que se utilizan conjuntamente para identificar quiénes son estos pueblos en un país determinado. En la mayoría de documentos legales se citan diferentes criterios que deben cumplirse en diverso grado, tales como auto-identificación, prácticas culturales concretas, idioma propio y apego colectivo a un territorio. Cada Estado tiende a elaborar su propia definición de indigenidad y sus propios criterios de reconocimiento. Pero la ambigüedad y la falta de definiciones claras genera problemas que van desde prácticas discriminatorias con algunas poblaciones indígenas hasta abusos por parte de comunidades o líderes no indígenas que se autocalifican indígenas. Es importante que los Estados adopten definiciones claras y tengan capacidades técnicas para hacer el reconocimiento de manera apropiada, reduciendo las áreas grises y las ambigüedades.

- 2) Una segunda área de dificultad ha sido el **alto nivel de desconfianza** existente en general entre actores públicos, privados y otros, y entre las partes que interactúan en los procesos de consulta (Estado, pueblos indígenas y privados). La construcción de confianzas no es fácil. Disponer de información relevante para los temas a conversar y compartirla con transparencia y oportunamente es un ingrediente importante.
- 3) Un tercer problema ha sido, la **ausencia de espacios de diálogo permanentes** entre el Estado y los pueblos indígenas. Por eso, la consulta de un proyecto de inversión se convierte con frecuencia en el único espacio donde se pretenden solucionar todas las demandas históricas de los pueblos indígenas. Esto plantea situaciones que van más allá de las especificidades del proyecto en cuestión, y exigencias sobre los procesos de consulta que los hacen pesados, lentos y en algunos casos pueden llevar al fracaso. La principal lección para los gobiernos es la necesidad de establecer espacios de diálogo permanente entre el Estado y los pueblos indígenas en los que se puedan abordar las demandas históricas, de manera que las consultas específicas sobre proyectos no se recarguen con otros temas que no deberían estar allí.
- 4) Un cuarto reto es que las consultas tienen costos y requieren capacidad de gestión, es decir, requieren una institucionalidad pública competente. La experiencia de Colombia es ilustrativa, antes del 2014 los procesos de consulta se extendían en promedio por más de 2 años. Del 2003 al 2014 se acumularon unos 4.000 acuerdos protocolizados entre el Estado y los pueblos indígenas producto de procesos de consulta en proyectos de distinta naturaleza. Pero una directiva presidencial del 2013 permitió mayor eficiencia. A la fecha la duración promedio de esos procesos es de 8 meses. En relación con los costos, el mismo estudio estima que el Estado colombiano gasta aproximadamente US \$5.000 mensuales por cada proyecto sujeto a consulta. En Chile, la duración promedio de los procesos de consulta se extiende por más de 280 días, siendo 48 días la duración más corta hasta la fecha para un proyecto de prospección minera.

La lección es que es muy importante que los países encuentren mecanismos para financiar los procesos de consulta y tengan una institucionalidad competente en la materia.

Otra dificultad se refiere a la **definición sobre quién debe suministrar los recursos para la implementación de la consulta** previa. En algunos casos este financiamiento se le solicita a las empresas y no lo dispone el Estado, lo que con frecuencia despierta suspicacias en los pueblos indígenas.

- 5) Una dificultad adicional es la **ausencia de información sistematizada sobre los pueblos indígenas, desde sus tradiciones, actividades y sitios culturales hasta los registros cartográficos**, así como la falta de estudios asociados a los procesos de consulta. Esto dificulta la identificación de cómo un proyecto de inversión afecta a una determinada comunidad indígena, y ha llevado en no pocos casos a disputas en los tribunales de justicia. La desinformación acerca del convenio 169 es otro desafío que deben abordar los gobiernos. Es crítico que los Estados impulsen procesos de capacitación tanto con los pueblos indígenas como con funcionarios públicos y el sector privado.
- 6) Otro tema relevante son las **expectativas muy grandes o erróneas** por parte de los pueblos indígenas en relación con los procesos de consulta. Algunos creen que equivale al **derecho a vetar** un proyecto de inversión, y como ya aclaré no es así. El concepto de **“participar en los beneficios”** puede también llevar a expectativas erróneas y que corresponde al Estado negociar. Es un punto que requiere tanto una búsqueda de mecanismos adecuados de compensación por los impactos negativos en el territorio como de otras formas de participación en los beneficios y riqueza generadas por el proyecto ya sea directamente o vía inversión en las mismas comunidades de los impuestos generados.
- 7) En cuanto al tema del veto o la interpretación del término “consentimiento”, tanto algunos Estados, como algunas empresas han sido lentos en comprender que un proceso de consulta, no es solo informar y proponer medidas de compensación, sino que en muchos casos es natural que la consulta lleve a realizar cambios importantes al proyecto mismo de inversión

para incorporar mejor a los pueblos indígenas en los beneficios. A su vez, las empresas deben comprender que una consulta previa también puede llevar a concluir que un determinado proyecto no es conveniente para el territorio.

- 8) La **representatividad de los pueblos indígenas** es otro tema importante. Con frecuencia las organizaciones indígenas y sus representantes son cuestionados por sus pares, no existe consenso sobre los representantes o hay rivalidad entre distintos grupos en un mismo territorio y esto dificulta el establecimiento de acuerdos duraderos.

En síntesis, no ha sido fácil encontrar un modelo institucional que cierre la brecha entre los estándares internacionales, y la regulación que rige los procesos nacionales de consulta. Es justamente esa brecha la que ha generado judicialización de algunos procesos, con el resultado desafortunado de demorar en exceso importantes proyectos de inversión, no sólo del sector privado, sino también relativos a infraestructura necesaria para el desarrollo de los países. Además, desde 1997 se han presentado al sistema de control de normas de la OIT, 32 reclamaciones contra gobiernos que han ratificado el convenio 169.

C. El papel de las empresas y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos

Ya he aclarado, creo yo, en bastante detalle cuál es el papel de los gobiernos. Paso ahora a comentar las responsabilidades de las empresas.

El Convenio 169 es un tratado internacional que jurídicamente vincula a los Gobiernos que lo ratifican. Con la ratificación, el convenio se integra a la legislación nacional y corresponde a los Estados nacionales generar el marco regulatorio que recoja los preceptos contenidos en el Convenio. Surge entonces la obligación de las empresas para actuar conforme a lo dispuesto en la norma nacional.

Sin embargo, además del Convenio 169 hay una serie de marcos internacionales sobre la responsabilidad empresarial que plantean normas de buen comportamiento corporativo. De particular importancia son los **Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos**, que han sido creados –con la participación activa del empresariado- específicamente para orientar el comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos.

El principio rector 17 insta a las empresas a identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. El proceso de debida diligencia es central, debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos. Para ser específicos, la debida diligencia tiene varias características o requisitos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Debe variar de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar a través el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

Estos principios pueden orientar a las empresas incluso en países donde no se ha ratificado el Convenio 169, para generar un entorno en el cual los objetivos del Convenio sean puestos en práctica.

III. PAPEL DE LA OIT EN ASISTENCIA TECNICA

Finalmente, sobre el papel de la OIT y la asistencia técnica. La problemática que he descrito, y que ustedes conocen bien en particular para el caso del Perú, ha aumentado las demandas de Asistencia Técnica de la OIT para la mejorar implementación del convenio 169.

En el 2013, el Departamento de Normas de la OIT publicó un Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT titulado “Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)”. Este Manual responde las preguntas más importantes respecto al convenio, su importancia, su alcance y lineamientos para su correcta aplicación.

Hace dos meses, la Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT (ACTEMP) publicó un Reporte Regional con resultados de estudios sobre la consulta previa, avances y retos de su aplicación en Colombia, Costa Rica, Guatemala y Chile.

La OIT ha realizado actividades de capacitación y tenemos un proyecto sobre el tema de consulta previa en Guatemala.

Debo decirles, sin embargo, con toda candidez que actualmente las demandas de asistencia técnica y de presencia de la OIT en materia del Convenio 169 están muy por encima de las capacidades y recursos de la Oficina. Como ustedes saben la OIT trabaja en una variedad de temas que compiten por recursos. Tradicionalmente para áreas de alta demanda como la erradicación del trabajo infantil, la OIT ha tocado las puertas de la cooperación oficial Norte-Sur o Sur-Sur, pero particularmente la primera ha venido cerrando las fuentes de financiamiento para países de ingreso medio como los de América Latina y la cooperación Sur Sur es incipiente y ha sido fuertemente golpeada por la crisis económica. Más recientemente se ha hecho un esfuerzo especial de explorar fuentes de financiamiento del sector privado.

Y quisiera entonces aprovechar esta oportunidad para decirles que estamos abiertos e interesados en explorar con ustedes fórmulas de colaboración que nos permitan escalar las actividades y tener un papel más activo en materia de asistencia técnica. Estas actividades pueden incluir: actividades de capacitación para la aclaración de conceptos y para la sistematización de buenas prácticas y de historias de éxito en diálogos inter-culturales; realización de estudios de casos sobre las realidades y retos concretos de implementación del convenio; y actividades para construir confianzas y capacidades técnicas, operativas y políticas tanto en entidades públicas como privadas relacionadas con el Convenio y la consulta previa. Dadas las trabas y obstáculos que enfrentan muchos proyectos alrededor de estos temas y sus costos de oportunidad, estoy seguro que esta sería una inversión de alta rentabilidad para el sector minero.

Muchas gracias por su atención.