

LA CONSULTA PREVIA, LIBRE, INFORMADA, DE BUENA FE Y CULTURALMENTE ADECUADA: PUEBLOS INDÍGENAS, DERECHOS HUMANOS Y EL PAPEL DE LAS EMPRESAS

INTRODUCCIÓN

Uno de los mecanismos más importantes para el respeto y la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas es el derecho a la consulta previa, libre e informada, siendo la columna vertebral del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el instrumento jurídico internacional más importante en relación con los pueblos indígenas.

La consulta previa se ha convertido en uno de los temas más controvertidos de los derechos indígenas. Esto es debido a que se conjuntan conflictos jurídicos, políticos, económicos y sociales; además es un espacio de posible encuentro entre los intereses económicos y la supervivencia de los pueblos indígenas. Por lo tanto, es necesario que el Estado, las empresas y la sociedad estén plenamente informados y formen parte de la defensa del derecho a la consulta previa.

Lo que se expone es un conjunto de ideas que buscarán ayudar al lector a comprender la consulta previa, su importancia para los pueblos indígenas y para la salvaguarda de los derechos humanos en general en el marco del desarrollo sostenible, en el que las empresas tienen una relevancia clave.

1. ¿QUIÉNES SON LAS PERSONAS INDÍGENAS Y CUÁLES SON SUS DERECHOS?

El Convenio 169 de la OIT, define en su artículo 1o., inciso b) que los indígenas son:

“[...] los pueblos en países independientes [son] considerados indígena por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”¹

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, define a los pueblos indígenas en su artículo 2o. como:

“[...] aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, aunando en el hecho que “la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”, finalmente determinando que “son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”²

¹ Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, C169, 1989, C169. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf

² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 2o., México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016. Disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>

Las formas de vida de los indígenas son únicas y denotan la identificación con sus usos y costumbres, tienen una cosmovisión basada en su relación con la tierra y el territorio en dónde habitan, espacio necesario para su supervivencia cultural, física, religiosa y espiritual.



Fuente: elaboración propia.

Los indígenas (pueblos e individuos), son titulares de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales contenidas en los diversos tratados internacionales en su defensa. No deben ser discriminados del disfrute de sus derechos por su origen o identidad indígena.³

Asimismo, tienen el derecho a la libre determinación ya que debido a ésta, se puede determinar su condición política, econó-

³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, resolución adoptada por la Asamblea General, 2 de octubre de 2007, A/RES/61/295. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

mica, social y cultural. Los pueblos indígenas pueden autodeterminarse y autogobernarse en las cuestiones locales e internas.⁴

Además de poseer todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, es importante destacar que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas tiene un enfoque único, ya que es una base fundamental para el desarrollo de su comunidad, de su cultura y su espiritualidad.⁵

2. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Es el derecho de participación de los pueblos indígenas en situaciones que impliquen una afectación a ellos y a sus derechos. Es un método de reconocimiento de los pueblos como autónomos y con libre determinación para darles la posibilidad de definir sus prioridades para desarrollarse. Es el derecho de los pueblos indígenas de elaborar las normas, buscando un acuerdo con ellos en los aspectos que los involucren.⁶

La consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada es un derecho humano colectivo de los indígenas que les ayuda a prevenir el que puedan ser vulnerados sus derechos y se sustenta en principios internacionales como la libre determinación, la igualdad, la identidad cultural, el pluralismo, el

⁴ Artículos 3 y 4: Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, resolución adoptada por la Asamblea General, 2 de octubre de 2007, A/RES/61/295. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

⁵ "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 30 de diciembre, 2009. Consultado el 16 de mayo de 2016. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

⁶ El derecho a la consulta previa: normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. Publicación. Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania.

respeto a la tierra, territorio, recursos naturales, entre otros. La consulta debe ser:⁷

- *Libre*: no debe haber interferencias ni presiones;
- *Previa*: debe ser anterior a la adopción y aplicación de la medida legal o la administración nacional y a la ejecución del proyecto o actividad.
- *Informada*: se debe dar a conocer el objeto de la ley, decreto o proyecto a los posibles afectados.
- *Culturalmente adecuada*: se debe realizar a través de asambleas y de las instituciones representativas de cada pueblo indígena. Se debe tener en cuenta las peculiaridades de los pueblos, formas de gobierno, usos y costumbres. Así como tener un diálogo intercultural con las partes.
- *De buena fe*: debe haber buena disposición, un diálogo equitativo, imparcial, con igualdad de oportunidades de poder influir en la decisión final, y con reconocimiento del otro como interlocutor válido, legítimo y en igualdad de condiciones.⁸

Su objetivo principal es llegar a un acuerdo o incluso lograr un consentimiento referido a las medidas propuestas y debe hacerse de buena fe. En los últimos años, el derecho a la consulta previa ha cobrado cada vez más importancia y desde 1989, se ha

⁷ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2011). El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos a gran escala. Disponible en: http://hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/derecho_consulta_IS.pdf

⁸ "Recomendación General Núm. 27/2016: sobre el derecho a la consulta previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe de los pueblos y comunidades indígenas de la República mexicana". Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 11 de julio de 2016. Consultado el 10 de agosto de 2016. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc//Recomendaciones/generales/RecGral_027.pdf

ido regulando y reconociendo en el sistema jurídico internacional, regional y nacional.^{9,10}

La consulta previa, como manifestación del derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones que los puedan afectar, procede cuando deben ser consultados en situaciones como las siguientes:

- a) Antes de que el Estado adopte o aplique leyes o medidas administrativas que los puedan afectar directamente (Convenio 169 de la OIT, art. 6.1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19).
- b) Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 32.2).
- c) Antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan (Convenio 169, art. 15.2).
- d) Antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 30).

⁹ Grueso, Libia Rosario. "El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada: una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos". Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: Colombia.

¹⁰ Yáñez, Nancy y Hernando Silva. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado*. Santiago, Chile: Observatorio Ciudadano, 2014.

a) Marco legal internacional

I. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989)

La OIT adoptó este Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en 1989 y hoy es uno de los instrumentos legales más importantes para la defensa de los derechos humanos de los indígenas. Hasta la fecha, lo han ratificado 20 países (México es uno de ellos) y es un instrumento vinculante para todos los Estados Miembros.¹¹

Establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas cuando se les pueda afectar de manera directa al adoptar medidas legislativas o administrativas (art. 6), al realizar planes nacionales para el proceso de desarrollo del país (art. 7), y antes de emprender o autorizar un programa de explotación de los recursos dentro de sus tierras (art. 25).¹²

II. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007, teniendo 143 países a favor (México siendo uno de estos), cuatro en contra y 11 abstenciones.

Esta Declaración no es jurídicamente vinculante, pero es un importante instrumento político y de presión. Incluso, muchos países latinoamericanos la refirieron en sus constituciones, al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

¹¹ Rodríguez Garavito, César y Meghan Morris. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2010.

¹² Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, C169, 1989*. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf

Este instrumento va más allá que el Convenio 169 en cuanto a que utiliza el concepto de consentimiento libre, previo e informado (obligación del Estado a llegar a una aceptación de los pueblos); no sólo la consulta, y estipula además de los puntos obligados en el Convenio, que se debe tener un consentimiento en caso de desplazamiento forzado o almacenamiento de materiales peligrosos (arts. 10 y 29). Y que en caso de que haya alguna afectación de los bienes culturales, religiosos, intelectuales o espirituales, se deberá hacer una reparación (art. 11).¹³

III. Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas

El Foro examina los asuntos indígenas en cuanto al desarrollo social y económico, medio ambiente, cultura, derechos humanos, entre otros; y da asesorías y recomendaciones al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC).¹⁴

Se ha reunido anualmente desde el 2002 y ha emitido múltiples recomendaciones instando a la necesidad de una participación cada vez más amplia de los indígenas en las decisiones que les puedan afectar de manera directa o indirecta.

Las recomendaciones no son vinculantes, pero son ampliamente divulgadas y crean oportunidades de presión para todos los actores involucrados en el proceso de consulta.

IV. Otros instrumentos

Instituciones como el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo; han pu-

¹³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, resolución adoptada por la Asamblea General, 2 de octubre de 2007, A/RES/61/295. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

¹⁴ Rodríguez Garavito, César y Meghan Morris. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2010.

blicado algunas directrices para motivar la aplicación de la consulta previa.

Las directrices tienen una ventaja de operatividad en el derecho internacional, estableciendo instrucciones precisas para el procedimiento de la aplicación positiva de la consulta previa, libre e informada. Gracias a esto, son utilizadas por empresas, bancos y Estados.

De igual manera, actualmente ya existen compromisos voluntarios públicos por parte de diversas empresas para cumplir con las directrices y respetar el principio de la consulta previa.

Los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos y la norma ISO 26000, son ejemplos de guías que buscan orientar a las empresas a respetar a las comunidades aledañas a su ámbito de operación y que pueden ser impactadas o afectadas por sus proyectos. Sin embargo, ninguna de estas dos guías es legalmente vinculante, tampoco establece la necesidad de llegar a un acuerdo con los pueblos, ni menciona el derecho de los mismos al consentimiento libre, previo e informado.¹⁵

b) Marco legal regional

I. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los instrumentos normativos fundamentales del Sistema son la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos son las fuentes esenciales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

La CorteIDH es legalmente vinculante y tiene la capacidad de ordenar que se garantice el goce del derecho y de disponer reparaciones según el caso. Su jurisprudencia es una de las fuentes de derecho más importantes en cuanto a la consulta previa. En este

¹⁵ El derecho a la consulta previa: normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. Publicación. Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania.

sentido, la Corte ha fallado a favor de los pueblos indígenas en varios casos que buscan su protección.¹⁶ Los casos *Saramaka vs. Suriname* y *Sarayaku vs. Ecuador*, se han convertido en sentencias precedentes de las fuentes del derecho (véase la tabla de la página siguiente).¹⁷

En el mismo sentido, el 15 de junio del 2016, en Santo Domingo, República Dominicana, en la tercera sesión plenaria la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

3. CASO COLOMBIA

El Estado colombiano está a la vanguardia en América Latina al reconocer constitucionalmente y a nivel legislativo, los derechos humanos de los pueblos indígenas. Su experiencia en el derecho a la consulta previa nos demuestra la necesidad de una revisión constante de la aplicación efectiva de este derecho, teniendo una participación activa de los pueblos.¹⁸

Colombia ha luchado para que la consulta previa no sea un mero procedimiento, sino un verdadero ejercicio de autonomía

¹⁶ Las más recientes sentencias emitidas por la Corte en relación con el derecho a la consulta son los casos: *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras*, *Comunidad Garífuna Punta Piedra vs. Honduras* y *Pueblos Kalifña y Lokono vs. Surinam*. En estos precedentes se enfatiza la importancia de generar medidas de reparación más robustas, cuando la afectación fue producida por empresas con actividades extractivas, por ejemplo con medidas de compensación colectiva a través de un fondo de desarrollo comunitario para las comunidades indígenas.

¹⁷ Rodríguez Garavito, César y Meghan Morris. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2010.

¹⁸ Grueso, Libia Rosario. "El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada: una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos". Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: Colombia.

Saramaka vs. Suriname (2007)	Sarayaku vs. Ecuador (2012)
Comunidad Tribal Saramaka	Pueblo Kichwa de Sarayaku
El Estado dio concesiones para la explotación minera y forestal en territorios tradicionalmente poblados por el pueblo Saramaka.	Empresa petrolera realizó exploración y explotación de petróleo en territorio del pueblo Kichwa.
El Estado no realizó consulta previa, tampoco garantizó la participación de los saramakas, ni realizó estudios de impacto.	No se realizó una consulta previa adecuada. La empresa no consultó las instancias representativas del pueblo e intentaron manipular, difamar y agredir a miembros de la comunidad. Sin autorización del pueblo, la empresa explotó más de 400 pozos y restringió la libertad de movimiento y del uso de tierra de los habitantes. Además destruyeron bosques, manantiales, recursos agrícolas, sitios culturales, por mencionar algunos.
El Estado violó los derechos fundamentales del pueblo Saramaka.	El Estado violó los derechos fundamentales del pueblo Kichwa.
La Corte dispuso que los saramakas tienen el derecho a los recursos naturales de su territorio y que el Estado debe respetar la libre determinación del pueblo. Al no cumplir con esta obligación, se declaró a Suriname como responsable.	La Corte declaró responsable al Estado de Ecuador por haber celebrado el contrato con la empresa sin haber hecho consulta previa y culpable por negligencia al no impedir las actividades empresariales en el territorio.
La Corte dictaminó ciertas medidas que debía llevar a cabo Suriname en donde se incluía el derecho al consentimiento previo, la modificación de medidas legislativas para la protección de los pueblos indígenas y tribales. El Estado se vio obligado a pagar las indemnizaciones por daños materiales e inmateriales.	La Corte dictaminó que Ecuador debía tomar las medidas para retirar el material explosivo del territorio con la consulta previa del pueblo y que no podrá realizarse ninguna actividad en el país sin realizar consulta previa. Ecuador debía tomar las medidas legislativas necesarias para asegurar lo anterior. Ecuador tuvo que indemnizar a los habitantes de Sarayaku por daños materiales e inmateriales.
Marca un precedente por ir más allá de la consulta previa y exigir un consentimiento del pueblo según sus costumbres y tradiciones.	Marca un precedente por reconocer el deber de la consulta como un Principio de Derecho Internacional.

Fuente: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf, elaboración propia.

de los pueblos indígenas. Esto se denota en dos situaciones que lo ponen como puntero en cuanto a la defensa del derecho a la consulta previa:¹⁹

1. Incluyó el derecho a la consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas.
2. La Corte Constitucional de Colombia asumió mediante su jurisprudencia el desarrollo del contenido del derecho de consulta.

¿Cuáles son las particularidades colombianas en relación a la protección del derecho a la consulta previa?

1. Fueron pioneros en reconocer los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes en su Constitución de 1991.
2. Colombia reconoce todos los tratados internacionales dentro de su Constitución. Teniendo ésta 380 artículos, y se le suman 2964 más de los pactos de los que es parte.²⁰

La Constitución Colombiana y su Corte Constitucional han sido actores fundamentales para la defensa a la consulta previa. Primero, en la Constitución se incluyó en el párrafo único del artículo 330 que:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.²¹

¹⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada: Una Mirada Crítica desde los Pueblos Indígenas. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2016.

²⁰ *Idem*.

²¹ Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de Colombia”. Consulta de la Norma: 1991. Consultado el 17 de mayo de 2016.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha admitido por medio de sus sentencias, aspectos de suma importancia como el derecho del consentimiento libre, previo e informado cuando el impacto sea de tal magnitud que ponga en riesgo la supervivencia misma del pueblo.²²

En el caso de la protección del derecho en las medidas legislativas, la Corte también ha hecho una jurisprudencia importante como declarar inconstitucionales leyes que no tomaron en cuenta a los pueblos y que sí podían afectarles directamente.²³

Desafortunadamente, el adecuado cumplimiento del derecho a la consulta previa requiere, como ya se mencionó, de varios actores que apoyen temas jurídicos políticos y sociales para su correcto funcionamiento. En Colombia, aún no ha habido una sincronía perfecta entre la jurisprudencia, la política, los intereses económicos y los sociales. Sin embargo, se continúa intentando coordinar y sincronizar los proyectos que tienen relación con el derecho a la consulta previa para poder defender los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas.²⁴

4. CASO PERÚ

Perú es el país sudamericano con el mayor número de indígenas (aproximadamente 7 millones).²⁵ Tras varios casos de violación del derecho a la consulta previa de los pueblos en la región, el

Disponble en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

²² Orduz Salinas, Natalia. La Consulta Previa en Colombia. Santiago: Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, 2014.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Valcárcel, Marisa. "Ranking Infolatam: ¿En qué países viven más indígenas y mejor en la región?" Infolatam RSS, octubre de 2014. Consultado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.infolatam.com/2014/10/14/ranking-infolatam-en-que-paises-viven-mas-indigenas-y-mejor-en-la-region/>

expresidente Ollanta Humala promulgó en el 2011 la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios”, la cual incluye el Convenio 169 de la OIT. Ésta, cumplió con una larga y esperada demanda para la importante legislación de uno de los derechos más significativos de los pueblos.²⁶

La Ley tiene como objetivo establecer acuerdos entre el gobierno y los pueblos indígenas sobre las medidas administrativas y legislativas que les pudiesen afectar.

A pesar del importante paso que dio el país andino en cuanto a la protección de este derecho, es importante recordar que Perú es un país con una amplia inversión de mineras y empresas de hidrocarburos. Bajo ley, el gobierno debe consultar a los pueblos que son potencialmente afectados por las operaciones de estas empresas y buscar un acuerdo. Sin embargo, en la práctica, el respeto a la consulta previa ha sido extremadamente complicado y el Estado no ha cesado en otorgar concesiones a empresas para explotar las regiones indígenas ya que esas inversiones, argumentan, ayudan al crecimiento económico del Perú.²⁷

En Perú, como en Colombia, aún falta la sincronía entre lo estipulado en la ley y lo llevado a cabo en la práctica. Persiste el debate entre la defensa de los pueblos indígenas frente al crecimiento económico; en consecuencia, es indispensable la adecuada participación de todos los actores involucrados: gobierno, empresas e indígenas, para así llegar a acuerdos en donde se generen beneficios recíprocos y desarrollo sostenible, sin que ninguno sea violentado o ignorado.

²⁶ Diez, Alejandro. “La consulta previa y su aplicación en el Perú”. *Propuesta Ciudadana*. Consultado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://propuestaciudadana.org.pe/red/red/La%20Consulta%20Previa%20y%20su%20aplicaci%C3%B3n%20en%20el%20Per%C3%BA.pdf>

²⁷ Cynthia A. Sanborn A. y Álvaro Paredes. “Consulta Previa: Perú”. 2015. Consultado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>

5. CONSULTA PREVIA Y DEBIDA DILIGENCIA EN EL MARCO DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Junto con los Estados, el sector productivo: las empresas nacionales y transnacionales, son los principales ejecutores de los proyectos que inciden en los territorios y sobre los pueblos indígenas; por eso, su compromiso es clave para el reconocimiento y garantía del derecho a la consulta previa.

En años recientes, varias empresas se han distinguido a favor de la defensa de este derecho a través de instrumentos y pronunciamientos. Gracias a estos, el reconocimiento de la consulta previa se ha ampliado e incluido la responsabilidad de las corporaciones que, en cooperación con el Estado, busca la plena realización de este derecho humano.

Todavía, los instrumentos —como los Principios Rectores, los Códigos de Conducta de las Empresas, el Pacto Mundial de la ONU o el ISO 26000— no son vinculantes y dependen de la voluntad y el monitoreo de la propia empresa, pero es importante reconocer la magnitud de este tema a escala global, tanto en el sector público como en el privado.²⁸

En los “Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos” se menciona el papel que tienen las empresas en el desarrollo de proyectos relacionados con los recursos naturales y los derechos humanos de la población. Entre los principios se destacan:

- a) Respetar los derechos humanos. [...] abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas [...] en las que tengan alguna participación;
- b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, prestando especial

²⁸ Rodríguez Garavito, César y Meghan Morris. La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2010.

- atención a las consecuencias concretas sobre los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestas a un mayor riesgo de vulnerabilidad o de marginación;
- c) Evitar que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hacer frente a esas consecuencias cuando se produzcan;
 - d) Tratar de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales. Esto implica que las empresas deben integrar las conclusiones de las evaluaciones de impacto en el marco de sus funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas;
 - e) Tener procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.²⁹

Los Principios Rectores no sustituyen la responsabilidad del Estado de garantizar el derecho a la consulta previa, ésta funge como órgano acompañante que tiene el deber general de seguir ciertas normas.

Las empresas tienen que actuar con base en la debida diligencia dentro de las normas internacionales de derechos humanos. Éstas son actores interesados en el desarrollo de proyectos relacionados con el derecho a la consulta previa. Deben entregar toda la información referente al proyecto que van a realizar, y mencionar los impactos ambientales que éste va a generar, ade-

²⁹ Naciones Unidas. "Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos". Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, 2011. Consultado el 16 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

más de estar en disposición de resolver todas las dudas que puedan surgir debido al proyecto.³⁰

Es importante que la empresa participe en la creación y búsqueda de acuerdos entre la empresa, el Estado y los o el pueblo indígena, respecto a la participación de los últimos en los beneficios consecuentes del proyecto a realizar.

También es necesaria su presencia y participación en cuanto se acepten los compromisos que tiene la misma al asumir la responsabilidad de los impactos ambientales, sociales, económicos y culturales que pueden suceder. Así como para atender las medidas de mitigación y compensación para poder continuar con el monitoreo de los acuerdos.³¹

El marco legal internacional que sustenta la responsabilidad de las empresas en cuanto a la realización de la consulta previa no es un obligación internacional tan fuerte como la que tienen los Estados al ratificar un instrumento que defienda este derecho; sin embargo, su compromiso se justifica con los contratos que tenga de manera condicional para iniciar sus actividades y las demás obligaciones que pueda enumerar el contrato. Además se le suma el interés de ir en contra de la mala imagen de ser un actor que viola los derechos humanos (véase la ilustración de la página siguiente).

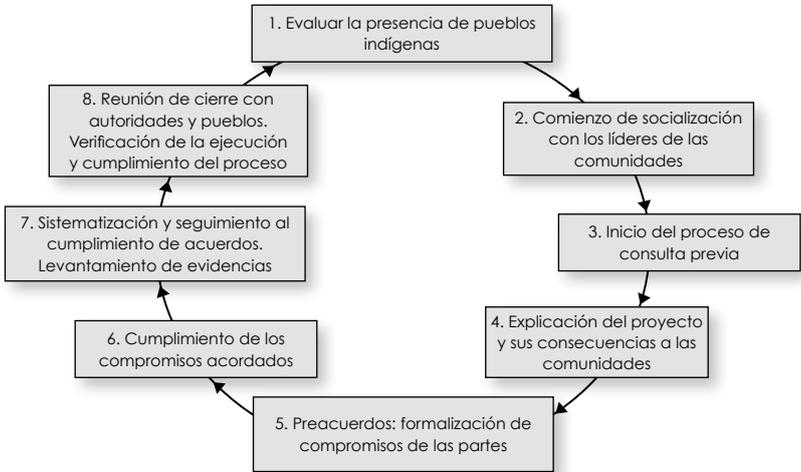
6. CONSULTA PREVIA EN MÉXICO

México es parte del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

³⁰ Secretaría de Energía. "Protocolo para la Implementación del Proceso de Consulta Previa, Libre e Informada sobre el Desarrollo de un Proyecto de Generación de Energía Eólica de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". Disponible en: <http://idb-docs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=39307437>

³¹ *Idem*.

¿Cómo podría aportar la empresa en el proceso de una consulta previa?



Fuente: <http://www.dinero.com/actualidad/noticias/articulo/abc-con-sulta-previa-colombia/189017>, elaboración propia.

manos. Es decir que, el gobierno mexicano tiene el deber de tomar la consulta previa como un derecho de los pueblos indígenas.³²

En materia de legislación nacional, el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos para llevar a cabo su libre determinación. En el mismo artículo se refiere a la obligación gubernamental de “consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”.³³

³² Moterrubio, Anavel. *Derechos de los pueblos indígenas en México en materia de consulta, participación y diálogo. Avances y desafíos desde el ámbito legislativo*. Documento de Trabajo, núm. 167, abril de 2014. México: Publicación del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados.

³³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 2o. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016. Disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>

Sin embargo, aún falta mucho por hacer en nuestro país para que realmente se respete y proteja el derecho a la consulta previa:

- No existe aún una ley federal y falta la inclusión de este derecho en la mayoría de los estados de la República (exceptuando a San Luis Potosí y Durango), que regule el ejercicio y el reclamo de la consulta previa;
- No hay una programación ni una instrumentación de las medidas legislativas o administrativas para que se realice la consulta previa, considerando los estándares internacionales;
 - Los procedimientos de consulta no están regulados y dependen de los criterios de las dependencias;
 - No hay un protocolo reconocido por el gobierno para las consultas a pueblos indígenas;
- El artículo 2 constitucional limita la consulta previa exclusivamente en la elaboración de los Planes de Desarrollo, no considera a los pueblos indígenas como sujetos de derecho público.
- Todavía se le otorgan a las grandes empresas transnacionales permisos de explotación de los recursos naturales sin consulta previa.
- La falta de regulación tiene como consecuencia que cuando establecen alianzas las empresas y el gobierno, la consulta pierde legitimidad.³⁴

Es necesario que se establezcan:

- Mecanismos de consulta y participación aceptados por los que consultan, como por los consultados;
- Una Ley Federal y Leyes Estatales de Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado, adecuadas a los estándares internacionales;

³⁴ Moterrubio, Anavel. *Derechos de los pueblos indígenas en México en materia de consulta, participación y diálogo. Avances y desafíos desde el ámbito legislativo*. Documento de Trabajo, núm. 167, abril de 2014. México: Publicación del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados.

- Marcos que regulen los procedimientos para llegar a un acuerdo entre las partes involucradas;
- La consideración de los pueblos indígenas como sujetos del derecho público;
- Una armonización legislativa considerando las distintas problemáticas de las realidades indígenas.

7. LA CNDH Y LA CONSULTA PREVIA, LIBRE, INFORMADA, DE BUENA FE Y CULTURALMENTE ADECUADA

En los últimos cinco años (a partir de la Reforma Constitucional del 2011), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), ha emitido algunas Recomendaciones a instancias gubernamentales para que se haga valer el respeto al derecho a la consulta previa, libre e informada. Las Recomendaciones de la CNDH, forman parte fundamental de sus objetivos, ya que son públicas y presentan propuestas ante las autoridades respectivas. Éstas no son vinculantes, pero suelen tener un fuerte impacto en la opinión pública nacional e internacional, hecho que plantea a las autoridades a cumplirlas. La Constitución dicta que, en caso de no aceptar o cumplir las Recomendaciones, las autoridades correspondientes deberán argumentar las razones de sus faltas con motivos bien fundamentados.³⁵

A continuación, se exponen brevemente las Recomendaciones emitidas por esta Institución nacional sobre la consulta previa (véanse las tablas de las páginas siguientes).

8. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho a la consulta previa es uno de los derechos humanos más importantes para los pueblos indígenas, ya que por medio de éste, se les reafirma su autonomía y el derecho a la libre determi-

³⁵ "Conceptos de Derechos Humanos". SEDENA, 24 de julio de 2010. Consultado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.sedena.gob.mx/pdf/otros/der_hum/conceptos_240710.pdf

Recomendación 23/2015
Sobre el caso de vulneración al derecho a una consulta libre, previa e informada, en perjuicio de diversas comunidades indígenas.
Síntesis
<p>La CNDH emitió esta Recomendación dirigida a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA) y a la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (CIBIOGEM) por vulnerar el derecho a la consulta previa al aprobar la siembra de soya genéticamente modificada sin consultar a pueblos indígenas en varias regiones del país.</p> <p>La CNDH afirmó que toda situación que sea susceptible a violar los derechos de los pueblos indígenas, debe ser consultada. En este caso, se omitió la consulta de los pueblos probablemente afectados, violando el artículo 2o. Constitucional, apartado B, fracción IX; 6 (Derecho a la consulta), 7 (Derecho al consentimiento y cooperación), 15 (Derecho a los recursos naturales), del Convenio 169 de la OIT; 18 (Derecho a participar en las decisiones), 19 y 32.2 (Consentimiento libre e informado), de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; así como 1.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p> <p>Entre otras encomiendas, se recomendó al Secretario de la SAGARPA que se efectúe la consulta libre, previa, informada y de buena fe, a los interesados, para cumplir con lo dispuesto por el derecho interno y por los instrumentos internacionales. Así como girar las instrucciones correspondientes a efecto de que se analice la autorización y se valore llevar a cabo las medidas pertinentes para evitar que se afecte el derecho a la consulta.</p> <p>De igual manera, recomendó al titular de la CIBIOGEM que para hacer efectivo el derecho a la consulta libre, previa, informada y de buena fe, y se garantice la sustentabilidad ambiental, social y económica de estos pueblos, establezca mecanismos y medios adecuados para su protección.</p>

Recomendación 56/2012
Sobre la violación de los derechos humanos colectivos a la consulta, uso y disfrute de los territorios indígenas, identidad cultural, medio ambiente sano, agua potable y saneamiento y protección de la salud del pueblo Wixárika en Wirikuta.
Síntesis
<p>La Comisión emitió esta Recomendación dirigida a varias instancias gubernamentales, entre ellas a: la Secretaría de Economía, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, la Comisión Nacional del Agua y la Secretaría de Ecología y Gestión Ambiental del Estado de San Luis Potosí, por violar el derecho de los indígenas a ser consultados en los procedimientos para la emisión de cualquier permiso, licencia, concesión y autorización minera que afectaran su cultura y territorios, entre otras violaciones consecuentes.</p>

La CNDH constató que las autoridades aprobaron el inicio de las operaciones mineras al otorgar concesiones en el territorio Wirikuta, sin tomar en cuenta la opinión, ni las costumbres del pueblo indígena. A pesar de que el Estado está obligado, constitucional, convencional e internacionalmente a consultar a los pueblos indígenas sobre los actos legislativos o administrativos que puedan afectarlos directamente.

Entre una larga serie de recomendaciones que se emitieron, se pidió instruir para que se realicen las gestiones necesarias a efectos de que, durante el trámite y resolución de cualquier concesión o autorización minera susceptible de afectar los intereses o derechos de los pueblos indígenas, se tienda a efectuar la consulta y se otorgue la participación indígena. Así como, girar instrucciones para que se realicen las gestiones necesarias a efectos de que en la normativa aplicable en materia minera se busque incluir expresamente el proceso de consulta a los pueblos indígenas, en relación con cualquier procedimiento administrativo que pueda afectar sus intereses y derechos.

Recomendación General 27/2016

Sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana.

Síntesis

Este Organismo Nacional propuso la incorporación del derecho a la consulta previa, libre e informada dentro del sistema jurídico mexicano. Recomendada que se haga mediante la elaboración de leyes específicas sobre el derecho mencionado, tanto a nivel federal como local sustentadas en los más altos estándares de protección tanto nacionales como internacionales.

La Recomendación General está dirigida al Ejecutivo Federal para presentar una iniciativa de ley sobre ese mismo derecho. También al Congreso de la Unión para estudiar, discutir y votar la ley, que haga lo propio con la iniciativa de legislación específica sobre la materia que presente alguna de las Cámaras y se asegure la participación de los pueblos y comunidades indígenas mediante consultas a las mismas, además de integrar al procedimiento legislativo a organizaciones de la sociedad civil e instituciones académicas. Finalmente se recomienda los Gobernadores estatales, al Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y a sus Congresos locales, para que realicen lo mismo de manera local.

La CNDH considera fundamental precisar que la consulta previa, libre e informada, deberá tener progresivamente un carácter vinculante.

En la Recomendación se señala que sólo los estados de San Luis Potosí y Durango cuentan con una ley específica sobre consulta previa, y se propone una revisión de tales mandamientos a efecto de propiciar que los estándares de protección que contemplan sean acordes con los que se sugiere se adopten en los niveles federal y local para las demás entidades, para que la legislación nacional tenga la mayor armonización posible en este tema.

nación al poder participar y decidir sobre los asuntos que les afectan o que los involucran. También es un derecho que promueve el diálogo intercultural, al buscar que se garantice la participación de los grupos indígenas en la toma de decisiones de proyectos que los puedan afectar, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

Para poder hacer cumplir debidamente este derecho, es necesario armonizar el marco legal internacional, regional y nacional. También se debe tomar en cuenta la importancia de las normas internas empresariales que ayudan al cumplimiento de la consulta previa.

Además de las cuestiones legales, se necesita de un monitoreo constante para que haya una verdadera implementación de la consulta previa, libre e informada y que ésta no sea una utopía legal, sino un derecho que tome en cuenta a todos los actores implicados y que tenga como finalidad un acuerdo entre ellos.

Las empresas no tienen la obligación internacional de la defensa y protección del derecho a la consulta previa, sin embargo, deben respetar este derecho y ser un acompañante en la realización de la misma. El sector privado tiene el deber de actuar en conjunto con el Estado y los pueblos para poder realizar actividades empresariales que no vulneren los derechos humanos.

En México, aún existe un rezago importante en esta materia; sin embargo, la adscripción a varios instrumentos internacionales y regionales que defienden el derecho a la consulta, el artículo 2o. de la Constitución mexicana y las Recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, son muestra de que existe interés y un impulso importante para hacer respetar y proteger el derecho a la consulta previa en nuestro país.

En 2016, la CNDH fue más allá y emitió una Recomendación General, la cual promueve que el Estado reconozca el derecho a la consulta previa, toda vez que los pueblos indígenas son sujetos de derecho, así como la necesidad que tienen de adoptar medidas para observar, fiscalizar y monitorear a las empresas.

BIBLIOGRAFÍA

- Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, C169, 1989, C169*. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016), artículo 2. Disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>
- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Resolución adoptada por la Asamblea General, 2 de octubre de 2007, A/RES/61/295. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 30 de diciembre de 2009. Consultado el 16 de mayo de 2016. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>
- “El derecho a la consulta previa: normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina”. Publicación. Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2011). “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos a gran escala”. Disponible en: http://hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/derecho_consulta_IS.pdf
- “Recomendación General Núm. 27/2016: sobre el derecho a la consulta previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe de los pueblos y comunidades indígenas de la República mexicana”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 11 de julio de 2016. Consultado el 10 de agosto de 2016. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc//Recomendaciones/generales/RecGral_027.pdf
- Grueso, Libia Rosario. “El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada: una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos”. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: Colombia.
- Yáñez, Nancy y Hernando Silva. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado*. Santiago, Chile: Observatorio Ciudadano, 2014.

- Rodríguez Garavito, César y Meghan Morris. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2010.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. San José, Costa Rica, 2016.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia*. Consulta de la Norma: 1991. Consultado el 17 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Orduz Salinas, Natalia. *La consulta previa en Colombia*. Santiago: Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, 2014.
- Valcárcel, Marisa. “Ranking Infolatam: ¿En qué países viven más indígenas y mejor en la región?”, *Infolatam RSS*, octubre de 2014. Consultado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.infolatam.com/2014/10/14/ranking-infolatam-en-que-paises-viven-mas-indigenas-y-mejor-en-la-region/>
- Diez, Alejandro. “La consulta previa y su aplicación en el Perú”. *Propuesta Ciudadana*. Consultado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://propuestaciudadana.org.pe/red/red/La%20Consulta%20Previa%20y%20su%20aplicaci%C3%B3n%20en%20el%20Per%C3%BA.pdf>
- Cynthia A. Sanborn A. y Álvaro Paredes. “Consulta previa: Perú”. 2015. Consultado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>
- Naciones Unidas. “Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, 2011. Consultado el 16 de mayo, 2016. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf
- Secretaría de Energía. “Protocolo para la implementación del proceso de consulta previa, libre e informada sobre el desarrollo de un proyecto de generación de energía eólica, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=39307437>
- Moterrubio, Anavel. *Derechos de los pueblos indígenas en México en materia de consulta, participación y diálogo. avances y desafíos desde el ámbito legislativo*, vol. núm. 167. México: Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2014.
- Secretaría de la Defensa Nacional. “Conceptos de Derechos Humanos”. SE-DENA, 24 de julio de 2010. Consultado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.sedena.gob.mx/pdf/otros/der_hum/conceptos_240710.pdf