

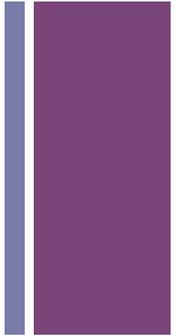


El Derecho a la Consulta Previa en la Gestión Pública

La Paz, 12 de octubre de 2016

HERNAN CORONADO CHUECAS

+ Plan de Exposición



1. Marco General – OIT
2. El Derecho a la Consulta Previa en el Convenio Nro. 169 de la OIT
3. Institucionalidad, Acción Coordinada y Sistemática
4. Instrumentos de Gestión Pública

Fuentes:

- n Convenio 169 de la OIT
- n Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2013



Marco General - OIT

Organización Internacional del Trabajo



Creada en 1919

**Agencia especializada
ONU**

**Composición Tripartita:
Estados, Sindicatos,
Empleadores**

Mandato de la OIT

- n ***Promoción de la justicia social y los derechos laborales y humanos reconocidos internacionalmente.***

- n CIT adopto el Convenio N° 107 de la OIT (1955). NO ESTA ABIERTO A RATIFICACIONES

- n CIT adoptó el Convenio N°169 de la OIT (1989)

- n Las actividades de la OIT:
 - 1) La promoción y supervisión del Convenio N° 169 de la OIT.
 - 2) La asistencia técnica destinada a mejorar las condiciones sociales y económicas de los pueblos indígenas y tribales.

Características principales de las Normas de la OIT

- n Elaboradas y adoptadas de manera tripartita (diálogo social).
- n Fijan pisos mínimos de protección que pueden ser ampliados por cada país (principio de la norma más favorable).
- n Estan sometidas a un control internacional. (Comité de Expertos – Consejo de Administración)

Antecedentes

- n En **1921**, la OIT comenzó a abordar la situación de los denominados “trabajadores indígenas” en las colonias de las potencias europeas
- n En **1926**, la OIT creó una comisión de expertos para tratar el tema de los “trabajadores aborígenes ”
- n Uno de los resultados de este reconocimiento fue la adopción en **1930** del Convenio sobre el Trabajo Forzoso de la OIT (núm. 29).
CONVENIO FUNDAMENTAL DE LA OIT

Antecedentes

- n En **1953**, publicó un estudio pormenorizado, “Indigenous workers. Living and Working Conditions Populations in Independent Countries”
- n Recomendación 104, habla de la necesidad de contar con instrumento que aborde los temas de “poblaciones indígenas”
- n El estudio contribuyo a la adopción, en **1957**, del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (núm. 107).

Antecedentes

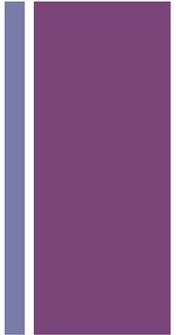
- n El Convenio núm. 107, supera el ámbito de las condiciones laborales, y trata cuestiones tales como el derecho consuetudinario, las tierras, la salud y la educación.
- n El C. 107 reflejaba las ideas de la época; concretamente, el deber de proteger a los pueblos indígenas, con miras a su asimilación gradual al resto de la sociedad y dejen de ser pueblos distintos.

Antecedentes

- n En **1988 y 1989**, la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) sometió a discusión el Convenio núm. 107 y, en junio de **1989**, se adoptó el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169).



Instrumentos que abordan las cuestiones indígenas



1. Convenio 169 de la OIT (1989 – 1995:Perú)
2. Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (Set. 2007)
3. Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas (Junio 2016)
4. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
5. Pronunciamientos del Relatores Especiales, Foro Permanente de Cuestiones Indígenas y Mecanismos de Expertos del Consejo de DDHH de ONU)
6. Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas (Set. 2014)

Convenio núm. 169 de la OIT



1. Es un convenio técnico. latina)
2. Es un instrumento jurídico internacional según el Derecho Internacional Público.
3. Es vinculante e integral no es posible ratificaciones con observaciones o reservas.
4. Fue Adoptado en la CIT: el 27/06/1989
5. 22 ratificaciones (15 América
6. En Guatemala y el Nepal, la ratificación del Convenio núm. 169 formó parte integral de los acuerdos de paz.
7. Los Estados se obligan a presentar memorias sobre la implementación del Convenio.

Convenio 169 de la OIT

8. Es el instrumento jurídico de mayor importancia para la región de América Latina.
9. Es un instrumento de derechos humanos.
10. Esta sujeto a control (Mecanismo Convencional)
11. Fuente de Derecho y Jurisprudencia (Constitucional, CIDH)
12. Se Complementa con otros instrumentos como la Declaración de ONU sobre PPII.

Principios Generales del Convenio 169 de la OIT

- n No discriminación
- n Autonomía
- n Dialogo
- n Dignidad Humana

Preambulo y artículo del 1° al 7°

C. 169

Pueblo
Indígena

Objetivo :Descienden de Poblaciones antes de Conquista, Colonización y/o establecimiento fronteras .Mantienen todo en parte aspecto culturales. Sociales, económicos y juridicos

Subjetivo:
Autoidentificación



+ El Derecho a la Consulta
Previa

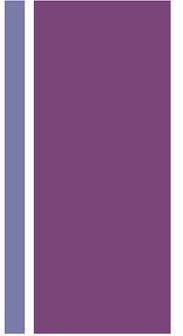
REGLA GENERAL DEL DERECHO A LA CONSULTA (ART.6)

Los gobiernos:

- ü Deberán consultar a los pueblos indígenas
- ü Mediante procedimientos apropiados y
- ü En particular a través de sus organizaciones representativas,
- ü Cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas
- ü Ante la posibilidad de que esas medidas puedan afectarles directamente



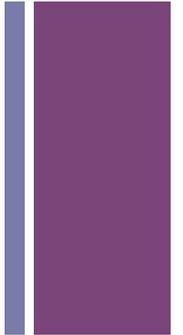
FINALIDAD PROCESAL



- n Las consultas 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**



DOBLE DIMENSION DEL DERECHO A LA CONSULTA



n FINALIDAD SUSTANTIVA:

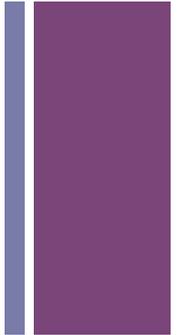
PPII puedan influenciar con sus prioridades de desarrollo las decisiones estatales que podrían ser susceptibles de afectar sus derechos colectivos. (LECTURA CONJUNTA ARTÍCULO 6 Y 7)

n FINALIDAD PROCESAL

Llegar a un Acuerdo o lograr el Consentimiento



Consulta y RRNN (Art. 15°)

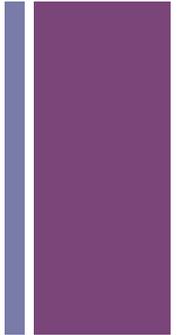


En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los recursos del subsuelo u otros recursos los gobiernos deberán

- n Consultar a los ppii a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados, antes de emprender o autorizar cualquier programa de **exploración o explotación** de los recursos existentes en sus tierras
- n Deben participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades.
- n Percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades



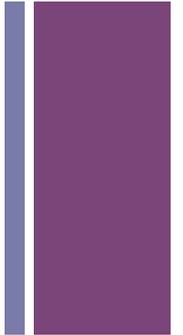
Otras situaciones específicas de Consulta



- n Siempre que se considere la capacidad de los pueblos indígenas de enajenar sus tierras o de transmitir las fuera de su comunidad (artículo 17)
- n Antes de ser reubicados, lo que sólo tendrá lugar con el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas (artículo 16)
- n Al organizar e implementar programas de formación profesional especiales (artículo 22)



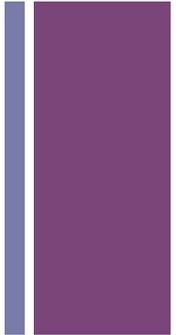
Implicancias de los resultado del proceso de consulta



- n “Las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”.
- n Sin embargo basado en el principio de buena fe, si se lograran acuerdo estos obligan a las partes.
- n No realizar dichas consultas y no dejarles participar tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas y tribales.
- n No confiere un derecho a veto



DIFERENCIAS



- n ACUERDO: Se puede obtener por mayorías o por consenso
- n CONSENTIMIENTO: Es un principio que se deriva en el derecho a la consulta, implica ser flexible en las posiciones con miras a lograr “acuerdos”
- n VETO: Es la posibilidad de negar un acuerdo e imposibilitar una medida

CARACTERISTICAS GENERALES

- n Es un proceso de dialogo intercultural, no es una votación o referéndum
- n Es la posibilidad de proponer, mas que reaccionar (No es un Si o No)
- n Es un derecho especifico de pueblos indígenas
- n Promueve una democracia intercultural
- n No esta relacionado solo con actividades extractivas.
- n Es aplicable a planes y programas de desarrollo
- n Es requisito la interpretación conjunta del artículo 6 y 7 (Consulta y Participación)



+ Institucionalidad – Acción
Coordinada y Sistemática

Los elementos clave para garantizar una implementación adecuada

1. **Acción coordinada y sistemática, garantizando la coherencia entre las diferentes instituciones gubernamentales que tienen responsabilidades frente a los pueblos indígenas;**
2. **Creación de instituciones y mecanismos adecuados con los recursos necesarios que les permiten cumplir con su función;**
3. **Elaboración de medidas especiales para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medioambiente de los pueblos indígenas;**
4. **Creación de mecanismos institucionalizados que garantizan la consulta y participación adecuadas de los pueblos indígenas en todas las etapas de la implementación, incluyendo la planificación, coordinación, ejecución y evaluación.**

Flexibilidad

- n La naturaleza y el alcance de las medidas deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país (artículo 34)
- n Flexibilidad sobre la medida no sobre los derechos.

Acción Coordinada y Sistemática (Art.2)

- n 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*.

Acción Coordinada y Sistemática (Art.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.

La acción coordinada y sistemática

(Art. 2)

- n Análisis cuidadoso y modificación de las leyes, políticas y programas existentes en todos los sectores, consultando a las personas interesadas, para garantizar que aquellos estén en línea con el Convenio;
- n Desarrollo de nuevas leyes o reglamentaciones cuando sea necesario, y consulta para tomar las medidas necesarias para operativizar el Convenio;
- n Instituciones para coordinar la implementación, en todos los sectores y niveles de gobernanza; y asegurar la participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones,
- n Asignación de los recursos presupuestarios necesarios, tanto para acciones específicas como para la integración de esfuerzos en todos los sectores;
- n Creación de conciencia, formación y capacitación de los representantes y comunidades indígenas, tomadores de decisión, funcionarios de gobierno, jueces, medios periodísticos y el público en general.



+ Consulta Previa y Gestión
Pública

Elementos generales

- n La consulta es un derecho y una política pública (No existe un solo modelo)
- n Requiere de Institucionalidad (Instituciones, normas, capacidad técnica, capacidad presupuestal, instrumentos de gestión: Planes, directivas, programas, etc.).
- n Debe ser predecible – Reglas Claras
- n Identificar procedimientos administrativos (**Medidas** susceptibles de **afectar** derechos colectivos + oportunidad del proceso ¿En que **momento**? + capacidad de *influir*
- n No se debe aislar la Consulta- esta forma parte de un instrumento de “Gobernanza”: C. 169
- n Debe ir asociada a mecanismos de participación indígena

Identificación de la Afectación

Prof. Cesar Landa:

Diferencia entre el Acto Lesivo y la Afectación Directa

Acto Lesivo; “Toda intervención a un derecho fundamental, que incluye los derechos de carácter colectivo, se produce por un acto lesivo. (..) En esa misma dirección, el acto lesivo impide el ejercicio de un derecho fundamental. Es decir, se convierte en un obstáculo para el goce efectivo del derecho.

Afectación Directa (2)

Prof. Cesar Landa:

- n Afectación Directa: Alude a la idea de posibilidad o probabilidad, pues. (...) En esta medida la idea de afectación directa estaría conectada con un acto que potencial o probablemente podría afectar positiva o negativamente cómo el pueblo indígena ejerce actualmente un derecho colectivo.
- n Esta asociada a un acto futuro o de amenaza cierta e inminente de afectación en los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.
- n Es en este caso en que debería realizarse la consulta previa.

Identificación de Medida

n ¿Cuál es el contenido constitucional de los Derechos a Proteger?

n **TEST DE PROPORCIONALIDAD:**

1. Fin constitucional legitimo (protección de derecho o cumplimiento de obligaciones)
2. Medida idónea
3. Proporcional