

EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT Y SU APLICACIÓN EN PERÚ¹

Raquel Yrigoyen Fajardo²

raquelyf@alertanet.org

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS

1. ¿Qué es la Organización Internacional del Trabajo- OIT?

La Organización Internacional del Trabajo- OIT es un organismo especializado de las Naciones Unidas encargado de fomentar la justicia social y el trabajo decente en todo el mundo. Para alcanzar sus objetivos, la OIT adopta normas internacionales del trabajo (convenios y recomendaciones) y controla su aplicación por parte de los Estados miembros.

La OIT es un organismo **tripartito** conformado por:

- 1) Los estados,
- 2) Sindicatos de trabajadores y
- 3) Organizaciones de empleadores,

los que constituyen sus **mandantes**.

Perú es un estado miembro de las Naciones Unidas, y de la OIT desde su creación en 1919.

2. ¿Qué es un Convenio?

Un Convenio es un tratado internacional que tiene fuerza de ley para los estados que lo ratifican.

Por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), ratificado por Perú, el Estado está obligado a cumplir todo tratado internacional ratificado, sin excusa en su legislación interna, ya sea porque es distinta, o le faltan reglamentos, etc.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)

Observancia de los tratados.

26. "**Pacta sunt servanda**". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. **El derecho interno y la observancia de los tratados**. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...).

En la elaboración de un Convenio adoptado por la OIT participan los estados, las organizaciones de empleadores y de trabajadores. La adopción de los convenios de la OIT requiere una mayoría

¹ Este documento ha sido adaptado del texto "Diez Preguntas sobre el Convenio 169 y su aplicación en Guatemala", de Raquel Yrigoyen Fajardo, publicado por la UNAM en el 2003. Una segunda versión (2008), recoge sugerencias de Birgitte Feiring, Graciela Jolidón y Xavier Beaudonnet de la OIT, sin comprometer por ello la opinión de la OIT; versión que ha sido actualizada para la presente publicación. Lima: IIDS, enero 2009.

² Abogada (PUCP), Master y Doctora en Derecho (Universidad de Barcelona), con Diploma de Estudios Antropológicos (PUCP) y Especialización en derecho consuetudinario indígena (UNAM-USAC). Directora del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, y editora de www.alertanet.org.

de los dos tercios en la Asamblea general de la OIT. Por ello, los convenios de la OIT son instrumentos cuyo contenido ha sido consensuado por las tres partes.

3. ¿Qué es el Convenio núm. 169 de la OIT?

El Convenio núm. 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es un tratado internacional que establece los derechos colectivos de los pueblos indígenas y obliga a los estados firmantes a su cumplimiento.

El Convenio fue adoptado por la OIT en 1989 y entró en vigencia internacional en 1991, al año de la ratificación del mismo por dos estados, Noruega y México.

Este Convenio revisó el Convenio 107 de 1957 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes.

4. ¿Quiénes son los beneficiarios o titulares de derechos del Convenio 169 de la OIT?

Los beneficiarios del Convenio núm. 169 de la OIT son los pueblos indígenas y tribales, en tanto colectivos, y sus miembros, en tanto individuos. Esto es, mujeres y hombres; adultos y niños y niñas, sin discriminación.

El Convenio núm. 169 (art. 1) utiliza criterios objetivos y subjetivos para la identificación de los pueblos indígenas y, por lo tanto, titulares de derechos indígenas.

En cuanto a los **criterios objetivos**,

- a) Se trata de pueblos que *descienden* de poblaciones que existían en la época de la Conquista, colonización o antes de la demarcación de las fronteras nacionales actuales. (Es decir, de pueblos que pre-existen a los estados actuales)
- b) Y que conservan, en todo o en parte, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas. (Por ejemplo, ciertas formas de organización, idiomas, etc.)
- c) Cualquiera que sea su situación jurídica (reconocidos, registrados, titulados o no).

El criterio **subjetivo** es que tales pueblos **se autoidentifiquen** como indígenas. Es decir, que ellos mismos consideren que: (a) descienden de pueblos originarios y (b) que tienen una identidad e instituciones propias, al margen del nombre o estatuto jurídico que tengan.

Cuadro síntesis: Criterios que usa el Convenio 169 para identificar pueblos indígenas

1. Criterios objetivos	1. Pre-existencia respecto del Estado (hecho histórico)
	2. Vigencia de instituciones propias (hecho actual)
	Cualquier situación jurídica (no importa estatuto o nombre)
2. Criterio subjetivo	3. Autoidentificación (Conciencia de: <ul style="list-style-type: none"> - Descender de pueblos originarios y de - Tener identidad e instituciones propias)

No es un requisito que tales pueblos estén registrados o reconocidos por el Estado para que se les apliquen los derechos del presente Convenio. Es más, puede constituir una violación al Convenio la negativa del Estado de reconocer derechos, registro o titulación a los pueblos que cumplen con los criterios arriba mencionados.

El Convenio se aplica igualmente a *pueblos tribales*, que son sectores distintivos de la población y que no tienen como característica el pre-existir a los estados actuales. Bajo esta categoría, los órganos de control de la OIT han recibido reclamaciones de colectivos como los afrodescendientes (caso de Colombia). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado derechos bajo la denominación de pueblo tribal a afrodescendientes, como el pueblo Saramaka de Surinam.

El Estado peruano, en su informe a la OIT indica que, sobre un total nacional de 24 millones de peruanos, hay más de 9 millones de indígenas, en su mayoría quechuas y aymaras asentados en la región andina. Y que en la Amazonía peruana existen unos 42 grupos etnolingüísticos que presentan características culturales, económicas y políticas distintas de otros sectores. Pero que, además, el universo poblacional indígena no se restringe a las comunidades campesinas y nativas, sino que además existen grupos en situación de aislamiento voluntario o de contacto esporádico. (*CEACR 2005/76ª reunión: Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 169. Perú.*³)

A lo largo de la historia reciente, la legislación nacional ha dado distintos nombres y tratamiento jurídico a los colectivos indígenas, como los que siguen: “comunidades indígenas” (Constitución de 1920 y 1933), “comunidades campesinas” y “comunidades nativas” (Constitución de 1979 y 1993), “pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial” (Ley 287361), y “Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano” (Ley 28495). Dadas las distintas nomenclaturas, lo importante es que los colectivos cumplan con los criterios anotados. Además, la ley de Rondas Campesinas (Ley 27908) dice en su artículo primero que se aplica a las rondas campesinas los derechos y ventajas de los pueblos indígenas.

5. ¿Qué derechos establece el Convenio 169 de la OIT?

El Convenio 169 de la OIT establece un conjunto de derechos colectivos que garantizan la identidad, integridad y desarrollo de los pueblos indígenas. Entre éstos están los derechos de:

- Autoidentificación como pueblo indígena (art. 1, inc. 2),
- Goce de derechos humanos de acuerdo a su identidad, sin discriminación ni coerción (arts. 2-4);
- Integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5);
- Consulta previa a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas (art. 6),
- Participación política a todo nivel, derecho a definir prioridades de su desarrollo y participación en los planes regionales y nacionales (art. 2, 7 y 33);

³ Disponible en: www.oit.org.pe, Bases de datos, ILOLEX: 092006PER169. La OIT ha solicitado al Perú que informe los criterios que utiliza para identificar a los pueblos cubiertos por el Convenio y cómo aplica el criterio de autoidentificación.

- Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho consuetudinario, instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9);
- Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12);
- Propiedad y posesión de tierras, territorio y hábitat, acceso a beneficios de recursos naturales, etc. (arts. 13-19);
- Empleo justo y digno, goce de derechos laborales y protección especial (art. 19); formación profesional (20-23); seguridad social y salud (24-25); eliminación de trabajo forzoso o por deudas, y del hostigamiento sexual.
- Educación para el desarrollo de su identidad cultural propia, educación bilingüe, uso y desarrollo de idiomas propios, y acceso a medios de comunicación (arts. 26-31);
- Contactos y cooperación a través de las fronteras (art. 32);

6. ¿Quiénes están obligados a hacer cumplir el Convenio?

El Estado está obligado a tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el Convenio, con participación de los pueblos indígenas (art. 33).

Cualquier particular o empresa también está obligado a respetar los derechos de los pueblos indígenas.

En caso de vulneración de los derechos consignados en el Convenio núm. 169, el Estado está obligado a garantizar a los pueblos indígenas el acceso a un recurso efectivo para el goce efectivo de los derechos ahí consagrados o, en su caso, las medidas de restauración, reparación o indemnización correspondientes.

7. ¿Está el Perú obligado a aplicar el Convenio núm. 169 de la OIT?

Ratificación.

En el Perú, la ratificación del Convenio núm. 169 fue aprobada por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) mediante la Resolución Legislativa No 26253 del 26-11-1993, con base en las atribuciones relativas a la ratificación de tratados de la Constitución de 1979 (art. 102 y 169), vigente en ese momento, así como con base en el art. 2 del Reglamento interno del CCD, que le daba funciones legislativas y constituyentes. El CCD comunicó al presidente dicha Resolución para su promulgación el 2-12-1993, lo que se efectivizó el 5-12-1993.

Posteriormente, el Estado peruano hizo el depósito o registro internacional en la OIT el 02-02-1994, fecha desde la que opera la ratificación internacional.

Vigencia y Obligatoriedad.

El Convenio 169 OIT entra en vigor al año del registro de la ratificación (depósito internacional), esto es, desde el 02-02-1995. Actualmente, el Convenio está vigente y es completamente exigible.

Como manda la Convención de Viena sobre el derecho de tratados (art. 26 y 27), cuando un Estado ratifica un tratado internacional se obliga a cumplirlo de buena fe, y sin excusas en su legislación interna.

Cuando un Estado ratifica el Convenio núm. 169 de la OIT, según su art. 33, se obliga hacerlo efectivo asegurándose de hacer una adecuación normativa interna así como una implementación institucional a través de las medidas correspondientes, en cooperación con los pueblos indígenas. Es decir, luego de ratificado el Convenio núm. 169 por el Estado, éste está obligado a aplicarlo, debiendo para ello hacer las reformas normativas e institucionales que sean necesarias. Y no puede usar como excusa sus normas internas o deficiencias institucionales para incumplir el Convenio. La particularidad de este Convenio es que en los planes de implementación del mismo deben participar los pueblos indígenas.

Aplicación de la norma más favorable.

Por el principio de progresividad de los derechos humanos, siempre rigen las normas que otorgan más derechos y ventajas a las personas y colectivos protegidos por dichas normas. Este es el llamado principio *pro-hominis*.

El Convenio 169, recoge este principio en su artículo 35 en virtud del cual se deben aplicar las normas (ya sea internacionales o nacionales) o incluso las costumbres, recomendaciones, laudos o acuerdos nacionales que otorguen más derechos y ventajas a los pueblos indígenas.

Interpretación de normas constitucionales a la luz de tratados internacionales

La cuarta disposición final y transitoria cuarta de la Constitución de 1993 indica que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Por lo tanto, las normas relativas a los derechos como la identidad y diversidad cultural, tierras, autonomía organizativa, idiomas propios, representación política de comunidades y pueblos originarios, derecho consuetudinario y jurisdicción especial de comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas, entre otros, deben interpretarse a la luz del Convenio 169 de la OIT.

Además, considerando que el art. 42 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007) establece que los estados deberán velar por la eficacia de las disposiciones de dicha Declaración, las agencias del Estado encargadas de aplicar los derechos indígenas deberán hacer una interpretación sistemática e integrar en dicha interpretación las normas constitucionales, el Convenio 169 de la OIT, las disposiciones de la Declaración y el contenido sustantivo de la jurisprudencia internacional sobre la materia, siempre considerando lo más favorable a los pueblos indígenas.

Retiro o denuncia. Los estados parte pueden denunciar o retirarse del Convenio cada diez años. Si no lo hacen, el Convenio sigue vigente automáticamente. Si los estados denuncian este Convenio, el retiro opera al año de la denuncia del mismo.

Como el Perú no denunció el Convenio entre el 02-02-2005 y el 02-02-2006, quedó vigente por otros 10 años más, esto es, hasta el 2015, y así sucesivamente.

En síntesis, el Convenio está vigente, es de obligatorio cumplimiento y es exigible.

8. ¿Cuál es la obligación del Estado y sus agencias?

El Estado está obligado a desarrollar una **acción coordinada y sistemática** para la aplicación del Convenio núm. 169, con participación de los pueblos indígenas (art. 2 y 33). Todos los órganos del Estado (o poderes), todos los organismos descentralizados y toda agencia estatal, así como todo/a congresista, juez y funcionario/a o servidor/a público/a están obligados/as a acatar y hacer cumplir el Convenio.

El Poder **Legislativo** está obligado a adecuar las normas nacionales al Convenio núm. 169, mediante consulta previa y con la participación de los pueblos indígenas. (art. 33,2)

Una agenda legislativa debe buscar, para empezar, que las leyes del país no impidan el ejercicio de derechos indígenas, y que, por el contrario, garanticen los derechos contenidos en el Convenio. Por ejemplo, los derechos de consulta y participación; el uso y desarrollo de idiomas indígenas; la propiedad y posesión de las tierras y territorios; acceso a beneficios de los recursos naturales, etc. Si fuese necesario debe reformarse códigos o leyes, o dar nuevas normas. Sin embargo, la falta de leyes o reglamentos, en ningún caso, puede usarse como pretexto para incumplir el Convenio núm. 169 de la OIT.

El **Ejecutivo** está obligado a implementar el Convenio a través de los diferentes ministerios o dependencias, con participación y consulta de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, al Gobierno, ya sea nacional, regional o local, le toca:

- Garantizar mecanismos de participación y consulta para establecer instituciones, elaborar políticas públicas, programas y planes relativos a los pueblos indígenas.
- Articular la actuación de las diferentes instancias del gobierno y contar con la participación de los pueblos indígenas a fin de que haya una acción coordinada y sistemática para la implementación del Convenio.
- Efectuar la correspondiente “consulta previa” antes de dar cualquier disposición o medida administrativa, de cualquier tipo, que pueda afectar los pueblos indígenas. Por ejemplo, una concesión sobre recursos mineros o de hidrocarburos; una medida educativa o de salud.
- Contar con el consentimiento previo, libre e informado antes de traslados territoriales u otros hechos que puedan poner en riesgo su integridad.
- Garantizar el acceso a bienes sociales y oportunidades, y el goce de derechos, por lo menos en iguales condiciones que el resto de la población.
- Brindar los servicios públicos con pertinencia cultural, sin discriminación, garantizando el acceso a los mismos en idiomas indígenas, y tomando en consideración las costumbres y el derecho consuetudinario indígena.
- Garantizar que los propios pueblos indígenas controlen sus instituciones, y cuenten con recursos para desarrollar sus instituciones y programas educativos y de salud propios.

- Cumplir con la presentación de memorias y respuestas a los órganos de control, y promover la participación indígena en la elaboración de tales memorias.

Los/as **jueces** deben aplicar el Convenio núm. 169 en sus decisiones. En particular, les toca:

- Proteger los derechos de los pueblos indígenas.
- Al aplicar la legislación nacional, tomar en cuenta las costumbres o el derecho consuetudinario indígena (art. 8).
- Respetar y garantizar que los pueblos indígenas puedan aplicar su derecho consuetudinario y sus métodos propios de control de delitos. En consecuencia, no cabe que las cortes criminalicen a indígenas sólo por aplicar su justicia o sus normas. Y, en caso de haber conflicto entre el derecho consuetudinario indígena y algún derecho humano o derecho fundamental, deberán establecerse procedimientos adecuados para resolver tales conflictos. Aquí, por ejemplo, podría acordarse con los pueblos indígenas mecanismos mixtos interculturales de coordinación que busquen atender los derechos individuales, sin vulnerar la integridad y derechos colectivos de los pueblos indígenas ni los derechos humanos a los que se refiere el artículo 8 del Convenio.
- En caso de procedimientos legales de indígenas, garantizar que comprendan los mismos y se hagan comprender, si fuera necesario mediante intérpretes o funcionarios bilingües. En caso de juzgamiento de indígenas por la jurisdicción ordinaria se debe garantizar defensa idónea e intérpretes, considerar la cultura y condiciones socio-económicas, y preferir penas alternativas a la prisión.

Como parte del **sistema de Control del Convenio núm. 169**, el Estado debe:

- Emitir **memorias** cada cinco años ante la OIT sobre el cumplimiento del Convenio núm. 169, preferentemente contando con la participación de los pueblos indígenas, y
- Enviar copias de sus memorias a las organizaciones de empleadores y trabajadores.
- Atender las *observaciones y solicitudes directas* de la Comisión de Expertos de la OIT sobre la aplicación del Convenio a partir del examen de las memorias o con motivo de que hubiera recibido comentarios sobre la aplicación del Convenio de alguna organización de empleadores o trabajadores.
- Aplicar las Recomendaciones hechas por el Comité tripartito que hubiera examinado una reclamación.

9. ¿Qué responsabilidad y participación tienen los pueblos indígenas?

Los pueblos indígenas están llamados a participar en la implementación de los derechos contenidos en el Convenio, de acuerdo a su visión, cultura, necesidades sociales, deseos y propias prioridades de desarrollo.

- Los pueblos indígenas tienen la atribución de controlar de sus propias instituciones y de definir su modelo de desarrollo.
- Los pueblos indígenas tienen la responsabilidad de promover los derechos humanos de sus miembros sin discriminación, y de aplicar su propio derecho consuetudinario y métodos de control de delitos con respeto de los derechos humanos.

- Los pueblos indígenas requieren organizarse y contar con instituciones propias y representativas, a fin de poder participar, a todo nivel, en la formulación de normas, derechos, políticas, planes y programas de desarrollo; así como en todas las instancias y etapas de decisión y ejecución de las medidas que les vayan a afectar.
- Los miembros de los pueblos indígenas y sus instancias organizadas requieren conocer sus derechos para poder ejercerlos y defenderlos; así como de los mecanismos de control, para poder hacer uso de ellos.
- Para hacer uso de los mecanismos de control de la OIT, las organizaciones indígenas requieren coordinar con mandantes (miembros parte) de la OIT, como organizaciones sindicales, a fin de presentar comunicaciones, “informes alternativos”, reclamaciones o quejas.

10. ¿Qué acciones legales caben ante el incumplimiento del Convenio 169?

El incumplimiento de los derechos contenidos en el Convenio puede dar lugar a procedimientos administrativos, cuasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales, tanto en la vía interna como internacional.

Acciones en la vía interna

- **Acciones administrativas.** Ellas buscan, en tanto correspondan, resolver la inacción o incumplimiento por parte los funcionarios públicos, a fin de que los mismos hagan efectiva la aplicación del Convenio.
- **Acciones ante la Defensoría del Pueblo.** Estas acciones no son jurisdiccionales. Buscan que la Defensoría utilice sus herramientas persuasivas para lograr que los diferentes aparatos del Estado cumplan con la Constitución.
- **Acciones legales específicas** dependiendo del derecho vulnerado (art. 12 del Convenio 169), incluyendo posibles **acciones judiciales.** El incumplimiento o vulneración de algunos derechos puede encararse, en tanto corresponda, mediante acciones jurisdiccionales en distintas vías, civiles (ejem. reivindicaciones ante pérdida de tierras), penales (ejem. ante la comisión de delitos), etc.
- **Acciones de garantía constitucional (procesos constitucionales).** Agotadas las vías ordinarias, o cuando se trate de la amenaza o vulneración de un derecho humano, la Constitución prevé el recurso a procesos constitucionales que buscan reponer los hechos a la situación previa a la vulneración o reparar la vulneración. Entre otras acciones, caben:
 - **Acción de cumplimiento** (art. 200, inc. 6 de la Constitución de 1993) contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal. Por ejemplo, contra funcionarios que no convocan a consulta previa de una licitación, o contra legisladores que no convocan a la consulta previa de una norma que va a afectar a los pueblos indígenas.

- **Acción de *habeas corpus*** en caso de detención arbitraria de indígenas. Por ejemplo, cuando se priva de libertad a autoridades indígenas por ejercer su derecho a administrar justicia de acuerdo a sus propias normas o derecho consuetudinario.
- **Amparo**, para la protección de los derechos contenidos en el Convenio, ya sea ante su violación o amenaza de violación por funcionarios o decisiones judiciales (art. 200 inc. 2 de la Constitución).
- **Acción de inconstitucionalidad** si una norma de rango infra-constitucional vulnera derechos contenidos en el Convenio 169.

Acciones en la vía internacional

Aquí caben tanto acciones jurisdiccionales, ante el sistema interamericano o universal, cuasi-jurisdiccionales, como ante la OIT, y no jurisdiccionales, como ante el Relator especial o el Foro de Pueblos Indígenas.

- **Acciones jurisdiccionales ante la vía internacional regional- sistema interamericano.** En caso de agotarse la vía interna sin protección del derecho, o cuando no se pudiera ejercer internamente, cabe denuncia ante la Comisión Interamericana de derechos humanos y luego por ésta ante la Corte Interamericana de derechos humanos. Aquí debe alegarse el incumplimiento de un artículo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José. Cabe anotar que la Corte ha dado sentencias protectoras de los derechos colectivos de los pueblos indígenas integrando derechos contenidos en el Convenio núm. 169 de la OIT, como la sentencia en el caso del Pueblo Saramaka vs. el Estado de Surinam (28-3-2007). También cabe interponer acciones precautelatorias.
- Aparte de las acciones jurisdiccionales ante el sistema interamericano cabe hacer comunicaciones ante la Comisión Interamericana para promover una visita o la incorporación de casos en sus informes.
- **Acciones ante los mecanismos del sistema universal.** Cabe utilizar los mecanismos del sistema de Naciones Unidas cuando los derechos vulnerados también están garantizados en los instrumentos de derechos humanos, como casos de discriminación, tortura, desaparición, genocidio, afectación de los derechos de las mujeres, las niñas y niños, etc. E incorporar los derechos indígenas en el informe universal periódico por país.

Acciones no jurisdiccionales

- Comunicaciones ante el **Relator especial sobre derechos y libertades fundamentales de indígenas**, para que incorpore los casos en sus informes, para que haga una visita o para que interponga sus buenos oficios.
- Igualmente, cabe presentar comunicaciones ante el **Foro permanente sobre pueblos indígenas**.

Acciones “cuasi-jurisdiccionales”

- **Mecanismos de supervisión por la OIT**

Ante el incumplimiento del Convenio 169 cabe presentar **comunicaciones, reclamaciones o quejas** ante los órganos de control de la OIT. Éstas pueden hacerse de modo paralelo o incluso previo a acciones jurisdiccionales nacionales o internacionales, pues los procedimientos ante los órganos de control de la OIT no tienen, estrictamente, un carácter jurisdiccional.⁴

La OIT tiene dos tipos de procedimientos de control del cumplimiento del Convenio núm. 169 de la OIT.

A) Procedimiento de control ordinario o regular, mediante la exigencia a los estados de elaborar una **memoria** o informe periódico sobre el cumplimiento del Convenio. Aquí cabe la presentación de **comunicaciones** por parte de las organizaciones indígenas a través de un mandante (como una organización de trabajadores o empleadores).

B) Procedimiento o mecanismo extraordinario. Se activa por la presentación, por parte de un mandante, de **reclamaciones o quejas** ante la OIT por incumplimiento del Convenio.

○ **Presentación de Comunicaciones, en el marco del control periódico o regular**

Por el art. 22 del Estatuto de Constitución de la OIT,⁵ los estados están sometidos a mecanismos de control regular o periódico, que consisten en la presentación de “memorias” o informes periódicos de cumplimiento del Convenio. Estas memorias son examinadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC). La CEARC emite Solicitudes directas, pidiendo más información al Estado, y Observaciones, que son comentarios públicos sobre los progresos o los problemas encontrados en la aplicación del Convenio.⁶ En principio, cada Estado debe presentar las memorias cada 5 años, pero puede haber variaciones debido a las comunicaciones que la OIT recibe y traslada para respuesta al Estado.

En el marco de dicho control regular,

- Los pueblos indígenas pueden canalizar a través de una organización mandante, como una organización sindical, el envío de comunicaciones al Comité de Expertos (CEARC) explicando el incumplimiento del Convenio 169, para que dicho Comité analice la comunicación cuando se reúna en noviembre y pida información al Estado al respecto. Ello desata un proceso de diálogo que puede mejorar la situación.

⁴ Por lo tanto, no es un requisito para presentar una comunicación, reclamación o queja ante la OIT el haber agotado la jurisdicción interna. Y, a su vez, los procedimientos ante la OIT no son incompatibles con la presentación del caso ante una instancia jurisdiccional internacional, como la Comisión o la Corte del sistema interamericano. Sólo cuando un Estado no acepta las recomendaciones que le hace la OIT, y la queja se presenta ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya, entonces se convierte en un procedimiento jurisdiccional.

⁵ El texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>.

⁶ Las Observaciones están disponibles en internet (www.oit.org.pe, bases de datos, APPLIS, buscar No de Convenio y país). Este año 2008 (hasta el 1ro de setiembre), le toca al Estado peruano enviar una memoria sobre el cumplimiento del Convenio 169 y responder a las observaciones y solicitudes que le ha enviado la OIT en el 2005 y 2007 respecto de casos y memorias anteriores.

- Sólo en el caso de que se trate de una comunicación con información pública y objetiva, como normas o sentencias, una organización indígena puede enviar directamente dicha comunicación al CEARC, sino, debe hacerlo a través de un mandante.
- También cabe el envío de los llamados “informes alternativos”, los que deben ser presentados ante la OIT por un mandante -como una organización sindical-.
- Las organizaciones indígenas pueden participar directamente en la elaboración de la memoria de cumplimiento del Convenio que debe presentar el Estado, incluyendo su visión crítica.

La presentación de comunicaciones busca desatar un proceso de diálogo para resolver una situación de falta de cumplimiento del Convenio por una vía no jurisdiccional.⁷

- **Presentación de Reclamaciones en el marco del control extraordinario**

Las reclamaciones se presentan por una organización mandante (como un sindicato) y se dirigen al Consejo de Administración de la OIT, con base en el art. 24 de la Constitución de la OIT. Las reclamaciones deben ser muy precisas y explicar claramente cómo el Estado ha vulnerado un derecho o no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio del Convenio 169 de la OIT. Por ejemplo, cuando no ha convocado la consulta previa antes de una concesión.

Como parte del procedimiento, el Consejo de Administración se comunicará con el gobierno a fin de que el mismo pueda responder enviando una declaración. Si el Gobierno no responde en un plazo prudencial sobre la reclamación, o si la declaración enviada no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, éste podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta o declaración recibida, según el art. 25 de la Constitución de la OIT.

El Consejo de Administración adopta un informe sobre la reclamación, incluyendo recomendaciones –no es una sentencia-. Luego, la Comisión de Expertos es la encargada de controlar que se cumplan las recomendaciones.

- **Quejas, en el marco del control extraordinario**

La queja es un procedimiento sumamente formal que puede presentar ante la OIT un miembro o Estado en contra de otro, por incumplimiento del Convenio. También cabe que sea presentada por un delegado de la Conferencia General del Trabajo. La queja está regulada entre los artículos 26 y 29 de la Constitución de la OIT.

Ante una queja que pueda presentar un delegado sindical, por ejemplo, el Consejo de Administración podrá comunicarse con el Estado quejado para que se pronuncie, o referir directamente el caso a una “comisión de encuesta”. Esta comisión es tripartita y tiene como

⁷ Como indica Graciela Jolidón, “La Comisión de Expertos no ejerce funciones de juez sino que por medio del diálogo va indicando los cambios necesarios que debe hacer el Estado para asegurar la aplicación del Convenio. En algunos países las comunicaciones han sido continuas, instaurándose un verdadero diálogo que ha permitido la evolución de la situación. Un ejemplo lo da el caso de Colombia, con relación a la aplicación del Convenio a las comunidades afrocolombianas de jigamandó y curvaradó. La situación de estas comunidades fue atendida en seguimiento a una comunicación enviada a la Comisión de Expertos.” (Comunicación personal, 2007).

misión investigar el caso y emitir un informe con recomendaciones de las medidas a adoptarse. El Informe es enviado al gobierno quejado y también es publicado. Dentro de los 3 meses de recibido el Informe, el gobierno quejado debe informar al Director General de la OIT si acepta o no las recomendaciones, y si no las acepta puede someter la queja a la Corte Internacional de Justicia de la Haya, la cual decidirá en última instancia.

- Aparte de estas acciones “cuasi-jurisdiccionales” ante la OIT, las organizaciones indígenas y los gobiernos pueden solicitar asistencia técnica y capacitación a las oficinas locales de la OIT, en particular cuando hay incumplimiento reiterado de derechos.