



Guía

para fortalecer las
Capacidades de los

**empleadores
en la aplicación
del Convenio**

169

sobre pueblos
**indígenas
y tribales**

en países independientes



Índice

Reconocimiento y agradecimientos	4
Prefacio	5
Siglas y Anacronimos	8
Introducción y Estructura de la Guía	9
Capítulo I: Objetivos de la Guía	12
Capítulo II: Pueblos Indígenas y tribales en la región Latinoamericana	15
Capítulo III: Convenio núm. 169 de la OIT	20
1. Antecedente predecesor: Convenio núm. 107	22
2. Principios que inspiran los ejes de trabajo del Convenio núm. 169 de la OIT	23
a. Abandono del principio asimilacionista	23
b. Regla de la no-discriminación	23
c. Igualdad ante la ley	24
3. Ratificaciones del Convenio en Latinoamérica:	26
4. Mecanismos de control y seguimiento:	28
5. Implementación del Convenio núm. 169: Una responsabilidad del Estado	31
Capítulo IV: Convenio núm. 169 y su interpelación a las actividades de las empresas	32
1. Empleo	34
2. Participación y Consulta Previa:	34
3. Tierra/Territorio y Recursos Naturales:	37
4. Participación en los beneficios:	39
5. Relevancia de lo colectivo en los pueblos indígenas:	40
Capítulo V: Consulta previa del Convenio núm. 169 de la OIT	42
1. Principios de la consulta previa	43
2. La consulta previa en relación a los recursos naturales	45
3. La consulta como parte de un proceso de entendimiento con los pueblos indígenas	46
4. Consentimiento previo, libre e informado en la consulta previa	50
5. Consulta previa, su relación con el territorio y las expectativas de beneficios	52
6. Stakeholders en la implementación de la consulta previa y sus responsabilidades	53
7. Conceptos genéricos que requieren precisión a nivel nacional	59
8. Regulaciones Nacionales	59
9. Institucionalidad en América Latina en materia de consulta previa	61
10. Implementación de los procesos de consulta previa en la región	63
11. Flujograma de los procesos de consulta previa	66
12. Costos de implementación: Altos costos en la implementación de las consultas	68

Capítulo VI: Interculturalidad	70
Capítulo VII: Buenas prácticas en la implementación del Convenio núm. 169	73
Capítulo VIII: Desafíos del Estado en la implementación del Convenio núm. 169	77
Capítulo IX: Empresas y derechos indígenas	83
1. Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	86
2. International Finance Corporation (IFC) Norma de Desempeño N° 7	88
3. Declaración de Posición Pueblos Indígenas y Minería 2012 - ICMM	91
4. Forest Stewardship Council (FSC) – Certificación	94
5. Principios rectores de Derechos Humanos y Empresas - el Marco de la ONU	96
6. Principios del Ecuador	100
7. ISO 26.000 Guía sobre Responsabilidad Social	102
8. OCDE – Líneas Directrices para empresas multinacionales	104
9. Pacto Global	105
10. Global Reporting Initiative (GRI)	106
11. Resumen instrumentos internacionales en relación a empresas y derechos indígenas	108
Anexos	112
1. Anexo I: Resumen Ejecutivo Reporte Regional (Colombia-Costa Rica-Guatemala-Chile) Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión	113
2. Anexo II: Texto Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. (1989)	124
3. Anexo III: Ratificaciones Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. (1989)	140
Bibliografía	141

Reconocimiento y agradecimientos

Este documento fue elaborado por la Organización Internacional del Trabajo a través su Departamento de Actividades con Empleadores (ACT/EMP), bajo la coordinación técnica del Especialista Regional de la OIT para América Latina y el Caribe y con el apoyo del Programa de Actividades para Empleadores del Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín, Italia.

Este documento es una guía sobre el Convenio núm. 169 y su relación con las empresas, que responde a la necesidad expresada por los propios sectores empresariales. Busca entregar herramientas de apoyo para las organizaciones de empleadores y sus empresas afiliadas, en relación a comprensión de los alcances y el proceso de implementación del Convenio núm. 169 de la OIT y la consulta previa en particular. Esta necesidad fue evidenciada en los estudios de caso realizados los años 2013 y 2014, sobre la implementación del Convenio núm. 169 de la OIT para los contextos nacionales de Chile, Colombia, Costa Rica y Guatemala.

La coordinación técnica estuvo a cargo de Jorge A. Illingworth, Especialista Principal en Actividades para los Empleadores de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe.

La redacción del documento estuvo a cargo de Matías Abogabir, consultor de la OIT especialista en la implementación del Convenio núm. 169, quien contó con el apoyo, acompañamiento y los aportes sustantivos de Malgorzata Anna Lange, Cientista Política e Investigadora; Andrés Cortés y Margara González investigadores y miembros del equipo de la consultora Presencia Local, especialista en Relaciones Comunitarias; y de María Angela Calmet Gutiérrez en la sistematización del taller de socialización del documento realizado en Lima en noviembre de 2015.

También se agradece la orientación y sugerencias entregadas por Sebastián Donoso, abogado especialista en legislación indígena y profesor del ramo en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

La elaboración de este documento contempló el desarrollo de actividades en Santiago, Chile; Lima, Perú; y Bogotá, Colombia, para profundizar en las experiencias nacionales de implementación del Convenio núm. 169 de la OIT. Su proceso de elaboración finalizó con un taller realizado en Lima, Perú, en el que participaron representantes de gremios empresariales de Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú, a los cuales se les agradece su participación tanto en el taller de retroalimentación como también sus comentarios posteriores, que han permitido enriquecer este documento.

Prefacio

Los pueblos originarios de muchos países se han encontrado históricamente en condiciones de vulnerabilidad, lo que se ha visto exacerbado por los procesos dinámicos del desarrollo y la modernización que no han considerado adecuadamente el resguardo de sus derechos. Esta situación ha motivado a los organismos internacionales y representantes de la comunidad internacional, a crear y promover instrumentos normativos orientados a reconocer internacionalmente los derechos de los pueblos indígenas.

Dichos instrumentos dan cuenta que los pueblos indígenas tienen características y dinámicas que los diferencian del resto de las sociedades nacionales, que en muchos casos involucran formas de organización, valores, costumbres y tradiciones propias. El reconocimiento normativo de estos grupos humanos tanto a nivel internacional, como a niveles nacionales, ha permitido la elaboración de herramientas concretas que buscan proteger a dichos pueblos, sus culturas y tradiciones, haciéndolos partícipes del desarrollo local, nacional y global.

En el contexto regional de América Latina, los pueblos indígenas se han convertido en actores relevantes para los proyectos de inversión de las industrias, cuyo desarrollo tiene lugar en territorios habitados, utilizados o reclamados por los pueblos indígenas, aun cuando no mantengan una propiedad jurídica sobre dichos espacios.

Si bien existe un número importante de normativas internacionales que abordan la temática indígena, el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el único tratado internacional con carácter vinculante para los ratificantes, que trata exclusivamente la temática indígena. Este instrumento también establece el contexto jurídico para el desarrollo de proyectos de inversión en zonas con presencia indígena. Ha sido principalmente en el marco legal del Convenio núm. 169 que se han impulsado los mecanismos de consulta previa y procesos de diálogo con los pueblos indígenas. Hoy en día, de los 22 Estados que han ratificado e implementado el Convenio núm. 169, 15 corresponden a países de América Latina, transformándolo en un tratado **prácticamente de carácter regional**.

Por tratarse de una herramienta internacional de carácter vinculante, cada uno de los países ratificantes ha tenido que adaptar sus bases legales para hacer efectivas las previsiones del Convenio en el contexto nacional. Vale decir, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país. A su vez, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por parte de los gobiernos

ha implicado transformaciones en las sociedades nacionales, incluidas las empresas que desarrollan actividades en territorios con una importante presencia indígena. La forma de aproximarse a dichos pueblos es un elemento importante para el éxito de estas transformaciones y para el cumplimiento de las obligaciones resultantes del Convenio núm. 169.

El Convenio núm. 169 genera obligaciones directas para los Estados, que deben diseñar instrumentos y generar capacidades internas que le permitan a sus instituciones y funcionarios, abordar de manera oportuna los desafíos y obligaciones que este impone. En este contexto, el presente material también puede ser de utilidad para los organismos del Estado, en consideración a su responsabilidad en la aplicación del Convenio, como también siendo titular de proyectos de infraestructura y desarrollo que deben someterse a procesos de consulta previa. En relación a la responsabilidad del Estado, es importante destacar que **la OIT ha señalado que son los Gobiernos, concebidos fundamentalmente como el poder ejecutivo, el principal responsable de su aplicación y disposiciones a nivel nacional.** En este contexto, los esfuerzos que hagan otras instituciones del Estado, como el poder legislativo y judicial, son bienvenidas, pero no sustituyen la responsabilidad del poder ejecutivo.

Aun cuando las obligaciones de este Convenio recaen en el Estado, su implementación impone sobre las empresas un nuevo marco legal para desarrollar y operar proyectos de inversión. Este corresponde al marco normativo nacional que debe establecer cada Estado ratificante, para velar por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio. Esta situación finalmente impone sobre las empresas desafíos en cuanto a los esfuerzos de diálogo que deben implementar con los pueblos indígenas, para que sus proyectos sean respetuosos de dichos derechos.

A su vez, es importante destacar que el no cumplimiento de las disposiciones del Convenio por parte del Estado puede afectar de manera adversa a las empresas y sus proyectos. Aun cuando los Estados son los responsables de la correcta implementación, una falla del Estado, por ejemplo, en la aplicación de la consulta previa, puede eventualmente significar que el sustento social del proyecto sea objetado judicialmente a causa de esta falla del Estado, lo que puede eventualmente culminar en la anulación de permisos obtenidos. Es por ello, que está en el interés tanto del Estado, de los pueblos indígenas, de las empresas y el mundo privado en general, que el Convenio sea implementado y aplicado de manera efectiva y de buena fe.

El presente documento está orientado a ser un material de apoyo para el sector empresarial, que informe sobre el marco normativo del Convenio núm. 169, constituyéndose en una herramienta

para el fortalecimiento de las capacidades de las organizaciones empresariales y de sus empresas afiliadas, en su relación con los pueblos indígenas.

Se espera que esta guía facilite la comprensión del Convenio, sus principios y fundamentos, revelando las responsabilidades que de él devienen y las experiencias prácticas relacionadas con su cumplimiento, informando a su vez del marco ampliado de disposiciones y herramientas internacionales relacionadas. Esto permitirá que las empresas conozcan el contexto, los alcances y la pertinencia del Convenio núm. 169, permitiéndolas asumir un rol activo en su implementación.

El relacionamiento con los pueblos indígenas no es un tema nuevo para las empresas, lo que se evidencia en un número importante de casos, donde las empresas han incorporado buenas prácticas y políticas específicas con los pueblos indígenas. En muchos casos las empresas han incorporado mecanismos especiales de relacionamiento con los pueblos indígenas, que reconocen y valoran sus diferencias respecto de otros grupos. El buen e informado uso de la presente Guía espera contribuir al establecimiento de mecanismos y procesos eficaces de relacionamiento con los pueblos indígenas. También podría ayudar a las empresas en su relación con las autoridades del Estado responsables de la implementación del Convenio núm. 169, fortaleciendo su posición y perspectivas del desarrollo a largo plazo.

A lo largo de la guía encontrará información acabada sobre la aplicación del Convenio, sus desafíos y alcances. Al mismo tiempo se abordan de manera especial algunas materias que se configuran como aspectos fundamentales en el vínculo que relaciona al Convenio con las empresas. Es el caso del derecho a “veto” que en muchos casos pretenden las comunidades indígenas, y sobre el cual esta guía profundiza, se aclara que si bien corresponde a un anhelo de las comunidades, no está contemplado en el Convenio núm. 169, ni tampoco es una regla general en otros instrumentos internacionales que abordan la materia. Al mismo tiempo la Guía ofrece una mirada comparada de las diversas normativas nacionales en materia de consulta previa, lo que facilita el análisis de las principales características y elementos comunes que debieran ser considerados al momento de la elaboración de nuevas normativas a nivel nacional.

Siglas y acrónimos

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.	ICMM	Consejo Internacional de Minería y Metales.
ACT/EMP	Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT.	ICSARA	Informe Consolidado Aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones.
ADI	Área de Desarrollo Indígena.	ICP	Instituto de Ciencia Política- Hernán Echavarría Olózaga, Colombia.
AGER	Asociación de Empresas Generadoras de Energías Renovables.	IFC	Corporación Financiera Internacional.
AI	Asociación Indígena.	INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos.
C169	Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio).	ISO	International Organization for Standardization.
CI	Comunidad Indígena.	Ley Indígena	Ley N° 19.253.
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Chile.	Ley Lafquenche	Ley N° 20.249.
CONAI	Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, Costa Rica.	MDS	Ministerio de Desarrollo Social.
CPLI	Consentimiento previo, libre e informado (FPIC en Inglés).	MIDEPLAN	Ministerio de Planificación.
CV	Consultas Vecinales.	MMA	Ministerio de Medio Ambiente.
DIA	Declaración de Impacto Ambiental.	OIT	Organización Internacional del Trabajo.
DS	Decreto Supremo.	ONU	Organización de las Naciones Unidas.
DCP	Dirección Consulta Previa - Colombia.	PAC	Participación Ciudadana.
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas.	PH Diquís	Proyecto Hidroeléctrico Diquís.
EIA	Estudio de Impacto Ambiental.	PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
FSC	Forest Stewardship Council.	RCA	Resolución de Calificación Ambiental.
FUNPADEM	Fundación para la Paz y Democracia - Costa Rica - Guatemala.	SEA	Servicio de Evaluación Ambiental.
GRI	Global Reporting Initiative.	SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
ICANH	Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Colombia.	Titular o Titulares	Empresa pública o privada propietaria y responsable de un proyecto.
ICE-CR	Instituto Costarricense de Electricidad, Costa Rica.	US\$	Dólares de Estados Unidos de America.
ICE	Informe Consolidado de Evaluación.	Viceministerio	En el caso de Chile, a un Viceministerio se le denomina Subsecretaría.

Introducción y estructura de la guía

La creciente vinculación que tiene el desarrollo de proyectos de inversión con los derechos de los pueblos indígenas, contrasta con el conocimiento y manejo que tienen las empresas respecto de los alcances y aplicación del Convenio núm. 169. Lo mismo se observa respecto del conocimiento que tienen las empresas sobre los fundamentos filosóficos del Convenio y de su relación con otros instrumentos y disposiciones internacionales en materia de empresas, derechos humanos y derechos indígenas.

En muchos casos, las actividades desarrolladas por empresas públicas y privadas, tienen directa relación con los pueblos indígenas, especialmente en lo referido al uso de territorios, la explotación de recursos naturales, y la implementación del derecho a la consulta previa y la participación. Sin embargo, la implementación del Convenio núm. 169 y sus disposiciones, suele desarrollarse en ausencia o con una deficiente participación de las empresas, lo que afecta una implementación eficaz de este instrumento.

Debido a lo anterior, la Organización Internacional del Trabajo, y particularmente su Departamento de Actividades con Empleadores (ACT/EMP), considera de vital importancia que los gremios empresariales, perseveren en sus esfuerzos por influir positivamente en los procesos regulatorios y de implementación del Convenio en la legislación y prácticas nacionales. Esto contribuirá con el adecuado equilibrio entre la certeza jurídica que requieren los proyectos de inversión y la promoción y respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

La presente guía responde a la necesidad del sector empleador de contar herramientas y material de apoyo para su formación, en lo que dice relación con el alcance de las disposiciones del Convenio núm. 169 y su proceso de implementación. Para ello, incorpora contenidos que buscan facilitar la comprensión del Convenio núm. 169, sus alcances, fundamentos, disposiciones, y realidad de implementación. A su vez revisa su conexión con otros instrumentos/disposiciones internacionales relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y las actividades empresariales.

Con el objetivo de facilitar la comprensión del conjunto de elementos que conforman el contexto de implementación del Convenio núm. 169 y su relación con las empresas, la presente guía comienza revisando la realidad indígena de América Latina. Posteriormente, se introducen los contenidos generales del Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en

países independientes de 1989, para lo cual se revisa su historia; fundamentos filosóficos; principales disposiciones y los aspectos administrativos de este instrumento internacional.

Esta revisión conduce al análisis de la vinculación de las disposiciones del Convenio núm. 169 con las actividades de las empresas. Para esto se revisan conceptos como la definición de “territorio”, “participación y consulta previa”, “participación en los beneficios”, entre otras.

La presente guía también revisa los principios fundamentales de la consulta previa y la participación. Su relación con la explotación y uso de los recursos naturales, la temática del consentimiento previo, libre e informado, y las disposiciones relativas a la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que reporten las actividades que se realicen en territorios con los que tengan relación. A su vez identifica los principales stakeholders que intervienen en dichos procesos, y revisa las regulaciones e institucionalidades nacionales en América Latina en materia de consulta previa. También profundiza en la implementación de los procesos de consulta previa en la región, su flujograma y costos de implementación.

A su vez, esta guía identifica buenas prácticas y aspectos claves en la implementación del Convenio y en particular en la consulta previa, abordando también los principales desafíos institucionales para la plena implementación del Convenio en los países de la región. Esto será de utilidad también para que las empresas puedan participar en la discusión de un marco institucional eficiente, que permita una implementación que conjugue el respeto por los derechos de los pueblos indígenas, con el desarrollo económico de los países, entregando seguridad jurídica al desarrollo de proyectos de inversión.

Sin perjuicio que el Convenio núm. 169 de la OIT es el instrumento por excelencia que aborda los derechos de los pueblos indígenas, esta guía no se queda ahí. Atendiendo a los actuales desafíos que enfrenta la industria en la relación con los pueblos indígenas, la guía también presenta otras disposiciones internacionales que relacionan a las empresas y los pueblos indígenas. Con este objetivo, la guía concluye dando cuenta del espectro global de instrumentos que abordan específicamente los derechos indígenas con las actividades de las empresas. En este contexto se puede apreciar que desde distintas perspectivas, organismos de Naciones Unidas, organizaciones internacionales y organismos multilaterales han desarrollado directrices en esta materia. Los objetivos y contenidos de estos instrumentos se presentan en este documento, ya que su conocimiento puede ser de utilidad para el desempeño de las estrategias de vinculación social de las

empresas.

Las cifras y estadísticas presentadas en la guía corresponden a información que da cuenta de la situación nacional y regional al momento de la realización de los Estudios de Caso desarrollados para cada país y al Reporte Regional consolidado publicado por la Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT. En este contexto es probable que estas cifras hayan variado o incrementado debido al tiempo que ha transcurrido.



Capítulo I: Objetivos de la Guía

Capítulo I: Objetivos de la Guía

Esta guía tiene como objetivo ser una herramienta formativa, de apoyo para el sector empresarial, que permita a las empresas abordar de manera adecuada, oportuna e informada, los desafíos del diseño, desarrollo y operación de proyectos de inversión en territorios con presencia indígena. En consideración a lo anterior, la guía pretende entregar elementos didácticos que apoyen a las organizaciones empresariales y a las empresas, a conocer el Convenio núm. 169 y, en particular, relacionarse de manera eficiente con el proceso de consulta previa.

El logro del objetivo general que persigue la presente guía, se desarrolla a través de objetivos específicos que consideran lo siguiente:

- Conocer el Convenio núm. 169, sus principales disposiciones y de manera particular lo referido a la consulta previa, como principal elemento que vincula a los proyectos de inversión con los derechos de los pueblos indígenas.
- Identificar la responsabilidad que tienen los Estados en la aplicación del Convenio núm. 169, de forma que el sector empresarial pueda exigir un actuar diligente y sugerir acciones para mejorar los procesos, asegurando su correcta implementación.
- Revisar patrones y dificultades comunes a nivel regional en la aplicación de este instrumento, lo que permitirá a las empresas conocer los alcances en sus actividades.
- Dar cuenta de todos los pasos a seguir en un proceso de consulta previa. Es decir, abarca todos los puntos desde el inicio hasta el final de las consultas previas.
- Presentar a los principales stakeholders que comúnmente involucran los procesos de consulta previa, para poner especial atención a su presencia y considerarlos oportunamente.
- Presentar la realidad de algunos contextos nacionales representativos, que ayuden al sector empresarial a contar con herramientas comparadas, al momento de participar en procesos regulatorios y discusiones, relativas a una aplicación nacional eficiente y predecible del Convenio núm. 169.
- Visualizar buenas prácticas que pueden implementar las empresas para mejorar su gestión en la vinculación con los pueblos indígenas, reducir riesgos y finalmente viabilizar sus

proyectos, en consideración al contexto global, articulación social y a la creciente demanda de derechos.

- Como información complementaria, la Guía presenta una breve descripción de otros instrumentos y disposiciones internacionales relativas a los pueblos indígenas, los derechos humanos, y su relación con el desarrollo de proyectos de inversión.

Es necesario aclarar que la guía es una herramienta macro, que aborda los elementos comunes de los países de la región. Se constituye como un material de carácter general que podría permitirle a los gremios empresariales conocer las áreas y pasos en los que deberían enfocar en mayor medida sus recursos. Su carácter general permite que otros países que no pertenecen a América Latina y El Caribe puedan tomar la guía como referencia para implementar y adaptar el proceso de consulta previa según sus realidades nacionales. El contexto nacional específico debe ser analizado caso a caso por las organizaciones empresariales, adaptando sus alcances y desafíos a la realidad de sus respectivos países.

Su contenido espera ser una herramienta que apoye a las organizaciones empresariales, no solo para profundizar en el conocimiento del Convenio num. 169 y las posibles implicancias que su implementación podría tener para la ejecución de proyectos de inversión, sino también en el relacionamiento del sector empresarial con las dependencias del Estado y los pueblos originarios. La Guía espera generar un mayor interés en las organizaciones empresariales a participar activamente con el Estado en un diálogo constructivo, orientado a incentivar propuestas de política pública en un contexto amplio. Esto permitirá al sector empresarial influir en todo el espectro de aplicación del Convenio, contribuyendo a otorgar un mayor equilibrio y certidumbre jurídica.

Finalmente es importante destacar, que, si bien la guía analiza los desafíos relativos a la relación Convenio núm. 169, empresas y comunidades indígenas, su contenido puede ser de utilidad para los distintos actores que intervienen en estos procesos. Es por ello que puede ser útil también para los gobiernos y los organismos internacionales.

*Capítulo II: Pueblos
Indígenas y tribales en la
región Latinoamericana*

Capítulo II: Pueblos Indígenas y tribales en la región Latinoamericana

Dado que los pueblos indígenas son los titulares de los derechos establecidos en el Convenio núm. 169, el presente capítulo tiene por objetivo conocer quiénes son los pueblos indígenas, y cuál es su dimensión a nivel regional. Para esto, se presenta información demográfica, así como también los criterios establecidos por el Convenio para identificar quienes son dichos pueblos y sus miembros.

Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT

“<Pueblos indígenas y tribales> es una denominación común para más de 370 millones de personas que se encuentran en más de 70 países del mundo. Estos pueblos constituyen aproximadamente el 5 por ciento de la población mundial pero el 15 por ciento de los pobres en el mundo. Los pueblos indígenas y tribales se encuentran en todas las regiones del mundo, desde el Ártico hasta los bosques tropicales. No hay una definición universal de pueblos indígenas y tribales, pero el Convenio N° 169 ofrece una serie de criterios subjetivos y objetivos, que se utilizan conjuntamente para identificar quiénes son estos pueblos en un país determinado.”

Si bien en casi todos los países de América Latina la población indígena es una minoría desde el punto de vista demográfico, dichos pueblos son especialmente relevantes en la realidad regional, no solo por sus culturas y tradiciones ancestrales, sino también porque los derechos indígenas se han transformado en uno de los principales temas de preocupación.

Tomando en cuenta lo anterior, uno de los primeros desafíos a nivel de cada país, es la identificación de quienes son los pueblos indígenas, sus miembros y organizaciones representativas. A raíz de los procesos históricos de asimilación, muchos de los miembros de los pueblos indígenas han ocultado sus raíces por temor a discriminación. Es por ello que hoy, su correcta identificación supone un importante desafío en todos los países. De todas formas, es importante reconocer que la vigencia de los instrumentos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, así como el desarrollo de políticas orientadas a la preservación y rescate de sus culturas y tradiciones, han impulsado que sus miembros y herederos inicien un proceso de auto reconocimiento, que ha significado su revitalización.

La definición de quiénes son los pueblos indígenas establecida en el Convenio se enuncia en el artículo 1 letras a) y b), de la siguiente manera:

- Letra a) pueblos tribales: “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”;
- Letra b) pueblos 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.”

¿Quiénes son los pueblos indígenas?¹

	Criterios Sujetos	Criterios Objetivos
Pueblos indígenas	Conciencia de su identidad indígena	<p>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.</p> <p>Cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.</p>
Pueblos tribales	Conciencia de su identidad tribal	<p>Sus condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional.</p> <p>Están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por legislación especial.</p>

La definición establecida en el Convenio núm. 169 ha alcanzado un consenso internacional. Bajo este marco, la propia CEPAL ha identificado cuatro dimensiones constitutivas para la definición de pueblos indígenas.

Las 4 dimensiones para identificar a los pueblos indígenas.²

- (Auto) reconocimiento de la identidad, en el sentido del desarrollo de una conciencia étnica y el sentido de pertenencia a una cultura; sentido de pertenencia a una cultura;
- Origen común, que se refiere a la descendencia de ancestros comunes y a la memoria social y colectiva de los pueblos;
- Territorialidad, ligada a la herencia ancestral y memoria colectiva de los pueblos, la ocupación de las tierras ancestrales y su relación material y simbólica con ellas; y
- Dimensión lingüístico-cultural, que representa el apego a la cultura de origen, organización social y política, el idioma, su cosmovisión, conocimientos y modos de vida.

Respecto del término “tribal”, en América Latina este concepto ha sido aplicado comúnmente a ciertas comunidades afrodescendientes.

¹Manual para los mandantes tripartitos de la OIT.

²Sebastián Donoso. Comunidades Indígenas: Elementos Básicos para un diálogo intercultural. Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile.

Considerando lo anterior, la realidad indígena de América Latina representa aproximadamente el 8,3% de los habitantes de la región, albergando una gran cantidad de pueblos que enriquecen la configuración continental con sus lenguas, tradiciones y culturas.

Algunos países han institucionalizado el reconocimiento de los diferentes pueblos indígenas a través de leyes, regulaciones u otros instrumentos, lo que ha facilitado su identificación. Esto ha permitido focalizar las políticas públicas dirigidas hacia estos grupos, y resguardar los derechos de dichos pueblos, visualizando el contexto en el cual se encuentran.³

Tabla 2: Pueblos Indígenas en Latinoamérica (Cepal)

País y año censal	Población Total	Población indígena	% Población Indígena	Nº Pueblos indígenas
Argentina, 2010	40.117.096	955.032	2,4%	32
Brasil, 2010	190.755.799	896.917	0,5%	305
Chile, 2012	16.341.929	1.805.243	11,0%	9
Costa Rica, 2011	4.301.712	104.143	2,4%	8
Ecuador, 2010	14.483.499	1.018.176	7,0%	34
México, 2010	112.336.538	16.933.283	15,1%	78
Panamá, 2010	3.405.813	417.559	12,3%	8
Paraguay, 2012	6.232.511	112.848	1,8%	24
Uruguay, 2011	3.251.654	76.452	2,4%	2
Venezuela, 2011	27.227.930	724.592	2,7%	57
Bolivia (est. 2010)	9.995.000	6.216.026	62,2%	39
Colombia (est. 2010)	46.448.000	1.559.852	3,4%	102
El Salvador (est. 2010)	6.218.000	14.408	0,2%	3
Guatemala (est. 2010)	14.334.000	5.881.009	41,0%	24
Honduras (est. 2010)	7.619.000	536.541	7,0%	7
Nicaragua (est. 2010)	5.813.000	518.104	8,9%	9
Perú (est. 2010)	29.272.000	7.021.271	24,0%	85
Total	538.153.481	44.791.456	8,3%	826

Sin perjuicio de las diferencias y particularidades que tiene cada pueblo indígena, se identifican aspectos comunes en la forma en la que se relacionan con su entorno natural, destacando que comparten una visión ancestral que considera al hombre, a la naturaleza y a sus recursos naturales, como parte integral de un todo - conceptualizado de acuerdo a su cosmovisión, entendida como la manera de ver e interpretar el mundo.

³ Chile con la Ley N°19.253 reconoce la existencia de nueve pueblos indígenas; Perú, a través de la Ley N°29.785 creó la "Base de datos Oficial de pueblos indígenas u originarios" que impulsa la constitución de esta identificación para favorecer la implementación de los procesos de consulta.

*“La visión de los pueblos indígenas se manifiesta en las formas de relacionarse, primero, entre los seres humanos, de manera comunitaria. Segundo, con la tierra, como nuestra madre. Tercero, con la naturaleza, pues somos parte integral de ella y no sus dueños”.*⁴

*“El respeto, la complementariedad, dignidad, participación colectiva, y la armonía con la naturaleza y con la comunidad, son también algunos de los principios comunitarios más comunes.”*⁵

⁴ Rigoberta Menchú Tum perteneciente al pueblo Maya Quiché en Guatemala, en su discurso al recibir el Premio Nobel de la Paz en 1992.

⁵ Los pueblos indígenas en América Latina, CEPAL 2013.

*Capítulo III: Convenio
núm. 169 de la OIT*

Capítulo III: Convenio núm. 169 de la OIT

El presente capítulo tiene por objetivo que el sector empresarial pueda conocer los antecedentes históricos y las principales disposiciones del Convenio núm. 169, lo que permitirá al lector comprender el contexto que motivó su suscripción y la forma en la que se articula como un instrumento de protección de derechos indígenas.

Si bien hay aspectos del Convenio que parecen ser lógicos y son conocidos por la mayoría de las empresas y grupos de interés, esta guía optó por explicar su contenido en detalle. La guía entrega antecedentes básicos para aquellos que recién se relacionan con el Convenio, y a su vez desarrolla un análisis en profundidad sobre ciertas materias, que será útil también para aquellos que manejan con mayor profundidad sus alcances.

El Convenio núm. 169 nace como resultado del permanente desarrollo del derecho internacional público, en el marco legal y normativo impulsado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sustentado en los Derechos Humanos Universales.

Entre los objetivos fundacionales de la OIT está el combatir la pobreza como uno de los principales enemigos que atenta contra la seguridad e integridad de los trabajadores en todo el mundo. Si bien estos no dicen relación exclusiva con los pueblos indígenas, los desafíos que enfrentaba la organización a raíz de los procesos y dinámicas internacionales, puso de manifiesto que el tema de los pueblos indígenas y tribales necesitaba de un tratamiento jurídico propio, especialmente para superar las prácticas discriminatorias a las que se veían enfrentados sus miembros al momento de su adopción. El hito antecesor, fue el Convenio núm. 107 Sobre la protección y la integración de las poblaciones aborígenes y otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes del año 1957.

¿Por qué la OIT se interesa por los pueblos indígenas?

Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT.

“Durante los años cincuenta, fue cada vez más evidente que las condiciones laborales de estos pueblos eran la consecuencia de injusticias y prejuicios profundamente arraigados y ligados intrínsecamente a cuestiones más amplias de identidad, idioma, cultura, costumbres y tierras. “

Antecedente predecesor: Convenio núm. 107

El Convenio núm. 107, ratificado por 27 países,⁶ fue el primer acto internacional enfocado exclusivamente a las poblaciones indígenas y tribales. Hasta la aprobación del Convenio núm. 169, éste fue el único instrumento internacional que trató de modo sistemático la particularidad de la problemática de los pueblos indígenas. En él se establecieron normas y principios aplicables a temas tan importantes como la tierra, territorios y recursos naturales, el trabajo, la seguridad social, la salud y la educación.

Un punto relevante respecto de este Convenio, y que marcó la necesidad de avanzar hacia un nuevo instrumento, tiene relación con el enfoque asimilacionista que impulsaba el Convenio núm. 107. Si bien este instrumento rechazó la asimilación forzada de los pueblos indígenas, su enfoque abogó por un proceso transitorio de ajuste cultural, donde herramientas tales como la educación o el entrenamiento profesional eran medidas temporarias.⁷ Estas medidas estaban orientadas a lograr una plena integración social, cultural y económica de los indígenas a las sociedades nacionales. Es decir, a la luz del Convenio núm. 107, la diversidad cultural de los pueblos indígenas se entendía más bien como un obstáculo para una plena integración a la sociedad nacional y no un valor por reconocer y preservar, pues se consideraban sociedades atrasadas.

Décadas después, los límites del enfoque integracionista se hicieron evidentes y provocaron el debate acerca de la necesidad de un nuevo paradigma que reconociera los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, con sus propias culturas y formas de vida. De acuerdo a la misma OIT, el enfoque integracionista del Convenio núm. 107 reflejaba el discurso sobre la visión de desarrollo del momento de su adopción, sin embargo, su análisis durante la década de los 70 obligó a que éste fuese cuestionado y revisado.⁸

Como ya hemos indicado, la revisión del Convenio núm. 107 concluyó en la suscripción del Convenio núm. 169 titulado “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” que fue aprobado por la OIT en junio de 1989. La eliminación de la palabra “integración” en este instrumento, marca un giro y un enfoque novedoso en la visión sobre los pueblos indígenas. Al igual que su antecesor, el Convenio núm. 169 fija como objetivo central la protección de los pueblos indígenas, pero esta vez desde una nueva perspectiva, cuyos ejes principales son; el abandono del principio asimilacionista, la no-discriminación y la igualdad ante la ley.

⁶ Países que ratificaron el Convenio: Angola; Argentina; Bangladesh; Bélgica; Bolivia; Estado Plurinacional de Brasil; Colombia; Costa Rica; Cuba; Dominicana, República; Ecuador; Egipto; El Salvador; Ghana; Guinea - Bissau; Haití; India; Iraq; Malawi; México; Pakistán; Panamá; Paraguay; Perú; Portugal; Siria; República Árabe; Túnez. Información disponible en línea en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:11300:0:NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312252:NO

⁷<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>

⁸Reseña del Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en línea en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>
Diferencias principales entre los convenios 107 y 169:

Principios que inspiran los ejes de trabajo del Convenio núm. 169 de la OIT

a. Abandono del principio asimilacionista

El principio de la no-asimilación deviene del reconocimiento del carácter permanente (ya no temporal) de los pueblos indígenas y del respeto hacia su diversidad étnica y cultural⁹. Esto se ve reflejado en el artículo 2 número 1 del Convenio núm. 169 que indica: “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”.

De la misma manera, en el artículo 5 letra a) se señala que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”.

b. Regla de la no-discriminación

El Convenio pone énfasis en la protección de los pueblos indígenas a través del principio de la no-discriminación. El objetivo es hacer frente a las realidades de diversos contextos nacionales, donde los pueblos indígenas y tribales pueden sufrir discriminación e incluso ser sujetos de violencia y coerción, según señala el Preámbulo del Convenio: “en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.

Para contrarrestar esta situación, el Convenio establece en el artículo 3 numeral 1 lo siguiente: “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.”

Al mismo tiempo, en materia de empleo, el Convenio es especialmente enfático en los esfuerzos que deben realizar los gobiernos para “evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores”.

En complemento al principio de la no-discriminación e igualdad, atendiendo a la posición desaventajada en la que muchas veces se encuentran los pueblos indígenas y tribales, el Convenio es-

⁹ Diferencias principales entre los convenios 107 y 169: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>

tablece acciones que los gobiernos deben realizar, orientadas a mejorar la situación de los pueblos interesados. Para eso propone que los gobiernos implementen medidas positivas “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”¹⁰, y en el artículo 5 letra c) recomienda adoptar “(...) medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.”

c. Igualdad ante la ley

Los dos principios anteriores que promueve el Convenio, se amparan en las garantías que emanan del Estado de Derecho que garantiza y observa la igualdad ante la ley de todos los miembros de la sociedad. Reconoce la igualdad en la diversidad, independiente de las diferencias sociales, culturales, étnicas y religiosas de los grupos que la conforman: “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos.”, según se estipula en el artículo 5 letra b).

En este contexto, el Convenio señala que el Estado tiene la obligación de velar por que “no deberá emplearse ninguna 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.”¹¹

Considerando todo lo anterior, el Convenio núm. 169 avanza y promueve la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, que tienen como base los derechos humanos ampliados. Es decir, integra los llamados derechos humanos de II generación, que son del tipo colectivo e incluyen el respeto a la identidad social y cultural de estos grupos, los que a su vez deben ser garantizados junto con los derechos civiles y políticos. Estos derechos guardan relación con las condiciones que hacen posible el desarrollo pleno e integral de las personas y las comunidades a las que pertenecen, en especial en lo relativo al empleo, el trabajo remunerado y la educación.

Respecto a ello, el artículo 2 numeral 2 letra b) del Convenio, establece que los gobiernos deberán incluir medidas “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.”

El Convenio cubre una amplia gama de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación y los medios de comunicación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la coopera-

¹⁰ Artículo 2 letra a) Convenio núm. 169.

¹¹ Artículo 3 número 2

ción a través de las fronteras. De todos ellos, esta guía considera que las temáticas más relevantes desde el punto de vista de la empresa y el desarrollo de los proyectos, corresponden a la Consulta Previa, la Participación en los beneficios, y su relación directa con las Tierras, Territorios y Recursos Naturales.

Figura 1: Estructura y Principales Disposiciones del Convenio núm. 169



Ratificaciones del Convenio en Latinoamérica:

Respecto de la cronología de ratificación del Convenio núm. 169 de la OIT, éste ha sido ratificado básicamente por países Latinoamericanos, transformándose en un instrumento prácticamente de carácter regional. Entre los países latinoamericanos que aún no lo han suscrito se encuentran Panamá y Uruguay.

#	Países	Año ratificación Convenio Nº 169
1	México	1990
2	Colombia	1991
3	Bolivia	1991
4	Paraguay	1993
5	Costa Rica	1993
6	Perú	1994
7	Honduras	1995
8	Guatemala	1996
9	Ecuador	1998
10	Argentina	2000
11	Dominica	2002
12	Venezuela	2002
13	Brazil	2002
14	Chile	2008
15	Nicaragua	2010

Una vez ratificado el Convenio en cada país, éste asume distintos status jurídicos, según las disposiciones constitucionales, leyes y normativas nacionales. En este contexto, se puede apreciar que, en un gran número de casos, el Convenio llega a formar parte de la legislación nacional y puede invocarse de manera directa ante los tribunales.

La situación del Convenio núm. 169 en los sistemas jurídicos de los países ratificantes

12

- **Argentina:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales;
- **Bolivia:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución;
- **Brasil:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y su jerarquía puede ser superior a las leyes nacionales;
- **Chile:** Los tratados internacionales ratificados tienen fuerza de ley.
- **Colombia:** Los tratados internacionales ratificados tienen fuerza de ley; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución.
- **Costa Rica:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales;
- **Dominica:** Los tratados internacionales no tienen fuerza de ley a partir de su ratificación;
- **Ecuador:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes ordinarias. Los tratados sobre derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público;
- **Guatemala:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación; los convenios sobre derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno;
- **Honduras:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales;
- **México:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales);
- **Paraguay:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales;
- **Perú:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación.
- **Venezuela:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución.

.....
¹² http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

Considerando lo anterior, es importante destacar que la ratificación del Convenio por parte de los países, no significa que la tarea normativa o legislativa haya finalizado en relación a su implementación, sino muy por el contrario. El Convenio impone desafíos y obligaciones para los países, quienes para poder implementarlo y cumplirlo adecuadamente deben trabajar en el diseño de una regulación e institucionalidad competente que permita abordar su implementación a nivel nacional de manera eficiente. Para esto se requiere interpretar a nivel nacional algunos conceptos genéricos, que permitan compatibilizar los principios generales del Convenio, con el contexto nacional específico. Dado lo anterior surgen regulaciones (leyes, reglamentos o directivas) para implementar la consulta previa en cada país, y se crean instituciones especialmente focalizadas en el resguardo y promoción de ciertas materias y obligaciones contenidas en el Convenio. De este modo, cada país, tiene el desafío de estudiar qué ajustes internos requiere implementar para abordar de manera efectiva las obligaciones que genera la ratificación del Convenio.

Mecanismos de control y seguimiento

Responsabilidad de implementación del Convenio

Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT.

“En este contexto, es importante subrayar que la responsabilidad de asegurar la aplicación correcta del derecho a la consulta y la participación recae en el Estado. Si se fracasa al asumir esta responsabilidad, se plantea un riesgo para las inversiones del sector privado puesto que los pueblos indígenas pueden legítimamente invocar sus derechos en virtud del Convenio.”¹³

De acuerdo a los artículos 19 y 22 de la constitución de la propia OIT, los Estados que ratifiquen un Convenio de dicho organismo, deben presentar memorias de cumplimiento en forma regular, como mínimo cada cinco años, para ser evaluadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). En las memorias deben dar cuenta de la manera en que las leyes nacionales están en conformidad con el Convenio y relatar los avances y efectos de su aplicación.¹⁴ El Convenio núm. 169 no es la excepción, por tanto, los Estados que lo ratifican deben presentar memorias, al menos cada 5 años, que den cuenta de su cumplimiento.

¹³ Manual de Mandantes Tripartitos de la OIT, página 23.

¹⁴ La Aplicación del Convenio Núm. 169 por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, Anexo 3, p. 192 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)¹⁵

Cuando un país ratifica un convenio de la OIT, se ve obligado a presentar memorias regulares sobre las medidas que ha arbitrado para aplicarlo. Cada dos años, los gobiernos deben transmitir memorias con información detallada sobre las medidas que se han adoptado, en la legislación y en la práctica, para aplicar cualquiera de los ocho convenios fundamentales y los cuatro convenios prioritarios que hubiesen ratificado. En cuanto a los demás convenios, las memorias deben presentarse cada cinco años (este es el caso del Convenio núm. 169), excepto en el caso de los Convenios que han sido dejados de lado. Las memorias sobre la aplicación de los convenios pueden solicitarse a intervalos más breves. Los gobiernos deben comunicar copias de sus memorias a las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Estas organizaciones pueden formular comentarios en torno a las memorias de los gobiernos; asimismo, pueden enviar comentarios sobre la aplicación de los convenios directamente a la OIT.

En 1926, se creó la Comisión de Expertos, con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados. Actualmente, está compuesta por 20 juristas eminentes, nombrados por el Consejo de Administración por periodos de tres años. Los Expertos proceden de diferentes regiones geográficas y de diferentes sistemas jurídicos y culturas. El cometido de la Comisión de Expertos es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo.

A la hora de proceder al examen de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, la Comisión de Expertos efectúa dos tipos de comentarios: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado. Estas observaciones se publican en el informe anual de la Comisión. Las solicitudes directas se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de más información. No se publican en el informe, sino que se comunican directamente a los gobiernos concernidos.

El informe anual de la Comisión de Expertos consta de tres partes. La Parte I contiene el Informe general, que incluye los comentarios acerca del respeto de los Estados Miembros de sus obligaciones constitucionales; la Parte II contiene las observaciones sobre la aplicación de las normas internacionales del trabajo; y la Parte III contiene el Estudio general.

En particular, la estructura tripartita de la OIT, recomienda que las memorias sean elaboradas en base al diálogo y consultas respectivas con los representantes de los pueblos indígenas y de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, para que éstos puedan transmitir sus observaciones y comentarios desde su perspectiva, dando cuenta de la realidad fiel de implementación de este instrumento a nivel nacional.

¹⁵ <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/>

Mecanismos de supervisión del cumplimiento del Convenio núm. 169 en cada país.

Manual para los mandantes tripartitos de la OIT

“La OIT alienta a los Estados para que cuando preparen las memorias consulten a los pueblos indígenas y tribales en el país a través de sus instituciones tradicionales. Además, en virtud de la constitución de la OIT, las organizaciones de trabajadores y de empleadores pueden comunicar informaciones y comentarios sobre la aplicación del Convenio, o presentar sus quejas («reclamaciones») con el objetivo de que los órganos de control de la OIT estén al tanto del progreso, los desafíos o las violaciones relacionadas con el Convenio. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) examina las memorias y formula comentarios para los Estados interesados con el objetivo de guiar el proceso de aplicación.

Las reclamaciones pueden ser presentadas por las organizaciones de empleadores o de trabajadores en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la OIT en caso de una supuesta violación al Convenio. Las reclamaciones se remiten a un comité tripartito establecido por el Consejo de Administración, que formula conclusiones y recomendaciones. El control de la aplicación del Convenio núm. 169 es un proceso muy dinámico y gran cantidad de informaciones, comentarios y conclusiones han sido formulados sobre su aplicación. La mayoría de los casos que han sido presentados ante los órganos de control atañen a la supuesta falta de consultas con los pueblos indígenas en lo relativo a las medidas o a los proyectos que afectan a sus tierras.”

A la luz de lo anterior, la participación activa de las empresas a través de las organizaciones empresariales, en el control de este instrumento y su aplicación, es muy relevante pues cuando el Estado falla en la implementación de la obligación derivada del Convenio, las empresas son subsidiariamente afectadas y sus proyectos cuestionados, judicializados o incluso paralizados. En este contexto, desde la perspectiva empresarial es vital que el Convenio sea implementado de la mejor manera, garantizando mayor certeza jurídica.

Consecuentemente, es importante que las organizaciones de empleadores y sus empresas afiliadas, se acerquen al gobierno, a través de los mecanismos y canales legítimos existentes, con la finalidad de representar sus inquietudes, dificultades y propuestas de mejoramiento, en los procesos de evaluación e implementación del Convenio. Para influir de manera efectiva, las organizaciones de empleadores deben asumir un rol activo en la elaboración de memorias oficiales, o memorias alternativas cuando su perspectiva no esté considerada lo suficiente. De esa manera es posible lograr una memoria consolidada que constituya un relato fiel del cumplimiento del Convenio y a su vez un punto de partida para la mejora de su implementación a nivel nacional.

En los casos en que las empresas adviertan en terreno una presunta violación de las disposiciones del Convenio por parte de los gobiernos, también pueden acudir, a través de una organización de empleadores, al procedimiento especial de reclamación previsto en el artículo 24 de la Constitución de la OIT, para alegar el incumplimiento.¹⁶

¹⁶ La Aplicación del Convenio Núm. 169 por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, Anexo 3, p. 193 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_116075.pdf.

Implementación del Convenio núm. 169: Una responsabilidad del Estado

Para comprender de forma global la interacción de las empresas con la implementación del Convenio núm. 169, es fundamental entender que las obligaciones que genera este instrumento recaen en los Estados y no en las empresas. Es el Estado quien debe asegurar el cumplimiento a nivel nacional de este tratado internacional, garantizando una correcta y eficaz aplicación de sus disposiciones.

Para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, el Estado debe establecer mecanismos, procedimientos, implementar políticas, llevar adelante acciones y tomar decisiones, que en muchos casos vinculan a los proyectos de inversión, en sus distintas etapas de desarrollo, con el contexto indígena nacional o local.

El ejemplo más concreto de este vínculo, es la consulta previa. El Estado debe definir, y establecer procedimientos/instrumentos que aclaren cómo y cuándo se aplican estos procedimientos de consulta previa. Al mismo tiempo es el responsable que estos se ejecuten oportunamente, y que sus resultados, entreguen la debida protección a los derechos de los pueblos indígenas. Siendo este un deber general, en el caso particular de los proyectos de inversión, cuya viabilidad es evaluada o autorizada por el Estado, cuando estos sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, será el Estado el responsable de garantizar la aplicación del derecho de consulta previa, antes de tomar una decisión.

En consecuencia, es de interés de las empresas que el Estado cuente con mecanismos y procedimientos adecuados, acordes con los derechos, acotando los riesgos que pueden enfrentar sus proyectos a causa de incumplimiento de deberes del Estado. La falla del Estado finalmente significa retrasos, judicialización o conflictos para el proyecto.

En conclusión, si bien las ratificaciones de Convenios son potestativas de los Estados, posteriormente requiere de importantes esfuerzos de los Gobiernos para asegurar una correcta implementación, velando por que dichas decisiones de Estado no impacten de manera negativa en el desarrollo económico del país, de las propias empresas y de las comunidades.

*Capítulo IV: Convenio núm.
169 y su interpelación a las
actividades de las empresas*

Capítulo IV: Convenio núm. 169 y su interpelación a las actividades de las empresas

El presente capítulo tiene por objetivo que el lector pueda conocer la forma particular en que el Convenio se vincula con las actividades empresariales, sus alcances e implicancias. Esto permitirá visualizar los desafíos que entraña el Convenio en el desarrollo y operación de proyectos de inversión.

Para comenzar, es importante destacar que la estructura específica de la OIT, se distingue de otras organizaciones de la gobernanza global. La OIT tiene una estructura tripartita, compuesta por los Gobiernos de los Estados Miembros, como también por los empleadores y trabajadores. Esto permite mantener un diálogo y coordinación entre las partes. Dado lo anterior, el proceso de implementación del Convenio requiere de la ejecución de consultas periódicas entre las tres partes, que permitan identificar si sus disposiciones están siendo aplicadas acorde a sus principios fundacionales, a la realidad nacional, y sí se están logrando los resultados esperados.

La implementación llevada a cabo por los Gobiernos, establece el marco legal e institucional (administrativo) que condiciona entre otras cosas, el funcionamiento de las empresas en esta materia. De ahí devienen las directrices, recomendaciones e incentivos que regulan la relación de las empresas con los pueblos indígenas y tribales.

Las empresas, al igual que los gobiernos, deben operar dentro del marco legal trazado por el Convenio núm. 169. En adelante, este documento profundizará en los aspectos del Convenio que tienen mayor relación con el desempeño, desarrollo y operación de las empresas. En esta área se identifican 5 aspectos prioritarios que deben ser especialmente atendidos:

- Condiciones de empleo que garanticen la ausencia de cualquier tipo de discriminación.
- Derecho de participación y consulta previa de los pueblos indígenas, incorporando los aspectos que requieren el consentimiento.
- Conceptualización de territorio definido en el Convenio.
- Aspectos relativos a la participación en los beneficios que promueve el Convenio.
- Carácter colectivo de los pueblos indígenas.

Familiarizarse con estos conceptos permitirá a las empresas entender las áreas y aspectos relevantes en su relación con los pueblos indígenas.

Empleo

En cuanto a la materia del **empleo**, punto que concierne de manera especial a los empleadores y las empresas, el Convenio núm. 169 enfatiza en el artículo 20 numeral 1 el compromiso de los gobiernos a que adopten “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”. Para las empresas es particularmente relevante lo referente a las condiciones de igualdad en el acceso al empleo, remuneración, asistencia médica y social, seguridad, higiene y todas las prestaciones de la seguridad social, como también el derecho de asociación y actividades sindicales.

De esta manera las empresas pueden aportar en esta línea, desde su realidad particular, velando porque en sus operaciones **no exista discriminación en materia de contratación y condiciones de empleo.**

Participación y Consulta Previa:

El Convenio confirma en las disposiciones relativas a la consulta previa y la participación su permanente espíritu de diálogo. En diversos artículos establece el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados en lo relativo a las medidas administrativas y legislativas que los afecten directamente.

A su vez establece la obligatoriedad de **consultar** a los pueblos indígenas en el caso de proyectos de inversión que consideren la exploración o explotación de recursos naturales ubicados en territorios que se relacionen con dichos pueblos.

Manual para los mandantes tripartitos de la OIT

“Los derechos de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones constituyen la piedra angular del Convenio núm. 169 y la base para aplicar el conjunto más amplio de derechos consagrados en el Convenio.”¹⁷

¹⁷ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Convenio núm. 169, pág. 11.

Disposiciones relativas a la consulta y participación establecidas en el 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;

- 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.

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.

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 éste 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 sobre 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.

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.

La obligación de **consulta previa de las medidas administrativas** identificadas en el artículo 6 número 1 del Convenio, se relaciona directamente con el accionar de las empresas. El desarrollo de un proyecto de inversión, requiere de la obtención de permisos, que surgen de la dictación de medidas administrativas o programas, que, en caso de afectar directamente a los pueblos indígenas, deberán ser consultadas.

Al mismo tiempo, la obligación de consulta del artículo 15, número 2, que establece el requisito de la consulta previa, previo a emprender o autorizar programas de prospección o explotación de recursos existentes, se vincula directamente con las empresas, pues si bien es el Estado el dueño de dichos recursos, generalmente son empresas públicas o privadas quienes los explotan.

A su vez, el derecho a la **participación** también es considerado por la OIT como uno de los ejes del Convenio. Todas las medidas, programas, políticas y planes que digan relación con la realidad de los pueblos indígenas, deben ser formulados, ejecutados y evaluados con la participación de los pueblos indígenas, de manera que respondan a sus particularidades y se adecuen a sus prioridades.

El derecho a la participación de los pueblos indígenas está impregnado a lo largo de todo el Convenio, incorporando la participación de dichos pueblos en una amplia gama de aspectos, entre los que destacan:

- Participar en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos responsables de políticas y programas que les conciernan. (Artículo 6 numeral 1 letra b)

- Participación en la elaboración de planes y programas de desarrollo nacional y regional que les afecten; (Artículo 7 numeral 1).
- Participar en el diseño de políticas e implementación de programas diseñados para mejorar sus condiciones de vida; (Artículo 7 numeral 2).
- Participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales de sus territorios; (Artículo 15 numeral 1)
- Participar de los beneficios que reporten las actividades de exploración o explotación de recursos naturales. (Artículo 15 numeral 2)

Si bien muchas de estas instancias de participación no dicen relación con proyectos de inversión, sino más bien se relacionan con materias referidas al diseño e implementación de la política pública, el artículo número 15 del Convenio tiene una mayor vinculación con el accionar de las empresas. Aun cuando en la mayoría de los contextos nacionales la propiedad de los recursos naturales es del Estado, su utilización y explotación es desarrollada por empresas privadas. En consideración a lo anterior, amparado en las obligaciones que le genera el Convenio, el Estado está llamado a incorporar mecanismos que vinculan directamente el derecho de participación de las comunidades indígenas, con las actividades de explotación y uso de los recursos naturales que realizan las empresas. Esto se materializa en algunos casos incorporando exigencias de participación de las comunidades en los procesos de evaluación de proyectos; exigiendo a las empresas que sus proyectos entreguen beneficios directos a las comunidades vinculadas con los recursos y territorios explotados, entre otros.

Tierra/Territorio y Recursos Naturales

Manual para los mandantes tripartitos de la OIT

“El Convenio reconoce un derecho amplio de los pueblos indígenas a las tierras y a los recursos naturales que tradicionalmente ocupan y utilizan. El Convenio otorga importancia al concepto territorios, lo que cubre la totalidad de las regiones que los pueblos indígenas ocupan.”

Respecto de la definición tradicional del concepto tierras, el Convenio en su artículo 13 numeral 2 señala “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”

Considerando lo anterior, el Convenio núm. 169 amplía la definición común del concepto tierras. El Convenio reconoce los valores culturales y espirituales que los pueblos indígenas le atribuyen a sus tierras, y a los elementos que se relacionan con ella, considerando que son parte integral de un todo que está conectado con sus culturas. De esta forma el concepto de territorialidad abordado en el Convenio considera no solo la tierra, sino también los recursos naturales ahí presentes, tanto en superficie (bosques, ríos, montañas, mares, etc.) como en el subsuelo.

El concepto territorio es a su vez utilizado en el Convenio al momento de establecer la obligación de consultar previo a la autorización de cualquier actividad de exploración y explotación de recursos naturales. También se refleja en el derecho de los pueblos indígenas de participar en la administración y utilización de los recursos naturales, cuando estos se encuentren presentes en los territorios con los que se relacionan.

El desafío de considerar adecuadamente a los pueblos indígenas en la utilización de los territorios y sus recursos naturales, también es abordado en este tratado internacional. De ahí que el Convenio remarca la importancia de realizar estudios en cooperación con los pueblos indígenas: “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.¹⁹ Si bien esta obligación está dirigida a los gobiernos, tiene especial relación con la evaluación ambiental y social que hacen los Estados respecto de los proyectos y con la elaboración de los estudios previos desarrollados por las empresas cuando planifican y diseñan sus proyectos. Por ejemplo, en el levantamiento de información social y territorial del entorno en donde se planea desarrollar un proyecto. En este contexto, las disposiciones establecidas en el artículo 7 numeral 3, podrían interpelar también a las empresas a desarrollar estos estudios en cooperación con los pueblos indígenas, para evaluar el impacto social de sus potenciales proyectos.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante recalcar que la noción de “territorio indígena”, puede variar en cada país. Esto es de especial atención en los casos donde la mayoría de la población es indígena, pero no necesariamente todo el “territorio” podría considerarse como “territorio indígena”.

¹⁹ Artículo 7.3 del Convenio

Participación en los beneficios

Artículo 15 numeral 2, frase final. Convenio núm. 169 de la OIT

“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.”

Los derechos de los pueblos indígenas a participar también son establecidos en el Convenio respecto de los beneficios que reporten las actividades de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. El Convenio núm. 169 estipula este derecho como un mecanismo complementario a la consulta previa, en el que los pueblos indígenas deberán participar, siempre que sea posible²⁰, **cuando el Estado sea el propietario de los minerales y otros recursos presentes en estos territorios.**

Es importante aclarar que este derecho de los pueblos indígenas, a participar en los beneficios que reporten estas actividades, se establece en el Convenio de manera genérica. En ningún caso se proponen o sugieren mecanismos específicos de participación. De modo que la forma en que el Estado da cumplimiento a estos preceptos, puede ser diversa.

En relación a la aplicación de este derecho establecido en el Convenio, la revisión de los distintos contextos nacionales da cuenta que, al día de hoy, ningún país de la región parece tener claro cómo abordar esta situación. Esto se refleja a su vez en que no existen mecanismos o regulaciones específicas que hayan sido definidas e implementadas por los países para abordar esta obligación. Sin perjuicio de lo anterior, coincidentemente con esta disposición, sumado a la demanda de descentralización que reclaman las regiones y sectores en donde se desarrollan proyectos de inversión, en algunos países se han discutido mecanismos para distribuir los impuestos que generan los proyectos de manera más equitativa. Con el objetivo de priorizar su gasto en el desarrollo específico de las comunidades indígenas afectadas o relacionadas al espacio territorial respectivo en el cual se desarrollan los proyectos. Por ejemplo, a través de la ampliación de la cobertura de educación, salud, infraestructura local, capacitación, emprendimiento, entre otros, beneficiando a las comunidades, en base a los beneficios que reporten los proyectos para el Estado.

El Estado es el responsable de establecer estos mecanismos, no obstante sea una empresa privada la que utilice o explote dichos recursos. Cuando los países no contemplan mecanismos institucionales para entregar estos beneficios de manera directa,

²⁰ Artículo 15.2 Convenio núm. 169

es probable que el Estado promueva mecanismos o establezca requisitos, que vinculen a las empresas con la entrega de dichos beneficios, apuntando a dar respuesta a esta obligación, previo a autorizar dichas actividades.

La obligación de participación en los beneficios establecida en el Convenio le corresponde al Estado, como propietario de los recursos naturales para los cuales autoriza actividades de explotación. Esta temática debe ser abordada directamente por los gobiernos, y no debe confundirse con las medidas de compensación, mitigación o reparación que proponen las empresas a causa de los impactos que puedan generar sus proyectos. El Estado tampoco debe traspasar dicha responsabilidad descansando en las medidas y políticas de responsabilidad social empresarial que puedan establecer las empresas con los pueblos indígenas en el marco de sus operaciones. La responsabilidad del Estado debe ser cumplida por el Estado a través de los mecanismos que se diseñen o implementen para tales efectos.

Esto no significa que las empresas no puedan establecer espacios de diálogo y acuerdos con los pueblos indígenas, sino más bien da cuenta de la necesidad de aclarar oportunamente los alcances de dichas instancias.

Sin perjuicio de lo anterior, **es probable que ante la ausencia o lentitud del Estado, las comunidades y pueblos indígenas se dirijan a las empresas solicitando respuestas respecto de esta obligación. En caso que esto suceda, las empresas deben ser claras en comunicar que la responsabilidad establecida en el Convenio le corresponde al Estado, y por tanto son los Gobiernos quienes deben responder a estos requerimientos de los pueblos indígenas, sin perjuicio de la voluntad de diálogo de las empresas y de su interés por sacar adelante los proyectos de inversión.**

Relevancia de lo colectivo en los pueblos indígenas

Como ya revisamos anteriormente, en la cosmovisión²¹ indígena existe una preponderancia de lo colectivo por sobre lo individual, de manera que la mayoría de las formas de relacionamiento, organización y participación son esencialmente comunitarias. De este modo, en la gran mayoría de las temáticas se considera la adopción de decisiones colectivas o tradicionales a través de asambleas de acuerdo a las costumbres comunitarias.

²¹ Cosmovisión: visión ancestral que considera al hombre, a la naturaleza y a sus recursos naturales, como parte integral de un todo - conceptualizado en la cosmovisión, entendida como la manera de ver e interpretar el mundo.

En relación a ello, el Convenio en su artículo 8 numeral 2, destaca la importancia de respetar la forma de toma de decisiones y resolución de conflictos de los pueblos indígenas: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas 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.”

La experiencia en procesos de diálogo da cuenta que el respeto a la forma de toma de decisión de estos pueblos, contribuye a generar acuerdos representativos y duraderos.

Al mismo tiempo, el Convenio núm. 169 reconoce la dimensión colectiva destacando la forma en que aborda la relación de los pueblos indígenas con sus prácticas culturales y tradicionales y como ellas se relacionan con sus tierras y territorios.

Esto se destaca especialmente en el artículo 13 numeral 1 del Convenio que señala, “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.”

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que la preponderancia de lo colectivo por sobre lo individual, no implica que necesariamente estén organizados bajo esquemas jerárquicos únicos. Es usual que los pueblos indígenas estén organizados en una multiplicidad de pequeños grupos indígenas, que sólo reconocen en ese grupo cercano a sus autoridades. Esto significa un reto de complejas dimensiones de cara al relacionamiento tanto del Estado como de las empresas con estos grupos humanos, dado que no siempre es fácil visualizar sus líderes representativos.

En consideración a lo anterior, cobra vital importancia el trabajo de levantamiento y sistematización de información pública que desarrolla el Estado, respecto de los grupos indígenas que habitan o habitaron los distintos territorios. En particular, un registro de comunidades o grupos indígenas activos, es necesario y útil, pues permitirá visualizar oportunamente a eventuales contrapartes para efectos de la aplicación efectiva del Convenio núm. 169.

*Capítulo V: Consulta previa del
Convenio núm. 169 de la OIT*

Capítulo V: Consulta previa del Convenio núm. 169 de la OIT

La consulta previa se configura como la principal herramienta a través de la cual actúa el Convenio para proteger los derechos de los pueblos indígenas y al mismo tiempo vincula de manera estrecha el desarrollo de las actividades empresariales con el contexto indígena regional, nacional y local. Dado lo anterior, el presente capítulo aborda de manera especial las definiciones, alcances, procesos y experiencias nacionales relativas a la implementación del derecho de consulta previa. Esto permitirá al lector visualizar la forma en que ella actúa y se vincula con el desarrollo de proyectos de inversión.

Principios de la consulta previa

Comisión de Expertos, Observación General sobre el Convenio núm. 169,

79ª reunión, 2008. Publicación 2009.

“El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio núm. 169, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación plena del Convenio en una serie de países”

El convenio establece la consulta previa en su artículo 6 número 1 letra a) “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”.

Adicionalmente, el artículo 6 numeral 2 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”

Conceptos fundamentales de la consulta previa

- **Previa:** La consulta debe ser previa a la aprobación de medidas o proyectos que afecten a los pueblos indígenas, considerándolos oportunamente, lo que permite resguardar sus derechos.
- **Mediante de procedimientos apropiados:** Los procedimientos deben ser acordes a las características de los pueblos indígenas, considerando los tiempos, mecanismos de toma de decisión, lenguajes, acceso a información, diferencias culturales, etc.
- **A través de sus instituciones representativas:** La consulta previa se debe focalizar con las instituciones indígenas representativas, y no con personas específicas. De esta forma son las propias organizaciones indígenas y sus miembros quienes determinaran quienes son estas organizaciones. En algunos casos corresponden a organizaciones tradicionales y en otros a organizaciones de carácter funcional o jurídico.
- **De buena fe:** Involucra todo el resto de los principios. Refleja la esencia del diálogo considerando la oportunidad, forma, espíritu y finalidad. La buena fe contempla que todos los intervinientes actúen de manera leal a través de un diálogo sincero, de confianza y respeto mutuo, generando las condiciones necesarias para su desarrollo.
- **De una manera apropiada a las circunstancias:** Los procesos deben adaptarse a las realidades de los pueblos indígenas y sus organizaciones, respetando sus culturas, cosmovisión, costumbres y tradiciones, y considerando también los aspectos lingüísticos, las festividades indígenas, la realidad territorial, la conectividad, y la diversidad organizacionales.
- **Con la finalidad de llegar a un acuerdo:** El proceso de diálogo en torno a la consulta deba desarrollarse con el deseo sincero de alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento sobre la medida propuesta. De todas formas, como podremos ver más adelante, el Convenio y la Comisión de Expertos de la propia OIT, ha sido clara en indicar que el consentimiento no es un requisito excluyente, sino una fuente de inspiración del proceso.

Como ya se identificó en el capítulo anterior, aun cuando la obligación de consulta previa recae sobre los Estados, se relaciona directamente con el accionar de las empresas. El desarrollo de proyectos de inversión requiere de la obtención de permisos, que a su vez surgen de la dictación de medidas administrativas, planes y programas por parte de la autoridad. En caso de que alguno de ellos afecte a los pueblos indígenas, el Estado tiene la obligación legal de realizar un proceso de consulta previa, previo a tomar cualquier decisión. Por ejemplo, es común, que la consulta previa con los pueblos interesados de un proyecto de inversión se desarrolle en el marco del licenciamiento ambiental de la iniciativa, determinando condiciones técnicas, ambientales y sociales que deben considerarse, para que los derechos de los pueblos indígenas no sean afectados.

Cuando un proyecto, programa o actividad se pretende desarrollar en una zona que tiene vinculación con los pueblos indígenas, ya sea por su dominio territorial, relación cultural o uso tradicional, los pueblos indígenas son los principales interesados y afectados (stakeholders) por las actividades productivas y de desarrollo. De esta forma la consulta previa actúa como mecanismo de protección de los derechos indígenas. Considerarlos en el diseño y desarrollo de los proyectos, contribuye a prevenir potenciales alcances negativos.

El carácter previo de la consulta es un requisito fundamental del derecho de consulta de los pueblos indígenas establecida en el Convenio. Cuando una consulta se realiza a destiempo, no cumple su función, pues los derechos de los pueblos indígenas, pueden ya haber sido vulnerados. Si bien esta obligación nuevamente le corresponde al Estado, los esfuerzos de diálogo de forma temprana y de manera voluntaria que impulsen las empresas con los pueblos indígenas podrían favorecer un clima de mayor entendimiento, contribuyendo así con el Estado a cumplir con su obligación. La identificación oportuna de las organizaciones indígenas es clave, pues al mismo tiempo se comienzan a construir confianzas en una relación empresa-comunidad de largo plazo. Eventualmente incluso, podría ayudar a disminuir los costos del proyecto, pues contar con acuerdos con las comunidades desde el inicio, puede acotar los riesgos de sufrir paralizaciones de obra o modificaciones del proyecto a último momento por diferencias con los pueblos indígenas.

En relación a la obligación de realizar la consulta previa por parte del Estado, es importante remarcar que todos los contactos, reuniones y diálogos que se realicen con los pueblos indígenas, deben siempre resguardar la total transparencia. La finalidad, uso y promoción que se le dará a dichas reuniones debe ser conocida por todos. Un error bastante común, es que se declara haber alcanzado acuerdos o realizado reuniones con los pueblos indígenas y sus representantes, sin el consentimiento de estos, lo que deslegitima el proceso.

Otro principio fundamental relativo a la consulta previa, es la importancia que debe dársele a dialogar siempre con los legítimos y efectivos representantes de los pueblos indígenas y sus organizaciones. Conocer, dialogar y buscar acuerdos con los representantes reales de las comunidades y no con aquellos que se prefiera o se estimen como más razonables. La consulta es, por naturaleza, un proceso que debe respetar la dimensión colectiva, tradicional y la forma de toma de decisiones de los pueblos indígenas. Considerar esto contribuye en la generación de confianzas entre las partes en el corto, mediano y largo plazo, fortaleciendo el resultado y los acuerdos que puedan alcanzarse en estos procesos.

La consulta previa en relación a los recursos naturales

El derecho de consulta previa establecido en el artículo 6 número 1 del Convenio, se refuerza en el artículo 15, que aborda la obligación de realizar consulta previa con los pueblos indígenas cuando se desarrollen actividades de uso y explotación de recursos naturales en territorios que tengan relación con los pueblos indígenas.

“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.

15.2.- En caso de que pertenezca al Estado la propiedad 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 naturales existentes en sus tierras. (...)”

En consideración a lo enunciado en el artículo 15 numeral 2 del Convenio núm. 169, cuando los recursos naturales presentes en territorios vinculados a los pueblos indígenas, le pertenezcan al Estado, se deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados antes de autorizar cualquier actividad. Al mismo tiempo, el Convenio es claro en señalar que los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades.

Si bien esta es una obligación de los Estados, este artículo vincula directamente el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas con el accionar de las empresas, especialmente en el desarrollo de proyectos de minería, hidrocarburos, generación de energía y proyectos extractivos. En la gran mayoría de estos casos, son empresas privadas las que desarrollan estos proyectos, aun cuando la posesión de los recursos naturales esté en manos estatales. El Estado es quien autoriza a un tercero a explotar esos recursos, de modo que previo a entregar dicha autorización, debe cumplirse el deber de consulta previa.

La consulta como parte de un proceso de entendimiento con los pueblos indígenas

La valoración de la riqueza y diversidad cultural que significan los pueblos indígenas, así como también el respeto por la relación que estos tienen con sus territorios y recursos naturales, se ve fortalecido a través del derecho a la consulta previa. Este derecho no solo pretende responder a una formalidad, **sino transformar a los pueblos indígenas en protagonistas de su propio desarrollo, abandonando la visión asimilacionista.**

Artículo 7 numeral 1 Convenio núm. 169

“Deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste 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”.

A partir del Convenio, los pueblos indígenas dejan de ser actores pasivos, y asumen un rol preponderante en su futuro y modelo de desarrollo. La consulta previa es una herramienta fundamental para estos efectos. A través de ella los pueblos indígenas actúan en la discusión de los proyectos en sus territorios, y en la negociación, elaboración y diseño de medidas, planes y programas que digan relación con ellos.

La discusión de política pública, y la evaluación que realiza el Estado de proyectos de inversión públicos o privados, debe velar porque se propongan, diseñen y establezcan medidas que den respuesta a los planteamientos de los pueblos indígenas, atendiendo sus prioridades, y no a lo que el resto cree que es mejor para ellos.

Con el objetivo de impulsar mecanismos que permitan considerar oportunamente a los pueblos indígenas en el desarrollo de los proyectos, el artículo 7 número 3 establece que: “Los gobiernos deberán velar porque, 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 esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”

**Artículo 7 numeral
4, Convenio núm.
169**

“Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

A través de esta obligación para el Estado, el Convenio confirma la importancia de considerar a los pueblos indígenas en el desarrollo de los territorios que habitan o se relacionan.

**Artículo 8, Convenio
núm. 169**

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración a 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 los pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. ”

Si bien el artículo 8 no se refiere a la consulta previa, es importante considerar el principio que contiene, pues en él se refuerza la importancia de que los Estados consideren las costumbres de los pueblos indígenas. Este principio puede ser aplicado en la consulta previa, al momento de considerar la forma en que los pueblos indígenas utilizan y se relacionan con los territorios.

En consideración a lo anterior, los esfuerzos que hagan las empresas por familiarizarse tempranamente con la realidad cultu-

ral y socioeconómica de los pueblos interesados con los que su proyecto se relaciona, podría ayudar a que la empresa visualice oportunamente los posibles alcances de sus proyectos sobre las comunidades, lo que facilitará el diseño de procesos de diálogo adecuados.

Este artículo también rescata que todo derecho viene acompañado de deberes. Si bien los pueblos indígenas son titulares de derecho, también deben asumir sus responsabilidades (Artículo 8, número 3, frase final). Esto es fundamental respecto de la participación de los pueblos indígenas en los procesos de consulta previa. Ser titulares del derecho de consulta, los hace también responsables de los acuerdos establecidos en estos procesos.

La Consulta Previa como instrumento de diálogo

“Las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.”²²

El mecanismo de consulta previa es la herramienta fundamental a través de la cual el Convenio actúa en pos del cumplimiento de sus principios rectores: no-asimilación, no-discriminación e igualdad, contribuyendo al fortalecimiento de los mecanismos democráticos, a la cohesión social y al desarrollo integral, sostenible y pacífico de los países.

Comprender la finalidad de la consulta previa como herramienta de diálogo, más allá del resultado específico que se logre en un determinado proceso, sin duda crea condiciones favorables y de estabilidad. En el ámbito de los proyectos de inversión, permite que la operación de las empresas y sus futuras inversiones se sustenten en el diálogo y la comprensión de la realidad indígena de un espacio territorial, lo que deriva en la construcción de relaciones de confianza.

Aprovechar las condiciones de diálogo que fomenta la implementación de la consulta previa, puede ser de interés para las empresas, puesto que probablemente ayudará en el desarrollo de proyectos que se sustenten en bases sociales más sólidas. Para aprovechar dichas condiciones, **las empresas, actuando en el espíritu del Convenio, podrían desarrollar mecanismos permanentes y formales de participación y diálogo abierto con las comunidades. A través de procesos de acercamiento, comunicación y cooperación entre empresas y comunidades, se podrán construir confianzas y generar lazos que trasciendan una mera instancia de consulta puntual y formal que impulsa el Estado, lo que podría favorecer el desarrollo de proyectos.**

²² Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio núm. 169, 79.a. reunión 2008.

En caso de que las empresas, hagan suyo el desafío de iniciar de manera voluntaria procesos de relacionamiento con los pueblos indígenas, es aconsejable que dichos esfuerzos se realicen siempre con las instituciones representativas de los pueblos interesados. Para ello, deberán respetar sus formas de representación, organización y liderazgo. A su vez se sugiere que sean procesos permanentes, con una comunicación que fluya siempre en ambas direcciones. Esto permitirá fortalecer los canales de diálogo, robustecer la transparencia, construir confianzas y finalmente generar condiciones de entendimiento mutuo, lo que podría facilitar el desarrollo de los proyectos de inversión.

Consentimiento previo, libre e informado en la consulta previa

Como ya hemos visto, el Convenio núm. 169 en su artículo 6, número 2, establece los principios que deben inspirar los procesos de consulta. “(...) 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”, **estableciendo el consentimiento como una finalidad, pero no como un requisito.**

¿Existe el requisito de lograr el consentimiento?

Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT

“el Convenio núm. 169 no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente;”

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

“Dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento” Observación General sobre el Convenio núm. 169, formulada en el 2010 y publicada en el 2011.²³

²³ Disponible en línea en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf

El Convenio en sí, no proporciona un derecho a veto a los pueblos indígenas. Las partes en negociación deben percibir que hay un bien detrás del diálogo formalizado en la consulta previa,

que es el consenso, los beneficios compartidos; y a largo plazo, la estabilidad, la paz y el ambiente favorable para la inversión y el crecimiento.

De todas formas, cuando no se logran acuerdos, el Estado debe ser capaz de justificar adecuadamente dicho resultado, velando porque en ningún caso se vulneren los derechos de los pueblos indígenas:

¿Y si la consulta concluye sin acuerdo o consentimiento? – Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT

“Debe también subrayarse que incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad. La importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas.”²⁴

Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia práctica da cuenta que cuando un proyecto no establece relaciones de confianza con sus vecinos, stakeholders y comunidades indígenas, el desarrollo de dichas actividades será complejo, pues podría verse enfrentado a situaciones de conflictividad. Es por ello, que los esfuerzos que de forma voluntaria desarrollen las empresas para construir relaciones de largo plazo con las comunidades indígenas, más allá de la consulta formal del Estado y sus resultados, ayudará a acotar los riesgos sociales a los que se pueda ver enfrentado un proyecto.

el Consentimiento previo, libre e informado en el Convenio núm. 169

“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 solo 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.”²⁵

El artículo 16 del Convenio, reconoce, en el traslado y la reubicación de los pueblos interesados, una causal para la cual el consentimiento es particularmente necesario. Sin perjuicio de lo anterior, cuando no pueda obtenerse el consentimiento, pero el traslado y la reubicación se consideren necesarios por parte del Estado, el Convenio permite excepcionalmente que esta acción se implemente sin su consentimiento. Esto último solo debe

²⁴ Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT – ¿Existe el requisito de lograr el consentimiento?

²⁵ Artículo 16 numeral 2, Convenio núm. 169

ocurrir en casos excepcionales, siempre que se cumpla con procedimientos adecuados, donde los pueblos indígenas tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

Consulta previa, su relación con el territorio y las expectativas de beneficios

Actualmente la consulta previa es percibida por los pueblos indígenas como el único espacio de negociación real y efectivo con los gobiernos y las empresas. Se **transforma en una ventana única que les permite influir en las decisiones por las que se perciben afectados**. Considerando lo anterior, los pueblos indígenas suelen llevar a la mesa de negociación temas que si bien se relacionan con el espacio territorial en el cual se desarrollará el proyecto, no tienen relación con el proyecto en sí. Estos requerimientos generalmente se vinculan con las demandas de reconocimiento hacia el Estado respecto de la relación tradicional que tienen con determinado espacio territorial, aun cuando en la actualidad no lo habiten de forma permanente, no sean sus propietarios de dominio y se relacionen con él de formas inmateriales y poco documentadas. En este contexto, **es común que la consulta previa, y su proceso de negociación, vaya más allá de la evaluación del diseño del proyecto y de sus medidas de mitigación, compensación y/o reparación, incorporando el reconocimiento amplio de su dominio y relación territorial. En estos casos la empresa debe responder solo a las áreas de su competencia, ósea a las medidas que propone para hacerse cargo de los impactos que genera el proyecto, y en caso que lo estime conveniente a su plan de responsabilidad social empresarial, pero en ningún caso debe asumir la responsabilidad del Estado, aun cuando este se encuentre ausente.**

En países en los cuales los Estados no han abordado las demandas de reconocimiento y relación territorial de los pueblos indígenas, **la consulta previa comienza con una discusión sobre quiénes son las organizaciones que legítimamente tienen relación con dichos territorios**. Luego, esta discusión se transforma en una negociación respecto de los beneficios que el proyecto es capaz de traspasar a dichas organizaciones y que le permitan viabilizar su operación, manteniendo un desempeño rentable. De esta manera, la falla del Estado en abordar esta situación, repercute directamente en las empresas, que ante la falta de respuesta del Estado, son requeridas por las organizaciones indígenas para asumir esta deuda territorial, con demandas de recursos que afectan de manera profunda la viabilidad financiera de los proyectos. En relación a este punto es importante que las empresas sean conscientes que esta responsabilidad le corresponde al Estado, y por tanto son los gobiernos y sus instituciones quienes deben atender dichas demandas, sin perjuicio de las medidas que

propongan las empresas para hacerse cargo de los impactos de sus proyectos o de sus políticas de responsabilidad social, que no reemplazan ni suplen la responsabilidad del Estado.

Esta situación remarca la necesidad de que el Estado establezca una definición clara del concepto “territorial” de los pueblos indígenas, sus usos, miembros y tradiciones. Información que debe ser precisa y actual, facilitando su identificación. El Estado debe resolver oportunamente las demandas históricas que mantienen los pueblos indígenas con el Estado. Eso ayudará a que los procesos de consulta previa se concentren en los efectos específicos que generan los proyectos sobre las comunidades, sin agregar responsabilidades que no le corresponden a estos procesos, facilitando la implementación de la obligación de consulta previa y finalmente entregará mayor certeza jurídica para el desarrollo de proyectos de inversión.

Stakeholders en la implementación de la consulta previa y sus responsabilidades

Como ya hemos revisado, si bien el Convenio núm. 169 establece obligaciones para los Gobiernos, sus alcances involucran a una serie de grupos de interés. Particularmente la implementación de la consulta previa interesa de manera directa a los pueblos indígenas, los Estados y las empresas que desarrollan proyectos de inversión. También se visualizan stakeholders indirectos, que se vinculan a estos procesos dado que prestan asesoría, participan e intervienen en procesos específicos de consulta, o en el diseño de instrumentos relativos a su aplicación. A continuación, se describen los principales stakeholders:

Estado: En el Estado recae la obligación de implementar el derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas. Generalmente interviene a través de organismos públicos y autoridades vinculadas sectorialmente al desarrollo de proyectos, como también a través de organismos de carácter transversal que, por la configuración institucional nacional, se relacionan con la consulta previa. A continuación, se identifican los principales.

- **Autoridad Ambiental:** Es común que la consulta previa se vincule al proceso de licenciamiento ambiental de proyectos. En algunos casos la autoridad ambiental participa exigiendo su cumplimiento como parte de los requerimientos de la evaluación ambiental, y en otros es a la vez la responsable de implementar dichos procesos.
- **Gobernaciones/Gobiernos Regionales/Gobiernos Provinciales:** Por lo general se vinculan con los procesos de consulta previa relativos a la planificación territorial y en la definición de mecanismos locales de consulta.
- **Municipios:** Tienden a participar activamente en los procesos de consulta velando por el resguardo de los derechos y las visiones de los pueblos indígenas de su jurisdicción. En algunos municipios existen consejos indígenas como organismos representativos en la discusión de políticas, planes y programas a nivel local. Los municipios también pueden actuar como titulares de proyectos de infraestructura comunal sometidos a consulta previa, cuando estos afectan a los pueblos indígenas.
- **Dirección de Consulta Previa:** Organismos creados para coordinar y asesorar en materia de consulta previa. En algunos casos este organismo es el responsable de certificar la presencia de pueblos indígenas en determinados territorios. En Colombia, es parte del Ministerio del Interior, en Perú, está incorporado en el Ministerio de Cultura, y en el caso de Chile en el Ministerio de Desarrollo Social.
- **Defensor del Pueblo o Instituto de Derechos Humanos:** Organismo público autónomo, que en general participa como observador de los procesos, o a requerimiento de las partes, velando por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.
- **Organismos públicos sectoriales:** Dependiendo del sector al que corresponda la actividad que se pretende desarrollar (Ministerio de Minería, Hidrocarburos, Energía, etc.). En algunos países, estos organismos son los responsables de desarrollar los procesos de consulta, asumiendo un rol activo.
- **Otros organismos relevantes:** Algunos organismos relevantes a tener en consideración dada su conexión con la temática indígena, corresponden a las autoridades sectoriales de cultura, turismo, desarrollo social, forestal, las agencias estatales indígenas (Corporaciones, Institutos o Agencias Nacionales de Desarrollo Indígena), entre otros.

Pueblos Indígenas: Las organizaciones indígenas son los sujetos de derecho, y quienes deben ser consultados previo a aprobar y desarrollar actividades que los afecten. Las organizaciones representativas de los pueblos indígenas deben ser determinadas por los propios miembros de dichos pueblos. En algunos casos corresponden a organizaciones indígenas inscritas y reconoci-

das en los registros nacionales, y en otros a organizaciones tradicionales, políticas o territoriales, que no necesariamente están inscritas en los registros estatales. Los pueblos indígenas participan en los procesos de diálogo y consulta a través de distintas estructuras y organizaciones. Comprender estas formas de organización permitirá considerarlas adecuadamente al momento de planificar un proyecto.

- **Organizaciones Indígenas Funcionales:** Corresponden a organizaciones creadas al amparo de la legislación nacional. Son reconocidas por las autoridades y en general se identifican como comunidades y asociaciones. Tienen un domicilio específico, se vinculan con determinado territorio y tienen una directiva. Son los principales stakeholders en los procesos de consulta relativos a proyectos de inversión que afecten el dominio o uso que estas realizan de un espacio territorial específico.
- **Organizaciones Indígenas Tradicionales:** Organizaciones de carácter tradicional, que no necesariamente están registradas de acuerdo a las normas nacionales. Se vinculan con las estructuras ancestrales de organización de los pueblos indígenas. Tienden a participar en los procesos de consulta cuando son afectados aspectos relativos a la cosmovisión, sitios culturales o las tradiciones de dichos pueblos.
- **Organizaciones Indígenas Territoriales:** Estructuras relacionadas a la forma en que los pueblos indígenas se vinculan con un espacio territorial. En muchos casos corresponden a asociación de organizaciones o comunidades. No necesariamente están registradas bajo el marco de las normas nacionales. Participan activamente en los procesos de planificación territorial y en las definiciones de la vocación de los territorios con los que se relacionan. Cuando se discuten proyectos de inversión específicos, estas organizaciones indígenas suelen participar, especialmente cuando visualizan que el proyecto es una amenaza sobre la aspiración territorial que la organización promueve.
- **Otras organizaciones indígenas:** Organizaciones políticas, culturales, deportivas, productivas, turísticas, entre otras, que agrupan a miembros de los pueblos indígenas que comparten intereses o temáticas comunes. Participan de los procesos de consulta previa dependiendo de la relación que tengan sus actividades e intereses con los territorios afectados por un proyecto.
- **Dirigentes indígenas:** Puede suceder que dirigentes indígenas participen de procesos de manera independiente o a través de su grupo familiar, al no sentirse representados por las organizaciones locales.

Sector empresarial: Son uno de los principales grupos interesados en los procesos de consulta previa de proyectos de inversión, pues si bien la responsabilidad de consulta es del Estado, las actividades que se someten a consulta previa son sus iniciativas. También participan en la discusión de políticas globales que permitan abordar los desafíos que depara el Convenio en cada país.

- **Gremios Empresariales:** Organizaciones formales que, en representación de las empresas asociadas a ellos, intentan influir para que el marco institucional nacional, incorpore la perspectiva empresarial. Estos gremios también tienen el desafío de impulsar programas de capacitación y dotar de herramientas para que sus asociados puedan participar de estos procesos de forma adecuada.
- **Empresas:** Las empresas que desarrollan y operan proyectos de inversión en territorios con presencia indígena se vinculan directamente con los procesos de consulta previa. Relacionado con el interés de estas empresas de desarrollar sus actividades, se implementa la consulta previa en proyectos de inversión. En la mayoría de los casos participan de los procesos en la etapa de información y en la etapa de diálogo. Dependiendo del mecanismo nacional establecido para implementar la consulta, en algunos casos las empresas son las responsables de financiar su implementación.

Otras organizaciones: En los procesos de consulta previa, así como también en las etapas previas de identificación, diagnóstico y procesos de diálogo temprano, se visualizan organizaciones externas que asesoran a empresas, comunidades y gobiernos. En muchos casos estas organizaciones también participan de la implementación de los compromisos asumidos durante los procesos de consulta previa, pues establecen lazos de confianza con las organizaciones locales y con las empresas.

- **Consultoras de Empresas:** Participan entregando asesoría experta a las empresas en materias relacionadas a sus competencias, especialmente en temas sociales, ambientales, legales o comunicacionales. Si bien corresponden a colaboradores de la empresa, en ningún caso deben convertirse en representantes de ellas en el proceso de consulta previa y de diálogo. Los representantes de las empresas siempre deben estar presentes en las distintas etapas del proceso.
- **Facilitadores Interculturales:** Personas o equipos de trabajo que, dados sus conocimientos en la implementación de diálogos entre diversas culturas, actúan como facilitadores y/o amigables componedores.
- **ONGs y asesores relacionados a temas de derechos humanos, pueblos indígenas y temas ambientales:** Organizaciones que entregan asesoría a los pueblos indígenas en las materias que estos requieren apoyo experto. En algunos casos, las comunidades solicitan apoyo con la contratación de asesores. Cuando se contraten estos asesores para las comunidades, se recomienda preferir mecanismos transparentes y regulados, que garanticen una asesoría adecuada a las comunidades. Los asesores deben cumplir el rol de asesorar a las comunidades, y no decidir por ellas. Es común que los procesos de consulta atraigan la llegada de agentes externos que quieran influenciar la toma de decisiones de los pueblos indígenas, para imponer interés propios distintos a los de los pueblos indígenas, muchas veces motivados por ideologías políticas.
- **Centros de Estudio:** Dependiendo del caso entregan asesoría a los gobiernos, pueblos indígenas e incluso a las empresas, tanto en los diálogos como en la aplicación de los programas que sean fruto de un proceso de consulta previa.

Organismos internacionales: Frecuentemente actúan en la supervisión del cumplimiento de los derechos humanos e indígenas, o en la revisión de denuncias que puedan surgir a nivel nacional por vulneración de derechos. Destaca que en los últimos años estos organismos han comenzado a participar activamente en la implementación de la consulta previa. En algunos casos contribuyen en la generación de capacidades de los grupos de interés que se relacionan con la consulta previa; apoyan el diseño de instrumentos a nivel nacional, o participan como observadores de procesos de diálogo y consulta previa.

- **OIT:** Su participación se desarrolla en el marco de la revisión periódica que realiza la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) sobre la implementación del Convenio en cada uno de los países. Para ello emite informes sobre la situación de cada país analizado. También responde los requerimientos de asistencia técnica de los gobiernos. En los últimos años, ha comenzado a incorporarse como observador en procesos de consulta previa de nivel nacional, especialmente cuando dicen relación con la dictación de regulaciones al respecto.
- **Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos²⁶; Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)²⁷:** En general participan elaborando informes específicos a raíz de denuncias, o a causa de requerimientos de asesoría en procesos de diálogo para establecer normativas de carácter nacional en materia de consulta previa. También han participado como observadores de procesos de consulta, siendo requeridos por los pueblos indígenas, o por los Gobiernos. Finalmente es importante destacar los esfuerzos realizados por dichos organismos en la publicación de estándares en materia de consulta previa y derechos indígenas.

En relación a los pueblos indígenas y su identificación oportuna, se visualiza la importancia de que exista, al menos de forma referencial, una base de datos con información sobre las comunidades indígenas a nivel nacional. Esto ayuda a que se identifiquen oportunamente y sean invitadas a participar en los procesos. Establecer de forma clara la vinculación que tiene cada organización indígena con determinado espacio territorial también contribuye a evitar que se generen expectativas infundadas en las comunidades indígenas. Esto último es muy relevante pues permite visualizar, bajo criterios técnicos y documentados, de manera objetiva si una comunidad será afectada o no por determinado proyecto. De todas formas, sin perjuicio de las bases de dato que puedan desarrollarse, siempre se recomienda realizar trabajo de campo adicional que permita confirmar la información proveniente de dichas bases.

²⁶ <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>

²⁷ <http://www.undp.org/>

Conceptos genéricos que requieren precisión a nivel nacional

La experiencia internacional en materia de consulta previa, da cuenta que los términos genéricos con que el Convenio establece la obligación de consulta previa, requieren ser precisados a nivel nacional para facilitar su aplicación. Especialmente respecto de conceptos como “medidas administrativas” o “afectación directa”, pues comúnmente tienen distintas interpretaciones de acuerdo a las realidades nacionales o por las diferentes partes interesadas. Esto da cuenta del desafío intercultural que significa la aplicación de sus conceptos. La realidad genérica de sus conceptos relativiza su aplicación, lo que contribuye a generar un clima de incertidumbre. Como veremos a continuación, cada país ha buscado establecer regulaciones específicas a nivel nacional, para abordar esta situación.

Regulaciones Nacionales

De los 15 países de América Latina que han ratificado el Convenio núm., solo en 6 de ellos se han dictado regulaciones internas para favorecer la implementación de la consulta previa. De esta forma la realidad jurídica específica de implementación de la consulta previa en los diversos países de la región se configura de acuerdo al siguiente cuadro:

Regulaciones Consulta Previa Convenio núm. 169 por país en América Latina

#	Países	Regulación Consulta Previa
1	Argentina	Algunas provincias tienen disposiciones relativas a la consulta previa del C169
2	Bolivia	Constitución de la República Artículo 30/II-2009: Consagra la Consulta Previa. Decreto Supremo 29033/2007 Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas
3	Brasil	Decreto núm. 7747 de 2012: Estableció una Política Nacional de Gestión Ambiental y Territorial de Tierras Indígenas (PNGATI). No existe regulación específica en relación a la consulta previa del Convenio N° 169 de la OIT
4	Chile	Decreto Supremo N° 66/2014 Ministerio de Desarrollo Social: Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena del C169. Decreto Supremo N° 40/2013 Ministerio de Medio Ambiente: Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Incorpora la consulta previa en los proyectos de inversión que son evaluados ambientalmente.

#	Países	Regulación Consulta Previa
5	Colombia	<p>Constitución Política de la República: Artículo 330/1991</p> <p>Decreto 1320/1998, Reglamenta la consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorio indígena.</p> <p>Directiva Presidencial N° 10/2013 Guía para la realización de la consulta previa</p>
6	Costa Rica	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
7	Dominica	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
8	Ecuador	<p>Constitución Política de la República: Artículo 57 y 398/2008</p> <p>Decreto Ejecutivo 3401/2002 Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas</p>
9	Guatemala	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
10	Honduras	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
11	México	<p>Constitución Política de la República: Artículo 2</p> <p>La mayoría de los estados reconoce el derecho a la consulta (constituciones locales o en leyes específicas en materia de derechos indígenas). Destaca la Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis de Potosí / 2010</p>
12	Nicaragua	<p>No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169</p> <p>Ley General del Ambiente, artículo 4, numeral 4: Dispone que el Estado</p>
12	Nicaragua	<p>debe reconocer y prestar apoyo a los pueblos y comunidades indígenas, en sus actividades para la preservación del medio ambiente y uso sostenible de los recursos naturales.</p> <p>Estatuto de la autonomía - artículo 9: Dispone que en la explotación racional de los recursos mineros, forestales, pesqueros y otros recursos naturales de las regiones autónomas, se reconocerán los derechos de propiedad sobre las tierras comunales.</p>
13	Paraguay	<p>No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169</p> <p>Resolución núm. 2039/10: Establece la obligación de solicitar la intervención del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) para todos los procesos de consulta.</p>
14	Perú	<p>Ley 292785/2011 Ley de Derecho a la consulta Previa de acuerdo al C169</p> <p>Decreto Supremo 001/2012 Reglamento que regula la implementación de la Ley 292785 de Consulta Previa del C169.</p>
15	Venezuela	<p>No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169</p> <p>Ley de Bosques y Gestión Forestal, de 2013, artículos 25 y 26. Establecen la consulta previa con las comunidades indígenas interesadas;</p> <p>Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, de 2005 y la Ley de demarcación y garantía del hábitat y tierras de los pueblos indígenas, de 2000 también incluyen disposiciones sobre la consulta.</p>

Del gráfico se puede concluir que la implementación de la consulta previa en América Latina se encuentra en una fase de activación, pues una mayoría significativa de las regulaciones nacionales para favorecer su implementación data del año 2010 en adelante. Por otra parte, los países de la región que han ratificado el Convenio, pero no han regulado aún la aplicación de la consulta previa, recientemente han iniciado procesos de diálogo para establecer regulaciones al respecto. Guatemala, México, Costa Rica y Bolivia, son algunos de los países que actualmente están discutiendo posibles instrumentos para regular este mecanismo.

Al mismo tiempo a nivel continental se visualiza que la ausencia de una institucionalidad adecuada y la creciente necesidad de aplicar la consulta previa en Latinoamérica, ha precipitado la discusión sobre regulaciones ad hoc para cada país que aborden, a nivel nacional, los conceptos contenidos en el Convenio, evitando que se interpreten de manera diversa.

Institucionalidad en América Latina en materia de consulta previa

En relación a la institucionalidad pública especialmente avocada a la consulta previa, destacan los casos de Chile, Colombia y Perú, pues los Gobiernos han diseñado organismos específicos que velan por la implementación de consultas adecuadas.

En el caso de Colombia, destaca la existencia de la **Dirección de Consulta Previa**²⁸ del Ministerio del Interior. De acuerdo al Decreto N° 1320 de 1998, el Ministerio del Interior tiene la responsabilidad de la Consulta Previa, y mediante el Decreto 2893 de 2011, se crea esta Dirección. La consulta se activa cuando la Dirección de Consulta Previa identifica la presencia de comunidades indígenas afectadas en el área de influencia del proyecto. Esta certificación se realiza a requerimiento de las empresas. Una vez certificada dicha presencia, la Dirección dictamina la necesidad de realizar un proceso de consulta, el cual es facilitado por dicha institución, **pero implementado y financiado por las propias empresas**.

En el caso de Perú y Chile, la responsabilidad de implementar la consulta, así como también de su financiamiento recae en la entidad pública promotora de la medida, es decir la responsable de dictar, aprobar o rechazar determinado proyecto, permiso o actividad, que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas.

²⁸ <https://www.mininterior.gov.co/mision/direccion-de-consulta-previa>

²⁹ La denominación de Subsecretaría en Chile equivale a un Vice Ministerio en Perú.

En el caso de Chile, la Subsecretaría²⁹ de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, es la responsable de asesorar a los organismos públicos en la identificación de una medida que deba ser consultada, brindando asistencia técnica en la imple-

mentación de los procesos de consulta. Para estos efectos, se creó la **Unidad de Asuntos Indígenas**, que cumple el rol de asesorar a los organismos públicos en esta materia. Por su parte es la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI)³⁰, quien cuenta con la información relativa a la presencia de comunidades y organizaciones indígenas. De esta forma, el organismo que entrega el permiso para determinada actividad o proyecto, debe consultar a CONADI por la presencia de organizaciones indígenas en el área de influencia, y por otra parte consulta a la Unidad de Asuntos Indígenas del Ministerio de Desarrollo Social, para identificar qué medidas deben ser objeto de consulta, y si dichas medidas afectan a las organizaciones indígenas identificadas de acuerdo a los registros de la CONADI.

En Chile también destaca el rol del **Servicio de Evaluación Ambiental** (SEA), que es el organismo que administra el sistema que articula y evalúa la entrega de licencias ambientales para los proyectos de inversión que así lo requieren. En el caso de los proyectos que requieren de licenciamiento ambiental, son las empresas quienes deben presentar a la autoridad ambiental, ósea al SEA, las conclusiones sobre si su proyecto afecta o no directamente a comunidades indígenas. En este marco, el SEA en coordinación con el resto de los organismos públicos competentes, revisa dicha situación, y en caso de acreditarse afectación a los pueblos indígenas, dictamina la necesidad de realizar una consulta previa. El SEA es también el organismo que realiza la consulta previa para un proyecto que requiere de licenciamiento ambiental, y que se encuentra en su ámbito de competencia (proyectos mineros, energéticos, industriales, infraestructura, entre otros).

Particularmente en Perú, la consulta cuenta con la asistencia técnica del Vice Ministerio de Interculturalidad, dependiente del Ministerio de Cultura. Para esto se creó la **Dirección de Consulta Previa** perteneciente a este Vice Ministerio. Las entidades promotoras deben identificar las medidas a ser consultadas, el momento en que debe realizarse la consulta y verificar la información en terreno. Para esto pueden contar con el apoyo de la Dirección de Consulta Previa. En el caso de Perú, las empresas tienen escasa participación en los procesos de consulta previa.

En todos estos casos, se debe enfatizar que la experiencia da cuenta de la necesidad que estos organismos participen, estén presentes y lideren todas las etapas del proceso de consulta previa³¹, sin perjuicio de su rol en cada una de ellas. Esto, pues son ellos los responsables de garantizar que se siga un proceso adecuado, en cumplimiento de las obligaciones y principios del

³⁰ <http://www.conadi.gob.cl/>

³¹ [http://consultaprevia.cultura.gob.pe/...](http://consultaprevia.cultura.gob.pe/)

Implementación de los procesos de consulta previa en la región

A continuación, se presentan los datos representativos de los países para los cuales se logró constatar el desarrollo de consultas previas, de acuerdo a los Estudios de Caso realizados para Colombia y Chile, y a antecedentes públicos disponibles para los casos de Perú, Ecuador y Bolivia.

Las cifras y estadísticas presentadas en este capítulo corresponden a información que da cuenta de la situación nacional y regional al momento de la realización de los Estudios de Caso realizados en Costa Rica, Guatemala y Chile y que fueron encargados por la Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT. Adicionalmente se llevaron adelante visitas de estudio en Bogotá y Lima. En el caso colombiano, resultó de mucha utilidad el informe que sobre la aplicación del Convenio en dicho país nos remitiera el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga-ICP. Es importante señalar que los resultados arrojados por este estudio se basaron en el análisis de cinco proyectos de infraestructura, catalogados como de Interés Nacional y Estratégico, que debieron cursar procesos de consulta previa. En este contexto, es probable que estas cifras hayan variado debido al tiempo que ha transcurrido.

■ **Colombia:** En el caso de Colombia la cantidad de procesos de consulta protocolizados desde el año 2003 hasta diciembre de 2014 sumaban 4.496 protocolizaciones, equivalentes aproximadamente a 900 procesos de consulta³². La protocolización corresponde a la etapa donde se legalizan los acuerdos, pudiendo haber más de un protocolo para cada proceso de consulta previa, dependiendo del número de organizaciones que hayan sido consultadas. Por ejemplo, si un proyecto requiere consultar a tres comunidades indígenas, ese proceso de consulta probablemente finalizará en 3 protocolizaciones.

En el caso de Colombia, el 40% de las protocolizaciones corresponden a medidas administrativas, el 33% a actividades hidrocarburíferas, el 12% a obras de infraestructura, el 7% a proyectos mineros, y el resto considera proyectos energéticos, de investigación y ambiental.

De acuerdo a la información oficial entregada por la Dirección de Consulta Previa (DCP), destaca que, del total de procesos protocolizados, solo 17 han finalizado sin acuerdo. En conclusión, del total de protocolizaciones, solo un 0,37% de los procesos protocolizados han finalizado sin acuerdo, estableciendo un factor de efectividad del 99,62%.

³² Información publicada en el Reporte Regional promovido por la Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT (ACT/EMP), sobre la implementación de la consulta previa en América Latina. No hay registros específicos sobre la cantidad de procesos de consulta desarrollados antes del año 2003.

De acuerdo a cifras publicadas por la DCP de Colombia, entre los años 2010 y 2013 el promedio de tiempo de protocolización desde la certificación de la presencia de comunidades indígenas, era de 36 meses, lo que se habría reducido a 8 meses durante el 2014, considerando que la consulta más larga que finalizó el 2014 duró 14 meses y la más corta se extendió por tres meses.

El Estudio realizado para Colombia también constató que en promedio, cada proceso de consulta consideró la contratación de asesores para las organizaciones indígenas por parte de las empresas, cuyo monto ascendió a 376 millones de pesos colombianos, que a la tasa de cambio del año 2013, fecha en la cual se realizó el estudio, equivalían a US\$ 176.000 por Comunidad.

- **Chile:** Los antecedentes sobre la implementación de procesos de consulta previa dan cuenta de que los proyectos de inversión relacionados con ella, han considerado proyectos mineros, energéticos, industriales, forestales, pesqueros, acuícolas, de infraestructura pública, y también proyectos de investigación y planificación territorial. A marzo de 2015, las cifras indicaban que había un total de 80 proyectos relacionados con el Convenio desde su vigencia en Chile, considerando proyectos que habían experimentado procesos de consulta previa, o que estaban próximos a iniciar dichos procesos y otros judicializados por esta causa.

Si se revisan los tipos de proyectos, se constata que 38 de ellos corresponden a proyectos de energía (generación o transmisión), 15 a proyectos mineros, 11 a proyectos de infraestructura y 16 a otro tipo de proyectos (pesqueros, industriales, forestales, o medidas relacionadas a proyectos de investigación o planificación territorial).

Respecto de la duración de dichas consultas, si bien la gran mayoría se encontraba en ejecución al momento de elaborarse el Reporte Regional citado anteriormente, se observó una alta dispersión respecto de su duración, extendiéndose en promedio por 280 días, considerando consultas que se alargaban por más de 600 días. Otro punto importante a observar, es la demora que presenta el inicio de los procesos de consulta considerando el hito de ingreso a evaluación ambiental de los proyectos de inversión. Esto último se explica, en la mayoría de los casos, por la demora en la identificación y reconocimiento de las organizaciones indígenas afectadas.

La experiencia chilena también da cuenta que algunos procesos de consulta han requerido la contratación de asesoría para las organizaciones indígenas. Esta contratación ha sido gestionada por la autoridad promotora de la medida y sus

valores han alcanzado los US\$30.000 por asesor para una comunidad indígena. Estas asesorías tienen por objeto colaborar con las comunidades en la revisión de los proyectos y en la elaboración de propuestas al respecto.

Respecto de los proyectos que no requieren de licenciamiento ambiental pero que igualmente han debido considerar procesos de consulta, la realidad chilena constata que el organismo público que más se relaciona con estos procesos es el Ministerio de Obras Públicas, con obras de infraestructura caminera, luego el Ministerio de Bienes Nacionales en la concesión de terrenos fiscales y finalmente el Ministerio de Energía en relación a concesiones de explotación de energía geotérmica.

- **Perú:** En el caso de Perú, de acuerdo a la información presentada por el Ministerio de Cultura de ese país, a octubre de 2014³³ se habían implementado 16 procesos de consulta previa, de los cuales 8 correspondían a áreas naturales, 6 a proyectos de hidrocarburos, y 2 a temáticas de carácter nacional.

Al mes de septiembre de 2015, estos antecedentes fueron actualizados dando cuenta de 19 procesos de consulta realizados, incorporando un nuevo proceso para el desarrollo de un proyecto Minero.

En particular respecto de los procesos de consulta previa para actividades hidrocarburíferas, destaca que estos se realizan sin la participación de las empresas, pues la consulta se realiza en una etapa temprana, donde se discuten las condiciones generales que promueven el desarrollo de actividades hidrocarburíferas en determinados territorios. Estos procesos de consulta se focalizan en la definición de las condiciones de borde que permitan desarrollar proyectos de hidrocarburos en un determinado espacio territorial, luego de lo cual recién se estudian proyectos en particular.

- **Bolivia y Ecuador:** Aun cuando tienen un desarrollo más incipiente de este tipo de procesos, en ambos países se identifica el desarrollo de procesos de consulta previa en el marco de proyectos de hidrocarburos e infraestructura³⁴.

Cabe reconocer que la aplicación de la consulta previa en Latinoamérica ha ido de la mano de un proceso de judicialización especialmente por la ausencia de consulta en la aprobación de medidas administrativas, legislativas y proyectos de inversión, que han sido cuestionados judicial o constitucionalmente.

Si bien en los últimos años ha habido un aumento significativo en la implementación de los procesos de consulta previa, la realidad nacional de cada país, da cuenta que aún persisten importantes diferencias de criterios e interpretaciones en torno a las obligaciones contenidas en el Convenio núm. 169, y las expectativas que genera la obligación de consulta en los diversos intervinientes.

³³ Presentación OIT en Lima, octubre de 2014, en el marco de la Reunión Regional de la OIT.

³⁴ Ecuador: Consulta de 13 bloques petroleros ubicados en las provincias de Pastaza, Morona Santiago y parte de Napo y Orellana, y cuyo proceso habría finalizado el año 2012.

En el caso de Bolivia el caso más emblemático corresponde a la situación relativa a la construcción de la carretera Villa Tunari - San Ignacio de Moxos, cuyo trazado preveía la división en dos partes del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure (TIPNIS)

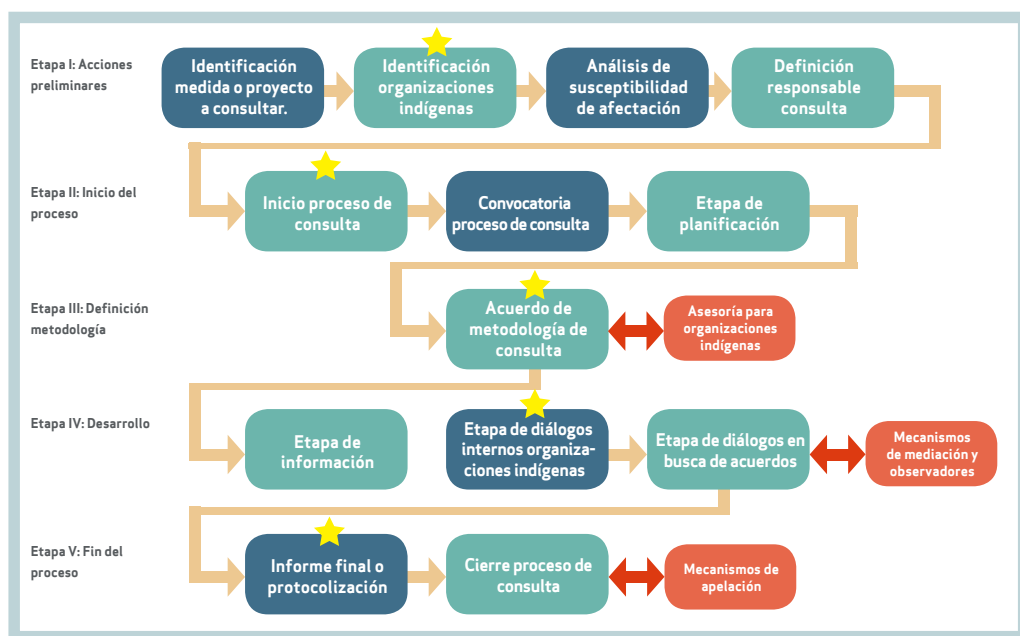
Flujograma de los procesos de consulta previa

La experiencia regional en la implementación de la consulta previa ha demostrado que existen patrones comunes respecto de las etapas que consideran dichos procesos. Esto se ve reflejado en las normativas establecidas en los diferentes países, que contienen etapas similares para la implementación de la consulta previa. Para ejemplificar esta situación, a continuación, se presentará un cuadro que contiene un flujograma de la consulta previa.

El primer paso de una consulta es identificar la medida a consultar, luego se verifica la existencia de organizaciones indígenas en el área de influencia de la medida o proyecto. Una vez conocido el contexto indígena, se analiza si la medida genera efectos sobre las comunidades. En caso que exista afectación, se inicia el proceso de consulta previa, que generalmente considera una etapa de convocatoria, planificación, información, diálogos internos entre las organizaciones indígenas, diálogos con el Estado y las empresas, y finalmente la etapa de protocolización de acuerdos, informe final y cierre del proceso de consulta.

A continuación, se presenta un flujograma macro del proceso de consulta previa en general, considerando las etapas más comunes, revisados los distintos contextos nacionales. Cada organización empresarial y empresa debe adaptar el flujograma a su realidad nacional.

Figura: Flujograma proceso de consulta



Tal como se aprecia en la figura, un proceso de consulta se puede agrupar en cinco macro etapas. Con estrellas, se identifican los hitos que por lo general determinan el éxito de un proceso.

El inicio de una consulta previa se configura como uno de los hitos más relevantes de todo el proceso, puesto que sobre ella se sientan las bases para su legitimidad. Se debe invitar a todos los actores y organizaciones afectadas, para que puedan participar desde las primeras etapas. En algunos casos, esta etapa y su correcta difusión, ha sido clave para desestimar ante tribunales de justicia, reclamos relativos al desconocimiento de los procesos (por ejemplo, este es el caso de procesos que se ven cuestionados por organizaciones indígenas que reclaman no haber sido invitadas a participar oportunamente). Publicitar el inicio del proceso, para que todos los afectados puedan enterarse de su desarrollo, ayuda a involucrar oportunamente a todas las organizaciones, incluso a las que por desconocimiento, no fueron identificados previamente.

Una vez realizada **la convocatoria**, se da paso a la etapa de **planificación**. En ella se establecen los acuerdos marcos que permitirán que la consulta se pueda realizar. A su vez se fija la ruta metodológica para desarrollar el proceso de consulta previa. Esta etapa es especialmente compleja, en ella surgen temas como la ausencia del Estado, las demandas históricas no resueltas, los requerimientos de asesoría para las organizaciones indígenas, la determinación de las organizaciones representativas, y la desconfianza entre las partes. Todo esto dificulta el inicio del diálogo. Cuando esta etapa es exitosa, culmina con el acuerdo metodológico, que es el hito más relevante del proceso de consulta. Alcanzar un acuerdo metodológico facilita el desarrollo del proceso, y en general permite que se desarrolle en acuerdo entre las partes.

Resuelta la etapa de planificación, comúnmente se avanza a la **etapa de información**, en la cual el Estado o la Empresa, según sea el caso, participa activamente entregando información a los pueblos indígenas sobre la medida o proyecto en cuestión.

Tras la etapa de información se avanza a una **etapa de evaluación interna** de los pueblos indígenas, en la que estas organizaciones discuten, de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones, estableciendo su posición en referencia al proyecto de inversión.

Luego de la evaluación interna, generalmente se desarrolla una **etapa de diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado**. En algunos casos participan las empresas, cuando la consulta se realiza sobre un proyecto en particular, aun cuando no es un requisito excluyente. Existen casos en que la consulta se realiza sobre condiciones generales para la realización de determinados tipos de actividades en un espacio territorial, sin considerar un proyecto o una empresa en particular.

Una vez finalizada la etapa de diálogo, habiéndose o no llegado a acuerdos, se desarrolla la última etapa correspondiente a la **etapa de Informe final o protocolización**. Esta etapa finaliza con un informe que da cuenta del resultado del proceso de consulta, estableciendo los acuerdos e indicando los desacuerdos y sus justificaciones. El informe final debe registrar todo lo realizado y acordado durante el proceso de consulta. También se sugiere como mecanismo de transparencia que este informe incorpore el listado de todos los que participaron del proceso de consulta, incluidos los consultores de las comunidades indígenas y de las empresas. Acabada esta etapa finaliza y se cierra oficialmente el proceso de consulta previa.

La aprobación de un proyecto, o la dictación de un permiso que requiera la realización de un proceso de consulta previa, solo puede tomarse una vez emitido el informe final, por lo que se debe tener especial cuidado en evitar mencionar, sugerir o realizar acciones que den cuenta que el proceso de consulta finalizó antes de que el informe sea publicado.

Costos de implementación: Altos costos en la implementación de las consultas

Aun cuando los procesos de consulta previa varían de país en país, en promedio se extienden por más de 10 meses. Su implementación tiene un alto costo en traslados, alimentación, y recursos humanos para las comunidades, los gobiernos y las empresas. Si bien hasta la fecha no existe información precisa que dé cuenta de los montos que involucran dichos procesos, existe un consenso sobre la dificultad que esta situación significa para la implementación de las consultas, dado que en general el Estado o las empresas no disponen de los suficientes recursos para su implementación.

Estos costos se incrementan cuando las organizaciones indígenas solicitan la contratación de asesores para colaborar en el estudio de los proyectos consultados. Si bien se reconoce la necesidad de estas asesorías, pues en muchos casos las consultas previas abordan proyectos complejos, la ausencia de mecanismos para su implementación resulta en montos solicitados que generalmente son muy elevados. En muchos casos, los procesos de consulta atraen la llegada de agentes externos que buscan influenciar la toma de decisiones de los pueblos indígenas, para satisfacer intereses propios o políticos.

Sumado a los costos logísticos propios de la implementación de un proceso de consulta previa, se visualizan impactos en la economía nacional debido al retraso en la implementación de proyectos, a causa de demoras asociadas a la dificultad de aplicar el Convenio núm. 169 y la consulta previa. En el caso específico de

los proyectos de energía e infraestructura, el retraso relacionado a la consulta previa, genera impactos sobre el costo y precio de la energía, y en conectividad y traslados.

Finalmente, otro aspecto que debe ser observado de forma cuidadosa, dice relación con las demandas adicionales que surgen durante los procesos de consulta previa. Especialmente aquellas que se establecen como condicionantes (por comunidades indígenas y sus asesores) para iniciar o participar en el diálogo. Para evitar dichas situaciones, se recomienda que las organizaciones empresariales y empresas que impulsen procesos de diálogo voluntarios, siempre lo hagan involucrando al Estado. Esto permitirá evitar que las comunidades indígenas realicen “demandas informales” adicionales, como requisito previo para el inicio de un proceso de consulta. En el marco de un proceso de consulta previa, el Estado también tiene la responsabilidad de actuar de manera justa con todos los intervinientes, desestimando solicitudes que no correspondan y sancionando las actitudes que vulneren el principio de la buena fe.

Principales costos relacionados a la implementación de procesos de consulta:

- Costos logísticos por la implementación de talleres.
- Material de difusión e información para el desarrollo de los procesos de consulta
- Contratación de asesores para las comunidades.
- La consulta demanda muchas horas hombre en recursos humanos, tanto de las comunidades, como de los Gobiernos y las empresas.
- Compensaciones ambientales, sociales y culturales resultado de los procesos de consulta.
- Beneficios adicionales en materia social, productiva, cultural y económica específicamente para las comunidades indígenas, acordadas en el marco una consulta.
- Demandas adicionales.
- Costos relacionados al retraso que significa la implementación de la consulta previa respecto de la puesta en marcha de los proyectos
- Costos relacionados a la conflictividad

Capítulo VI: Interculturalidad

Capítulo VI: Interculturalidad

El Convenio núm. 169 y en general los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos indígenas, destacan que el diálogo es una herramienta fundamental. Al mismo tiempo, el Convenio núm. 169 valora, protege y promueve la diversidad cultural de los pueblos indígenas. Considerando lo anterior, el diálogo y las habilidades interculturales cobran vital importancia para lograr una implementación eficaz del Convenio. En este contexto, el presente capítulo aborda el desafío que significa el diálogo intercultural, para la implementación del Convenio.

Considerando los desafíos que depara para las empresas el respeto de los derechos indígenas, la interculturalidad se transforma en una herramienta de diálogo que permite a las empresas relacionarse adecuadamente con los pueblos indígenas.

La interculturalidad es el encuentro de diversas culturas y grupos sociales que conviven en espacios y territorios, y que, a través de esfuerzos comunes, valorando la riqueza de sus distintas culturas, tradiciones y conocimientos, avanzan en la búsqueda de soluciones en beneficio de toda la sociedad, respetando sus diferencias.

Se comprende como diálogo intercultural un conjunto de procesos a través de los cuales se abordan, en el marco del respeto, situaciones concretas entre distintas partes interesadas, quienes interactúan con la disposición de flexibilizar posiciones, implementar cambios y llegar al entendimiento común como resultado de la interacción. Los procesos de diálogo que se establezcan entre grupos de distintas características, contextos sociales y culturales constituyen un desafío adicional, pues deben considerar las brechas de información entre los distintos grupos, los distintos lenguajes y culturas presentes, las distintas, pero legítimas perspectivas y visiones de desarrollo, así como también el respeto por la identidad, aceptando al otro como diferente.

En estos procesos de manera especial se debe considerar la desconfianza que aún existe desde los pueblos indígenas hacia el Estado y los privados.

En particular, la relación con los pueblos indígenas requiere de la comprensión de que se trata de una relación intercultural, donde la diversidad es una riqueza que debe ser valorada. Estos procesos deben resguardar el respeto y asegurar la interacción entre las minorías étnicas o pueblos originarios y el resto de la sociedad.

En relación con el desarrollo de proyectos, el diálogo intercultural es una herramienta que permite prevenir y transformar potenciales conflictos socio-ambientales, abordándolos de manera

temprana, incorporando la perspectiva cultural en el diseño de los proyectos, y a su vez, estableciendo soluciones creativas que respondan tanto al interés de las empresas de desarrollar sus proyectos, como también al interés de los pueblos indígenas de proteger y preservar sus culturas, territorios y tradiciones, y abordar sus necesidades y aspiraciones.

Recomendaciones en procesos de diálogo intercultural³⁵

- Asegurar la participación activa de los diferentes actores en los distintos espacios de gestión y coordinación del proceso. Incluye la participación de mujeres y jóvenes.
- Corresponsabilidad en el diseño del proceso de diálogo con un enfoque transversal en interculturalidad.
- Incluir en el proceso, algunas de las formas de resolución de conflictos y toma de decisiones de los pueblos originarios.
- Compartir las formas de diálogo que tienen los diversos pueblos e incluirlas dentro del diseño del proceso de diálogo que se intenta iniciar.
- Utilizar el diálogo como oportunidad para establecer intercambios de experiencias y saberes interculturales sobre los modos y conceptos de vida de los pueblos participantes y propiciar el mayor conocimiento del otro.
- Asegurar un servicio de traducción para todos.

Contar con un equipo facilitador diverso y multiparcial.
- Promover y verificar permanentemente la construcción de confianza entre participantes.
- Incrementar la capacidad de escuchar al otro y el deseo de conocer su cosmovisión.
- Identificar y utilizar espacios informales para propiciar el intercambio de saberes entre representantes de las diversas culturas.
- Realizar las reuniones y encuentros en los lugares de procedencia de los participantes.

³⁵ Manual de Capacitación:
Diálogo e interculturalidad
(Ormachea, 2011 citado en Arce
2013)

*Capítulo VII: Buenas prácticas
en la implementación del
Convenio núm. 169*

Capítulo VII: Buenas prácticas en la implementación del Convenio núm. 169

Como ya hemos revisado, si bien el Convenio núm. 169 establece obligaciones directas solo para los Estados, las empresas se relacionan con la implementación de algunas de sus disposiciones. En este contexto, los esfuerzos que puedan realizar las empresas incorporando buenas prácticas y políticas responsables de operación en lo social, cultural y territorial, contribuirán a una implementación eficaz y oportuna del Convenio. El presente capítulo sugiere algunas acciones que podrían contribuir a una implementación adecuada, acotando los riesgos asociados.

- **Diagnósticos sociales y pertinentes:** Realizar diagnósticos en las primeras etapas, cuando recién existe la idea de realizar un proyecto, permitirá identificar a las organizaciones presentes en el territorio, cómo lo utilizan, y la forma en que se relacionan. Estos insumos ayudan a diseñar proyectos respetuosos de la realidad local y de la conexión que tienen los pueblos indígenas con el territorio, minimizando los impactos y resguardando los derechos de los pueblos indígenas. A su vez permite considerar oportunamente a las organizaciones afectadas, en las etapas de diálogo, participación y consulta previa. Se debe poner especial atención a los aspectos culturales, sociales, las actividades tradicionales, y a las organizaciones tradicionales, políticas y funcionales. El desarrollo de diagnósticos, especialmente en las etapas que consideren trabajo en terreno, debe ser transparente hacia la comunidad indígena, dando cuenta de la finalidad con la que se está recopilando información.
- **Diálogo temprano:** Se considera de especial importancia que el diseño de los proyectos, desde su fase más temprana, considere un diálogo con los diversos grupos de interés identificados en la etapa de diagnóstico, entre ellas las comunidades y organizaciones indígenas. Esto permitirá diseñar proyectos que sean respetuosos de la realidad local. El desarrollo de las líneas de base de los proyectos, incorporando a los pueblos indígenas, puede ser una buena práctica voluntaria por parte de las empresas, inspirada la obligación que el Convenio establece para los Estados: “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 de las actividades”.
- **Respeto por el patrimonio, tradiciones y culturas de los pueblos indígenas:** Los proyectos deben velar por que sus acciones no atenten ni afecten las tradiciones y patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Como hemos visto, la conexión espiritual de los pueblos indígenas es parte de su cosmovisión. De

ahí que se sugiere que los proyectos incorporen medidas de protección para no afectar dichas dimensiones. Esto también considera entregar las facilidades para que los trabajadores miembros de los pueblos indígenas puedan practicar sus tradiciones.

- **Considerar instancias de diálogo permanentes con los pueblos indígenas:** La participación indígena debe ser visualizada como un proceso más amplio que un mero trámite para la aprobación del proyecto. Debe considerar el diseño de instancias de convivencia con la comunidad, estableciendo mecanismos de comunicación permanente y procesos de monitoreo conjunto, que permitan construir confianzas.
- **Considerar la visión de los pueblos indígenas:** La comunidad debe percibir que el éxito del proyecto también significará el éxito de la comunidad, por lo que se recomienda que las medidas RSC de la empresa, sean diseñadas en conjunto con la comunidad, de forma que estas respondan a sus aspiraciones, y los programas, medidas y beneficios para las comunidades no sean impuestas por las empresas.
- **Instituciones representativas:** Las empresas deberían velar por que el diálogo siempre se establezca con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, respetando sus formas de organización, liderazgos y canales de comunicación.
- **Canales institucionales:** Es recomendable que el diálogo, siempre se establezca a través de mecanismos institucionales y regulados para estos efectos, para generar procesos transparentes, y evitar suspicacias y desconfianzas.
- **Participación del sector privado:** Para lograr que el proceso de consulta previa sea eficaz y predecible, el sector privado debería comunicarse constantemente con el Estado y con las comunidades indígenas. Ello permitirá identificar los problemas existentes y las áreas que deben reforzarse, para así proponer cambios en los procesos de consulta.
- **Participación en las memorias oficiales de cumplimiento del Convenio:** Los gremios empresariales deberían participar en la redacción de las memorias oficiales del cumplimiento del Convenio. Esto podría realizarse compartiendo experiencias, buenas prácticas y retos, y a través de solicitudes o comentarios adicionales que puedan ser tratados por la Comisión de Expertos de la OIT.
- **Memorias alternativas:** Las memorias alternativas o adicionales de los gremios empresariales son bienvenidas en la OIT. Así se promueve el intercambio de información de las empresas hacia la OIT de manera directa y en un tiempo oportuno.

- **Enfoque participativo:** Los esfuerzos que hagan las empresas para comprender la cultura e incorporar a las comunidades indígenas en los proyectos puede ser de mucha ayuda para construir confianzas con dichos pueblos. Estudiar la viabilidad de incorporar a las comunidades indígenas como posibles proveedores de servicios, o en el monitoreo de variables ambientales, técnicas o sociales de los proyectos, suele ser un camino para generar estas confianzas, en lugar de reducirse a ofrecer incentivos monetarios. Este tipo de iniciativas promueven la participación y el empoderamiento de los miembros de las comunidades, lo que a su vez contribuye a mejorar la calidad de vida de sus miembros. Algunas empresas han capacitado a los miembros de las comunidades en la lectura y monitoreo de las emisiones de los proyectos. Esto ha contribuido a consolidar buenas relaciones entre empresas y comunidades, pues da cuenta de la confianza entre las partes.



*Capítulo VIII: Desafíos del
Estado en la implementación
del Convenio núm. 169*

Capítulo VIII: Desafíos del Estado en la implementación del Convenio núm. 169

La implementación del Convenio, requiere esfuerzos de todas las partes interesadas. El rol del Estado es fundamental, considerando que las obligaciones del Convenio recaen en el Estado y no en los privados. El presente capítulo presenta los principales desafíos de los Estados, que fueron identificados durante el desarrollo de los estudios de caso realizados por la Oficina de Actividades con Empleadores de la OIT. Abordar estos desafíos por parte de los Estados permitirá generar una institucionalidad adecuada del Convenio núm. 169 a nivel nacional y global, facilitando una implementación eficaz y predecible.

Entre los principales obstáculos, se verificó que el alto nivel de desconfianza existente entre las partes que interactúan en estos procesos (Estado, pueblos indígenas y privados), se configura como una de las mayores dificultades para el diálogo y la generación de acuerdos.

Por otra parte, la ausencia de espacios de diálogo permanentes entre el Estado y los pueblos indígenas, hacen que la consulta previa sea el único lugar donde se pretenden solucionar todas las demandas históricas de los pueblos indígenas, y por tanto la exigencia sobre estos procesos excede sus competencias.

Otro aspecto relevante se refiere a la ausencia de información sistematizada sobre los pueblos indígenas, tradiciones, actividades y sitios culturales, lo que dificulta la identificación oportuna de la afectación que un proyecto pueda producir. Esto termina en muchos casos resolviéndose en tribunales de justicia.

Los altos costos que significa la implementación de una consulta es otro tema de relevancia. La dificultad que han tenido los Estados para responder satisfactoriamente a la necesidad de disponer recursos para estos procesos ha significado el retraso de las consultas previas. Este impacta directamente en la economía, mano de obra y lucro cesante local, llegando incluso a generar impactos sobre los precios de la energía y la conectividad. Finalmente, la definición sobre quién debe suministrar los recursos para la implementación de la consulta previa, es relevante. Esto se acentúa considerando que, dada la falta de estructuras para realizar la consulta previa, no existen parámetros objetivos que den cuenta de los costos que deben considerarse para un proceso de este tipo. En consideración a lo anterior, en muchos casos los montos para el financiamiento de estos procesos no responden a límites razonables.

En relación a los pueblos indígenas, destacan también los desafíos de representatividad de dichos pueblos, pues las organizaciones indígenas y sus representantes son permanentemente

cuestionados por sus pares, dificultando el establecimiento de acuerdos duraderos. Otro aspecto relevante, relacionado a los pueblos indígenas, se refiere a las expectativas, especialmente en relación al derecho a consentimiento previo que anhelan las organizaciones indígenas en la evaluación de los proyectos de inversión.

En relación a los aspectos institucionales, se aprecia que la ausencia de estructuras de consulta, así como de procedimientos oficiales y de equipos capacitados para desarrollar estos procesos, se configura como una dificultad para implementar la consulta previa. La desarticulación estatal para llevar adelante estos procesos es un elemento que afecta la implementación del Convenio núm. 169.

Finalmente, las expectativas de los pueblos indígenas en relación a su participación en los beneficios que se reporten por la explotación de recursos naturales, vinculadas al artículo 15 número 2 del Convenio, es otra situación que dificulta la aplicación de la consulta previa. La ausencia de mecanismos o herramientas claras por parte del Estado para implementar este derecho, hace que dicha responsabilidad se traspase de hecho a las empresas, cuyas operaciones no son capaces de responder a las expectativas de los pueblos indígenas en esta materia.

³⁷ Regulaciones Nacionales: Para que estas sean efectivas y contribuyan a la implementación del Convenio, deben ser elaboradas a través de profundos procesos de diálogo y consulta con los pueblos indígenas, para generar consensos que le den sustento a la aplicación de los procesos. Se recomienda, que estos procesos contemplen espacios de diálogo con las organizaciones empresariales,

Desafíos Estatales e institucionales para lograr una implementación eficaz

- Sistematizar, unificar y mantener actualizado un registro sobre los pueblos indígenas, con antecedentes cartográficos, sociales y culturales, que los visibilice y promueva el respeto de sus derechos, culturas y territorios.
- Estudiar mecanismos para financiar estos procesos contemplando recursos para la logística, asesorías, capacitación y fortalecimiento de las organizaciones indígenas.
- Establecer mecanismos transparentes y regulados para financiar la contratación de asesores externos para los pueblos indígenas.
- Estudiar mecanismos institucionales que permitan a los pueblos indígenas beneficiarse por los proyectos desarrollados en sus territorios sin traspasar dicha responsabilidad a las empresas.
- Generar una institucionalidad competente y focalizada en la implementación de la consulta previa.
- Elaborar regulaciones internas que clarifiquen a nivel local los términos del Convenio y establezcan las responsabilidades y roles de los organismos públicos, las empresas y las organizaciones indígenas.³⁷
- Desarrollar un sistema que permita dar cuenta de los procesos de consulta previa desarrollados, pues esto permitirá facilitar el seguimiento y aprendizaje.
- Impulsar procesos de capacitación y difusión sobre el Convenio núm. 169.
- Necesidad de impulsar espacios de diálogo permanente entre el Estado y los pueblos indígenas, donde se puedan abordar las demandas históricas.
- El Estado debe procurar que todas las entidades relacionadas con la consulta previa cuenten con la misma información y disposiciones. De esta manera, se evita conflictos de información cuando una entidad da información diferente a la brindada por otro organismo estatal. Ello puede afectar negativamente las relaciones entre las empresas y las comunidades indígenas, así como atrasar el proceso de consulta previa

La importancia del rol del Estado en la implementación de la consulta previa.

- **Marco Institucional adecuado:** El Estado debe asumir el rol activo que le corresponde. En consideración a lo anterior, las organizaciones empresariales deben demandar del Estado un accionar diligente y activo en su aplicación. Este actuar debe considerar la dación de normas que de forma clara, por ejemplo, establezcan cómo, cuándo y qué entidad del Estado está a cargo de realizar la consulta previa.
- **Rol activo en los procesos de consulta previa:** El involucramiento del Estado es parte fundamental en la validación del proceso de consulta previa. El Estado debe participar de todo el proceso de consulta, sin delegar esta responsabilidad en las empresas, pues es el Estado el ratificante del Convenio y el titular de cumplir las obligaciones ahí contenidas. El Estado debe ser garante y gestor de la transparencia de todo el procedimiento y de eventuales negociaciones que se puedan presentar entre comunidades y empresas.
- **El Estado como decisor final:** Al término de un proceso de consulta, es el Estado quien debe tomar una decisión final. Especialmente cuando un proceso de consulta finaliza sin acuerdos. Dicha decisión debe ser compatible con los derechos. Las comunidades indígenas y las empresas, deben respetar dicha decisión, aun cuando puedan legítimamente cuestionarla ante tribunales. En este contexto, las organizaciones empresariales deben promover que el Estado tome decisiones justas y adecuadas, respecto a los proyectos de inversión en consulta previa, lo que fortalecerá sus pronunciamientos, entregando mayor certeza jurídica al desarrollo de proyectos.
- **Traslado o relocalización cuando no existe consentimiento:** Si bien el Convenio establece que el traslado y reubicación de comunidades indígenas solo debe hacerse con su consentimiento, también señala que cuando excepcionalmente, el traslado o la reubicación se considere necesario, solo deberá realizarse al término de procedimientos adecuados. Esto deberá ser garantizado por el Estado. En otras palabras, en caso que no se logre el consentimiento, el Estado igualmente puede autorizar el traslado y relocalización de los pueblos indígenas, en tanto se cumplan las condiciones señaladas en el Convenio.
- **Registros:** La correcta implementación del Convenio, requiere que el Estado lleve a cabo estudios e investigaciones que le permitan contar con una base de datos con información, al menos referencial, sobre las comunidades indígenas presentes en determinados territorios. Esto permitirá considerarlas adecuada y oportunamente en los procesos de diálogo y consulta previa. Es recomendable que las bases de datos incluyan mapas donde se registre la ubicación de las comunidades indígenas, e información referente a su cultura, tradiciones y cómo se relacionan con el medio ambiente y los recursos naturales. Dicha información debe ser clara, fidedigna, veraz y actualizada.
- **Validación de consultas previas:** El Estado debe ser claro y enfático en que la implementación de la consulta previa no es retroactiva. De esta forma, las normativas nacionales de consulta previa que se diseñen en

adelante, deben dar resguardo a los acuerdos ya pactados en los procesos de consulta previa ejecutados antes de la promulgación de los nuevos instrumentos regulatorios a nivel nacional.

- **Fallos judiciales:** El Estado a través de todos sus poderes debe ser consistente y coherente. En ocasiones parecen existir criterios disímiles entre los distintos poderes del Estado, confundiendo y dificultando la aplicación de este instrumento. La capacitación e información de los funcionarios y autoridades públicas es fundamental para estos efectos.

Acciones relativas a las organizaciones empresariales

- Desarrollar procesos de acercamiento con el Estado y con los pueblos indígenas para estudiar mecanismos que permitan mejorar la aplicación de la consulta previa.
- Promover instancias que permitan a las empresas desarrollar capacidades internas que las ayuden a comprender la cosmovisión de los pueblos indígenas.
- Participar de la evaluación del proceso de implementación del Convenio núm. 169 en cada país, a través de los mecanismos formales a nivel nacional, y con la propia OIT.
- Sistematizar las experiencias de las empresas entregando herramientas a sus asociados.

Capítulo IX: Empresas y derechos indígenas

Capítulo IX: Empresas y derechos indígenas

El Convenio núm. 169 de la OIT es una herramienta excepcional en la temática indígena, pues trata exclusivamente la relación con dichos pueblos indígenas, y es la principal fuente normativa en relación a sus derechos. Es un tratado internacional, por lo tanto es vinculante para los Estados ratificantes y establece normas y obligaciones de carácter absoluto. Por esta razón, su impacto y fuerza legal no deja lugar a controversias, ni genera interpretaciones heterogéneas en cuanto las obligaciones y responsabilidades vinculantes que los Estados asumen a la hora de la ratificación y su impacto para las empresas.

Los derechos indígenas, se fundamentan en el compromiso de toda la sociedad de respetar los derechos humanos. En los pueblos indígenas, esta situación es particularmente relevante, dado el contexto de vulnerabilidad en que se encuentran. Este compromiso es atingente no solo a los Estados, sino a todos los miembros de la sociedad que se relacionan e interactúan con dichos pueblos. Las empresas son un actor relevante, pues en muchos casos sus actividades, acciones o negligencias pueden afectar a los miembros y organizaciones de los pueblos indígenas.

Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (ICERD), Recomendación general XXIII. 51º período de sesiones, 1997.

“El comité está consciente del hecho de que en muchas regiones del mundo personas indígenas han sido, y siguen siendo discriminadas y privadas de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales, en particular, la pérdida de la tierra y recursos por colonos, compañías comerciales y estados empresarios. Consecuentemente, la preservación de su cultura y de su identidad histórica ha sido y sigue siendo amenazada ... El Comité llama especialmente a todos los Estados Parte a reconocer y proteger los derechos de los indígenas de poseer, desarrollar, controlar y usar sus tierras comunales, territorios y recursos”.

³⁸ Más información disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/PueblosIndigenas/SRIndigenousPeoples/Paginas/SRIPeoplesIndex.aspx>

³⁹ Más información disponible en: <http://undesadspd.org/Default.aspx?alias=undesadspd.org/indigenouses>

Dada la importancia que se le ha asignado a nivel internacional a los derechos de los pueblos indígenas, la estructura del Sistema de Naciones Unidas ha incorporado orgánicas especialmente focalizadas en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Destaca la figura del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas³⁸ y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas³⁹. Este último es un organismo asesor del Consejo

Económico y Social (ECOSOC)⁴⁰, y tiene el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos.

Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas

La Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar en 2001 un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, como parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión. El mandato del Relator Especial fue posteriormente renovado por la Comisión de Derechos Humanos, en 2004 y por el Consejo de Derechos Humanos en 2007. En el cumplimiento de su mandato, el Relator Especial:

- Presenta informes anuales sobre asuntos específicos o situaciones de especial importancia relativas a la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas (ver Informes anuales);
- Realiza visitas a países;
- Comunica información recibida sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en países específicos;
- Lleva a cabo actividades en países en seguimiento de las recomendaciones recogidas en sus informes de visita a países.

Sin perjuicio de que el Convenio núm. 169 sea la principal fuente normativa referida a los derechos de los pueblos indígenas, la presente guía considera relevante que las empresas conozcan otros instrumentos internacionales recientes, que aun cuando no son obligatorios para los países ni tampoco para las empresas, constituyen instrumentos de vanguardia en la protección de los derechos indígenas y su relación con el mundo empresarial. Estos instrumentos están fuertemente inspirados por el Convenio. Se constituyen en instrumentos que apuntan en la creación de valores, direcciones, principios, recomendaciones y normas voluntarias tanto para los Estados, como para las empresas en el área de los derechos indígenas.

Los derechos indígenas establecidos en el Convenio núm. 169, se encuentran contenidos en un importante número de estos instrumentos internacionales, que, de forma voluntaria para las empresas, sugieren acciones y buenas prácticas a implementar para garantizar el respeto de los derechos indígenas. Si bien, algunas de estas herramientas sugieren estándares más exigentes a los establecidos en el Convenio, es importante reforzar que corresponden a estándares voluntarios **que buscan incentivar el compromiso político de las empresas y de los Estados en estas materias, pero en ningún caso generan nuevas obligaciones respecto de las ya establecidas en el Convenio.**

⁴⁰ <https://www.un.org/ecosoc/es/>

A continuación, se presentan algunas de las principales acciones, herramientas e instrumentos voluntarios, que vinculan el desarrollo de actividades empresariales con los derechos de los pueblos indígenas. En este contexto en este capítulo se revisan instrumentos específicamente focalizados en la relación empresas-pueblos indígenas y también se presentan otras directrices relativas a la relación entre empresas y derechos humanos, que si bien no abordan directamente la vinculación empresa-pueblos indígenas, su conocimiento puede ser de utilidad para las empresas puesto que los derechos indígenas se sustentan en los derechos humanos. Estas directrices están siendo ampliamente consideradas por las organizaciones internacionales de empleadores, así como también por el sector financiero, al momento de evaluar la incidencia social de proyectos de inversión.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 corresponde al estándar internacional más exigente en materia de derechos indígenas. A través de 46 artículos describe los derechos específicos y acciones que los gobiernos deben tomar para proporcionar una protección debida a los derechos indígenas.

Los principales elementos de la Declaración son (1) el derecho de autodeterminación; (2) el derecho de ser reconocidos como pueblos distintos; (3) el derecho de consentimiento libre, previo e informado; y (4) el derecho de ser libres de toda forma de discriminación.

Respecto de la relación que tienen las disposiciones de esta Declaración con el mundo privado, las empresas y sus actividades, es posible señalar lo siguiente.

El artículo 17 numeral 3 reafirma el derecho de las personas indígenas “a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo y, entre otras cosas, de empleo o salario.”

En materia de consulta previa, a través de sus artículos (en especial el 18, 19, 32 número 2) la Declaración señala que **las consultas deben realizarse con la finalidad de alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento**. Así, los respectivos artículos indican al deber de realizar consultas con los pueblos indígenas en “las cuestiones que afecten a sus derechos,” o “en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo,” reafirmando siempre la buena fe de los Estados, como también el debido reconocimiento de la representatividad de las organizaciones indígenas.

El artículo 19 señala “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”

Es importante revisar detenidamente este punto, pues si bien señala que la finalidad de la consulta es la de lograr el consentimiento, **en ningún caso establece que este sea un requisito, sino que debe ser una fuente de inspiración de dichos procesos.**

En los artículos 10, 29 numeral 2, y 30 numeral 1, la Declaración establece casos excepcionales para los que siempre se requiere consentimiento previo, libre e informado: Cuando una medida signifique el desplazamiento de los pueblos indígenas; cuando se considere el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en tierras indígenas; y cuando se pretendan desarrollar actividades militares en tierras y territorios indígenas. En estos casos siempre debe alcanzarse el consentimiento.

Casos que requieren de Consentimiento según la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

“Artículo 10: Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.”

“Artículo 29 numeral 2: Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.”

“Artículo 30 numeral 1: No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente, o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado.”

Al mismo tiempo, la declaración establece en su artículo 32 numeral 3, el deber de los Estados de proveer de mecanismos de reparación justos y equitativos para los pueblos indígenas, cuando un proyecto produzca efectos adversos sobre las comunidades indígenas, sus tierras o territorios, y en especial en la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Mecanismos de reparación: Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

“Artículo 32 numeral 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.”

International Finance Corporation (IFC) Norma de Desempeño N° 7⁴¹

La Corporación Financiera Internacional (IFC) es una institución miembro del Grupo del Banco Mundial, cuya misión está centrada en el sector privado de los países en desarrollo. Una de las prioridades estratégicas de la IFC es abordar el cambio climático y velar por la sostenibilidad ambiental y social. Con el fin de lograr esta meta, el IFC ha elaborado el Marco de Sostenibilidad orientado a la gestión de riesgo en estas materias.

Si bien las normas del IFC son de carácter voluntario, es común que las instituciones financieras exijan a las empresas y proyectos que solicitan financiamiento, que estos cumplan con lo establecido en dichas normas, previo a la entrega de préstamos o créditos de financiamiento. El marco de sostenibilidad está compuesto por 8 normas de desempeño que entregan recomendaciones para las empresas y que buscan un desempeño sostenible en lo ambiental y social.

Marco de Sostenibilidad – 8 Normas de Desempeño que deben ser respetadas durante todo el ciclo de la inversión financiada por el IFC

- Evaluación y gestión de los riesgos e impactos ambientales y sociales;
- Trabajo y condiciones laborales;
- Eficiencia del uso de los recursos y prevención de la contaminación;
- Salud y seguridad de la comunidad;
- Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario;
- Conservación de la biodiversidad y gestión sostenible de los recursos naturales vivos;
- Pueblos Indígenas;
- Patrimonio cultural.

⁴¹ Disponible en: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/55d37e804a5b586a908b9f8969adcc27/PS_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES

Aunque las Normas de Desempeño son complementarias y deben ser aplicadas en conjunto, desde el enfoque de la presente Guía, es de particular interés la norma de desempeño N° 7, que reconoce la vulnerabilidad de los pueblos indígenas en cuanto la probabilidad de sufrir los potenciales efectos adversos de los proyectos. En este contexto la norma indica la necesidad de **proteger y respetar** de manera especial los hábitats, territorios ancestrales, recursos naturales y expresiones culturales de los pueblos indígenas, al momento de considerar el desarrollo de inversiones en zonas con presencia indígena.

“Son particularmente vulnerables si sus tierras y sus recursos son modificados, ocupados o deteriorados significativamente. También pueden verse amenazadas sus lenguas, culturas, religiones, creencias espirituales e instituciones. En consecuencia, los Pueblos Indígenas pueden ser más vulnerables a los impactos adversos asociados con el desarrollo del proyecto que las comunidades no indígenas.” Norma n° 7

En consideración a lo anterior, “Los proyectos del sector privado pueden crear oportunidades para que los Pueblos Indígenas participen y se beneficien de las actividades vinculadas con dichos proyectos, ayudándolos a concretar sus aspiraciones de desarrollo económico y social. Además, los Pueblos Indígenas pueden desempeñar un papel en el desarrollo sostenible, promoviendo y manejando actividades y empresas como socios en el desarrollo. Los gobiernos generalmente juegan un papel fundamental en el manejo de las cuestiones relacionadas con los Pueblos Indígenas y los clientes deben colaborar con las autoridades responsables en la gestión de los riesgos e impactos de sus actividades.”⁴²

⁴² Norma de Desempeño 7, Introducción.

Principios de la Norma N° 7 sobre pueblos indígenas

- Garantizar que el proceso de desarrollo fomente el **pleno respeto** a los derechos humanos, dignidad, aspiraciones, cultura y medios de subsistencia dependientes de los recursos naturales de los Pueblos Indígenas.
- **Anticipar y evitar** que los proyectos tengan impactos adversos sobre los pueblos indígenas o, cuando no sea posible evitarlos, minimizarlos o resarcir dichos impactos.
- **Promover beneficios y oportunidades** de desarrollo sostenible para los Pueblos Indígenas de una manera congruente con su cultura.
- Establecer y mantener una **relación continua** con los pueblos indígenas afectados por un proyecto durante todo su ciclo, sobre la base de **consultas y participación** informada.
- Asegurar el **consentimiento previo, libre e informado** de los pueblos indígenas afectados, cuando estén presentes las circunstancias descritas en esta norma.
- **Respetar y conservar la cultura**, conocimientos y prácticas de los Pueblos Indígenas.

En resumen, la norma establece con claridad el principio de respeto y cuidado hacia los pueblos indígenas en cada etapa del desarrollo del proyecto y enfatiza la necesidad de las medidas orientadas a anticipar y prevenir los posibles efectos negativos de las actividades de las empresas, teniendo en cuenta siempre a los pueblos indígenas mediante la implementación de mecanismos de consulta previa con la finalidad de lograr acuerdos y promover el desarrollo sostenible a través de beneficios mutuos.

De acuerdo a la propia Norma de Desempeño N°7, existen circunstancias para las cuales, la norma establece el requisito del consentimiento previo, libre e informado.

- Reubicación de Pueblos Indígenas fuera de sus tierras y recursos naturales sujetos al régimen de propiedad tradicional o bajo uso consuetudinario
- Patrimonio cultural crítico: En caso de que un proyecto pueda tener un impacto significativo en el patrimonio cultural crítico que es esencial para la identidad o los aspectos culturales, ceremoniales o espirituales de la vida de los Pueblos Indígenas.

El IFC plantea que las empresas deben identificar, a través de los procesos de estimación de riesgos e impactos sociales y ambientales, a todas las comunidades de los pueblos indígenas que puedan resultar afectadas por un proyecto; así como la naturaleza y

la severidad de los impactos de carácter económico, social, cultural y ambiental previstos sobre dichos pueblos. Siempre que sea posible, las empresas deberán evitar los impactos adversos sobre los pueblos indígenas. En caso que esto no sea posible, deberán velar por minimizar, restaurar o reparar dichos impactos de manera culturalmente apropiada y proporcional.

En conclusión, el IFC plantea que las empresas tienen la responsabilidad de aplicar el criterio de la debida diligencia. A su vez deben asegurarse que el gobierno haya cumplido sus responsabilidades y obligaciones.

En relación a la debida diligencia, el IFC recomienda que las empresas verifiquen si

- Se ha respetado los requisitos del Convenio núm. 169 en el proceso utilizado para identificar las tierras de los pueblos indígenas y tribales;
- Los procedimientos empleados para la resolución de las disputas y los reclamos de los pueblos interesados sobre sus tierras son correctos y han sido sometidos a consulta;
- Ha sido correcto el modo en que se ha obtenido los títulos de propiedad de tierras que originalmente pertenecían a los pueblos indígenas; es decir, si ha sido conforme a la ley y sin sacar ventaja de la falta de conocimiento del sistema legal;
- Las autoridades gubernamentales pertinentes han reconocido los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales;
- Se han realizado las consultas previas a la concesión de licencias de exploración o explotación;
- Se ha establecido los mecanismos adecuados que permiten a los pueblos interesados participar de los beneficios de la inversión y recibir una compensación justa.
- Verificar el cumplimiento de la normatividad, jurisprudencia o procedimiento interno utilizado por cada país en materia de consulta previa en los diversos sectores y actividades.

Declaración de Posición Pueblos Indígenas y Minería 2012 - ICMM⁴³

El Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM por sus siglas en inglés) busca permanentemente establecer estándares que permitan desarrollar una industria minera sustentable por lo que establece y exige a sus miembros que se ajusten a sus principios y normas que están orientadas a lograr el desarrollo sostenible.

⁴³ Disponible en: <http://www.icmm.com/document/6027>

Principales Principios Fundacionales sobre la Minería y los Pueblos Indígenas 2012

El Consejo reconoce que la industria de la extracción es la que de manera especial interfiere en los hábitats y territorios de los pueblos indígenas y tribales, pudiendo potencialmente vulnerar los derechos de dichos pueblos y tener efectos adversos en su cultura, bienestar e integridad comunitaria. El año 2012 este consejo decidió sustituir la declaración anterior de posición del 2008 sobre la minería y los pueblos indígenas con una versión aún más completa acorde con los principios fundacionales de la ICMM.

Principio 3: Apoyar los derechos humanos fundamentales y el respeto por culturas, costumbres y valores en la relación con los empleados y otros grupos afectados por nuestras actividades.

Principio 6: Buscar el mejoramiento continuo de nuestro desempeño ambiental.

Principio 9: Contribuir al desarrollo social, económico e institucional de las comunidades situadas en nuestras áreas de operación.

La Declaración de Principios del 2012 establece que los miembros del ICMM se comprometen a operar siempre dentro del marco de los derechos humanos y declaran de manera enfática, el respeto por los derechos indígenas, **reconociendo en especial dos instrumentos internacionales: el Convenio núm. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.**

“Los pueblos indígenas suelen tener una conexión profunda y especial con la tierra y el agua, y se identifican con estos elementos que, a su vez, guardan relación con su bienestar físico, espiritual, cultural y económico. También es posible que tengan valiosos conocimientos tradicionales y experiencia en el manejo sostenible del medioambiente.”⁴⁴

El ICMM reconoce a los pueblos indígenas como las “**comunidades de acogida** cuyo ambiente social, económico y físico pueda verse afectado por la minería” en la medida en que los proyectos mineros potencialmente pueden “tener repercusiones importantes –tanto positivas como negativas– en las comunidades locales.”

También reconoce la vulnerabilidad estructural y la situación histórica de desventaja de los pueblos indígenas, indicando que dichos pueblos “históricamente (...) han estado en desventaja en muchas regiones del mundo y todavía pueden sufrir con frecuencia discriminación, altos niveles de pobreza y otras formas de desventaja política y social”.

⁴⁴ Declaración de Reconocimiento N° 1 ICMM

“Esto exige que las compañías se relacionen con los pueblos indígenas de manera adecuada desde un punto de vista cultural y que, en el marco de una participación comunitaria de mayor amplitud se preste particular atención a las capacidades, derechos e intereses de los pueblos indígenas”.

Considerando lo anterior, la declaración enfatiza la importancia de las relaciones de equilibrio y del consentimiento previo, libre e informado en algunas situaciones, señalando que el consentimiento es un **“principio que debe ser respetado en la mayor medida posible en la planeación del desarrollo y su implementación.”**

Compromisos de la declaración de posición para las compañías Miembros del ICMM

- Establecer relaciones con los pueblos indígenas a lo largo de la duración de los proyectos en base del respeto a sus derechos, intereses, aspiraciones y manifestaciones culturales de manera que eviten efectos adversos y compensen los efectos residuales inevitables.
- Llevar a cabo evaluaciones periódicas del impacto social y ambiental, considerando su grado y alcance para los pueblos indígenas, las que siempre deben desarrollarse con la participación de los representantes de estos pueblos. Todo ello con el objetivo ulterior de la **“construcción de un entendimiento transcultural amplio entre las compañías y las comunidades”** orientado a lograr apoyo y consenso.
- Aplicar de buena fe los mecanismos formales, procedimientos y protocolos del dialogo y consulta con los pueblos indígenas en cada etapa.
- **Aunque no se reconoce como tal el derecho a veto de los pueblos en cuestión, ni se exige el consenso unánime, los procesos de consulta deben enfocarse siempre en lograr consensos lo más amplio posible.**
- Colaborar con las autoridades del país competentes para lograr resultados acordes con los compromisos.
- Las empresas y los pueblos indígenas interesados deben actuar de buena fe con el fin de lograr consensos, entendiendo que puede haber diferencias de opinión, que requerirán extensos procesos de negociación, y en algunos casos retrasos en los proyectos, que permitan alcanzar acuerdos de buena fe.

Esta declaración de reconocimiento también establece que el actuar de las empresas mineras debe ser respaldado por las iniciativas estatales a través de mecanismos que faciliten el equilibrio entre los derechos e intereses de los pueblos indígenas y los intereses de las empresas, de manera que “los Estados también pueden asumir un papel importante a fin de apoyar en la resolución de los desacuerdos que pudieran surgir entre los pueblos indígenas y las compañías en su esfuerzo por aspirar a lograr siempre el consentimiento previo libre e informado.”

Forest Stewardship Council (FSC) – Certificación

Al igual que el sector financiero, y las industrias de extracción y minería, el sector forestal también ha tomado conciencia de la importancia de desarrollar relaciones del diálogo y reconocimiento con los representantes de los pueblos indígenas. Esto se refleja en la Organización no gubernamental independiente y sin fines de lucro Forest Stewardship Council (FSC), cuyo objetivo es prestar servicios de acreditación a empresas y garantías de marcas registradas, según los estándares del manejo responsable de los bosques en el mundo.

El principio 3, de los diez Principios y Criterios del FSC, guarda relación con los “Derechos de los Pueblos Indígenas”, exigiendo que “todos los propietarios de bosques certificados FSC identifiquen y respalden los derechos de los pueblos indígenas, en relación con la propiedad y uso de la tierra y los recursos.”⁴⁵

Ejes prioritarios de la FSC en el área de la Política Social, y su relación con los pueblos indígenas

- **Asociación:** las normas de membresía de la FSC son muy estrictas en cuanto la observación de los derechos indígenas, por lo que se prohíbe la entrada de organizaciones que estén directamente o indirectamente relacionadas con actividades inadmisibles, entre las que están, la violación de los derechos tradicionales y humanos mediante la silvicultura y las operaciones de productos foréstaes.
- **Consultas:** se busca de manera permanente que las empresas miembros mantengan un diálogo e implementen mecanismos de consulta con los grupos de pueblos indígenas, para asegurar que sus puntos de vista sean recogidos, escuchados e incorporados.

⁴⁵ <https://ic.fsc.org/indigenous-people.98.htm>

Principio 3: Derechos de los Pueblos Indígenas

⁴⁶ Organización: Persona o entidad que posee o solicita la certificación y es, por lo tanto, responsable de demostrar que se cumplen los requisitos en los que está basada la certificación FSC. (Fuente: FSC 2011).

⁴⁷ Derecho consuetudinario (Customary law): Un conjunto de derechos consuetudinarios interrelacionados pueden ser reconocidos como "Derecho consuetudinario". En algunas jurisdicciones, el derecho consuetudinario es equivalente al derecho escrito, dentro de su área de competencia específica y puede reemplazar al derecho escrito para algunos grupos étnicos definidos u otros grupos sociales. En determinadas jurisdicciones, el derecho consuetudinario complementa al derecho escrito y se aplica en circunstancias específicas. (Fuente: Basado en: N.L. Peluso and P. Vandergeest (2001), Genealogies of the political Forest and customary rights in Indonesia, Malaysia, and Thailand. *Journal of Asian Studies*, 60 (3):761-812.). Derechos que resultan de una larga serie de acciones habituales o acostumbradas, que han sido constantemente repetidas, y que han adquirido fuerza de ley dentro de una unidad geográfica o sociológica a través de tal repetición y de una aceptación no interrumpida. (Fuente: FSC 1994)

La Organización⁴⁶ deberá identificar y respaldar los derechos legales y consuetudinarios⁴⁷ de los pueblos indígenas, en relación con la propiedad, uso y manejo de la tierra, territorios y recursos, que resulten afectados por las actividades de manejo.

- 3.1 La Organización deberá identificar a los pueblos indígenas que existan dentro de la Unidad de Manejo o que estén afectados por las actividades de manejo. A continuación, La Organización deberá identificar, involucrando a estos pueblos indígenas, sus derechos de tenencia, sus derechos de acceso y uso de los recursos forestales y servicios del ecosistema, sus derechos consuetudinarios, y los derechos y obligaciones legales que sean aplicables dentro de la Unidad de Manejo. La Organización deberá identificar también las áreas donde estos derechos estén en litigio.
- 3.2 La Organización deberá reconocer y respaldar los derechos legales y consuetudinarios de los pueblos indígenas para conservar el control sobre las actividades de manejo en el interior de la Unidad de Manejo o relacionadas con la misma, en la medida necesaria para proteger sus derechos, recursos, tierras y territorios. La delegación del control a terceros por parte de los pueblos indígenas requiere de un proceso de Consentimiento Previo, Libre e Informado.
- 3.3 En caso de delegación del control sobre las actividades de manejo, deberá establecerse un acuerdo vinculante entre la Organización y los pueblos indígenas, a través de un proceso de Consentimiento Previo, Libre e Informado. Este acuerdo deberá definir su duración, disposiciones sobre renegociación, renovación, rescisión, condiciones económicas y otros términos y condiciones. El acuerdo deberá incluir disposiciones para que los pueblos indígenas supervisen el cumplimiento de los términos y de las condiciones del mismo por parte de La Organización.
- 3.4 La Organización deberá reconocer y respaldar los derechos, costumbres y cultura de los pueblos indígenas, tal y como se definen en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y en el Convenio 169 de la OIT (1989).
- 3.5 La Organización, involucrando a los pueblos indígenas, deberá identificar los lugares que sean de especial importancia cultural, ecológica, económica, religiosa o espiritual y en los que dichos pueblos indígenas posean los derechos legales o consuetudinarios. Estos lugares deberán ser reconocidos por La Organización y su manejo y/o protección deberá acordarse involucrando a los pueblos indígenas.
- 3.6 La Organización deberá respaldar los derechos de los pueblos indígenas a proteger y utilizar sus conocimientos tradicionales y deberá compensar a los pueblos indígenas por la utilización de estos conocimientos y de su propiedad intelectual. Como en el Criterio 3.3, deberá establecerse un acuerdo vinculante entre La Organización y los pueblos indígenas para dicha utilización antes de que ésta tenga lugar, a través de un proceso de Consentimiento Previo, Libre e Informado, que deberá ser coherente con la protección de los derechos de propiedad intelectual.

En base a lo anterior, el FSC estipula que las empresas deben: “Identificar cómo está siendo utilizado el bosque por las comunidades locales y si el bosque es cultural o económicamente crítico para cualquier grupo de personas”.

De esta forma, los responsables del manejo forestal deben considerar que: “los estándares de la norma incluyen el respeto a los derechos legales o consuetudinarios de las comunidades locales de utilizar el bosque - a menos que éstas hayan renunciado explícitamente y libremente a estos derechos. También estipulan que cualquier sitio de especial interés cultural, ecológico, económico o religioso para los pueblos indígenas debe ser reconocido y protegido, en colaboración con los pueblos indígenas mismos.”⁴⁸

Principios rectores de Derechos Humanos y Empresas - el Marco de la ONU⁴⁹

Este instrumento del año 2011 constituye un cuerpo voluntario de principios en materia de empresas y derechos humanos, denominados “Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos” comúnmente conocido como el Marco de la ONU. Es la culminación de seis años de trabajo del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Empresa, John Ruggie. Este abordó la cuestión de las empresas y los derechos humanos en el contexto de la expansión mundial del sector privado y el aumento de la actividad económica transnacional, lo que puso en evidencia el impacto social que las empresas podían producir sobre los derechos humanos (en sus trabajadores y en las sociedades que se relacionan con sus operaciones).

Estos principios no pretenden crear obligaciones nuevas, sino que buscan aclarar las responsabilidades de los Estados y las empresas en relación con los derechos humanos, y a través de ellos establecer mecanismos para prevenir y hacer frente a los potenciales riesgos en esta materia, vinculados a las actividades empresariales.

Los Principios Rectores consideran un conjunto de **normas de conducta**, directrices y orientaciones para los Estados y empresas a nivel mundial. Aunque jurídicamente no son vinculantes, podrían terminar influyendo sobre las normas y prácticas adaptadas por los Estados y las empresas.

El Marco se apoya en tres ejes fundamentales “**proteger, respetar y remediar**”, alrededor de los cuales giran un total de 31 principios. Se dirige tanto a los Estados, como a las empresas, incentivándolas a que se animen a implementar en sus programas y proyectos, mecanismos que pongan en práctica los Principios Rectores.

⁴⁸ Guía FSC paso por paso http://www.mapeo-rse.info/sites/default/files/Guia_FSC_paso_a_paso_Guia.pdf

⁴⁹ Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

El primer eje de **“proteger”** está sostenido por el Estado quien por sus facultades soberanas debe proteger a todas las personas contra las violaciones de los derechos humanos por terceros, incluidas empresas, mediante políticas y medidas adecuadas. Al mismo tiempo, se expresa la expectativa de que los Estados insistan sobre las empresas a que éstas **“respeten los derechos humanos en todas sus actividades.”**

Este eje fortalece el rol que debe cumplir el Estado en la construcción de un marco institucional eficiente y coherente que oriente con claridad a las empresas en estos ámbitos. Los Estados deben velar por que se cumpla el derecho vigente, y estar atentos a las lagunas normativas en la materia, subsanándolas de manera oportuna.

El nexo directo del Estado y las empresas, se establece en el principio 4, 5 y 6:

Principio 4: “Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.”

Principios 5: “Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.”

Principio 6: “los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales.”

La responsabilidad de **“respetar”** contenida en el segundo eje recae sobre las empresas quienes deben adoptar todas las medidas para prevenir el menoscabo de los derechos de las personas que puedan ser afectadas por las consecuencias de las actividades de las empresas.

Este eje sugiere que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos también debe considerar el accionar de los subcontratistas, proveedores y empresas que se encuentren en su cadena de valor. A su vez establece la importancia del compromiso político que deben darle las empresas al significado de respetar los derechos humanos, lo que debe darse desde el más alto nivel, pues permitirá que los empleados, trabajadores, subcontratistas, operaciones, clientes y sociedad en su conjunto comprendan la importancia que la compañía le asigna a esta temática.

Un pilar fundamental en el compromiso de las empresas por el respeto de los derechos humanos es la debida diligencia. Esta responsabilidad existe independiente del cumplimiento de los deberes de los Estados en cuanto los derechos humanos e implica que la empresa debe actuar dentro de la lógica de la **debida diligencia**⁵⁰ para identificar y tomar todas las medidas posibles para evitar la infracción de los derechos de otros y afrontar y reparar los perjuicios que puedan producirse, cuando estos derechos sean infringidos.⁵¹

Es por esto que el proceso de evaluación de posibles riesgos para los derechos humanos debe ser implementado lo antes posible, en las etapas de diseño y desarrollo de proyectos, con una comunicación fluida y continua, pues permitirá diseñar y ejecutar proyectos junto con las comunidades que puedan ser afectadas, considerándolas adecuadamente y en el momento oportuno.

Principio N° 11: Responsabilidad de las empresas en Derechos Humanos

“Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.”

Principio Operacional N° 16: La importancia del compromiso político

⁵⁰ Debida Diligencia: “La debida diligencia consiste en realizar una evaluación, previa al inicio de sus actividades, acerca del impacto o las consecuencias negativas, reales o potenciales, que las actividades de las empresas pueden tener sobre los derechos humanos de los trabajadores, consumidores u otros grupos vulnerables como las minorías étnicas. La debida diligencia en materia de derechos humanos, metodológicamente, podría equipararse entonces a los estudios de impacto ambiental u otros similares.” - Red Internacional de Derechos Humanos.

Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:

- Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa;
- Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo;
- Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios;
- Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas;
- Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

⁵¹ Guía: Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), 27.

Principio N° 17: De- bida Diligencia en Derechos Humanos

- “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.”
- “Variará 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.”
- “Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas”.

El tercer eje de la **“reparación”** representa una responsabilidad tanto del Estado, en cuanto a su rol en “la protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales;” y directamente de las empresas que hayan provocado consecuencias negativas para los derechos humanos, “Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.”

Para abordar estas obligaciones, es importante que las empresas dispongan de mecanismos de reclamación que puedan ser fácilmente accesibles para los interesados y afectados, que permitan denunciar e identificar oportunamente estas situaciones.

Un mecanismo eficaz de reclamación debe ser: **Legítimo** y dar confianza a los grupos de interés; **Accesible** y conocido por todos los grupos interesados; **Predecible**, disponiendo de un procedimiento claro y conocido; **Equitativo**, asegurando que las víctimas tengan acceso a fuentes de información y asesoramiento; **Transparente; Compatible con los derechos**, asegurando que los resultados sean conformes a los derechos humanos; y que **una fuente de aprendizaje** continuo que permita identificar experiencias con el fin de mejorar. Los mecanismos de nivel operacional también deberían: **Basarse en la participación y el diálogo**, consultando a los grupos interesados sobre su diseño y su funcionamiento.”⁵²

Todas estas directrices corresponden a principios inspiradores que alientan de forma voluntaria, la incorporación de buenas prácticas por parte de las empresas en la protección y resguardo de los derechos humanos.

En relación a los pueblos indígenas, los principios rectores de empresas y derechos humanos de la ONU, enfatizan la necesidad de realizar la debida diligencia con especial atención a las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo los problemas específicos de los pueblos indígenas, las

⁵² Extracto del Principio N° 31
Empresas y Derechos Humanos

mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias.

Principios del Ecuador⁵³

Suscrito el año 2003, fueron convenidos por las instituciones financieras en lo que dice relación con sus clientes. Presenta una serie de directrices adoptadas de manera voluntaria “para asegurar que los temas sociales y ambientales reciban plena atención”⁵⁴. Este documento marca un hito, porque da cuenta del cambio de la perspectiva y postura de los representantes del sector privado frente los temas sociales y ambientales que dejan de ser percibidos como un factor de riesgo y llegan a ser una materia de compromiso transversal.

“Nos comprometemos a aplicar los Principios del Ecuador en nuestras políticas, normas y procedimientos internos de carácter ambiental y social para la financiación de proyectos. No ofreceremos Financiación de Proyectos ni Préstamos Corporativos vinculados a proyectos cuando el cliente no cumpla, o no tenga capacidad de cumplir los Principios del Ecuador.”⁵⁵

Actualmente es muy común que las entidades financieras evalúen el cumplimiento de estos principios por quienes solicitan préstamos para el desarrollo de proyectos. Esto ha llevado a que las empresas pongan atención a la aplicación de los principios, incorporando mecanismos que les permitan llevar a cabo la debida diligencia, anticipando, previniendo y mitigando oportunamente posibles efectos negativos sobre su entorno.

El concepto de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) está vinculado a los nuevos roles y responsabilidades asumidas por el mundo empresarial, donde la empresa se percibe a sí misma como parte de la sociedad y del medioambiente donde opera. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en 2002 fue dedicada a la RSC; allí se precisó que el concepto guarda relación con el “desarrollo de las actividades de la empresa, asumiendo la responsabilidad de los impactos que genera, creando con ello valor para sus accionistas y la sociedad a través del empleo de buenas prácticas.”⁵⁶

⁵³ Disponible en: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_spanish_2013.pdf
CFI: Los Principios de Ecuador, Banco Mundial

⁵⁴ CFI: Los Principios de Ecuador, Banco Mundial http://www.bancomundial.org/temas/resenas/principios_ecuador.htm

⁵⁵ Principios del Ecuador, Preámbulo. Revisión 2013.

⁵⁶ Georgina Núñez R, La Responsabilidad Social Corporativa en un Marco de Desarrollo Sostenible, CEPAL, p. 5 <http://www.cepal.org/dmaah/proyectos/ediespa/docs/ceads.pdf>.

Principios del Ecuador	
Principio 1: Revisión y categorización	Un proyecto es propuesto para la financiación y será evaluado en función de la magnitud de sus posibles riesgos e impactos ambientales y sociales.
Principio 2: Evaluación ambiental y social	Se exigirá que el cliente lleve a cabo un proceso de Evaluación para abordar los riesgos e impactos ambientales y sociales relevantes. La documentación de la evaluación debe proponer medidas para minimizar, mitigar y compensar los impactos adversos de manera pertinente y adecuada a la naturaleza y a la magnitud.
Principio 3: Normas ambientales y sociales aplicables	El proceso de Evaluación debería, en primer lugar, abordar el cumplimiento de las leyes, los reglamentos y los permisos pertinentes del país anfitrión relativos a los aspectos ambientales y sociales.
Principio 4: Sistema de gestión ambiental y social, y Plan de Acción de los Principios del Ecuador	El proyecto debe desarrollar y mantenga un Sistema de Gestión Ambiental y Social.
Principio 5: Participación de los grupos de interés	El cliente debe demostrar la participación efectiva de los Grupos de Interés de manera continuada, estructurada y culturalmente adecuada para las Comunidades Afectadas y, en su caso, para Otros Grupos de Interés.
Principio 6: Mecanismo de quejas	Como parte del sistema de gestión ambiental y social, el proyecto debe considerar un mecanismo de quejas concebido para recibir y facilitar la resolución de las preocupaciones y las quejas relacionadas con el desempeño ambiental y social del Proyecto.
Principio 7: Revisión independiente	El proyecto debe ser revisado por un Consultor Ambiental y Social Independiente, que no mantenga una relación directa con el cliente, para contribuir a las labores de diligencia debida, y evaluar el cumplimiento de los Principios del Ecuador.
Principio 8: Compromisos contractuales	Compromiso de cumplir con todas las leyes, los reglamentos y permisos ambientales y sociales del país anfitrión en lo que respecta a todos los aspectos relevantes.
Principio 9: Seguimiento independiente y reporte	Para evaluar si el proyecto cumple con los Principios del Ecuador y garantizar el seguimiento continuo y el reporte tras el Cierre Financiero y durante la vida del préstamo, se exige el nombramiento de un Consultor Ambiental y Social que realice un seguimiento al proyecto en estas materias.
Principio 10: Presentación de Informes y Transparencia	Garantizar, como mínimo, que un resumen de la Evaluación de Impacto Ambiental y Social sea accesible y disponible online. Informar públicamente de los niveles de emisiones.

Considerando lo anterior, el principio número 2 de evaluación ambiental y social debe incluir el respeto de los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para prevenir, mitigar y gestionar los impactos adversos sobre los derechos humanos.

Respecto de los pueblos indígenas, los Principios del Ecuador reconocen que “Los pueblos indígenas pueden representar segmentos vulnerables de las comunidades afectadas por los Proyectos. Los Proyectos que afecten a pueblos indígenas estarán sujetos a un proceso de Consulta y Participación Informada, y deberán cumplir con los derechos y la protección de los pueblos indígenas que contemple la legislación nacional pertinente, incluidas aquellas leyes que velen por el cumplimiento de las obligaciones del país anfitrión en virtud de la legislación internacional.”

Respecto de los procesos de participación y consulta previa, los Principios del Ecuador establecen la importancia de que las empresas promuevan la participación de los órganos y organizaciones representativos de los pueblos indígenas, asegurando a su vez el tiempo suficiente para los procesos colectivos de la toma de decisiones.

La consulta previa y participación según los Principios del Ecuador

Es “un intercambio exhaustivo de impresiones e información y una consulta organizada e iterativa con los que se pretende que el cliente tenga en cuenta, en su proceso de toma de decisiones, las opiniones de las Comunidades Afectadas sobre problemas que les afectan directamente (como la propuesta de medidas de mitigación, la puesta en común de beneficios y oportunidades y aspectos de implementación).”

ISO 26.000 Guía sobre Responsabilidad Social⁵⁷

Este estándar del año 2010 es una **guía internacional voluntaria** que busca la aplicación de mejores prácticas en responsabilidad social, pero a diferencia de otras normas de la ISO, no se utiliza como una norma de certificación. Proporciona un marco de acción a las empresas del sector público y privado para alcanzar los beneficios de operar de manera socialmente responsable.

La Norma, aunque no es certificable, entrega pautas de desempeño deseables para el desarrollo de las empresas, indicando los beneficios que puede brindar su aplicación.

ISO 26.000 establece los principios de la responsabilidad social integrados por el principio de la rendición de cuentas, transparencia y comportamiento ético, como también por el respeto a los intereses de las partes, el principio de legalidad y la norma internacional de comportamiento, considerando también los derechos humanos.

La Norma representa un enfoque holístico, donde hay siete materias fundamentales que son interdependientes y deben ser aplicadas en sintonía para lograr su cabal implementación. Todas las materias se relacionan a los derechos de los pueblos indígenas, en su calidad de integrantes de la sociedad, y stakeholders relevantes en proyectos que se relacionan con los recursos naturales. La materia central, es la estructura de la gobernanza de la empresa que está relacionada con el resto de las materias que comprenden los derechos humanos; prácticas laborales; medio ambiente; prácticas justas de operación; derechos de consumidores; y participación activa y desarrollo de la comunidad. El objetivo principal de la Norma es lograr las metas de desarrollo, maximizando la contribución al desarrollo sostenible de las sociedades, sus hábitats y ecosistemas donde la empresa opera.

Figura: ISO 26.000 Materias Fundamentales – Fuente ISO



En materia de derechos humanos, la norma ISO 26.000 establece la necesidad que las empresas puedan: respetar y, siempre que sea posible, promover los derechos establecidos en la Carta Universal de los Derechos Humanos; respetar la universalidad de estos derechos; en situaciones donde los derechos humanos no se protegen, dar pasos para respetarlos; y en situaciones en las que la ley o su implementación no proporcionan la protección adecuada de los derechos humanos, acatar el principio de respeto a la normativa internacional.

⁵⁷ Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>

Si bien la ISO 26.000 no aborda en profundidad el tema de los derechos indígenas, es una herramienta útil para el desarrollo de

las relaciones entre empresas y pueblos indígenas, dado que la Norma Internacional ISO representa un consenso mundial sobre el estado del arte en el tema de responsabilidad social.⁵⁸ En particular ISO 26.000 trata la responsabilidad social, reconociendo a las comunidades, sociedades y pueblos indígenas incluidos, como los principales stakeholders de la actividad productiva.

OCDE – Líneas Directrices para empresas multinacionales⁵⁹

Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales contienen principios y estándares – no vinculantes– para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Si bien fue suscrito el año 1976, su última revisión fue realizada el año 2011. Los estándares allí contenidos, son recomendaciones de los gobiernos a las empresas multinacionales, y se constituyen como un código de conducta empresarial responsable, acordado multilateralmente. Estas directrices, entregan especial atención al tema de los derechos humanos y empresas.

Directrices para las empresas en materia de Derechos Humanos

- 1. Respetar los derechos humanos, lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas.
- 2. En el marco de sus actividades propias, evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen y resolver dichos impactos si los hubiera.
- 3. Esforzarse por prevenir y atenuar los impactos negativos sobre los derechos humanos directamente vinculados con sus actividades, bienes o servicios en virtud de una relación comercial con otra entidad, incluso si las empresas no contribuyen a generar dichos impactos.
- 4. Elaborar una política que formule su compromiso con el respeto de los derechos humanos.
- 5. Ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de impactos negativos sobre dichos derechos.
- 6. Establecer mecanismos legítimos o cooperar mediante estos mecanismos para poner remedio a los impactos negativos sobre los derechos humanos cuando se descubra que han causado dichos impactos o que han contribuido a generarlos.

⁵⁸ Descubriendo ISO 26000
Responsabilidad Social

⁵⁹ Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEgui-delinesESPANOL.pdf>

Comentario N° 40, Capítulo IV sobre derechos humanos – Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales

Respecto de los pueblos indígenas, si bien estas directrices no profundizan mayormente en ellos, los identifica como grupos “más vulnerables que otros en ciertos sectores o contextos y serán, en consecuencia, objeto de una mayor atención.”

“En función de las circunstancias, las empresas pueden adoptar normas adicionales. Por ejemplo, las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas que pertenecen a categorías específicas o poblaciones que merecen una atención particular, cuando puedan tener un impacto negativo sobre estos derechos. En este contexto, los instrumentos de Naciones Unidas han

precisado los derechos de los pueblos indígenas; las personas que pertenecen a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; las mujeres; los niños; los discapacitados; los trabajadores inmigrantes y sus familias. Además, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario, lo que puede ayudar a las empresas a evitar impactos negativos o a contribuir a ellos cuando actúan en un medio tan difícil.”

Estas directrices también vinculan a las actividades empresariales, con los pueblos indígenas en materia de empleo. “De conformidad con la Recomendación 195 de la OIT sobre el Desarrollo de los Recursos Humanos (2004), se impulsa también a las empresas a invertir, en la mayor medida de lo posible, en capacitación y educación permanente, garantizando al mismo tiempo la igualdad de oportunidades de acceso a la educación por parte de las mujeres y otros grupos vulnerables de personas tales como los jóvenes, trabajadores poco cualificados, personas con discapacidades, emigrantes, trabajadores mayores así como los pueblos indígenas.”⁶⁰

Pacto Global⁶¹

Puesto en marcha por Naciones Unidas el año 2000, Pacto Global llama a las compañías a adoptar diez principios universales relacionados con los derechos humanos, las normas laborales, el medio ambiente y anticorrupción. Esta iniciativa convoca a compañías, organizaciones de las Naciones Unidas, trabajadores, organizaciones no gubernamentales y otros actores a construir un mercado global más inclusivo y equitativo.

No es un instrumento regulatorio o un código de conducta con fuerza legal, sino que se **trata de una iniciativa voluntaria** que provee un marco general para fomentar el crecimiento sustentable y la responsabilidad cívica de las empresas. En Latinoamérica tiene una importante presencia, con la participación de empresas de todos los rubros, incorporando entre otras al sector minero, forestal, infraestructura, energético, industrial, y bancario.

⁶⁰ Comentario N° 58, Capítulo V Empleo y Relaciones Laborales - Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales.

Principios vinculados a los Derechos Humanos de Pacto Global (derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

- 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel internacional.
- 2. Evitar verse involucrados en abusos de los derechos humanos.

En relación al principio N° 1, Pacto Global propone cuatro ámbitos en los que la Empresa puede llevar a cabo acciones que ayuden a la promoción de los Derechos Humanos. En primera instancia, mediante actividades propias del negocio. En segundo lugar, a través de inversión social estratégica. Tercero, promocionando y participando en las políticas públicas, y como cuarto punto, mediante colaboración y acción colectiva.

Respecto del principio N° 2, Pacto Global se sostiene en el Marco de la ONU y sugiere mecanismos para que las empresas puedan disminuir este riesgo. En este contexto indica que algunas maneras para disminuir los riesgos en derechos humanos son: La concientización y capacitación de los trabajadores en materias de derechos humanos; La implementación de medidas que aseguren la gestión sistemática de los derechos humanos; y llevar a cabo la debida diligencia.

Respecto de los pueblos indígenas, si bien Pacto Global no establece disposiciones relativas específicamente a ellos, su aproximación se sustenta en lo establecido por el Convenio núm. 169, por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Marco de la ONU o Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos.

Global Reporting Initiative (GRI) ⁶²

Tal como ya hemos revisado, la actividad de toda compañía u organización, independiente de su tipo y tamaño, tiene repercusiones más allá de su entorno inmediato. En este contexto Global Reporting Initiative es una organización internacional independiente que ayuda a las empresas, gobiernos y otras organizaciones a comprender y comunicar el impacto que sus empresas tienen en temas críticos de sostenibilidad como el cambio climático, los derechos humanos, la corrupción, entre otros.

⁶¹ Disponible en: <https://www.unglobalcompact.org/>

⁶² Disponible en: <https://www.globalreporting.org/resource-library/Spanish-G3.1-Complete.pdf>

Para abordar este desafío, GRI ha promovido el desarrollo de memorias de sostenibilidad, que permitan a las empresas comprender y cuantificar el alcance de las repercusiones de sus ope-

raciones en estos ámbitos. Para esto ha desarrollado guías en “lenguaje común” que facilitan el diálogo sobre la sostenibilidad de la actividad empresarial.

En materia de derechos humanos, GRI ofrece parámetros que permiten a las empresas orientarse en la medición de su grado de sostenibilidad y riesgo en la materia. En su última Guía G4, establece aspectos que deben ser analizados por las empresas, como por ejemplo la revisión de sus contratos incorporando cláusulas relativas al respeto a los derechos humanos, así como también la importancia de desarrollar capacitaciones a sus propios empleados en esta materia. La no discriminación en general y en particular a los pueblos indígenas se establece como otro tema al que deben prestar especial atención las empresas, así como la evaluación de sus proveedores en el cumplimiento de los derechos humanos.



Resumen instrumentos internacionales en relación a empresas y derechos indígenas

Instrumento	Principales elementos
<p>Convenio núm. 169 de la OIT</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Condiciones de empleo que garanticen la ausencia de cualquier tipo de discriminación sobre los pueblos indígenas. ■ 2. Derecho de participación y consulta previa de los pueblos indígenas. ■ 3. Conceptualización de territorio incorporando el concepto hábitat. ■ 4. Aspectos relativos a la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que reporten las actividades de explotación de recursos naturales en sus tierras. ■ 5. Carácter colectivo de los pueblos indígenas.
<p>Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas. ■ 2. Derecho de ser reconocidos como pueblos distintos. ■ 3. Derecho de consentimiento libre, previo e informado para ciertos casos. ■ 4. Derecho de ser libres de toda forma de discriminación.
<p>Norma de Desempeño N° 7- International Finance Corporation (IFC)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Garantizar el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas. ■ 2. Evitar que los proyectos tengan impactos adversos sobre los pueblos indígenas. Cuando no sea posible, minimizarlos o resarcirlos. ■ 3. Promover beneficios y oportunidades de desarrollo sostenible para los Pueblos Indígenas de una manera congruente con su cultura. ■ 4. Establecer y mantener una relación continua con los pueblos indígenas afectados por un proyecto. ■ 5. Asegurar el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas afectados, cuando la circunstancia lo requiera. ■ 6. Respetar y conservar la cultura, conocimientos y prácticas de los Pueblos Indígenas.
<p>Declaración de Posición Pueblos Indígenas y Minería 2012 - ICMM</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Apoyar los derechos humanos fundamentales y el respeto por culturas, costumbres y valores en la relación con los empleados y otros grupos afectados por las actividades. ■ 2. Buscar el mejoramiento continuo del desempeño ambiental de los proyectos. ■ 3. Contribuir al desarrollo social, económico e institucional de las comunidades situadas en las áreas de operación.
<p>Forest Stewardship Council (FSC) - Certificación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Identificar a los pueblos indígenas con los que se relacionen sus operaciones, involucrándolos, y respetando sus derechos de tenencia, acceso y uso. ■ 2. Reconocer y respaldar los derechos legales y consuetudinarios de los pueblos indígenas.

	<ul style="list-style-type: none"> ■ 3. Reconocer y respaldar los derechos, costumbres y cultura de los pueblos indígenas, tal y como se definen en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y en el Convenio 169 de la OIT (1989). ■ 4. Identificar y proteger los lugares que sean de especial importancia cultural, ecológica, económica, religiosa o espiritual y en los que dichos pueblos indígenas posean los derechos legales o consuetudinarios. ■ 5. Respalda los derechos de los pueblos indígenas a proteger y utilizar sus conocimientos tradicionales, compensándolos utilice estos conocimientos y de su propiedad intelectual.
Principios rectores de Derechos Humanos y Empresas	<ul style="list-style-type: none"> ■ 6. Proteger los Derechos Humanos: Responsabilidad Del Estado. ■ 7. Respetar los Derechos Humanos: Responsabilidad de las Empresas. <ul style="list-style-type: none"> a. Compromiso político b. Debida diligencia ■ 8. Reparación de la afectación a los Derechos Humanos: Responsabilidad compartida entre los Gobiernos y las empresas.
Principios del Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos para lo cual se establece la necesidad de realizar procedimientos de diligencia debida.
ISO 26.000 Guía sobre Responsabilidad Social	<ul style="list-style-type: none"> ■ 2. Las empresas tienen la responsabilidad de respetar y, siempre que sea posible, promover los derechos establecidos en la Carta Universal de los Derechos Humanos;
Líneas Directrices para empresas multinacionales (OCDE)	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas. ■ 2. Elaborar una política que formule su compromiso con el respeto de los derechos humanos. ■ 3. Ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos. ■ 4. Establecer mecanismos de remediación cuando generen impactos negativos sobre los derechos humanos.
Pacto Global	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel internacional. ■ 2. Evitar verse involucrados en abusos de los derechos humanos.
Global Reporting Initiative (GRI)	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1. Sugiere revisar los contratos con subcontratistas, incorporando cláusulas relativas al respeto a los derechos humanos. ■ 2. Destaca la importancia de desarrollar capacitaciones a sus propios empleados en materia de derechos humanos. 3. Incentiva la no discriminación en general. 4. Sugiere a las empresas realizar una evaluación de sus proveedores en el cumplimiento de los derechos humanos.

Como se ha podido apreciar, prácticamente todos estos instrumentos destacan que la preocupación que deben tener las empresas por velar por el cumplimiento de los derechos humanos e indígenas no solo se reduce a sus actividades directas, sino también a toda su cadena de valor, considerando proveedores, subcontratos y clientes. El respeto por los derechos humanos e indígenas a los que están llamadas también las empresas responde a que estas organizaciones forman parte de la sociedad y desde esa posición tienen que observar el respeto de dichos derechos. Obviamente sin perder de vista la finalidad de las empresas que considera la generación de recursos económicos a partir de sus actividades.

Respecto de la prevención de impactos que un proyecto pueda producir sobre los derechos indígenas, los distintos instrumentos remarcan la importancia de que las empresas conozcan en detalle el contexto indígena local. Comprender cómo las comunidades indígenas se relacionan con los territorios, sus recursos naturales y también identificar los conflictos que estas puedan haber tenido con proyectos anteriores, y cuyos registros permanecen en la memoria colectiva de la comunidad, puede ser de ayuda al momento de desarrollar proyectos de inversión. Para ello también se debe evaluar el impacto socio económico que tendrá la actividad productiva de la empresa en la comunidad y en el espacio territorial. Por lo anterior, se sugiere realizar esfuerzos que permitan a las empresas contar con diagnósticos socio ambientales de los sectores donde pretendan desarrollar proyectos, lo que les permitirá identificar oportunamente los riesgos y oportunidades en materia social e indígena.

Respecto del consentimiento previo, libre e informado, la revisión de los diferentes instrumentos internacionales, da cuenta de que si bien existen diferencias y casos específicos en que algunos instrumentos son más estrictos, sus exigencias se suelen exagerar. El acuerdo como resultado de la consulta se establece como una finalidad, no como un requisito. El derecho a “veto” no está contemplado a modo general en estos instrumentos, salvo para casos específicos que solo se estipulan en instrumentos de carácter voluntario.

Sin perjuicio de lo anterior, **la realidad práctica da cuenta que un proyecto que no es capaz de insertarse en un espacio territorial de forma adecuada, considerando las preocupaciones y aspiraciones de los diversos grupos de interés, tiene altos riesgos de verse enfrentado a escenarios de conflictividad social, que significarán un veto de hecho a su desarrollo. De esta manera, establecer relaciones de confianza y lograr acuerdos debe ser observado también como una ventaja competitiva para las empresas, pues permite operar en un marco de sostenibilidad social y de respeto, que facilitará su operación en un marco de mayor seguridad jurídica.**

Finalmente es importante recalcar que las herramientas mencionadas anteriormente no generan obligaciones para las empresas, sino que corresponden a prácticas, recomendaciones y estándares que pueden ser de utilidad para que las empresas puedan acotar riesgos asociados al respeto de los derechos humanos en su relación con su entorno social. Estas recomendaciones solo se convierten en obligatorias cuando se mencionen en contratos privados, como por ejemplo en el caso de los Bancos, que previo a entregar financiamiento a proyectos de inversión, tienden a exigir la implementación de medidas y prácticas que garanticen el cumplimiento de este tipo de principios.

También es importante que las organizaciones empresariales estén atentas a las iniciativas normativas nacionales que pretenden transformar en obligatorias, estas disposiciones voluntarias.



Anexos

Anexo I: Resumen Ejecutivo Reporte Regional (Colombia-Costa Rica-Guatemala-Chile) Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión

Resumen Ejecutivo

Ratificación Convenio núm. 169 de la OIT

Respecto de la cronología de ratificación del Convenio núm. 169 de la OIT por parte de los países que fueron objeto de Estudio, el primero en ratificarlo fue Colombia el año 1991, posteriormente Costa Rica en 1993, luego Guatemala el año 1996, y finalmente Chile en 2008. Adicionalmente destaca que el último país de la región en ratificar el Convenio núm. 169 es Nicaragua el año 2010. Respecto de los principales países latinoamericanos que aún no han ratificado el Convenio núm. 169 se encuentran Uruguay y Panamá.

Regulación de la Consulta Previa

Colombia fue el primer país en la región en dictar una regulación para abordar la implementación de la consulta previa, a través del Decreto N° 1320 de 1998, por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. En este instrumento se define el concepto de afectación directa relacionada a los impactos producidos sobre los territorios con presencia indígena, estableciendo cuándo debe realizarse una consulta.

Posteriormente, y tras 15 años de experiencia acumulada en relación a la implementación de la consulta previa, el Gobierno de ese país dictó el año 2013 una Directiva Presidencial⁶³, que contiene una guía para realizar la consulta previa. El objetivo de esta guía fue aclarar los procedimientos referidos a la consulta, estableciendo etapas y responsabilidades para su implementación.

En el caso de Colombia, el responsable de la implementación de la consulta previa es el Ministerio del Interior. En particular la consulta previa de proyectos de inversión se coordina a través de la Dirección de Consulta Previa, organismo especializado en este tipo de consultas, que forma parte de este Ministerio. Las consultas de medidas legislativas, otras medidas administrativas o acerca de políticas públicas, las realiza la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, del mismo Ministerio.

⁶³ Directiva Presidencial N° 10, de Noviembre de 2013.

En el caso de Costa Rica y Guatemala, se verifica que ninguno de

estos países cuenta con regulaciones para la implementación de la consulta previa, lo que ha dificultado la misma. En este contexto, ninguno de ellos ha desarrollado procesos de consulta previa hasta la fecha.

En el caso de Costa Rica, actualmente se está activando el debate sobre la necesidad de un mecanismo de consulta previa, dada la necesidad de iniciar un proceso de consulta para un proyecto hidroeléctrico emblemático en el desarrollo energético del país, y cuya construcción generaría la relocalización de comunidades indígenas.

En Guatemala, si bien aún no existe una regulación para abordar la consulta previa, desde el año 2007 se ha discutido la necesidad de regularla, primero a través de un proyecto de Ley de Consulta elaborado por organizaciones Mayas, pero que hasta la fecha no ha prosperado. Luego, el año 2011, a través de una propuesta de reglamento para la Consulta del Convenio núm. 169 presentado por el Gobierno de la época, se retomó el debate, pero posteriormente este reglamento fue declarado inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Actualmente estos esfuerzos continúan, ahora por medio de un protocolo para regular la Consulta Previa, que está siendo impulsado por las autoridades nacionales en el período presidencial 2012-2015.

Finalmente en el caso de Chile, el primer esfuerzo normativo para regular la consulta previa data del año 2009, a través del Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, dictado justo al momento de entrar en vigencia el Convenio en Chile. Esta normativa tenía carácter de transitoria, a la espera de desarrollar un proceso de consulta para elaborar una normativa definitiva.

Dado lo anterior, luego de dos procesos de consulta que se desarrollaron por casi 3 años, se dictaron las dos regulaciones que actualmente están vigentes en materia de consulta previa en Chile y que reemplazaron al Decreto Supremo N° 124. Estas normativas son el Decreto Supremo N° 66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social (MDS) que es la normativa que fija los criterios generales para la implementación de la consulta previa en Chile, y el Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente (MMA) que, entre otras materias, establece las causales que obligan a desarrollar la consulta previa para los proyectos de inversión y desarrollo que son evaluados ambientalmente.

Estas normativas son complementarias entre sí, y definen las etapas y responsabilidades en un proceso de consulta. A su vez, abordan los principios establecidos en el Convenio para la consulta previa, e interpretan los conceptos de afectación directa que determinan la necesidad de realizar o no una consulta.

Respecto de la responsabilidad de la consulta previa en Chile, su

implementación y financiamiento le corresponde al organismo público responsable de evaluar, aprobar o rechazar determinada medida, permiso o proyecto. A su vez establece que el Ministerio de Desarrollo Social, es el organismo público competente para asesorar a los diversos organismos públicos en la implementación de esta obligación.

Como se podrá ver más adelante, en la región de América Latina, otros países que merecen un estudio más profundo en esta materia son Perú, México, Ecuador y Bolivia. En el caso de los dos primeros, estos tienen normativas específicas para abordar la consulta previa. Perú cuenta con una ley y un reglamento de consulta. En el caso de México, específicamente el Estado de San Luis de Potosí, también ha desarrollado una Ley de Consulta. Ecuador y Bolivia, no tienen regulaciones específicas sobre la consulta a nivel general, pero han incorporado la consulta previa en la legislación que aborda la explotación de hidrocarburos.

Implementación de procesos de Consulta Previa

En relación a la implementación de la consulta previa en los países estudiados, Colombia es el país con mayor experiencia en estos procesos. Hasta la fecha tiene más de 4.000 acuerdos protocolizados entre el Estado y los pueblos indígenas producto de procesos de consulta implementados desde el año 2003 al 2014. Estos acuerdos protocolizados son el resultado de la realización de consultas previas en proyectos de infraestructura, mineros, energéticos, de hidrocarburos, permisos ambientales, entre otros.

En Colombia, antes del 2014 los procesos de consulta se extendían en promedio por más de 2 años, pero luego de la expedición de la directiva presidencial N°10 del año 2013 se logró avanzar en la implementación de procesos más eficientes, destacando que a la fecha los procesos de consulta en promedio se extienden por 8 meses (64). En relación a los costos, el estudio realizado para Colombia evaluó el costo de cinco proyectos de infraestructura, considerando tanto los costos explícitos (costos logísticos, costos de recursos humanos, costos de consultorías) y los costos implícitos (costo oportunidad por el retraso del proyecto a causa de la consulta previa). Las conclusiones de este estudio dan cuenta de los sobrecostos que tanto las empresas como el Estado deben pagar como resultado de las dificultades para acortar los tiempos de las consultas.

En el caso de Costa Rica, no existe experiencia sobre la implementación de procesos de consulta previa, pero los antecedentes recopilados indican que el proceso de consulta previa para el Proyecto PH Diquís, que sería el primer proceso de consulta previa que deberá ser ejecutado, tendrá un costo aproximado de US\$ 150.000.

.....
⁶⁴ Promedio para las consultas desarrolladas el año 2014. Información publicada por la Dirección de Consulta Previa el año 2015

Guatemala tampoco tiene experiencia en relación a la implementación de la consulta previa, por lo que no existen antecedentes que permitan saber cuánto podría tardar un proceso de consulta. De todas formas, el estudio destaca la relación que se ha desarrollado en Guatemala entre la demanda por consulta previa y la implementación de las Consultas Vecinales impulsadas para expresar la opinión ciudadana, y en muchos casos de los pueblos indígenas sobre los proyectos, mayoritariamente mineros e hidroeléctricos.

Finalmente en el caso de Chile, la implementación de procesos de consulta previa para proyectos de inversión o desarrollo, se ha vinculado especialmente con la evaluación ambiental de proyectos mineros, hidroeléctricos y de infraestructura pública.

Como se podrá ver más adelante, la duración de los procesos de consulta en Chile se extiende en promedio por más de 280 días, siendo 48 días la duración de la consulta más corta hasta la fecha para un proyecto de prospección minera y de más de 600 días la consulta más larga y que aun continua en ejecución.

En Chile, la judicialización ha sido una herramienta determinante en la implementación de la consulta previa para proyectos de inversión, dado que muchos proyectos que habían sido aprobados sin consulta previa, fueron objeto de procesos de judicialización, luego de lo cual la justicia determinó la obligatoriedad de que esos proyectos fueran consultados.

Ahora bien en líneas generales, este reporte da cuenta que la aplicación de la consulta previa en los diversos países de Latinoamérica, ha ido de la mano con un proceso de judicialización especialmente referido a la ausencia de consulta en la dictación o aprobación de medidas administrativas, legislativas y proyectos de inversión, que han sido cuestionados judicial y constitucionalmente en algunos casos. Esta situación ha precipitado la discusión sobre regulaciones ad hoc para cada país, que aborden la interpretación de algunos conceptos contenidos en el Convenio núm. 169 de la OIT en relación a la consulta previa, que son de carácter genérico y se prestan para diversas interpretaciones. Esta discusión sobre regulaciones nacionales, y los procesos de judicialización, a su vez ha significado que en los últimos años ha aumentado notablemente la implementación de los procesos de consulta previa.

Si bien, en los últimos años se ha visto un aumento significativo en el desarrollo de procesos de consulta previa para proyectos de inversión, esto no necesariamente ha significado una disminución en la judicialización de las medidas consultadas, pues aún

existen importantes diferencias de criterios e interpretaciones respecto de las obligaciones contenidas en el Convenio núm. 169, sobre las expectativas y resultados de los procesos de consulta, así como también cuestionamientos a las metodologías utilizadas, entre otros. La necesidad de asistencia técnica de la OIT se considera de especial relevancia, particularmente en lo que se refiere a la sistematización y difusión de experiencias comparadas en materia de consulta previa en los diversos países, dando a conocer los casos de éxito, las buenas prácticas, y también las lecciones aprendidas a través de los años de implementación.

Dificultades en la implementación de la consulta previa

Como se podrá ver a lo largo del reporte, uno de los principales obstáculos para la implementación de la consulta previa en América Latina ha sido el alto nivel de **desconfianza existente entre las partes** que interactúan en estos procesos (Estado, pueblos indígenas y privados), lo que dificulta el diálogo y la generación de acuerdos.

Por otra parte, la **ausencia de espacios de diálogo permanentes** entre el Estado y los pueblos indígenas, hacen que la consulta de un proyecto de inversión sea el único espacio donde se pretenden solucionar todas las demandas históricas⁶⁵ de los pueblos indígenas, y por tanto la exigencia sobre los proyectos de inversión se hace muy pesada.

Otro aspecto relevante visualizado en todos los países, se refiere a la **ausencia de información sistematizada sobre los pueblos indígenas**, sus tradiciones, actividades y sitios culturales, lo que dificulta la identificación de la afectación que un proyecto de inversión pueda producir, lo que termina en muchos casos resolviéndose en tribunales de justicia.

Los **altos costos que significa la implementación de una consulta** es otro tema de relevancia. Una consulta requiere de recursos para traslados, alimentación, contratación de asesores externos para los pueblos indígenas, entre otros. En este contexto, la dificultad que han tenido los Estados para responder satisfactoriamente a esta necesidad de recursos, ha significado el retraso de los procesos de consulta.

⁶⁵ En algunos casos estas demandas históricas dicen relación con el reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (artículos 13-14 del Convenio núm. 169). En otros casos también se refiere a la ausencia del Estado para dar respuesta y solución oportuna a las necesidades de las comunidades en servicios básicos, educación, salud, desarrollo, entre otros.

Al mismo tiempo, el **retraso en la implementación de los procesos de consulta previa en proyectos de inversión impacta directamente, en la economía, mano de obra y lucro cesante local**. En el caso específico de los proyectos de inversión en energía e infraestructura, se generan impactos sobre los costos y precios de la energía, y también en conectividad.

Otra dificultad importante en relación a los recursos para realizar una consulta se refiere a la definición sobre **quién debe suminis-**

trar los recursos para la implementación de la consulta previa, dado que en algunos casos este financiamiento se le solicita a las empresas y no lo dispone el Estado, lo que despierta suspicacias en los pueblos indígenas.

Los **desafíos de representatividad de los pueblos indígenas** es otro tema importante evidenciado en los distintos estudios, pues las organizaciones indígenas y sus representantes son permanentemente cuestionados por sus pares, lo que dificulta el establecimiento de acuerdos duraderos.

Las grandes expectativas de los pueblos indígenas sobre los procesos de consulta y sus resultados son otra piedra de tope, especialmente en relación **al derecho de vetar un proyecto de inversión** -no contemplado en el Convenio núm. 169- que anhelarían poder disponer las organizaciones indígenas en los procesos de evaluación de los proyectos de inversión. En este contexto, el **traspaso de responsabilidades del Estado hacia las empresas privadas**, es otro aspecto evidenciado como una de las principales dificultades en materia de expectativas de los pueblos indígenas.

Sobre el punto anterior, tanto el Estado, como las empresas han sido lentas en comprender que un proceso de consulta, **no es solo informar y proponer medidas de compensación, sino que en muchos casos realizar cambios importantes al proyecto de inversión incorporando a los pueblos indígenas en los beneficios**. A su vez, las empresas deben comprender que una consulta previa también puede concluir que determinado proyecto no es conveniente para el territorio.

En relación a los aspectos institucionales, se aprecia que **la falta de estructuras de consulta, de procedimientos oficiales y de equipos capacitados** para desarrollar estos procesos, también constituye una gran dificultad al desarrollar procesos de consulta.

Otro aspecto a resaltar es que en algunas partes del proceso el tema de la transparencia y buenas prácticas por parte de los actores de la consulta es cuestionable, por ello la creación y adopción de un Código de Ética o un manual de buenas prácticas podría ser una herramienta práctica para el propósito de la claridad en el proceso de la consulta previa.

Recomendaciones a los Estados en la implementación de la consulta previa

A lo largo del reporte, podrá evidenciar que una de las principales necesidades para facilitar la aplicación de la consulta previa, se refiere a la necesidad de impulsar espacios de diálogo permanente entre el Estado y los pueblos indígenas, donde se puedan

abordar las demandas históricas y establecer mecanismos de diálogo ad hoc a los territorios. Estos diálogos deben incorporar a todos los involucrados generando un compromiso de país.

En este contexto la promoción de la participación de los pueblos indígenas en la planificación territorial parece fundamental para que sus preocupaciones, anhelos y visiones estén consideradas tempranamente en el desarrollo de los territorios indígenas.

Por otra parte, se hace necesario avanzar en la elaboración de registros cartográficos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, para abordar la necesidad de contar con más y mejor información acerca de los pueblos indígenas, que los visibilice y promueva el respeto de sus derechos, culturas y territorios.

Como podremos ver a lo largo del documento, la implementación de la obligación de consulta del Estado, lo que implica la ejecución de una serie de actividades que requieren de recursos para desarrollar procesos pertinentes a la realidad de los pueblos indígenas. De esta forma, a lo largo del documento se concluye que es de suma importancia que los países estudien mecanismos para financiar estos procesos contemplando recursos para la logística de una consulta, y para las asesorías, capacitación y fortalecimiento de los pueblos indígenas y sus organizaciones.

Adicionalmente, en relación a las expectativas que genera la consulta previa en los pueblos indígenas como instrumento que les permita no solo resguardar sus derechos sino también obtener beneficios, a lo largo del documento se revisa la necesidad de que los Estados puedan estudiar mecanismos institucionales que permitan a los pueblos indígenas beneficiarse por los proyectos desarrollados en sus territorios. El artículo 15 número 2 del Convenio núm. 169 en el 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”, establece que es el Estado el responsable de velar por la obligación de hacer partícipes a los pueblos indígenas afectados, siempre que sea posible, de los beneficios⁶⁶ que reporten las actividades de prospección y explotación de recursos naturales. En este contexto, si bien estas actividades (prospección y explotación) en la gran mayoría de los casos son desarrolladas por empresas privadas/público-privadas, la responsabilidad establecida en el Convenio es del Estado, y no debe ser transferida a los privados. En este contexto, para abordar esta situación, vinculando las actividades de explotación y la responsabilidad del Estado, se recomienda que los Estados estudien herramientas que permitan que los pueblos indígenas no solo sean compensados por los impactos que genera el desarrollo de proyectos en sus territorios⁶⁷, sino también sean directamente beneficiarios de esos proyectos, estudiando mecanismos de redistribución de los impuestos que los proyectos pagan por el desarrollo de determinada actividad,

⁶⁶ En general este concepto de beneficios se asimila con el concepto de “utilidades”, por lo cual en muchos casos, este concepto de participar en los beneficios, es interpretado por los pueblos indígenas como “compartir utilidades”.

como también incorporar mecanismos para que el éxito del proyecto traiga consigo el logro de los anhelos de las comunidades y pueblos indígenas. De esta forma, a través de un esquema adecuado, se abordan las diversas expectativas que existen sobre la consulta, y cada cual asume su cuota de responsabilidad. Por un lado, el concepto de “participar en los beneficios” se realiza a través de mecanismos institucionales, donde el Estado reconoce la vinculación que existe entre las organizaciones indígenas y determinado territorio y sus recursos naturales, independiente de la actividad o proyecto específico, y por otra parte la empresa (pública o privada) compensa, mitiga y repara por los impactos de sus proyectos, complementando a su vez con la implementación de las políticas de responsabilidad social corporativa.

Por su parte, dada la urgente necesidad de implementar procedimientos de consulta previa que sean adecuados y eficaces, se revisa la importancia que le deben dar los Estados al fortalecimiento de sus capacidades para facilitar la implementación de la consulta previa. En este contexto, la necesidad de focalizar esfuerzos para generar una institucionalidad competente en la implementación de la consulta previa, debe ser una prioridad, dado que la experiencia registrada en los países que han avanzado en la dictación de regulaciones específicas sobre la consulta previa, da cuenta que esto contribuye a la implementación del Convenio, pues clarifica términos y establece responsabilidades, reduciendo conflictos, lo que permite impulsar decididamente la implementación de la consulta previa.

Respecto de lo anterior, el documento también concluye que para que estas regulaciones sean efectivas y contribuyan a la implementación del Convenio, deben ser elaboradas a través de profundos procesos de diálogo y consulta con los pueblos indígenas, para generar consensos que le den sustento a la aplicación de los procesos. Al mismo tiempo se recomienda, que estos procesos de consulta contemplen espacios de diálogo con las organizaciones empresariales, que permitan identificar el momento más adecuado para la realización de la consulta previa, considerando a todos los involucrados. Esto además permitirá dar pasos seguros y firmes hacia el entendimiento de las partes.

La desinformación acerca del Convenio núm. 169 y sus alcances es otro desafío que deben abordar los gobiernos, para lo cual se concluye como aspecto crítico la necesidad de que los Estados impulsen procesos de capacitación, tanto con los pueblos indígenas como con los funcionarios públicos y la sociedad en general.

Adopción de manuales de buenas prácticas o códigos de ética que tengan el carácter de vinculantes para las partes del proceso de consulta previa.

.....
⁶⁷ Esta compensación dice relación con la responsabilidad de las empresas, pues son ellas las que generan los impactos.

Recomendaciones para las organizaciones empresariales en la

implementación de la consulta

Si bien la obligación de consulta recae sobre el Estado, las empresas no están exentas de responsabilidades para facilitar su implementación, sobre todo considerando que son un actor involucrado al momento de implementarse consultas que aborden el desarrollo de proyectos de inversión. En este sentido a lo largo del documento se refleja la necesidad de que las organizaciones empresariales desarrollen procesos de acercamiento con el Estado y con los pueblos indígenas para estudiar mecanismos que permitan mejorar la aplicación de la consulta previa, especialmente para definir el momento más adecuado para realizar la consulta y estudiar mecanismos que permitan un diálogo fructífero.

En este contexto, y con miras a alcanzar relaciones respetuosas y responsables con el entorno de los proyectos, se analiza la importancia que los gremios empresariales promuevan instancias que permitan a las empresas familiarizarse con la realidad de los territorios en donde operan, así como también sobre las particularidades de los pueblos indígenas, desarrollando capacidades internas que ayuden a las empresas a comprender la cosmovisión de los pueblos indígenas, promoviendo de esta manera el establecimiento de relaciones más adecuadas.

Dado que la consulta es un proceso permanente y dinámico, también se aborda la importancia de que las empresas mantengan instancias de diálogo permanentes con los pueblos indígenas, una vez que los proyectos se encuentren en operación, y no solo para las etapas de diseño y aprobación de proyectos, manteniendo canales de comunicación abiertos que permitan prevenir y resolver conflictos oportunamente.

Dialogar siempre con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, respetando sus formas de organización, liderazgos y canales de comunicación es otro aspecto trascendental identificado en este reporte, al que se le debe asignar una especial importancia. Este diálogo, siempre debe darse a través de los mecanismos institucionales y regulados para estos efectos, con la presencia del Estado, para generar procesos transparentes, y evitar suspicacias y generación de desconfianzas. A su vez, se ha registrado que en algunos casos las empresas no reconocen de forma temprana, todos los impactos que generan, ya sea por temor, precaución, desconocimiento o intencionalmente. Esta situación afecta la confianza con los pueblos indígenas y el éxito de una consulta, por lo que este reporte aborda la necesidad de que las empresas reconozcan todos los impactos que producen sus proyectos sobre los territorios de manera temprana y transparente, ya que permitirá estudiar adecuadamente medidas que mitiguen o reparen los impactos, y avanzar en la generación de confianzas.

El diálogo no solo debe ser con ocasión de la consulta sino mantener un diálogo constante con las comunidades, esto garantiza procesos transparentes y de algún modo esa licencia social tan importante para el desarrollo del proyecto propuesto.

Finalmente un aspecto relevante que debe ser abordado por las organizaciones de empleadores, es la necesidad de que ellas participen activamente de la evaluación que realiza la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, sobre el proceso de implementación del Convenio núm. 169 de la OIT en cada país. Para esto, ellas deben asumir un rol activo a través de los mecanismos formales, considerando la elaboración y envío de informes o memorias alternativas, a las oficiales presentadas por los gobiernos nacionales, cuando en ellas no sean considerados, y que permitan dar cuenta de la aplicación desde la perspectiva empresarial, para que esta sea tomada en consideración.

Posibles áreas de asistencia técnica de la OIT

Respecto del rol de la OIT en la implementación de la consulta previa, este reporte, al igual que los distintos estudios realizados para cada país, aborda los desafíos que tiene este organismo internacional al momento de diseñar herramientas y entregar asistencia técnica para facilitar su aplicación.

En este contexto, si bien se reconoce que la OIT ha tenido un rol activo en materia de promoción del Convenio núm. 169 para incentivar su ratificación, el presente reporte da cuenta de que los actores locales involucrados en la implementación de la consulta, reclaman la ausencia de la OIT durante los últimos 15 años para facilitar la implementación de este instrumento en lo que se refiere a la asistencia técnica durante la realización de los procesos de consulta. Esta ausencia dio lugar a diversas interpretaciones y expectativas que en algunos casos, terminaron en un escalamiento de los conflictos, aumento de desconfianzas entre las partes, o la reducción de inversión en zonas indígenas para evitar enfrentarse a procesos engorrosos y con alta incertidumbre. Sin perjuicio de lo anterior se recomienda revisar el documento “Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”⁶⁸, el cual es un instrumento de mucha utilidad para comprender el Convenio.

De esta forma, este reporte, al igual que los diversos estudios realizados, establece que la OIT debe asumir un rol más activo respecto de los desafíos que depara la implementación de la consulta previa, especialmente en la realidad concreta de implementación.

.....
⁶⁸ http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm

Es por esta razón que se considera necesario para la eficaz implementación del Convenio núm. 169, que la OIT aclare algunos conceptos y alcances que se consideran fundamentales sobre la consulta previa, de manera de dar coherencia en la aplicación del

Convenio, especialmente a través de la aclaración de aspectos relativos a las diversas interpretaciones del Convenio núm. 169 a la luz de otros instrumentos internacionales. Esto permitirá construir confianzas, a través de la entrega de mayor certidumbre respecto de los alcances y la finalidad de sus principios y derechos. Esto es especialmente importante en lo que se refiere al concepto de “consulta previa” y su diferencia del concepto “consentimiento”. Esta confusión de conceptos, actualmente presente en la aplicación de la consulta previa, genera sobre-expectativas y expectativas equivocadas, incertidumbre y finalmente desconfianza, por lo cual se hace urgente que este organismo haga frente a esta situación. Es importante destacar que el artículo 16 del Convenio, reconoce, en el traslado y la reubicación de los pueblos interesados, una causal para la cual el consentimiento es particularmente necesario. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo del Convenio también señala que cuando no pueda obtenerse el consentimiento, pero el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas se considere necesaria, esta acción igualmente puede implementarse sin su consentimiento. Para ello el Convenio señala que esto solo debe ocurrir 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.

Para abordar este desafío, es importante que la OIT impulse procesos de acercamiento y diálogo con el resto de los organismos internacionales del Sistema de Naciones Unidas que abordan la temática indígena, en especial aquellos que tratan temas relacionados con la consulta previa. Estos diálogos deben ir en busca de clarificar criterios y expectativas, alcanzar consensos comunes en la materia, y construir de manera coordinada mecanismos que permitan a los países fortalecer sus capacidades para abordar los desafíos que entraña el Convenio núm. 169 y la consulta previa.

Al mismo tiempo la asistencia de la OIT en la sistematización de buenas prácticas e historias de éxito en diálogos interculturales a través de la experiencia internacional, puede ser de mucha utilidad para los países que han ratificado el Convenio.

El apoyo que puede prestar la OIT en lo que se refiere al fortalecimiento de las capacidades de diálogo intercultural de los diversos intervinientes, es identificado también como una necesidad básica que permita avanzar en el desarrollo de procesos de consulta exitosos. De todas formas, se destaca que el apoyo no debe solo reducirse a los procesos de consulta, sino también a la implementación de procesos de diálogo permanente, ya que la construcción de confianzas entre los pueblos indígenas, el Estado y las empresas es un aspecto prioritario para el éxito de estos procesos. El apoyo que la OIT pueda dar, actuando como observador de dichos procesos de diálogo, permitiría entregar garantías

de transparencia y confianza en los diálogos.

Asimismo, con el objetivo de fortalecer estos diálogos, se considera importante que la OIT pueda entregar asistencia técnica que permita disponer de herramientas y capacitación jurídica, para fortalecer las capacidades de los pueblos indígenas.

Los estudios realizados también dan cuenta de la necesidad de capacitación que tienen las organizaciones de empleadores al respecto. En este sentido, se considera fundamental que la Oficina Internacional del Trabajo promueva acciones para fortalecer las capacidades de las organizaciones de empleadores en referencia al Convenio núm. 169, facilitando información, entregando herramientas y fortaleciendo las capacidades de diálogo, para que las empresas estén preparadas para participar de estos procesos.

La necesidad de sistematizar la información referida a los pueblos indígenas, generando bases de dato robustas, y desarrollando estudios complementarios cuando sea necesario es otro aspecto que puede requerir el apoyo de la OIT.

Al mismo tiempo, el apoyo de la OIT en la sistematización y seguimiento de las consultas previas, se torna un aspecto relevante, pues permite aprender de los procesos, entregando información actualizada sobre el desarrollo de una consulta, fortaleciendo la importancia y cumplimiento de los acuerdos.

Anexo II: Texto Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. (1989)

CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civi-

les y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

PARTE I. POLÍTICA GENERAL

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguan 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 ella.

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.

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 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 ninguna 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 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 especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

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 institu-

ciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

- 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.

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.

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 éste 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 sobre 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.

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 éstas 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 la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

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 repre-

sentativos, 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.

PARTE II. TIERRAS

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.

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.

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 mi-

nerales 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.

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.

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.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

PARTE III. CONTRATACIÓN Y CONDICIONES DE EMPLEO

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.

PARTE IV. FORMACIÓN PROFESIONAL, ARTESANÍA E INDUSTRIAS RURALES

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.
2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.
3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.
2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

PARTE V. SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD

Artículo 24

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

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o pro-

porcionar 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.

PARTE VI. EDUCACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

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 éstos 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.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.
2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

PARTE VII. CONTACTOS Y COOPERACIÓN A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras; incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

PARTE VIII. ADMINISTRACIÓN

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.

PARTE IX. DISPOSICIONES GENERALES

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.

Artículo 35

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.

PARTE X. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

- a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
- b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

Anexo III: Ratificaciones Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. (1989)

Ratificación Convenio núm. 169	
País	Fecha
Argentina	03-07-2000
Estado Plurinacional de Bolivia	11-12-1991
Brasil	25-07-2002
República Centroafricana	30-08-2010
Chile	15-09-2008
Colombia	07-08-1991
Costa Rica	02-04-1993
Dinamarca	22-02-1996
Dominica	25-06-2002
Ecuador	15-05-1998
España	15-02-2007
Fiji	03-03-1998
Guatemala	05-06-1996
Honduras	28-03-1995
Nepal	14-09-2007
Nicaragua	25-08-2010
Noruega	19-06-1990
Países Bajos	02-02-1998
Paraguay	10-08-1993
Perú	02-02-1994
República Bolivariana de Venezuela	22-05-2002

Bibliografía

Bibliografía

- Arce, Rodrigo (2013). Diálogo e interculturalidad en contextos de conflictos vinculados a la gestión de los recursos naturales
- Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile (2015). Nueva institucionalidad indígena y sus repercusiones para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT.
- CEPAL (2013) “Los pueblos indígenas en América Latina Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos”. Santiago, Chile.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones CEACR, OIT. 2010. Observación general Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales. 81° Reunión, 2010.
- Consejo Internacional de la Minería y Metales (ICMM). (2010) “Guía de Buenas Prácticas Los Pueblos Indígenas y la Minería”, Londres.
- Corporación Financiera Internacional, 2007. El Convenio 169 de la OIT y el sector privado. Preguntas y respuestas para los clientes de la IFC. Disponible en www.ifc.org.
- Corporación Financiera Internacional, 2012. Norma de Desempeño 7 ‘Pueblos Indígenas’. Disponible en www.ifc.org.
- Donoso, Sebastián (2014). Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile. Empresas y comunidades indígenas: el nuevo escenario que plantea el Convenio núm. 169 de la OIT
- Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (ICP). Proyecto de Investigación “Gestión en infraestructura: Efectos de la consulta previa”.
- FUNPADEM (2014) – ACT/EMP OIT (2014). Estudio de Caso Costa Rica y Guatemala: Informe Final Conflictividad asociada con la Consulta Previa del “Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales” en los proyectos extractivos, hidroeléctricos y de infraestructura en Costa Rica y Guatemala.
- Fundación Chile y Embajada de Canadá (2015) “Trabajando una visión compartida: Consulta indígena. Herramientas prácticas para apoyar a comunidades indígenas en la participación de los procesos de consulta, inspiradas por la experiencia Canadiense”.
- Matías Abogabir – ACT/EMP OIT (2014). Estudio de Caso Chile Convenio núm. 169 de la OIT y la consulta a los pueblos indí-

genas en proyectos de inversión.

- Matías Abogabir – ACT/EMP OIT (2015). Reporte Regional (Colombia-Costa Rica-Guatemala-Chile) Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2009) “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2013) Manual para los mandantes tripartitos de la OIT.
- Organización de Naciones Unidas, 2011. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Disponible en www.ohchr.org.
- Organización Internacional de Normalización, 2010. ISO 26.000 Guía sobre Responsabilidad Social. Disponible en www.iso.org.
- Organización Internacional del Trabajo, 2014. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.
- Organización Internacional del Trabajo, 2009. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, Ginebra, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo, 1989. Convenio núm. 169. Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Organización Internacional del Trabajo, 1957. Convenio núm. 107. Sobre pueblos indígenas y tribales.
- Subsecretaría de Minería (2014). “Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile: Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo”. Santiago, Chile.

