

REVISIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DECISIONES SOBRE TEMAS INDÍGENAS Y PROPUESTA PARA UNA ACCIÓN EN LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018)

NATAN ELKIN

Profesor Visitante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas
Universitat Jaume I

El presente del destino humano, presente en el cual estamos viviendo – mejor dicho, presente que somos nosotros; se entiende, nuestras vidas individuales – es el que es porque sobre él gravitan todos los presentes, todas las otras generaciones. Si esos presentes pasados, si la estructura de la vida en esas generaciones hubiese sido otra, nuestra situación sería también distinta. En este sentido cada generación humana lleva en sí todas las anteriores y es como un escorzo de la historia universal. Y en el mismo sentido es preciso reconocer que el pasado es presente, somos su resumen, que nuestro presente está hecho con la materia de ese pasado, el cual pasado, por tanto, es actual – es la entraña, el entresijo de lo actual-. Es, pues, en principio indiferente que una generación aplauda o silbe a la anterior – haga lo uno o haga lo otro, la lleva dentro de sí- (José Ortega y Gasset, En torno a Galileo. Esquema de las crisis. Madrid, 1965, págs. 59-60).

L'avenir ne nous apporte rien, ne nous donne rien ; c'est nous qui pour le construire devons tout lui donner, lui donner notre vie elle-même. Mais pour donner, il faut posséder, et nous ne possédons d'autre vie, d'autre sève, que les trésors hérités du passé digérés, assimilés et recréés par nous. De tous les besoins de l'âme humaine il n'y en pas de plus vital que le passé (Simone Weil, L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain, Paris, 1949).

EXTRACTO

Palabras clave: Organización Internacional del Trabajo, Pueblos Indígenas, Convenios 107 y 109

En el marco del más reciente de los periódicos procesos de debate general y de revisión de normas que se llevan a cabo en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, el presente estudio aborda el estado de la cuestión en relación al tratamiento de los pueblos y las poblaciones indígenas. Muy especialmente respecto de los Convenios 107 (1957) y 169 (1989), como consecuencia de la posibilidad de ser sometidos a los nuevos procesos de derogación por pérdida de objeto o eficacia.

ABSTRACT

Key words: negociación colectiva, estructura, descuelgue, Trubual Constitucioneala, reforma laboral

In the context of the most recent periodic processes of general debate and revision of standards that are conducted in the bosom of the International Labour Organization, the present study addresses the State of the art in relation to the treatment of the indigenous populations. Especially with regard to the conventions 107 (1957) and 169 (1989), as a result of the possibility to undergo new processes of repeal by loss of efficiency or object.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TEMAS INDÍGENAS EN LA OIT
3. DEL CONVENIO NÚM. 107 (POBLACIONES INDÍGENAS) DE 1957 AL CONVENIO NÚM. 169 (PUEBLOS INDÍGENAS) DE 1989
 - 3.1. POLÍTICA DE REVISIÓN DE NORMAS Y TEMAS INDÍGENAS: (1977-1987) LOS TEMAS INDÍGENAS EN LA PRIMERA RONDA DEL EXAMEN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO
 - 3.2. REVISIÓN DEL CONVENIO NÚM. 107 Y ADOPCIÓN DEL CONVENIO NÚM. 169: LA POLÍTICA NORMATIVA ENGENDRA UN NUEVO CONVENIO
 - 3.3. EXAMEN DEL CONVENIO NÚM. 107: RESERVAS PARA FOMENTAR LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 169 EN EL GRUPO DE TRABAJO CARTIER (NOVIEMBRE DE 1997)
 - 3.4. ¿QUÉ OTROS CONVENIOS SE DEROGAN?
4. PROPUESTA PARA UNA ACCIÓN EN LA 107. LA REUNIÓN DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO (JUNIO DE 2018)

1. INTRODUCCIÓN

La tentación es grande de extrapolar las meditaciones sobre las generaciones y las crisis desarrolladas en 1933 por Ortega y Gasset a lo que acontece en la Organización Internacional del Trabajo con las normas internacionales del trabajo. Si bien la OIT no cumple rigurosamente con los quince años del ciclo de las generaciones concebido por Ortega; se observa que, al finalizar la década de los Setenta, cada algo más de diez años, de manera recurrente, la Organización constituyó grupos tripartitos para celebrar ruedas de negociaciones sobre las normas internacionales del trabajo entre representantes gubernamentales, empresariales y sindicales. La tarea principal de los grupos tripartitos fue la de evaluar y determinar la suerte de las normas internacionales del trabajo adoptadas por las generaciones anteriores. En febrero-marzo de 1977 y noviembre de 1984, se iniciaron las reuniones de los dos grupos de trabajo presididos por Gabriel Ventejol; en noviembre de 1995, se iniciaron las labores del grupo de trabajo sobre la política de revisión de normas con Jean Louis Cartier como presidente; y en febrero de 2016, se reunió el Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas (MEN), presidido por Jan Farzan.

Se produjo un empalme generacional entre la década de los años Setenta y la de los años Ochenta dado el contacto privilegiado que tuvieron quienes fundaron la Organización con aquellos que pudieron ver resultados. Gabriel Ventejol (1919-1987), dirigente sindical francés, participa en la Resistencia y en la creación del sindicato CGT Force Ouvrière, al igual que su mentor Léon Jouhaux (1879-1954). Léon Jouhaux fue representante de los intereses obreros en la Comisión de la Legislación Internacional del Trabajo de la Conferencia de Paz de Versalles donde se redactó, en 1919, la parte XIII del Tratado de Paz que constituye el acto fundacional de la Organización Internacional del Trabajo.

En la década de los Noventa hasta inicios del siglo XXI, quien aparece como mentor generacional es todavía un francés, colaborador de Gabriel Ventejol, Jean Luis Cartier quien durante muchos años fungió como jefe de la división de relaciones internacionales del Ministerio de Trabajo de su país. Al inicio de las labores del Grupo de Trabajo Cartier, en los documentos oficiales aparecen los nombres de los representantes de los interlocutores sociales: la señorita Catherine Hak (Países Bajos), la portavoz del grupo de los empleadores, reemplazada al jubilarse, desde el segundo semestre de 1996, por el Dr. Daniel Funes de Rioja (Argentina). El grupo de los trabajadores también tuvo dos voceros: Jean Claude Parrot (Canadá) y Ulf Edstrom (Suecia).

En el período actual, quien tiene la responsabilidad de presidir los trabajos destinados al examen de las normas es un representante gubernamental alemán (Jan Farzan) lo que preserva el tropismo europeo y masculino que caracteriza mayormente a la Organización. El vocero del sector trabajador ha sido Luc Cor-tebeck, dirigente sindical belga, de origen socialcristiano; y el vocero del sector empleador es el Dr. Andrés Echavarría Saldarriaga (Colombia).

A diferencia de las rondas anteriores, la Organización cuenta con una disposición constitucional que permite derogar los convenios “si se considera que ha perdido su objeto o que ya no representa una contribución útil a la consecución de los objetivos de la Organización”¹. El texto de esta disposición, concebido durante los años 1995-1997, solamente entró en vigencia en octubre de 2015, al alcanzarse el número suficiente de aceptaciones para darle legitimidad.

Dejando a salvo lo actuado en relación con las peores formas de trabajo infantil (Convenio núm. 182 de 1999) y la consolidación de las normas sectoriales relativas a la gente de mar y a los pescadores (el Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006; y el Convenio núm. 188 de 2007), la Organización no deslumbra por la originalidad de los temas abordados ni por los convenios adoptados durante las últimas dos décadas. Cuanto más se acerca a su centenario, la Organización parece motivada para derogar cantidad de instrumentos sin que se logren adoptar normas innovadoras. En 2004, la Conferencia Internacional del Trabajo retiró 11 recomendaciones y en 2017 se tiene previsto derogar cuatro convenios vigentes y el retiro de dos convenios. Para 2018, en la agenda

¹ El Instrumento de Enmienda de 1997 entró en vigencia el 8 de octubre de 2015, al registrarse la aceptación de la enmienda por el número suficiente de Estados Miembros (125 Estados Miembros de los cuales siete (Brasil, China, Francia, India, Italia, Japón y Reino Unido) corresponden a los Estados de mayor importancia industrial. La Oficina registró la ratificación por parte de España del Instrumento de Enmienda de 1997 el 8 de noviembre de 1999. No han aceptado el Instrumento de Enmienda de 1997 los siguientes tres Estados de mayor importancia industrial: Alemania, Estados Unidos y la Federación de Rusia.

de la Conferencia figura la derogación de seis convenios y el retiro de tres recomendaciones.

No sorprende que cada generación intente un “examen de las normas”, si acaso el examen consiste en determinar de manera equilibrada cuáles son aquellos convenios y recomendaciones internacionales del trabajo que se podrían desechar, identificar aquellas normas que merecerían ser objeto de una mayor publicidad por parte de la Organización y de sus Estados Miembros y encontrar los temas que la Organización debería tratar en el futuro. Cada generación ha buscado preservar lo conseguido como una mejor manera para asegurarse que, en el futuro, las actividades normativas de la Organización seguirán teniendo éxito.

Para España, el miembro de la Organización que más convenios internacionales del trabajo ha ratificado y tiene en vigencia, el resultado de las discusiones sobre la revisión de normas es medular. Si las normas internacionales del trabajo pierden de su pertinencia, parte del ordenamiento jurídico social español también se devalúa. Con 133 convenios ratificados de los cuales 87 se encuentran en vigencia, los responsables gubernamentales, las organizaciones empresariales y las confederaciones sindicales españolas tienen que mostrarse particularmente vigilantes de lo que resulte en materia de política de revisión de normas.

A diferencia de lo ocurrido en las rondas anteriores, las tareas actualmente en curso sobre la revisión de las normas se producen en un clima muy tenso entre los interlocutores sociales. El principal enfrentamiento resulta de las posiciones encontradas entre los interlocutores sociales sobre la inclusión del derecho de huelga en el Convenio núm. 87, inclusión que no admite el sector empleador de la Organización. Las tareas de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo se encuentran parasitadas por este enfrentamiento que repercute también en el funcionamiento del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (la Comisión de Expertos)².

Hace falta destacar que la actividad del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas (MEN), formalmente establecido en noviembre de 2011, se reunió solamente cinco años después, en febrero y octubre de 2016. A diferencia de las pasadas ruedas de negociaciones donde se habían creado grupos tripartitos de trabajo de naturaleza temporal, la Organización parece haber optado por crear un “mecanismo de examen de las normas” destinado probablemente a perdurar hasta que se haya agotado su muy amplio mandato —y resuelto los di-

² Este enfrentamiento se refleja claramente en el informe de la Comisión de Expertos publicado en 2017. Ver Conferencia Internacional del Trabajo, 106.ª reunión, 2017, Informe III (Parte 1A), párrafos 14 y 15.

ferentes temas que enfrentan a los interlocutores sociales-. Por ende, las críticas pueden parecer prematuras dado que se aducirá que hace falta abstenerse de sacar conclusiones sin conocer los resultados globales.

No obstante lo anterior, el hecho de que el Consejo de Administración, en noviembre de 2016, haya aprobado las recomendaciones del MEN y que se tomarán decisiones derogatorias en la Conferencia Internacional del Trabajo que tendrá lugar en junio de 2018, merece que se intente una crítica de lo actuado en relación con los convenios que afectan a temas indígenas.

2. TEMAS INDÍGENAS EN LA OIT

Los temas indígenas se encuentran en el código genético de la Organización. En efecto, en la Parte Primera del Tratado de Paz suscripto en Versalles, el 28 de junio de 1919, en los artículos 1 al 26 del Tratado, se encuentra “el Pacto de la Sociedad de las Naciones”.

El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones (es decir, el artículo 22 del Tratado de Paz) establece la tutela de la Sociedad de las Naciones sobre los territorios “habitados por pueblos aún no capacitados para dirigirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno”. El artículo 23 del Pacto de la Sociedad de las Naciones estableció lo siguiente (énfasis agregado):

Con la reserva y de conformidad con las disposiciones de los convenios internacionales existentes en la actualidad o que celebren en lo sucesivo, los miembros de la Sociedad:

- a) Se esforzarán en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias de los hombres, mujeres y niños, tanto en sus propios territorios, así como en todos los países a que se extiendan sus relaciones de comercio y de industria, y para este fin fundarán y conservarán las necesarias organizaciones internacionales;
- b) Se comprometerán a asegurar un trato equitativo de las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración;

Si se consulta la página 382 del Tratado de Paz, se encuentra la parte XIII del Tratado de Paz donde se ha previsto la fundación de una “Organización del Trabajo”. A diferencia de las otras partes, la parte XIII del Tratado de Paz (artículos 387- 427) fue principalmente redactada por la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo que se compuso no sólo por representantes gubernamentales de nueve países (Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Polonia y el Reino Unido) sino también por representantes de

las organizaciones de trabajadores y de empleadores lo cual constituyó una gran originalidad para la época.

El artículo 421 del Tratado de Paz dice así:

Los miembros se comprometen a aplicar los Convenios a que se hayan adherido, conforme a las disposiciones de esta parte del presente Tratado, a aquellas de sus colonias o posesiones y a aquellos de sus protectorados que no se gobiernen plenamente por sí mismos, y a reserva de lo siguiente:

1° Que las condiciones locales no hagan inaplicable el Convenio;

2° Que las modificaciones que sean necesarias para adaptar el Convenio a las condiciones locales quepan dentro de éstas.

Cada uno de los miembros deberá notificar a la Oficina Internacional del Trabajo la decisión que se propone adoptar en lo que respecta a cada una de sus colonias, posesiones o protectorados que no se gobiernen plenamente por sí mismos.

Indudablemente el eco colonial de estas disposiciones causan cierto malestar. Sin embargo, guarda toda su pertinencia un comentario de época al artículo 421 del Tratado de Paz³:

No es necesaria una gran insistencia para comprender cuál es el alcance de esta disposición. Hasta el presente las explotaciones de las colonias lo eran asimismo de los indígenas, en términos que daban una lamentable idea de la sedicente misión civilizadora que las Potencias se arrogaban para justificar su política de expansión colonial. Este sistema de explotación inicia, a más de su enorme injusticia en derecho, un positivo peligro: el que esos países de explotación fuesen transformados en países de explotación industrial. Llegado ese caso y teniendo en cuenta el trabajo bárbaro y miserablemente retribuido de los indígenas, los productos industriales competirían en precio con los europeos en términos que serían ruinosos para la industria y las masas obreras europeas. A evitar ese peligro y poner fin a esa injusticia tiende el artículo 421 mencionado. Nadie se podrá desinteresar en lo sucesivo del colonialismo; los gobiernos y aún más que los gobiernos las masas obreras están interesadas en evitar que pueda restaurarse la inicua explotación de indígenas, realizada impunemente gracias a los que se desinteresaban de las cuestiones coloniales, unos por no sentir toda la iniquidad que representaba la labor de los negreros del siglo XX, otros por considerar el fenómeno colonial como un fenómeno capitalista, y demandando el abandono de la expansión colonial.

³ El Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes, Publicaciones del Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado, Madrid, agosto de 1920, pág. 26.

En este contexto, dando seguimiento a iniciativas tomadas en la Sociedad de las Naciones para combatir la esclavitud, los primeros esfuerzos de la Organización se orientan a “suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas” (artículo 1 del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930). En el artículo 14, párrafo 3, del Convenio núm. 29 se dijo que “los salarios deberán pagarse a los propios trabajadores y no a su jefe de tribu o a otra autoridad”, entre otras disposiciones destinadas a que, durante un período transitorio, se consideren aceptables las condiciones del trabajo forzoso que afectaban a los indígenas.

Otro ejemplo de la especificidad indígena que recogen las normas internacionales del trabajo se encuentra en el párrafo I de la Recomendación sobre la reglamentación del trabajo forzoso, 1930 (núm. 36), que dice así: ...”todas las leyes o reglamentos concernientes a la indemnización en caso de accidente, enfermedad o muerte del trabajador, deberían ser impresos por las autoridades competentes en una o varias lenguas indígenas, de suerte que los trabajadores interesados y la población en la cual son reclutados puedan conocer el contenido de estos textos” (énfasis agregado).

Cumpliendo con el mandato específico en relación con los indígenas, la Organización adopta cuatro convenios y dos recomendaciones que se refieren a las condiciones de trabajo de los trabajadores indígenas en los territorios dependientes:

- el Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50);
- el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64);
- el Convenio sobre las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 65);
- la Recomendación sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas, 1939 (núm. 58) y la Recomendación sobre la inspección del trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 59)⁴;
- el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (núm. 86) que recoge las disposiciones sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas que se encontraban en la Recomendación núm. 58;

⁴ Las Recomendaciones núms. 58 y 59, adoptadas dos meses antes del inicio de la Segunda Guerra Mundial, el 27 de junio de 1939; fueron retiradas el 16 de junio de 2004. Ver el informe VII (1), Retiro de dieciséis recomendaciones, y el acta 26/8 de la 92.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

- el Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955 (núm. 104).

La serie de instrumentos sobre trabajadores indígenas culmina con el Convenio núm. 104 que pide la abolición inmediata de las sanciones penales que acaso hubiesen todavía podido afectar a los trabajadores indígenas en territorios dependientes.

El Convenio núm. 50 alcanzó 33 ratificaciones (30 ratificaciones en vigencia, fue denunciado por Bélgica, Mauricio y Somalia).

El Convenio núm. 64 alcanzó 31 ratificaciones (28 ratificaciones en vigencia, fue denunciado por Bélgica, Mauricio y Somalia).

El Convenio núm. 65 alcanzó 33 ratificaciones (32 ratificaciones en vigencia, fue denunciado por Mauricio).

El Convenio núm. 86 alcanzó 22 ratificaciones (21 ratificaciones en vigencia; fue denunciado por Australia);

El Convenio núm. 104 alcanzó 26 ratificaciones, todas en vigencia.

Hay que destacar que cuatro de los cinco convenios que se derogan en 2018 – los Convenios núms. 50, 64, 65 y 104 - alcanzaron un nivel superior de ratificaciones al número de adhesiones reunidas por el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). En cuanto al Convenio núm. 86 de 1947 - que también se deroga en 2018 - logró 22 ratificaciones, es decir, una adhesión equivalente a la del convenio más reciente, el Convenio núm. 169 de 1989.

3. DEL CONVENIO NÚM. 107 (POBLACIONES INDÍGENAS) DE 1957 AL CONVENIO NÚM. 169 (PUEBLOS INDÍGENAS) DE 1989

Adoptados en 1957, el Convenio núm. 107 y la Recomendación núm. 104 son los primeros instrumentos que identifican y reconocen derechos sociales a las poblaciones indígenas en territorios independientes. Entre los objetivos de los instrumentos adoptados en 1957 figura el de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas, uno de los sectores más vulnerables en los países que surgen de la descolonización. En el artículo 2, párrafo 1, del Convenio núm. 107 se pide a los gobiernos que adopten “programas de acción sistemática y coordinada tendientes a la protección de las poblaciones (indígenas) y a su integración progresiva en la vida del país”.

Como se verá en la sección siguiente, el Convenio núm. 169 es un resultado positivo de la capacidad que ha tenido la Organización de revisar los enfoques que han quedado superados y proponer nuevas e innovadoras soluciones. Sin em-

bargo, también se sabe que las discusiones actuales se desarrollan en un contexto particularmente conflictivo entre interlocutores sociales. El sector empleador insiste en que la Organización debe lograr que la implementación de la consulta previa requerida en el Convenio núm. 169 sea un proceso eficiente, eficaz y predecible⁵. La consulta previa requerida por el Convenio núm. 169 es fuente de derecho para las comunidades indígenas, derechos resguardados con particular atención por las jurisdicciones nacionales y los órganos regionales de derechos humanos en América latina.

3.1. Política de revisión de normas y temas indígenas: (1977-1987) los temas indígenas en la primera ronda del examen de las normas internacionales del trabajo

En la reunión de febrero-marzo de 1977, el Consejo de Administración constituyó un “Grupo de Trabajo sobre normas internacionales del trabajo” cuya tarea principal fue establecer las categorías en las que deberían dividirse los convenios y recomendaciones, identificar los instrumentos que precisaban ser revisados y decir los temas que se consideraba que requerían otros estudios o nuevas normas. Durante esta fase de las labores del grupo de trabajo presidido por G. Ventejol, los países socialistas de Europa del Este fueron particularmente activos. Entre otras cosas, intentaron que no se utilice el título “derechos humanos fundamentales” para cubrir los temas de libertad sindical, trabajo forzoso y discriminación aduciendo que existían otros derechos sociales igualmente fundamentales como el derecho a trabajo, a la seguridad social, a las vacaciones, etc. Concretamente, el grupo de trabajo accedió a que el tema “política de empleo y desarrollo de los humanos” se colocase inmediatamente después del tema “derechos humanos fundamentales” para resaltar con ello la vinculación existente entre ambos⁶.

⁵ En octubre de 2016, el sector empleador formuló ocho recomendaciones específicas: impulsar espacios de diálogo permanente entre el Estado y los pueblos indígenas; promover instancias de participación en la planificación territorial; sistematizar, unificar y mantener actualizado un registro sobre los pueblos indígenas; considerar recursos para la implementación de la consulta previa; reconocer, respetar e impulsar el fortalecimiento de las organizaciones indígenas; estudiar mecanismos institucionales que permitan a los pueblos indígenas beneficiarse por los proyectos desarrollados en sus territorios; generar una institucionalidad competente y focalizada en la implementación de la consulta previa; impulsar procesos de capacitación y difusión sobre el Convenio núm. 169. Ver documento OIT, Convenio núm. 169 [...] y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile. Lima, 2016. Documento disponible en: http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_507710/lang-es/index.htm

⁶ Ver párrafos 15-16 del documento GB.209/PFA/5/3 (209.a reunión, febrero-marzo de 1979), Estudio detallado de las normas internacionales del trabajo. Informe final del Grupo de Trabajo.

En febrero-marzo de 1979, al concluir una primera etapa de sus labores, el grupo de trabajo propuso clasificar las normas en cuatro categorías: instrumentos existentes, cuya ratificación y aplicación conviene promover con prioridad; instrumentos existentes que conviene revisar, otros instrumentos existentes y cuestiones sobre las que debería preverse la elaboración de nuevos instrumentos. Además, el grupo de trabajo estableció una lista de temas según la cual se clasificaban a los convenios y recomendaciones adoptados hasta el momento.

En el tema “poblaciones indígenas y tribuales”, dentro de la categoría “instrumentos que deberían promoverse con prioridad” quedaron clasificados tres instrumentos: el Convenio núm. 104 (abolición de las sanciones penales) y el Convenio núm. 107 junto con la Recomendación núm. 104 (poblaciones indígenas). En la categoría “otros instrumentos” quedaron clasificados el Convenio núm. 50 y la Recomendación núm. 46 (reclutamiento de trabajadores), los Convenios núms. 64 y 86 y la Recomendación núm. 58 (contratos de trabajo) y el Convenio núm. 65 (sanciones penales).

En noviembre de 1984, el Consejo de Administración restableció el grupo de trabajo sobre normas internacionales del trabajo solicitándole que actualice sus propuestas en relación con la clasificación de las normas y proponga una política para adoptar nuevas normas. A diferencia de lo ocurrido en la primera ronda, los países socialistas de Europa del Este no participaron en las labores del grupo.

En este contexto, en febrero-marzo de 1985, el Consejo de Administración consideró que diez convenios habían “perdido su pertinencia” (*had lost their relevance*), cinco de los cuales tenían que ver con las condiciones de trabajo de los trabajadores indígenas en territorios dependientes (es decir, los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104⁷). La decisión del Consejo de Administración tuvo una consecuencia exclusivamente burocrática: la suspensión del pedido de memorias a los países que tenían en vigencia los convenios mencionados.

La medida de “dejar en suspenso” tenía como objetivo facilitar la tarea de las administraciones nacionales encargadas de preparar las memorias, reducir la carga de la Oficina de administrar los expedientes y evitar que los miembros de la Comisión de Expertos tomen conocimiento de carpetas conteniendo informaciones poco pertinentes⁸. La decisión consistió en “suspender” la correspondencia

⁷ En cuanto al Convenio núm. 104 que, en febrero-marzo de 1979, había sido considerado en la misma categoría que el Convenio núm. 107, se observa que, en marzo de 1987, se lo coloca en el encabezamiento de “otros instrumentos”, sin entrar en otras consideraciones. Ver párrafo 44 del Anexo III Comentario sobre la clasificación revisada de convenios y recomendaciones y temas que pueden ser objeto de nuevos instrumentos del documento GB.235/12/8 (235.a reunión, 2-6 marzo de 1987), Informe del Grupo de trabajo sobre normas internacionales del trabajo.

⁸ Las preguntas planteadas por la Comisión de Expertos a los gobiernos que habían ratificado

de la Oficina con las administraciones de los países que habían ratificado estos diez convenios. Sin embargo, en la práctica diaria de la Organización, en lugar de decir que se había suspendido la correspondencia relativa al pedido de memorias de unos pocos convenios con algunos gobiernos, se comenzó a hablar de una categoría normativa específica de “convenios en suspenso”.

Al concluir sus labores sobre la clasificación de las normas, en marzo de 1987, el grupo de trabajo propuso que, en el tema “poblaciones indígenas y tribuales”, dentro de la categoría “instrumentos que deberían promoverse con prioridad”, figuraran dos instrumentos: el Convenio núm. 107 y la Recomendación núm. 104. Sin embargo, el Convenio núm. 107 aparece también en la categoría “instrumentos que deberían ser revisados”. Se reúnen también seis instrumentos en la categoría “otros instrumentos”: el Convenio núm. 50 y la Recomendación núm. 46 (reclutamiento de trabajadores), los Convenios núms. 64 y 86 y la Recomendación núm. 58 (contratos de trabajo) y los Convenios núms. 65 y 104 (sanciones penales).

3.2. Revisión del Convenio núm. 107 y adopción del Convenio núm. 169: la política normativa engendra un nuevo convenio

Impulsado por el sector trabajador⁹, desde noviembre de 1985, el Consejo de Administración tomó iniciativas concretas para revisar el Convenio núm. 107. En la 231.a reunión (noviembre de 1985), el Consejo de Administración reservó fondos para convocar una reunión de expertos destinada a examinar la posibilidad de revisar el Convenio núm. 107. La reunión de expertos tuvo lugar del 1 al 10 de septiembre de 1986. El antropólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen fue el presidente y relator de dicha reunión que recomendó al Consejo de Administración que, entre otras cosas, incluya la revisión del Convenio núm. 107 en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988. El Consejo de Administración dio curso a este pedido – sin evocar la sustitución de la Recomendación núm. 104.

los cinco convenios antiguos podían crear problemas inútiles. Por ejemplo, en una solicitud directa formulada en 1973 sobre el Convenio núm. 104, la Comisión de Expertos pidió al Gobierno de Panamá que tome medidas para modificar las disposiciones del Código de Trabajo de manera de cumplir con el artículo 1 del Convenio núm. 104 que requiere que las faltas al contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas en territorios dependientes no den lugar a sanciones penales. En su respuesta, el Gobierno de Panamá indicó que el numeral 2 del artículo 1064 del Código de Trabajo había sido mal interpretado. El Gobierno de Panamá manifestó que “es deseo de nuestro gobierno dejar muy en claro que en nuestro país todo indígena que trabaja en determinado lugar lo hace por propia y exclusiva voluntad, ya que al trabajador indígena en ningún momento se le conmina u obliga a trabajar”.

⁹ La revisión del Convenio núm. 107 figuró entre las prioridades que la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres presentó al grupo de trabajo (ver párrafo 51 del documento GB.235/12/8 (235.a reunión, 2-6 marzo de 1987), Informe del Grupo de trabajo sobre normas internacionales del trabajo.

Dada su importancia, el informe de la reunión de expertos de 1986 se reprodujo en el anexo del informe que presentó la Oficina a la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1988 para apoyar las labores de revisión del Convenio núm. 107. En junio de 1989, la Conferencia adoptó el Convenio núm. 169, que revisa al Convenio núm. 107.

Doce meses después de registrarse las dos primeras ratificaciones del Convenio núm. 169 (Noruega y México), el 5 de septiembre de 1991, el Convenio núm. 169 entró en vigencia y consecuentemente el Convenio núm. 107 quedó cerrado a la ratificación. Apenas cuatro años después de haberse obtenido las orientaciones del Consejo de Administración sobre la necesidad de revisar el Convenio núm. 107, la Organización fue capaz de renovar su visión sobre los pueblos indígenas y lograr que entre en vigencia el Convenio núm. 169.

Al momento de quedar cerrado a la ratificación, el Convenio núm. 107 había alcanzado 27 ratificaciones¹⁰. Casi dos generaciones después de su adopción, el Convenio núm. 169 de 1989, no logró el nivel de adhesión del Convenio núm. 107 de 1957.

Con la caída del Muro de Berlín y la desaparición de los países socialistas de Europa del Este, la Organización tuvo una excelente oportunidad de refrescar temas que habían quedado en suspenso desde la generación anterior. El examen de las normas se realizará siguiendo muy de cerca las orientaciones ensayadas durante la rueda precedente.

Al margen de la revisión de las normas, la nueva ronda dará lugar a que se establezca un mecanismo constitucional para derogar convenios y retirar recomendaciones. El mecanismo ideado para derogar convenios aguardó pacientemente 18 años antes de alcanzar legitimidad suficiente para ser puesto en práctica, lo que no disipa las dudas sobre la urgencia histórica de su creación.

El Grupo de Trabajo Cartier “deja de lado” a los convenios sobre trabajadores indígenas en territorios dependientes y promueve la ratificación del Convenio núm. 169 (marzo de 1996)

En marzo de 1996, al inicio de las tareas sobre “la política de revisión de normas”, el Grupo de Trabajo Cartier confirmó el enfoque anterior en relación con los cinco convenios que se ocupaban de los trabajadores indígenas en los territorios dependientes. Si bien se consideró que las prácticas que se evocaban en los convenios habían “desaparecido en gran medida” seguían planteándose

¹⁰ Al 1 de abril de 2017, 17 países siguen vinculados por el Convenio núm. 107: Angola, Bangladesh, Bélgica, Cuba, República Dominicana, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Iraq, Malawi, Pakistán, Panamá, República Árabe Siria y Túnez.

“problemas relacionados con el reclutamiento de trabajadores indígenas en ciertos Estados”... “Además, muchos países que habían ratificado esos Convenios ya no tenían poblaciones indígenas dependientes en el sentido de los convenios y los problemas que se planteaban en el ámbito de las migraciones internacionales de mano de obra debían abordarse en el marco de los convenios relativos a los trabajadores migrantes o, en lo que respecta a las migraciones internas de trabajadores, a través del Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (núm. 117)”¹¹.

En efecto, el vínculo de los temas indígenas con los problemas que plantean las migraciones internacionales ya había sido observado en la rueda anterior, y se refleja específicamente en un párrafo 38 de la Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955 (núm. 100) donde se había establecido lo siguiente (énfasis agregado):

A reserva de la aplicación de las leyes nacionales de inmigración y de las leyes especiales relativas al empleo de los extranjeros en los servicios públicos, todo obstáculo que, por motivo de origen nacional, raza, color, credo, **asociación a una tribu** o filiación sindical, impida o limite la admisión de cualquier parte de la población, incluidos los trabajadores migrantes, a determinados tipos de trabajos o empleos debería considerarse contrario al orden público, y debería aceptarse el principio de su abolición.

Por su parte, el Convenio núm. 117 contiene la parte V “Indiscriminación en Materia de Raza, Color, Sexo, Credo, Asociación a Una Tribu o Afiliación a un Sindicato”, cuyo artículo 14 dice así:

1. Uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, en materia de:
 - (a) legislación y contratos de trabajo, que deberán ofrecer un trato económico equitativo a todos los que residan o trabajen legalmente en el país;
 - (b) admisión a los empleos, tanto públicos como privados;
 - (c) condiciones de contratación y de ascenso;
 - (d) facilidades para la formación profesional;
 - (e) condiciones de trabajo;
 - (f) medidas de higiene, seguridad y bienestar;

¹¹ Ver páginas 19-21 y 33-36 del documento GB.265/LILS/WP/PRS/1 (marzo de 1996) Examen de los convenios menos ratificados o en suspenso, donde figura el resumen de la situación que desarrolló la Oficina para los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104.

- (g) disciplina;
- (h) participación en la negociación de contratos colectivos;
- (i) tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa.

2. Deberán tomarse todas las medidas pertinentes a fin de reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de discriminaciones fundadas en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, elevando las tasas aplicables a los trabajadores peor pagados.

3. Los trabajadores de un país contratados para trabajar en otro país podrán obtener, además de su salario, prestaciones en dinero o en especie, para sufragar cualquier carga familiar o personal razonable que resulte del hecho de estar empleados fuera de su hogar.

4. Las disposiciones precedentes de este artículo no causarán menoscabo alguno a las medidas que la autoridad competente juzgue necesario u oportuno adoptar con objeto de proteger la maternidad, la salud, la seguridad y el bienestar de las trabajadoras.

Si bien el concepto de “asociación a una tribu” puede provocar reservas por su perfume colonialista, en el artículo 14 del Convenio núm. 117, “la asociación a una tribu” acompaña y se sitúa al mismo nivel que la “afiliación a un sindicato”, sobre la importancia fundamental de este último concepto no hace falta abundar. En todo caso, tanto el párrafo 38 de la Recomendación núm. 100 como el artículo 14 del Convenio núm. 117 conservan su pertinencia jurídica para proteger a los derechos indígenas.

De lo anterior se entiende que el Consejo de Administración, en marzo de 1996, haya decidido: a) dejar de lado, con efecto inmediato, los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104; b) invitar a los Estados que habían ratificado los Convenios núms. 50, 64 y 86 a contemplar la posibilidad de ratificar el Convenio núm. 169 y/o el Convenio núm. 117, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), al tiempo que denunciaban los convenios anteriores; c) invitar a los Estados que habían ratificado los Convenios núms. 65 y 104 a contemplar la posibilidad de ratificar el Convenio núm. 169, al tiempo que denunciaban los convenios anteriores; y d) examinar de nuevo, en su momento, la situación de los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104¹².

¹² Ver páginas 12-13 del documento GB.265/8/2 (marzo de 1996), Informes de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS), donde se encuentra el

Por su parte, el Consejo de Administración puso en evidencia “el estrecho vínculo que existe entre las propuestas que tienden a la ratificación de los convenios más recientes y actualizados y las que se dirigen a la denuncia eventual de determinados instrumentos obsoletos”¹³. En efecto, la decisión del Consejo de Administración de marzo de 1996 puso el acento en la denuncia de los países que mantenían en vigencia los cinco convenios anteriores y obtener que, simultáneamente con la denuncia, se ratifique el Convenio núm. 169 o bien lograr más adhesiones para las normas relativas a la política social (Convenio núm. 117) y las migraciones laborales (Convenios núms. 97 y 143)).

El Consejo de Administración fue sensible a las materias específicas tratadas por los Convenios núms. 50, 64 y 86 (reclutamiento de trabajadores indígenas) y los Convenios núms. 65 y 104 (sanciones penales) y convocó a los países que los mantenían vigentes a que adhieran a las normas más recientes. De esta manera, el Consejo de Administración procedió de manera coherente con la necesidad de reconocer que los convenios antiguos contribuyen a la consecución de los objetivos de la Organización, buscando que quienes opten por la denuncia de los convenios obsoletos también contemplen la posibilidad de ratificar los convenios más recientes. Al ponerse énfasis en la necesidad de obtener nuevas adhesiones a los convenios recientes se fortalece las normas de la OIT y se asegura el liderazgo de la OIT en temas sociales.

3.3. Examen del Convenio núm. 107: reservas para fomentar la ratificación del Convenio núm. 169 en el Grupo de Trabajo Cartier (noviembre de 1997)

En noviembre de 1997, no perduró el consenso entre los interlocutores sociales sobre la manera de abordar los temas indígenas. En efecto, se produjo un intercambio importante en relación con la propuesta que había formulado la Oficina de invitar a los 21 países que tenían en vigencia el Convenio núm. 107 de 1957 de ratificar el Convenio núm. 169 de 1989 el cual sólo había obtenido diez ratificaciones (ocho de las cuales provenían de América latina y dos países Nórdicos)¹⁴.

El sector empleador expresó sus reservas en cuanto a la posibilidad de invitar a ratificar el Convenio núm. 169 sin antes conocer cuáles eran las dificultades y los obstáculos que planteaban el mentado convenio. El sector trabajador no

informe del Grupo de Trabajo Cartier y su decisión en relación con los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104.

¹³ *Ibid.*, párrafo 24, d), ii) del documento GB.265/8/2.

¹⁴ Noruega, junio de 1990; México, septiembre de 1990; Colombia, agosto de 1991; Bolivia, diciembre de 1991; Costa Rica, abril de 1993; Paraguay, agosto de 1993; Perú, febrero de 1994; Honduras, marzo de 1995; Dinamarca, febrero de 1996 y Guatemala, junio de 1996).

quiso modificar la propuesta de la Oficina y se negó a encarar la posibilidad de hacer un estudio sobre el Convenio núm. 169. Por sobre todo, el sector trabajador subrayó que el grupo de trabajo carecía de mandato para examinar los convenios y las recomendaciones adoptados con posterioridad a junio de 1987.

La decisión del Consejo de Administración comportó una simple invitación a los países que tenían en vigencia el Convenio núm. 107 a que ratifiquen el Convenio núm. 169. Luego de las consignas del Grupo de Trabajo Cartier, sólo tres países – Argentina, Brasil y Ecuador - ratificaron el Convenio núm. 169, produciendo las correspondientes denuncias automáticas del Convenio núm. 107. Portugal denunció al Convenio núm. 107 en octubre de 2009, sin proceder con la ratificación del Convenio núm. 169.

Tercera ronda de la política de revisión de normas: el Convenio núm. 169 en un contexto conflictivo

Luego de variados intentos de lograr que el sector trabajador acepte renovar el ejercicio de revisión de normas, en noviembre de 2011, el Consejo de Administración aceptó pronunciarse sobre un “mecanismo de examen de las normas” (MEN) en el marco de la “política normativa de la OIT”.

Nuevas dificultades aparecen pocos meses después cuando, en la 101.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2012), las labores de la Comisión de Aplicación de Normas quedaron paralizadas al cristalizarse la controversia entre los interlocutores sociales sobre el mandato de la Comisión de Expertos y su manera de considerar que el derecho de huelga se desprendía del Convenio núm. 87. Guy Ryder – que iniciaba su primer mandato como Director General de la Oficina - consideró oportuno hacer del MEN “el núcleo” de la «iniciativa relativa a las normas», una de las siete iniciativas para celebrar el Centenario de la Organización propuestas en la 102.a reunión (junio de 2013) de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Contrariamente a las rondas anteriores, el examen de las normas se desarrolla en un contexto particularmente conflictual y el Convenio núm. 169 hace parte de la crisis.

En efecto, la Organización Internacional de Empleadores (OIE), en agosto de 2012, manifestó ante la Comisión de Expertos que «la mala aplicación e interpretación del requisito de la consulta previa puede implicar obstáculos legales y acarrear dificultades para los negocios, afectar a la reputación y tener costos financieros para las empresas ¹⁵». La OIE agregó que «las dificultades para cum-

¹⁵ Párrafo 103 del informe de la CEACR publicado en 2013. Pág. 37 de la versión en español del informe que se encuentra en la siguiente dirección: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205508.pdf

plir con la obligación de consulta pueden tener repercusiones sobre los proyectos que las empresas quieren llevar a cabo a fin de crear un entorno propicio para el desarrollo económico y social, la creación de trabajo productivo y decente y el desarrollo sostenible del conjunto de la sociedad». La OIE pidió a la Comisión de Expertos que evite «interpretaciones extensivas» de las disposiciones del Convenio núm. 169.

En su respuesta a la OIE, la Comisión de Expertos confirmó lo expresado en la observación general de 2011 respecto que al conocer «del significado de las consultas permanece fiel tanto a la letra como al espíritu de las disposiciones pertinentes del Convenio núm. 169, a los trabajos preparatorios que condujeron a su adopción y a las conclusiones de los comités tripartitos establecidos por el Consejo de Administración en virtud del artículo 24 de la Constitución». La Comisión de Expertos señaló que no era «un tribunal de justicia y como resultado de ello no tiene poder de requerimiento ni de dictar medidas provisionales» (*the Committee stated that it was not a court of law and that, as a result, cannot issue injunctions or provisional measures*). El mandato de la Comisión de Expertos, desde la reunión que tuvo lugar en noviembre-diciembre de 2013, se encuentra definido en términos precisos¹⁶.

Análisis crítico de las decisiones sobre el Convenio núm. 107 y los cinco convenios sobre trabajadores indígenas

El MEN ha compartimentado su análisis sobre los temas indígenas. En lugar de estudiar conjuntamente los cinco convenios sobre los trabajadores indígenas

¹⁶ Se pueden consultar los Informes III (Parte 1A) de la Comisión de Expertos presentados a la 103.^a reunión (2014) y a la 104.^a reunión (2015) de la Conferencia Internacional del Trabajo. En los párrafos 31 y 29 de los Informes de 2014 y 2015 se dice lo siguiente: «La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones es un órgano independiente establecido por la Conferencia Internacional del Trabajo y sus miembros son nombrados por el Consejo de Administración de la OIT. Está compuesta por expertos en el terreno jurídico que se encargan de examinar la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT por parte de los Estados Miembros de la OIT. La Comisión de Expertos realiza un examen técnico e imparcial de la manera en que los Estados Miembros aplican los convenios en la legislación y en la práctica, teniendo en cuenta las diferentes realidades y sistemas jurídicos nacionales. Al hacerlo, debe determinar el alcance jurídico, contenido y significado de las disposiciones de los convenios. Sus opiniones y recomendaciones no son vinculantes y buscan orientar las acciones de las autoridades nacionales. El carácter persuasivo de esas opiniones y recomendaciones se deriva de la legitimidad y racionalidad de la labor de la Comisión que se basa en su imparcialidad, experiencia y competencia técnica. La función técnica y la autoridad moral de la Comisión están ampliamente reconocidas, especialmente porque ha llevado a cabo su labor de supervisión durante más de 85 años, y debido a su composición, independencia y métodos de trabajo cimentados en el diálogo continuo con los gobiernos, teniendo en cuenta la información que transmiten las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Esto se ha reflejado en la incorporación de las opiniones y recomendaciones de la Comisión en legislaciones nacionales, instrumentos internacionales y decisiones de los tribunales».

en los territorios dependientes, los instrumentos sobre poblaciones indígenas y tribales (Convenio núm. 107 y Recomendación núm. 104 de 1957) y el Convenio núm. 169 de 1989; en noviembre de 2016, se tomó una decisión transitoria sobre el Convenio núm. 107 y otra decisión definitiva sobre los cinco convenios sobre trabajadores indígenas, dejando pendiente el análisis del Convenio núm. 169 para octubre de 2017.

La recomendación del MEN, adoptada por el Consejo de Administración, dice lo siguiente¹⁷:

1) en relación con el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107):

a) la Oficina empiece en los próximos doce meses el proceso de seguimiento con los Estados Miembros que actualmente están vinculados por el Convenio:

i) alentándolos a ratificar el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), como el instrumento más actualizado en este ámbito, lo cual implicaría la denuncia automática del Convenio núm. 107, y

ii) acopiando información de esos Estados Miembros con el objetivo de entender mejor los motivos que tienen para no ratificar el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169);

b) sobre la base del informe de la Oficina acerca de la información obtenida a través de ese seguimiento, el Grupo de Trabajo del MEN realizará un examen completo de la situación del Convenio núm. 107 al examinar ulteriormente otros instrumentos sobre pueblos indígenas y tribales (serie de instrumentos 17) y decidirá en ese momento si recomienda o no derogarlos o retirarlos, según corresponda;

2) En lo que respecta al Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50), el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64), el Convenio sobre las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 65), el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (núm. 86) y el Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955

¹⁷ El texto comentado que contiene la recomendación del MEN al Consejo de Administración respecto del Convenio núm. 107 y los cinco convenios antiguos se encuentra en el párrafo 26 del documento GB.328/LILS/2/1, publicado el 3 de noviembre de 2016, en la siguiente dirección: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_534149.pdf

(núm. 104), el Consejo de Administración considera la posibilidad de inscribir un punto en el orden del día de la 107.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2018) en relación con su derogación.

Al momento de concluir este estudio (marzo de 2017), no se conocen los términos de las discusiones que tuvieron eventualmente lugar en el marco del MEN entre los interlocutores sociales en relación con los temas indígenas dado que, debido a la falta de tiempo y a la necesidad de nuevas consultas¹⁸, las actas detalladas de las discusiones del MEN no se transmitieron al Consejo de Administración.

Al aprobarse lo actuado por el MEN en el Consejo de Administración, el sector empleador indicó que “en las actas de las futuras reuniones debería incluirse un resumen de las deliberaciones previas a la adopción de cada una de las recomendaciones¹⁹”. Por su parte, el sector trabajador sostuvo que las recomendaciones del MEN habían sido elaboradas de modo que “los Estados tengan tiempo para ratificar los convenios actualizados antes de derogar los instrumentos más antiguos, de modo que no se creen lagunas en materia de cobertura²⁰”. Los representantes gubernamentales de los países de América latina y del Caribe consideraron que cuando un país no denuncia un convenio es debido a que lo considera pertinente y se preguntaron “si la denuncia de un convenio es positiva para los interlocutores sociales o para la OIT, y si su derogación anima a los gobiernos a ratificar nuevos instrumentos²¹”.

3.4. ¿Qué otros convenios se derogan?

Cabe reconocer que en la decisión relativa al Convenio núm. 107 existe un estímulo a alentar la ratificación del Convenio núm. 169 entre los 17 países que tienen en vigencia el Convenio núm. 107, lo cual no es innovador sino una reiteración de la invitación precedente formulado por el Grupo de Trabajo Cartier. Algo nuevo parece ser la autorización que recibió la Oficina para obtener informaciones de los 17 países que tienen en vigencia el Convenio núm. 107 sobre las dificultades que tengan para ratificar el Convenio núm. 169. Los 17 países que tienen en vigencia el Convenio núm. 107 son los siguientes: Angola, Bangladesh, Bélgica, Cuba, República Dominicana, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Iraq, Malawi, Pakistán, Panamá, República Árabe Siria y Túnez.

¹⁸ Ver el párrafo 4 del informe de la reunión del MEN, documento GB.327/LILS/2/1, publicado el 3 de noviembre de 2016: “Debido a la falta de tiempo después de la reunión del Grupo de Trabajo tripartito del MEN, la preparación del resumen de la discusión está pendiente de nuevas consultas”.

¹⁹ Documento GB.327/PV, párrafo 569 (publicado el 2 de febrero de 2017).

²⁰ *Ibid.*, párrafo 568.

²¹ *Ibid.*, párrafo 571.

Sin embargo, resulta suspicaz que se haya puesto el foco en la posibilidad de decidir la derogación del Convenio núm. 107 cuando se proceda, en octubre de 2017, con el examen del Convenio núm. 169. En efecto, el texto de la recomendación del MEN en relación con el Convenio núm. 107 utiliza un lenguaje plural al decir “derogarlos o retirarlos”, dejando entender que, al realizar el “examen completo” de la situación del Convenio núm. 107 y “examinar ulteriormente otros instrumentos sobre pueblos indígenas y tribales” (es decir, el Convenio núm. 169²²), el MEN “decidirá en ese momento si recomienda o no derogarlos o retirarlos, según corresponda”²³.

Teniendo en cuenta el poco éxito que han tenido los llamamientos para ratificar el Convenio núm. 169 entre aquellos que mantienen en vigencia el Convenio núm. 107, parece temerario anticipar una derogación del Convenio núm. 107.

Cualesquiera sean las reservas que inspire el Convenio núm. 107, se trata de un instrumento que se encuentra vigente en países donde existen situaciones particularmente conflictivas (se piense en Egipto, Iraq, República Árabe Siria y Túnez) que afectan a comunidades particularmente identificables y vulnerables (como es el caso en Bangladesh, India y Pakistán).

Ruptura del “estrecho vínculo” entre las medidas relacionadas con los convenios antiguos y la promoción de convenios recientes

El Consejo de Administración ha actuado de manera expedita e inscripto en el orden del día de la 107.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2018) la cuestión de la derogación de seis convenios y el retiro de tres recomendaciones²⁴. El documento que propuso al Consejo de Administración la derogación de los convenios antiguos evoca brevemente las motivaciones que se tuvieron en cuenta en el MEN para proponer una medida extrema: los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104 aludían a “situaciones que prácticamente ya no existían” y que el enfoque normativo aplicable a los trabajadores indígenas y las realidades de la migración laboral (en relación con el Convenio núm. 21) “habían cambiado radicalmente desde su adopción”²⁵.

²² El Convenio núm. 169 es el único instrumento que figura bajo el acápite “Pueblos indígenas y tribales” en el “Conjunto de instrumentos 17: Instrumentos de carácter transversal y sectorial”, documento GB.328/LILS/2/1, octubre-noviembre 2016, pág. 31.

²³ Ver párrafo 26, apartado 1, b) de la recomendación del MEN en el documento mencionado en la nota 17.

²⁴ Ver documento GB.328/INS/3 (Add.), publicado el 3 de noviembre de 2016. Además de los cinco convenios sobre trabajadores indígenas en territorios dependientes, la Conferencia Internacional del Trabajo se deberá pronunciar sobre la derogación del Convenio 3 (sobre la inspección de los emigrantes, 1926 (núm. 21) y el retiro de la Recomendación sobre las horas de trabajo (pesca), 1920 (núm. 7), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1939 (núm. 61) y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (colaboración entre Estados), 1939 (núm. 62).

²⁵ Ver párrafo 3 del documento GB.328/INS/3 (Add.).

Sin embargo, nada indica que se haya debidamente sopesado que la decisión de derogar los cinco convenios antiguos no comporte la invitación de ratificar el Convenio núm. 169 a los 34 países que tienen en vigencia los cinco convenios antiguos sobre trabajadores indígenas en territorios dependientes²⁶. De esta manera, se interrumpió el “estrecho vínculo” que se había puesto en las rondas anteriores entre las actuaciones tendientes a descartar normas consideradas como antiguas con la promoción activa de las normas más recientes.

Conviene indicar que un total de 58 países mantienen en vigencia los cinco convenios sobre trabajadores indígenas, algunos de estos países también han ratificado el Convenio núm. 107 o el Convenio núm. 169. Los cinco convenios antiguos – junto con el Convenio núm. 107 y el Convenio núm. 169 - representan 156 ratificaciones vigentes para 58 países (ver cuadros I y II).

La mayor parte de estas ratificaciones vigentes se encuentran en África (61), Caribe (27), Asia (13), Países Árabes (15), Sudamérica (13), América Central (11), Oceanía (9), Europa (6).

El perfil de ratificaciones del Convenio núm. 169 presenta dos distorsiones importantes. Por una parte, 22 países han ratificado el Convenio núm. 169 de 1989, un número muy escaso si se lo compara con la cantidad de países que ratificaron el Convenio núm. 107 de 1957, el cual logró la adhesión de 27 países. Por la otra, las ratificaciones del Convenio núm. 169 se distribuyen mayormente en América latina (14), cuatro en Europa, una en África (República Centroatrónica), otras en Asia (Nepal), en el Caribe (Dominica) y en Oceanía (Fiji). Sin embargo, las ratificaciones del Convenio núm. 107 – y aquellas ratificaciones vigentes de los convenios sobre trabajadores indígenas – tienen una distribución geográfica equilibrada. Hay comunidades indígenas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y que viven en los 34 países (enumerados en la nota 26) que tienen en vigencia los convenios antiguos sobre trabajadores indígenas.

En consecuencia, no es suficiente con promover la ratificación del Convenio núm. 169 entre los 17 países que tienen en vigencia el Convenio núm. 107, sino que la Organización debería lograr que aquellos 34 países que tienen compromisos en relación con los “trabajadores indígenas” también adhieran al Convenio núm. 169.

²⁶ Bahamas, Barbados, Burundi, Camerún, Granada, Guyana, República Islámica de Irán, Jamaica, Japón, Kenia, Lesoto, Liberia, Libia, Malasia, Marruecos, Mauricio, Níger, Nigeria, Nueva Zelandia, República Democrática de Congo, Reino Unido, Ruanda, Santa Lucía, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Suazilandia, Tailandia, República Unida de Tanzania, Trinidad y Tobago, Uganda, Yemen y Zambia.

4. PROPUESTA PARA UNA ACCIÓN EN LA 107.A REUNIÓN DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO (JUNIO DE 2018)

Las críticas que presenta este estudio se focalizan en que, la decisión de derogar ciertos convenios antiguos, no conlleva una invitación de ratificar el Convenio núm. 169 a los 34 países que tienen en vigencia los cinco convenios antiguos sobre trabajadores indígenas en territorios dependientes. Se trata de los siguientes países: Bahamas, Barbados, Burundi, Camerún, Granada, Guyana, República Islámica de Irán, Jamaica, Japón, Kenia, Lesoto, Liberia, Libia, Malasia, Marruecos, Mauricio, Níger, Nigeria, Nueva Zelandia, República Democrática de Congo, Reino Unido 27, Ruanda, Santa Lucía, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Suazilandia, Tailandia, República Unida de Tanzania, Trinidad y Tobago, Uganda, Yemen y Zambia. Conviene tomar conciencia que las 158 ratificaciones vigentes para los países mencionados pueden ser valorizadas y servir como motivación para que los interlocutores sociales y las otras partes interesadas contemplen la ratificación del Convenio núm. 169.

Para cumplir con los plazos constitucionales, el 30 de noviembre de 2016, la Oficina circuló el informe²⁸ que contiene el cuestionario al que responderán los gobiernos, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, en relación con la derogación de los antiguos convenios sobre los trabajadores indígenas. Las respuestas al cuestionario deberían recibirse en la Oficina, el 30 de noviembre de 2017, a más tardar. Mientras continúan los preparativos para la derogación de los convenios corresponde reflexionar sobre la posibilidad de intentar que, a nivel de la Conferencia Internacional del Trabajo que tendrá lugar en junio de 2018, se haga un sincero llamamiento para ratificar el Convenio núm. 169, aunque quede consumada la derogación de los convenios antiguos.

²⁷ El Reino Unido ha declarado que alguno de los cinco convenios antiguos es aplicable en los territorios de Anguilla, Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Guernesey, Isla de Man, Jersey, Montserrat y Santa Elena. Para muestra de la aplicabilidad del Convenio núm. 169 en países europeos ver las solicitudes directas de la Comisión de Expertos publicadas en 2014.

²⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, 107.a reunión, 2018, Informe VII (1), Derogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo.