

## A. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

---

Tanto en los instrumentos internacionales como en los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano y de otras instituciones internacionales, se ha otorgado un lugar central al derecho a la consulta y consentimiento previo, libre, informado, de buena fe y culturalmente adecuado de los pueblos y comunidades indígenas. Estos instrumentos han servido como guía para la adopción e implementación de normas y políticas públicas en la materia puesto que, en conjunto, constituyen un *corpus iuris* aplicable al reconocimiento y protección a los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, estos instrumentos han contribuido tanto a la expresión y evolución del derecho a la consulta indígena como al derecho a la libre determinación y los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios.

El presente apartado, contiene la explicación y el análisis de los instrumentos internacionales que comprenden el derecho a la consulta, dividido en los sistemas de derechos humanos: Sistema Universal de Derechos Humanos y Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contiene además otros documentos relevantes de instituciones internacionales que aportan sustancialmente al tema que nos ocupa.

Entre estos documentos internacionales, se encuentran instrumentos como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y senten-





cias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ambos vinculantes, así como diversos documentos de naturaleza declarativa o no vinculante, entre ellas, de Naciones Unidas, directrices y principios de agencias internacionales para el desarrollo, como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de organismos de cooperación internacional como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), relativos a la consulta en los casos que puedan afectar a los pueblos indígenas.

En el ámbito regional, la jurisprudencia del Sistema Interamericano ha dado lugar a un conjunto de estándares específicos que los Estados deben seguir para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos frente a los pueblos indígenas.

## **A.1. SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

Dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas es reconocido explícitamente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (el Convenio 169 de la OIT), ratificado por México en 1990, así como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas), adoptada por la Asamblea General en septiembre de 2007 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Guía de referencia para las empresas, publicada por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas en 2013 (Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas). Estos instrumentos internacionales han permitido aclarar los procedimientos mínimos de forma general que deben tomarse en cuenta en el proceso de consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada, así como los temas o materias sobre los cuales debe consultarse.



Por otra parte, otros instrumentos internacionales no vinculantes, no refieren específicamente el derecho a la consulta, pero deben ser considerados. Esto se debe a que han establecido estándares y fijado directrices útiles respecto de las empresas y el desarrollo de sus actividades y operaciones en relación con pueblos y comunidades indígenas, así como también, han desarrollado estándares necesarios para lograr el respeto a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el marco del desarrollo de proyectos de gran escala. Entre estos instrumentos, se encuentra la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas (la Declaración de Río) acordada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada del 3 al 14 de junio de 1992; los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar (los Principios Rectores) adoptados el 6 de julio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y Empresas y Pueblos Indígenas. Guía de la Red Española del Pacto Mundial (Guía de empresas y pueblos indígenas del Pacto Mundial) publicada por la Red Española del Pacto Mundial el 9 de agosto de 2016, con motivo de la celebración del Día Internacional de los Pueblos Indígenas.

A continuación, se desarrolla el contenido y alcances, así como utilidad en el marco de la consulta indígena de cada uno de estos.

### **A.1.1. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales**

El Convenio 169 de la OIT es un instrumento internacional de carácter vinculante y constituye la base del sistema jurídico de derechos indígenas a nivel internacional. Su objeto es atender el interés grupal de esta colectividad. El Convenio 169 de la OIT establece qué tipo de medidas deben consultarse, las características mínimas que deben tener los procedimientos y la participación de los pueblos: libre, previa, informada, culturalmente adecuada, y de buena fe. Establece que en los casos de la explotación y exploración de



minerales o recursos del subsuelo como es el caso de la minería, la extracción de hidrocarburos y *fracking* en México, los pueblos deben participar en los beneficios que reporten esas actividades y ser indemnizados de cualquier daño que estas pudieran generar; actividades que generalmente realiza el Estado a través de sus entidades y dependencias, de la empresa productiva del Estado (empresa pública) Petróleos Mexicanos junto con empresas privadas.

El Convenio 169 de la OIT establece que los Estados parte, incluido México, son los sujetos obligados a consultar a los pueblos y comunidades indígenas y para cumplir con su obligación deberán realizar, al menos, las siguientes 10 acciones:

- i. **Consultar toda medida administrativa y legislativa** con los pueblos y comunidades indígenas que sean susceptibles de ser afectados por las mismas.
  - *Medidas administrativas:* son los planes; programas y formulación, aprobación y seguimiento de políticas públicas provenientes de la administración pública, susceptibles de impactar en los derechos de pueblos y comunidades indígenas sujetos de consulta. Por ejemplo: las obras de infraestructura y los megaproyectos, proyectos extractivos y proyectos de inversión.
  - *Medidas legislativas:* son las leyes expedidas por el órgano legislativo federal (Congreso de la Unión) o los órganos legislativos locales (legislaturas de las entidades federativas), incluidos los tratados internacionales y los decretos expedidos por el Presidente de la República que tienen el mismo valor de una norma. Previa a la adopción de una medida legislativa que pueda llegar a afectar a la comunidad involucrada, el Estado tiene el deber de consultarles.
- ii. Consultar mediante procedimientos apropiados, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias.



- iii. La finalidad máxima de la consulta indígena debe ser llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos y comunidades susceptibles de ser afectados.
- iv. Establecer los medios necesarios a través de los cuales los pueblos y comunidades indígenas puedan participar libremente y de manera igualitaria que otros sectores de la población.
- v. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y, en los casos apropiados, proporcionar los recursos necesarios para este fin.
- vi. Proteger de manera especial los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes a sus tierras.
- vii. En caso de que la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezca al Estado, como es el caso de México, o el Estado tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, las autoridades deberán:
  - Determinar si los intereses de los pueblos indígenas serán perjudicados.
  - Precisar la medida en la que dichos intereses serán perjudicados.
  - Empezar la consulta antes o de forma previa a emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.
  - Incorporar a los pueblos indígenas en la participación, siempre que sea posible, de los beneficios que reporten tales actividades de prospección o explotación.



- Indemnizar de forma equitativa a los pueblos indígenas por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.
- viii.** Respetar las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos y que deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
- ix.** Impedir que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.
- x.** Informar mediante mecanismos acordes con las tradiciones y culturas de los pueblos interesados respecto de sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

### **A.1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

La Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas es un instrumento internacional de carácter no vinculante, declarativo, que tiene por objeto el fortalecimiento de los instrumentos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas. En dicho instrumento se reconoce el derecho a la libre determinación, autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas en los temas relacionados con sus asuntos internos y locales, al control del manejo de sus tierras y recursos naturales sobre estas, y autonomía sobre su identidad o pertenencia conforme con sus costumbres y tradiciones.



En cuanto al derecho a la consulta, establece que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre, informado y previo a la adopción y aplicación de medidas legislativas o administrativas que los afecten, la utilización de sus tierras o territorios para actividades militares, y la aprobación de proyectos que afecten sus recursos naturales, particularmente en relación al desarrollo, utilización y explotación de recursos minerales, hídricos y de otro tipo.

Por otra parte, la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas prevé, de manera general, la obligación de consultar toda medida administrativa o legislativa y, en lo particular, de consultar cuando:

- i. Los pueblos y comunidades indígenas sean desplazados de sus tierras o territorios;
- ii. Los pueblos y comunidades indígenas sean afectados en sus bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales;
- iii. El Estado adopte medidas para combatir prejuicios y eliminar discriminación;
- iv. El Estado defina políticas encaminadas a proteger a los niños indígenas contra la explotación económica;
- v. Las tierras de pueblos y comunidades indígenas sufran cualquier afectación;
- vi. Las tierras o territorios de pueblos y comunidades indígenas sean utilizados para almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos;
- vii. Las tierras y territorios de pueblos y comunidades indígenas sean utilizados para actividades militares;



- viii. Las tierras y recursos de pueblos y comunidades indígenas sufran alguna afectación, como la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo;
- ix. El Estado adopte medidas para facilitar la relación y cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con miembros de pueblos y comunidades indígenas, así como con otros pueblos, a través de las fronteras;
- xi. El Estado adopte medidas encaminadas a alcanzar los fines de la Declaración.

### **A.1.3. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Guía de referencia para las empresas. Pacto Mundial de Naciones Unidas**

La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas es un instrumento internacional que establece seis acciones clave que las empresas pueden realizar para respetar los derechos de los pueblos indígenas. Toma como base los derechos contenidos en la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas y tiene la finalidad de ayudar a las empresas a entender y respetar los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en dicha Declaración y su interrelación con sus actividades empresariales.

La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas establece que “las empresas deben realizar las acciones fundamentales, las cuales se les puede requerir en conjunto con los gobiernos locales y nacionales, para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos de los pueblos indígenas”.

A continuación, se desarrollan las seis acciones que la empresa debe realizar, de acuerdo con la Guía de referencia para las empresas de la Declaración de





la ONU sobre Pueblos Indígenas, para garantizar el respeto de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, por un lado, y su aplicación en el caso del derecho a la consulta previa, por otro:

**i. Adoptar y aplicar una política formal para abordar los derechos de los pueblos indígenas (ya sea una política específica o dentro de una política más amplia de derechos humanos) y comprometer a la empresa a respetar los derechos de los pueblos indígenas**

La política sobre los derechos de los pueblos indígenas es una declaración pública que adopta la empresa por el más alto nivel directivo, en la que compromete a la empresa a realizar acciones para respetar los derechos de los pueblos indígenas (e indica cuáles) y/o a no realizar acciones para evitar transgredir derechos humanos de los pueblos indígenas (e indica cuáles), incluido su derecho a la consulta en las actividades que lleve a cabo la empresa y su cadena de valor. Esta política puede ser específica, realizada únicamente para publicar el compromiso con respecto de los pueblos indígenas, o bien puede estar incorporada en un apartado independiente sobre pueblos y comunidades indígenas dentro de la política general de la empresa. Una vez generada la política debe ser aplicada en todas las operaciones, para lo cual, tanto el personal de la empresa de todo nivel, como los pueblos indígenas con los que tenga interacción la empresa debe conocerla. Además, esta política debe ser y permanecer accesible a todo el público.

En el caso de la consulta previa, aunque no lo indica la Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, las empresas pueden incluir el compromiso expreso a no entorpecer los procesos necesarios para la realización de la consulta, respetar dentro de sus actividades los acuerdos derivados de la consulta, también a no operar o iniciar los proyectos de gran escala cuando identifique que sea necesaria la realización de una consulta indígena y esta no se haya realizado, así como a rechazar que en su cadena de valor existan aliados comerciales que puedan afectar el derecho a la consulta de pueblos indígenas.



La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas brinda asesoría respecto de qué acciones puede realizar la empresa para formular una política para los derechos de los pueblos indígenas (como el punto de partida y el contenido clave que debe tener); así como los beneficios para la empresa de tener una política empresarial de compromiso al respeto y no transgresión de los derechos humanos de los pueblos indígenas tales como: identificar ámbitos de riesgo, ventaja competitiva respecto de otras empresas, y orientaciones operativas, así como beneficios económicos a largo plazo.

**ii. Llevar a cabo procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos, para evaluar los efectos negativos, reales o potenciales, sobre los derechos de los pueblos indígenas**

La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas establece como requisito fundamental, realizar el proceso de debida diligencia empresarial bajo los estándares de los Principios Rectores. Se reconoce la importancia de que las empresas conozcan las posibles vulneraciones sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas que pueden derivar de sus actividades, así como de las aliadas comerciales, para que puedan reducirlos o mitigarlos.

La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas indica que algunas legislaciones solicitan a las empresas la identificación de efectos negativos de alguna actividad bajo evaluaciones de impacto medio ambiental. Sin embargo, estas no necesariamente reflejarán los efectos negativos que pueden causar a los pueblos indígenas, por lo tanto, se recomienda a las empresas integrar la perspectiva de derechos humanos de pueblos indígenas en sus evaluaciones.

El documento resume como medidas dentro de la debida diligencia las siguientes fases: 1) realizar evaluaciones de efectos negativos, 2) integrar resultados y acciones respecto a esos efectos, 3) dar seguimiento y comunicar



externamente sobre el desempeño. En la segunda acción clave se señala el cuándo, cómo, qué y dónde del procedimiento de debida diligencia. A continuación, se mencionan únicamente acciones vinculadas a la consulta previa, que se podrían tomar en cada una de las tres fases:

### 1) Realizar evaluaciones de efectos negativos

Esta es la medida inicial de la debida diligencia en derechos humanos, en donde se evalúan los efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos, las empresas deben incluir un enfoque específico de pueblos y comunidades indígenas y se recomienda que se incluya en dichas evaluaciones la participación de pueblos indígenas; así, la empresa puede comprender mejor los efectos del proyecto en las comunidades, las comunidades comprenden mejor los efectos del proyecto, y se generan mejores relaciones y un ciclo continuo de retroalimentación.

La empresa debe asignar tiempo y recursos suficientes para realizar las evaluaciones de los efectos para garantizar la calidad de los resultados, así como permitir que los pueblos indígenas cuenten con el tiempo suficiente para participar. Esto abonará a la calidad e idoneidad de la evaluación, especialmente cuando esta es requerida por la autoridad para realizar un acto que es susceptible de ser consultado a los pueblos y comunidades, como la emisión de un permiso, autorización o licencia.

En el caso de la consulta previa respecto de megaproyectos, la empresa podría incluir en su evaluación la identificación de leyes, prácticas y otros estándares internacionales (vinculantes y no vinculantes) que se relacionen con el derecho a la propiedad de la tierra de los pueblos y comunidades indígenas, el derecho a la consulta y a la identidad cultural.

En la determinación de los efectos negativos, la empresa puede considerar además de las evaluaciones obligatorias en ley sobre impactos medioambientales, una evaluación de impactos sociales y culturales. También podría



considerar los precedentes de efectos o impactos causados por otras empresas en el pasado sobre la comunidad (ya sea de su presencia y/o actividades). Consecuentemente, en la determinación de la afectación de un proyecto, puede tomar en consideración su relación con acuerdos derivados de consultas realizadas con anterioridad.

Las evaluaciones deben continuar a lo largo de la duración de la actividad empresarial para garantizar que se documentan todos los efectos del proyecto. Ello puede resultar de utilidad para que tanto comunidades como empresas y gobiernos puedan identificar la forma en la que los acuerdos derivados de la consulta fueron implementados y los efectos que tuvieron sobre los derechos humanos.

Las empresas deben analizar las formas apropiadas para cuando proporcione financiamiento u otros apoyos a los pueblos indígenas para garantizar su plena participación en las evaluaciones de efectos porque esto puede resultar en una percepción de soborno o conflictos de interés que afectan la legitimidad de las evaluaciones.

## 2) Integrar resultados y acciones respecto a esos efectos

Esta fase requiere que la empresa tome las acciones y medidas pertinentes para mitigar o eliminar los riesgos de que los posibles efectos adversos identificados sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas ocurran. La empresa debe integrar esas acciones en un nivel de toma de decisiones pertinente, con asignación de presupuestos y con las correspondientes medidas de vigilancia o supervisión de que las medidas están siendo bien implementadas.



Para el caso de la consulta previa, las acciones a tomar por las empresas para mitigar o eliminar los riesgos de efectos adversos identificados durante el proceso de consulta no podrán ser contrarios o interferir con la realización de una consulta previa, libre, de buena fe, informada y culturalmente adecuada. Como lo sería una medida de eliminación de riesgo que se contraponga con alguna práctica religiosa o cultural de la comunidad. Una vez terminado el proceso de consulta, las acciones a tomar por las empresas no deberán ser contrarias a los acuerdos obtenidos o alcanzados durante el proceso de consulta indígena, y deberán verificar que sus acciones, en conjunto con las de otras entidades interesadas o participantes, no afecten la realización de los acuerdos derivados de una consulta.

La empresa debe involucrar en todo momento de la toma de decisiones susceptibles de afectarles a los miembros de la comunidad, incluidos los que habiten fuera de la región y que podrían sufrir afectaciones inmediatas.

La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas señala que cuando la empresa ha observado la existencia de pueblos indígenas voluntariamente aislados, la empresa deberá contar con procedimientos y protocolos para respetar dicho aislamiento. Un ejemplo proporcionado por el documento mencionado, es el de una empresa que decidió no operar en el interior de una reserva para pueblos indígenas que viven en aislamiento, pese a haber adquirido una licencia de las autoridades nacionales para operar en la zona.

### 3) Dar seguimiento y comunicar externamente sobre el desempeño

Esta fase ayuda a la empresa a corroborar que las medidas de eliminación o mitigación de riesgos de efectos adversos sobre los derechos humanos son eficientes y están cumpliendo con el objetivo para el que fueron creadas. También ayuda a la empresa a identificar tendencias y problemáticas que pueden requerir cambios e implementación de mejores prácticas para aumentar la mitigación de riesgos. Permite a la empresa comunicar "hacia el



exterior”, así como su comunicación externa a las partes interesadas, incluyendo a los pueblos y comunidades indígenas.

Para el caso de la consulta previa, el seguimiento puede ayudar a advertir problemas para implementar las medidas y mejorarlas. Ante ello las empresas deben manifestarlo a la autoridad correspondiente, especialmente cuando se esté en presencia de riesgo de incumplimiento de los acuerdos de la consulta.

Los hallazgos derivados del seguimiento y su comunicación enriquecen futuras evaluaciones de impactos y pueden ayudar a las partes a llegar a acuerdos adecuados que no se repitan las mismas problemáticas.

La comunicación de los resultados a los pueblos y comunidades indígenas interesados deben hacerse culturalmente accesibles, por ejemplo, optar por comunicaciones orales y reuniones presenciales. Esto será especialmente importante al comunicarse resultados derivados de acuerdos alcanzados mediante la consulta. La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, establece un ejemplo de una empresa que estableció un grupo de trabajo en una población cercana a sus sitios de operaciones para dar seguimiento a los efectos sociales. El grupo de trabajo estaba conformado por representantes de la comunidad y de la empresa y llevaban dos reuniones anuales para mantener informada a la comunidad sobre el proyecto.

Dentro de esta fase, cuando las empresas comunican sus resultados a inversores, dentro de los informes deben exponer aquellos proyectos que requieren el consentimiento previo, libre, informado, culturalmente adecuado y de buena fe, como una tendencia de exponer posibles efectos adversos.



### **iii. Realizar consultas de buena fe con los pueblos indígenas con relación a los asuntos que puedan afectarles a ellos o a sus derechos**

La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas establece que "el deber de las consultas recae en los Estados, son claras la tendencia y sus implicaciones para la buena práctica empresarial", por ello las empresas deben respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas, mediante las consultas, la participación y los compromisos con los pueblos indígenas, antes de iniciar actividades que tienen efectos sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como durante el ciclo de vida del proyecto. Se prevé de manera específica que las empresas consulten de buena fe con los pueblos indígenas, toda vez que de esa forma se permite establecer relaciones positivas y de mayor confianza entre las empresas y los pueblos indígenas.

Las empresas pueden "formular una estrategia de extensión y comunicación para apoyar a las consultas y los compromisos que sean culturalmente respetuosos" mediante 11 acciones que propone la Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, para que éstas sean efectivas:

- 1)** Cumplir con el requisito de buena fe, con el objeto de alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio.
- 2)** Considerar en la comunicación el lenguaje, traductores, ayudas visuales (mapas, diagramas y animación), inclusión de mujeres y, derecho consuetudinario indígena.
- 3)** Evitar la cooperación con dirigentes impuestos o autonombados que no sean reconocidos por la comunidad afectada, buscando negociar con los representantes legítimos de la comunidad indígena afectada, a fin de garantizar una forma adecuada de consulta.



- 4) Buscar que las consultas participen grupos potencialmente vulnerables (mujeres, niños, adultos mayores) para ello deben determinarlo a través de un proceso de diálogo con la comunidad, ya que debe equilibrarse, por una parte, el respeto de las estructuras de gobernanza consuetudinarias de comunidades indígenas que normalmente suelen ser patriarcales y restringen su participación y por la otra, la participación de dichos grupos.
- 5) Buscar comunicaciones abiertas y honestas para comprender los intereses en común entre las empresas y las comunidades. La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas establece como ejemplo una empresa canadiense que para negociar con indígenas en Australia involucró a indígenas canadienses para prestar apoyo a los indígenas en Australia y llevó a los indígenas australianos a Canadá para que pudieran ver de primera mano una mina en operación, como la que se pretendía construir.
- 6) Evitar politizar los proyectos y el ofrecimiento de beneficios a los representantes políticos de las comunidades, ya que podrían generar conflicto entre las comunidades indígenas o a su interior.
- 7) Permitir un mayor tiempo en el proceso interno de consulta para las comunidades indígenas.
- 8) Realizar consultas iniciales para determinar quién debe ser incluido y los procesos para la consulta sustantiva. Esto debe revisarse y convenirse por las partes de forma continua para garantizar que siguen siendo efectivos.
- 9) Mantener el compromiso y la comunicación continua a lo largo de todo proyecto, para ello debe tratar de mantener el mismo personal de la consulta por la duración del proyecto, para ser accesibles a la comunidad.





**10)** Respetar el no contacto con pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Las empresas deben construir zonas de amortiguación para protegerlas de contactos accidentales por sus operaciones, evitando cualquier contaminación potencial por tierra, aire, agua o ruido que pueda tener consecuencias para su entorno.

**11)** Involucrar a todos los grupos indígenas potencialmente afectados. Deben considerarse los anexos sociales, culturales y espirituales a los territorios, no exclusivamente la zona física directa.

**iv. Comprometerse a obtener (y mantener) el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas para los proyectos que afecten sus derechos, de conformidad con el espíritu de la Declaración de las Naciones Unidas**

La consulta y el consentimiento, constituyen un requisito especial que salvaguarda derechos humanos de los pueblos indígenas que están consagrados en el derecho internacional. Por lo que respecta al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas implica un “derecho de toma de decisión, ya sea de permitir, convenir sobre una versión modificada o no dar el consentimiento a un proyecto o actividad”.

El consentimiento se debe obtener conforme con el artículo 32 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, cuando existan efectos adversos para los derechos esenciales de los pueblos indígenas, entre ellos los derechos sobre la tierra, territorios y otros recursos, particularmente en lo que atañe al desarrollo, la utilización y la explotación de recursos minerales, el agua y otros recursos.

Los Estados tienen la obligación principal de llevar a cabo el proceso de obtención del consentimiento libre, previo e informado, previo al otorgamiento de cualquier autorización a la actividad empresarial, emisión de concesiones, licencias o la adopción de medidas administrativas que permitan la



consecución de actividades empresariales que son susceptibles de afectar a los pueblos y comunidades indígenas. De acuerdo a la Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos de los pueblos indígenas permite que “las empresas se asocien con los gobiernos y los pueblos indígenas para hacer avanzar las prácticas del consentimiento libre, previo e informado”.

La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas define los componentes del consentimiento libre, previo e informado, y da recomendaciones a seguir por la empresa para garantizarlos, siendo enunciativamente los siguientes:

- 1) Libre.** La empresa se abstiene de coerción, intimidación, manipulación o influencia indebida o presión. Las empresas deben evitar obtener ventajas del desequilibrio de poder y debe dar suficiente tiempo para que se analice la decisión respecto del proyecto a consultar.
- 2) Previo.** La empresa respeta la consulta antes del inicio de sus actividades empresariales que pueden afectar los derechos de pueblos y comunidades indígenas.
- 3) Informado.** La empresa, cuando interviene en proporcionar información, lo hace de forma veraz y completa, y cubre aspectos relevantes, según sea el caso, como: el tamaño, el ritmo, la reversibilidad y alcance del proyecto, el propósito, su duración, localización, zonas posiblemente afectados, los posibles efectos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluidos los riesgos potenciales, el personal que posiblemente se involucrará en la ejecución del proyecto y los procedimientos que el proyecto pueda conllevar.
- 4) Consentimiento.** La empresa considera que el fin debe ser alcanzar el consentimiento en el esquema de la buena fe.



#### **v. Establecer o cooperar para el establecimiento de procesos legítimos para reparar cualquier efecto adverso sobre los derechos de los pueblos indígenas**

Esta acción parte del reconocimiento del deber del Estado de contar con medios judiciales o administrativos apropiados para proteger de los abusos que se generen de las actividades empresariales para que exista una reparación.

Las empresas deben cooperar con los procesos legítimos de reparación, en los casos en que las empresas hayan causado o contribuido a provocar efectos negativos sobre los derechos humanos, entre ellos sobre el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en la realización de megaproyectos.

Esta acción reconoce la participación de la empresa conforme con los Principios Rectores 22 y 29 en donde puede cooperar o establecer mecanismos efectivos de denuncia en nivel operativo, que son aquellos mecanismos creados por la propia empresa.

La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas señala que la participación en el proceso de reparación, ya sea a través de mecanismos creados por el Estado o mecanismos creados por la propia empresa, permite a la empresa demostrar su compromiso con los derechos de los pueblos indígenas y le ayuda a “estar mejor informadas de los efectos adversos de sus propias actividades y adaptar sus operaciones empresariales para reducir los efectos potencialmente dañinos de las operaciones futuras”.

#### **vi. Establecer o cooperar con un mecanismo de denuncias eficaz y culturalmente apropiado**

La acción consiste en que la empresa debe establecer un mecanismo de denuncias a nivel operativo, que es un mecanismo que crea la propia empresa



o bien coopere con un mecanismo ya establecido. La Guía de referencia para las empresas de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas establece que el mecanismo de denuncias debe contar con las características enunciadas por el Principio Rector 31.

El mecanismo práctico-operativo creado por la empresa puede servir para atender de forma temprana algunas problemáticas o inquietudes que surjan para los pueblos indígenas que estén siendo impactados por la actividad empresarial. En el caso de la consulta previa, puede ser una vía sana de comunicación entre la empresa que desarrolla el proyecto y la comunidad indígena para que se atiendan daños o inconformidades que las actividades de la empresa o relacionados con el proyecto estén generando y que la vulneración no crezca y se convierta en una negativa de la comunidad de realizar el proyecto (en el caso de una consulta en curso) o de una tensión social que afecte más a las comunidades y provoque la suspensión o incluso fracaso del proyecto (una vez finalizada la consulta, por ejemplo, ante un incumplimiento de la empresa ignorado o no atendido, respecto de los acuerdos logrados del proceso de consulta concluido).

La empresa debe hacer del conocimiento de los pueblos y comunidades indígenas de la existencia de este mecanismo, sus funciones y los resultados esperados.

#### **A.1.4. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**

La Declaración de Río es un instrumento de carácter no vinculante que busca alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de toda persona y se proteja la integridad ambiental y de desarrollo mundial.

La Declaración de Río no señala expresamente el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, sin embargo, establece que para que el desarrollo



sostenible y la protección al medio ambiente sea posible, debe haber participación de todas las personas, incluidos los pueblos y comunidades indígenas. Establece la necesidad de que las personas tengan accesibilidad a la información sobre el medio ambiente, cuando existan actividades que lo puedan poner en riesgo. En ese sentido, la Declaración de Río establece, primordialmente, los siguientes dos aspectos:

Los Estados deben reconocer y apoyar debidamente la identidad, cultura e intereses de las poblaciones indígenas y sus comunidades y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible. Ello puesto que desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo por sus conocimientos y prácticas tradicionales.

La mejor forma de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todas las personas interesadas. Ello implica facilitar y fomentar la sensibilización y participación de la población y generar accesibilidad de la información. Toda persona debe tener acceso a la información que dispongan las autoridades sobre el medio ambiente, incluida aquella sobre actividades que impliquen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.

### **A.1.5. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos**

Los Principios Rectores constituyen el máximo estándar internacional en materia de empresas y derechos humanos. Si bien no establecen de manera expresa el derecho a la consulta indígena, señalan directrices o principios que deben seguir tanto el Estado, a través de sus entidades, dependencias y empresas públicas, como las empresas privadas para respetar todos los derechos humanos, incluidos los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y su derecho a la consulta.



Al respecto, los Principios Rectores señalan tres pilares: el primero, respecto de la obligación del Estado de respetar, proteger y garantizar derechos humanos frente a las empresas; el segundo, sobre la responsabilidad de las empresas de respetar derechos humanos, y el tercero en cuanto al acceso a mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de reparación de violaciones a derechos humanos derivadas de actividades empresariales.

Los tres pilares tienen aplicabilidad y estrecha relación con el derecho a la consulta previa de pueblos y comunidades indígenas, tanto en su relación con el Estado como con las empresas privadas que a continuación se desarrollan.

### **Pilar I. La obligación del Estado de proteger los derechos humanos**

La obligación del Estado de proteger los derechos humanos, en su interpretación para la consulta indígena, se encuentra en la abstención de vulnerar derechos humanos de pueblos y comunidades indígenas. Es decir, no implementar proyectos, otorgar permisos, autorizaciones o licencias o entregar títulos de concesión respecto de proyectos que son susceptibles de causar afectaciones a pueblos y comunidades indígenas, sin antes haberse llevado a cabo un proceso de consulta conforme con los más altos estándares y cumpliendo con las características mínimas de la misma.

La obligación del Estado de proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados cuando se emiten medidas administrativas en el marco de proyectos de desarrollo, implica que existan procedimientos y mecanismos necesarios para que pueda darse ese proceso de consulta.

Esto es, que el Estado cuente, por un lado, con la **infraestructura necesaria**: como lo son i) **leyes especiales y normativa específica** que establezcan procesos claros y accesibles de cómo se hace una consulta y cuáles son las formas en las que se realiza; quienes son los actores involucrados (obligados,



los participantes, los beneficiarios), su rol y las acciones concretas esperadas de cada uno de ellos; medidas mínimas de perspectiva de género y no discriminación; qué materias son objeto de consulta de manera enunciativa y no limitativa; los contenidos mínimos que de cualquier proyecto se deben informar o dar a conocer; qué ocurre con los acuerdos que deriven de una consulta bien implementada conforme con los más altos estándares, entre otros.

Es decir, el Estado debe proveer todo lo necesario para dar seguridad a las partes, tanto a empresas como a las comunidades durante y después del proceso con **ii) instituciones de apoyo técnico en materia indígena y iii) mecanismos de coordinación con otras autoridades, de vigilancia y supervisión** del cumplimiento de la ley, de los acuerdos que resulten de la consulta (**particularmente** cuando intervienen o participan los particulares) y de instrumentos internacionales que haya suscrito, como el Convenio 169 en el caso de México, por parte de las empresas domiciliadas en su territorio con operación en el extranjero (una empresa mexicana con operaciones en otros países).

Por otro lado, que cuente con los **recursos suficientes** para que puedan implementarse las consultas, cuando exista la posibilidad de que pueblos y comunidades indígenas sean afectados.

## **Pilar II. La responsabilidad de las empresas de respetar derechos humanos**

La responsabilidad de las empresas de respetar derechos humanos de pueblos y comunidades indígenas, se da a través de cuatro acciones principales.

### **i. Cumplimiento del marco jurídico**

El cumplimiento del marco jurídico implica la cabal observancia de instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT, Constitución y leyes especiales que regulen las actividades empresariales de que se traten en relación con los pueblos y comunidades indígenas.



## **ii. Asumir un compromiso político**

El compromiso político de la empresa (la CNDH lo denomina “compromiso corporativo”), se debe hacer una mención expresa al tipo de compromiso que asume la empresa y en qué medida lo cumple con respecto de los derechos humanos de las personas con las que se relaciona. Este compromiso político tiene que ser aprobado por el más alto órgano de la empresa y declarado de manera pública con la mayor difusión posible, particularmente conocido por sus empresas subsidiarias y filiales, por su personal y por las comunidades y pueblos indígenas con las que la empresa tenga relación o con respecto de aquellas que pueden ser susceptibles de ser impactadas, por las actividades que lleva a cabo la empresa. Un ejemplo de compromiso político puede ser incluir en su misión y visión o política empresarial reflejada en el código de ética la no transgresión al derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas en todos los países en los que la empresa tenga operaciones (si se trata de una empresa transnacional).

## **iii. Contar con un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos**

La Comisión Nacional considera que la debida diligencia empresarial implica las acciones de cuidado, prevención, mitigación y control (de riesgos) que deben observar las empresas de cualquier sector productivo, al interior y frente a terceros, en todas y cada una de las etapas de producción de bienes y/o servicios (fabricación, construcción, distribución, comercialización) para evitar violaciones a derechos humanos y que estas acciones sean comunicadas de manera transparente y de buena fe a las personas que les puedan impactar o que sean susceptibles de ser afectados por las mismas.

Para alcanzar la debida diligencia empresarial de acuerdo con los Principios Rectores es imprescindible que cada empresa en lo particular esté en posibilidad de identificar los riesgos inherentes a sus operaciones productivas, así como determinar los medios a los que va a recurrir, los procedimientos a se-





guir, la cadena de mando empresarial para enfrentar y evitar violaciones a derechos humanos.

La debida diligencia se compone de cuatro fases: a) evaluación de impactos de la actividad empresarial sobre los derechos humanos, b) mitigación de riesgos a los derechos humanos, c) seguimiento de la eficacia de las medidas de mitigación de riesgo para determinar su eficacia y d) publicación de los resultados del proceso de debida diligencia. En materia de consulta indígena, se considera lo siguiente:

1) La evaluación de impactos de la actividad empresarial sobre los derechos humanos

Es la primera fase de la debida diligencia, contempla los impactos reales y potenciales que la actividad empresarial pueda causar sobre los derechos humanos de pueblos y comunidades indígenas, tanto en la propia empresa como en su cadena de valor para el desarrollo de proyectos (cualquiera que sea su participación). En esta primera fase, en el caso de pueblos y comunidades indígenas, la empresa podría antes de emprender la actividad que tendrá alguna participación en el proyecto de gran escala (desde la inversión y diseño hasta la ejecución del proyecto y recolección de materiales de obra) identificar las comunidades que pudieran ser afectadas (el territorio en el que viven y lleva a cabo sus actividades políticas, religiosas, económicas y sociales, sus usos y costumbres, la forma en la que realizan sus convocatorias, reuniones y toman decisiones); la particular afectación a mujeres y niñas indígenas con un enfoque de género; las actividades políticas, religiosas, económicas y sociales que realizan; los derechos humanos que pueden ser vulnerados (derecho humano al medio ambiente, a la propiedad, a la salud, a la consulta, etcétera); si el riesgo de esa afectación es potencial o real; el aspecto en concreto de la actividad de la empresa que generaría esa afectación, y si esta afectación es legal y bajo qué normativa se regula.



## 2) La mitigación de riesgos a los derechos humanos

Es la segunda fase del proceso de la debida diligencia empresarial y consiste en que, posterior a la evaluación en la que se identifican impactos negativos sobre los pueblos y comunidades indígenas, se eliminan o disminuyen los riesgos de que ese impacto identificado se actualice, a través de las medidas o acciones apropiadas.

En este proceso se debe poder responder a las siguientes preguntas ¿se puede eliminar el riesgo de que estos impactos negativos ocurran? ¿Cómo? ¿Pueden mitigarse? ¿Existen otras alternativas posibles en las que los impactos de la empresa no sean de ese nivel o puedan reducirse? La mitigación de riesgos parte de la base de que ya se ha realizado una evaluación y se tiene identificado el impacto negativo e implica dos acciones: por un lado, eliminar el riesgo de que ocurra el impacto negativo sobre los derechos humanos de las personas y colectivos indígenas, identificando las causas generadoras y ejecutando las medidas para eliminarlo. Por otro, disminuir o aminorar el riesgo cuando no es posible eliminarlo, mediante la implementación de medidas adecuadas y continuas durante el tiempo que dure ese riesgo. Por ejemplo, una forma de eliminar es cambiando el trazo del proyecto, una forma de mitigar es adaptar el horario de la entrada de maquinaria a la comunidad a un momento distinto al que la comunidad desarrolla sus actividades ganaderas o tiene sus reuniones comunitarias o por un camino distinto al que impide el paso a los niños y niñas indígenas para ir a la escuela.

## 3) El seguimiento de la eficacia de las medidas de mitigación de riesgo para determinar su eficacia

Es la tercera fase de la debida diligencia. Se parte de la base de que ya se identificaron y ejecutaron o están ejecutándose las medidas de mitigación (por eliminación o disminución) de riesgos de la segunda fase. El seguimiento consiste en la verificación de que esas medidas para la eliminación o disminución de riesgos son eficaces y efectivamente están cumpliendo con su



función: prevenir o eliminar las consecuencias negativas para las que fueron creadas.

Para la verificación y seguimiento que se lleva a cabo en esta tercera fase es recomendable, según el caso y de ser aplicable, diseñar indicadores cualitativos y cuantitativos con enfoque de derechos humanos que permitan medir su eficacia; la existencia de auditores periódicos externos y/o, la existencia de mecanismos de diálogo para que las comunidades indígenas que pretenden beneficiarse con las medidas puedan participar y opinar sobre su eficacia.

#### 4) La publicación de los resultados del proceso de debida diligencia

Es la cuarta y última fase del proceso de debida diligencia empresarial. Esta cuarta fase consiste en hacer públicos los resultados de las primeras tres fases del proceso de la debida diligencia: de la evaluación de impactos negativos; de medidas de mitigación de riesgos (eliminándolos o disminuyéndolos) y; de seguimiento a esas medidas de mitigación.

Estos resultados deben ser comunicados o publicados de manera transparente y asegurarse que las comunidades indígenas destinatarias las conozcan, para lo cual deberán publicarse en la modalidad que tenga mayor difusión (oral y/o escrita) a través de los principales medios de comunicación que estos utilicen (por ejemplo, a través de las autoridades tradicionales y/o radio comunitaria), en las lenguas que la mayoría entienda.

#### **iv. La reparación de los daños**

La reparación de los daños es la cuarta de las acciones que debe cumplir la empresa en el caso en el que sus actividades produzcan o generen violaciones a derechos humanos. En cuyo caso las empresas están obligadas a reparar, reponer o compensar a las víctimas o afectados.



En proyectos de gran escala, las empresas deben contar con mecanismos de tipo práctico-operativos (los Principios Rectores los denominan mecanismos operacionales), que son mecanismos creados por la empresa, que funcionan dentro de esta que le permiten tomar medidas ante daños generados por sus actividades de pronta respuesta (por no requerir de estudios técnicos especializados) y aplicación inmediata.

Las personas que puedan ser susceptibles de ser afectadas por las empresas deben conocer la existencia de este mecanismo, cómo funciona y qué resultados pueden esperar del mismo. En el caso de desarrollo de proyectos de gran escala, los mecanismos práctico-operativos deben servir para atender no solo las reclamaciones de personas o comunidades indígenas afectadas por alguna actividad de la empresa, sino también para proporcionar información y resolver inquietudes de posibles afectaciones por la actividad empresarial o el proyecto que las comunidades puedan tener. Un ejemplo podría ser el establecimiento de un mecanismo de comunicación entre la comunidad y los responsables de la obra (que la comunidad sepa cómo funciona y qué puede esperar de este) para atender no solamente las posibles afectaciones sino también para proporcionar información del proyecto; que sea permanente desde el inicio hasta el final de la ejecución del proyecto, es decir, incluso habiendo terminado el proceso de consulta y haber llegado a un acuerdo.

Este mecanismo de comunicación podría recaer en una persona que hable el idioma de la comunidad y español, ubicada en un lugar determinado y accesible para la comunidad, que tenga como fin recibir y procesar quejas y reclamaciones, así como proporcionar la información necesaria. De esta forma, la comunidad tendría una vía para hacer del conocimiento de la empresa, por ejemplo, que en la construcción o ejecución del proyecto se están incumpliendo acuerdos obtenidos como resultado del proceso de consulta. Estos mecanismos deben ser capaces de brindar soluciones adecuadas, pertinentes y oportunas y permitir el diálogo, así como no tener ninguna barrera de acceso como podría ser de tipo territorial en el que, el lugar donde se presen-



tan las quejas está alejado de donde se encuentran las comunidades o de tipo cultural por contar con traductores indígenas.

Estos mecanismos se vuelven fundamentales para evitar llegar a tensiones mayores entre los desarrolladores y las comunidades, y permiten de manera pronta evitar que existan mayores transgresiones o conflictos que afecten tanto a las comunidades como el desarrollo del proyecto.

### **Pilar III. Acceso a los mecanismos de reparación**

El acceso a mecanismos de reparación debe existir en favor de los pueblos y comunidades indígenas que sufran violaciones a derechos humanos derivadas de actividades empresariales. Los mecanismos pueden ser jurisdiccionales (como tribunales y cortes nacionales) y no jurisdiccionales (como la Procuraduría Federal de Protección al Medio Ambiente y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos). También los pueden establecer las propias empresas para su aplicación interna como se señaló en los párrafos anteriores.

La empresa debe colaborar con los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, como lo sería, la cooperación y entrega de información a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, tras una solicitud de información que esta haga a la empresa señalada en una investigación de presuntas violaciones a derechos humanos de pueblos y comunidades indígenas.

#### **A.1.6. Empresas y pueblos indígenas. Guía de la Red Española del Pacto Mundial**

La Guía de empresas y pueblos indígenas del Pacto Mundial, hace referencia al Convenio 169 de la OIT, a la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas y los Principios Rectores, con el objetivo de disminuir los impactos negativos que puedan generarse por parte de las empresas sobre los derechos de los indígenas.



Incluye acciones específicas en armonía con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) del documento titulado “Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (Agenda 2030) para que las empresas puedan contribuir al desarrollo de las comunidades, así como la exposición de casos de buenas prácticas implementadas por varias empresas.

Establece un apartado en especial en el que enuncian “las fases” que sigue la consulta indígena y “los primeros pasos para las empresas” para empezar a integrar el respeto a los derechos de los pueblos indígenas dentro de su estrategia de negocio.

Respecto de “las fases”, señala: negociar el procedimiento; estudio de impactos socio ambientales, diálogo y negociación, logro de acuerdos, implementación de acuerdos, monitoreo y seguimiento y lo que implica cada una de ellas. No obstante, en estos hace referencias generales a “los actores” y a “las partes”, sin distinguir con claridad qué rol le correspondería a cada uno de los actores, que para esta Comisión Nacional son: Estado, empresas y comunidades.

Respecto de “los primeros pasos para las empresas” enuncia cinco acciones concretas que puede hacer una empresa privada para incorporar en su modelo de negocio el respeto a los derechos humanos, en particular aquellos de los pueblos indígenas:

- i. **Firmar el Pacto Mundial de las Naciones Unidas** para generar un compromiso de respeto a los derechos humanos en general, incluidos los derechos de pueblos indígenas.
- ii. **Crear un compromiso de respeto a los derechos de los pueblos indígenas**, a través de una política individual o integrada dentro de otros documentos de la empresa (política general de derechos humanos, código de conducta o código ético). Señala que el contenido del compromiso de respeto a derechos humanos debe especificar el respeto de la empresa a todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas.



- iii. **Llevar a cabo un proceso de debida diligencia en la empresa**, mediante la identificación de posibles impactos actuales y potenciales sobre los derechos de los pueblos indígenas en las actividades de la empresa y mitigar y prevenir esos riesgos. La empresa debe involucrar a todos los departamentos y puestos al interior de la misma, así como a sus aliadas comerciales que forman parte de su cadena de valor. La empresa debe medir su progreso a través de indicadores y comunicar los progresos a los grupos de interés. Esto es similar a lo que establece el Pilar II relativo a la responsabilidad de las empresas de respetar derechos humanos de los Principios Rectores respecto de la debida diligencia analizado en el apartado anterior.
- iv. **Establecer un mecanismo de reclamación “a nivel operacional”** que garantice el derecho a la consulta previa. Este mecanismo es creado por la empresa y debe servirle para “conversar y negociar con los pueblos indígenas antes de iniciar cualquier actividad que les afecte y para compensarlos en el caso de que se produzcan vulneraciones de sus derechos por parte de la empresa”.
- v. **Integrar los ODS**: en el “núcleo de negocio de la empresa a para llevar a cabo acciones de contribución al desarrollo sostenible de los pueblos indígenas e impactar positivamente en los mismos”.

## A.2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a la consulta ha sido reconocido, adoptado y ha evolucionado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de, por un lado, instrumentos de carácter vinculante y no vinculante como lo es, en el primero de los casos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en el segundo de los casos, con efectos declarativos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.



Por otro lado, este derecho ha sido interpretado por los órganos del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, a través de criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Esta última ha generado una serie de sentencias en el marco de la consulta previa que resultan vinculantes para el Estado mexicano, aún cuando México no haya sido parte de los casos resueltos y todavía no exista una sentencia, en materia de consulta previa indígena que condene al Estado mexicano.

### A.2.1. Principales instrumentos del Sistema Interamericano

En cuanto a los principales instrumentos con los que cuenta el Sistema Interamericano en torno a la consulta previa indígena existen tanto de carácter vinculante como no vinculante en los que se establecen preceptos internacionalmente aceptados sobre la consulta, de reconocimiento de pueblos y comunidades indígenas, de su derecho a la igualdad y no discriminación y de su participación e inclusión mediante la consulta a cargo de los Estados.

Al respecto, existen tres instrumentos: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el "Pacto de San José", (Convención Americana) adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 y ratificada por México en 1981, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2016.

La **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** reconoce la personalidad jurídica y los derechos civiles de toda persona sin distinción de nacionalidad, origen o etnia.





Por su parte, la **Convención Americana** reconoce las facultades de la Comisión Interamericana para recibir consultas referentes a los derechos humanos y su facultad de prestar asesoramiento a los Estados miembros, incluido México. Asimismo, el artículo 21 reconoce el derecho a la propiedad privada, al uso y goce de sus bienes, y a la indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos según las formas establecidas por la ley en que una persona puede ser privada de sus bienes.

La **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** reconoce de manera expresa la obligación de los Estados de llevar a cabo procesos de consulta previa y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado; particularmente antes de aprobar cualquier proyecto en relación con el desarrollo que afecte sus tierras o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

En la consulta y cooperación se debe asegurar la aplicación de los derechos de participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas, así como asegurar el reconocimiento y la protección del patrimonio cultural y la propiedad intelectual indígena.

De igual forma, el Preámbulo de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que se alentará para que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas, en particular las relativas a la consulta y cooperación de estos.



## A.2.2. Labor de los órganos del Sistema Interamericano en materia de consulta indígena

Los órganos del Sistema Interamericano han prestado particular atención al derecho de la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, como un derecho en sí mismo, y en tanto, garantía del disfrute efectivo de otros derechos básicos.

Por una parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana) se ha pronunciado sobre la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas de sus territorios ancestrales tratándose de un asunto de especial importancia “porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”.<sup>4</sup>

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”) ha subrayado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”.<sup>5</sup>

Los pronunciamientos formulados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido de gran relevancia para el entendimiento, comprensión y desarrollo del derecho a la consulta indígena.

---

<sup>4</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

<sup>5</sup> *Idem*.



### A.2.2.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana se ha referido al derecho a la consulta a través de distintos mecanismos como informes de país, informes anuales, el sistema de peticiones y casos, y el mecanismo de medidas cautelares. La Comisión Interamericana ha destacado que además de poseer todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, los pueblos indígenas tienen un enfoque único tratándose del derecho a la propiedad, ya que es una base fundamental para el desarrollo de su comunidad, de su cultura y su espiritualidad.<sup>6</sup>

En este sentido, el Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales de la Comisión Interamericana (Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) contempla la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, a través de la implementación de procedimientos de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones.

La Comisión Interamericana establece como obligaciones de los Estados, tratándose de las actividades de extracción y explotación de recursos naturales, las siguientes cinco:

- i. Diseñar, implementar y aplicar un marco normativo adecuado, que aborde la regulación de la actividad extractiva y de explotación de las compañías extranjeras.
- ii. Prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos de los pueblos indígenas.

---

<sup>6</sup> “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.



- iii. Supervisar y fiscalizar en materia de actividades extractivas, de explotación y desarrollo.
- iv. Garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información.
- v. Prevenir actividades ilegales y formas de violencia contra poblaciones indígenas afectadas por la actividad extractiva, explotación o desarrollo.

Específicamente en lo relativo al derecho a la consulta, en el Informe sobre los Derechos Indígenas se señala que el Estado tiene la obligación de consultar sobre cualquier medida que pueda afectar los territorios de los pueblos indígenas, y además debe garantizar la participación de los mismos en el proceso. En este sentido, se citan los **elementos** que, según el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, **deben ser parte de la consulta**:

- i. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto.
- ii. Las razones o el objeto del proyecto y/o actividad.
- iii. La duración del proyecto y/o actividad.
- iv. Los lugares de las zonas que se verán afectados.
- v. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.
- vi. El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto.



## vii. Los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

Por último, el Informe sobre los Derechos Indígenas se refiere al deber de los Estados de reajustar los procedimientos derivados de medidas de carácter legislativo y/o administrativo, cuando los resultados de la consulta reflejen la necesidad de ajustar o cancelar el plan o proyecto de desarrollo o, en caso de no hacerlo, de proporcionar motivos objetivos y razonables que justifiquen su continuación.

La Comisión Interamericana, desde el año 1990, creó una Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en el área.<sup>7</sup>

### A.2.2.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana ha emitido seis sentencias en contra de los Estados de Ecuador, Surinam, Nicaragua, Honduras, y Paraguay, las cuales marcan precedentes de jurisprudencia regional vinculante para el Estado mexicano, aunque México no haya sido condenado en ninguna de ellas. La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana es explicado con mayor detalle en la labor jurisdiccional de la SCJN en el apartado *B. Marco Jurídico Nacional*.

Los hechos analizados en dichas sentencias se desarrollan en el contexto del desconocimiento de los Estados o su ausencia para garantizar el derecho a la propiedad indígena, en el marco de la posesión ancestral y de la propiedad colectiva. En estos casos las empresas han jugado un rol de concesionarias o

<sup>7</sup> CIDH, Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponible en: <http://oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>



aparentes titulares de derechos de propiedad sobre tierras de comunidades indígenas.

### **i. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua<sup>8</sup>**

El 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana condenó al Estado de Nicaragua por la falta de delimitación del territorio de la comunidad Mayagna Awas Tigni y el otorgamiento de una concesión minera a una empresa sin llevar a cabo una consulta previa con la comunidad, así como a la ineficacia de los recursos interpuestos, lo que vulneró su derecho a la propiedad respecto del uso y goce de sus bienes.

Los hechos del caso se desarrollan en marzo de 1996, cuando el Estado otorgó una concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente a la empresa privada Solcarsa, sin que la comunidad hubiese sido consultada al respecto. Ante esto, la comunidad solicitó a diversos organismos estatales no avanzar con el otorgamiento de la concesión y, a la vez, delimitar su territorio. No obstante, ninguna de las dos peticiones realizadas por la comunidad fue atendida.

La Corte Interamericana consideró mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, que el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, el derecho de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.

De igual manera, la Corte Interamericana reconoció que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.

<sup>8</sup> "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).



Se reconoció que los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus territorios; ya que mantienen una estrecha relación con la tierra, lo que debe de ser reconocido y comprendido como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Por lo anterior, la Corte Interamericana consideró que, a pesar de que en Nicaragua existía una normativa que reconocía y protegía la propiedad comunal indígena, del acervo probatorio se desprendió que el Estado no disponía de un procedimiento específico para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas.

La Corte Interamericana resolvió que, a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, el Estado de Nicaragua violó el derecho a la propiedad en cuanto al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no delimitó y demarcó la propiedad comunal, y que había otorgado concesiones a la empresa privada para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que posiblemente correspondía, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que estaba establecida la Comunidad Mayagna Awas Tingni.

## ii. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay<sup>9</sup>

El 29 de marzo de 2006, la Corte Interamericana sentenció al Estado de Paraguay por no haber garantizado el derecho de propiedad y posesión de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa de su territorio ancestral que aparecía a nombre de compañías privadas, lo que vulneraba el derecho a la propiedad comunitaria de sus miembros.

---

<sup>9</sup> "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).



Los hechos se enmarcan en el Chaco paraguayo, región donde tradicionalmente habitan los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, cuyas tierras fueron individualizadas como fincas, figurando a nombre de dos compañías privadas Roswell y Compañía S. A. y Kansol. En 1991, los miembros de la comunidad indígena Sawhoyamaxa iniciaron el proceso de reivindicación de sus tierras sin éxito. Como consecuencia de lo anterior, aumentaron las restricciones de la población indígena al acceso a sus tierras tradicionales, lo que produjo cambios en sus actividades de subsistencia y los forzó a vivir en situación de pobreza extrema.

La Corte Interamericana analizó mediante una interpretación sistemática, el alcance del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El derecho a la propiedad privada, contempla una estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura, pues corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo no solo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y de su identidad cultural, los cuales deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.

Respecto del derecho de posesión de las tierras, la Corte Interamericana declaró que la posesión tradicional de los indígenas tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado, por lo tanto, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.

En cuanto al derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas, la Corte señaló que le corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama. Si el Estado se ve imposibilitado a devolverlas, por motivos objetivos y fundamentados, debe adoptar medidas para entregar tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme con sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres.





La Corte Interamericana resolvió que, el Estado de Paraguay violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención Interamericana, en virtud de que la posesión tradicional de los indígenas otorga el derecho a la propiedad aún sin un título legal que así lo señale. Ordenó la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, mediante la adopción de medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la Comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce.

### iii. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam<sup>10</sup>

El 28 de noviembre de 2007, la Corte Interamericana condenó al Estado de Surinam por la falta de adopción de medidas efectivas que reconocieran el derecho de propiedad comunal y la ausencia de consulta previa, tras las autorizaciones de concesiones madereras y mineras, dentro de su territorio, lo que vulneró su derecho a la propiedad y a la consulta.

Los hechos se relacionan con el Pueblo Saramaka, cuyos integrantes forman un pueblo tribal con características culturales específicas y una identidad conformada por una compleja red de relaciones con la tierra. El Pueblo Saramaka, por aprobación tácita del Estado había obtenido cierto grado de autonomía para gobernar sus tierras, territorios y recursos. No obstante, el Estado otorgó concesiones a empresas extranjeras para actividades madereras y de minería en la zona del Río Suriname Superior y en el territorio del Pueblo Saramaka, las cuales dañaron profundamente el medio ambiente.

La Corte Interamericana se pronunció sobre el derecho al uso y goce de la propiedad comunal, conforme con la protección que otorga el artículo 21 de la Convención Americana, y estableció que los Estados tienen la obligación de respetar:

---

<sup>10</sup> "Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam", sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).



La especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica.

La estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos no corporales que se desprendan de ellos.

El ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente integrantes de los pueblos indígenas y tribales.

El derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente.

La Corte consideró que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme con el artículo 21.2 de la Convención se extiende no solo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una “indemnización justa” acorde con el artículo 21.2 de la Convención se tradujo en el derecho de los miembros del Pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.

La Corte Interamericana reconoció que, la protección del derecho a la propiedad, no es absoluta, ya que el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los siguientes requisitos: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales, y d) que tengan el fin de lograr

un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Sin embargo, el Estado no podrá restringir el derecho al uso y goce si dicha restricción implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.

Sobre el derecho a la consulta y la obligación del Estado de obtener el consentimiento, la Corte determinó que la consulta de realizarse activamente con las comunidades indígenas, según sus costumbres y tradiciones y debe cumplir con los siguientes requisitos:

- **Informada:** Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes.
- **De buena fe:** Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.
- **Culturalmente adecuada:** Se debe consultar a los pueblos indígenas de conformidad con sus propias tradiciones.
- **Previa:** La consulta deberá realizarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.
- **Con consentimiento:** El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.



De lo anterior, se desprende que la Corte Interamericana exige que en la consulta se salvaguarden los derechos al consentimiento libre, previo e informado de la comunidad indígena, según sus costumbres y tradiciones para poder considerar que la participación de la comunidad indígena es efectiva ante grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.

Por lo anterior, la Corte consideró que las concesiones madereras que el Estado había emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam habían dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales. Asimismo, el Estado no realizó o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka.

La Corte Interamericana resolvió que el Estado de Surinam había violado el derecho de propiedad de los integrantes del Pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención, por no permitir la participación efectiva del Pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbres, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y sin recibir ningún beneficio de la extracción de madera en su territorio.

#### **iv. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador<sup>11</sup>**

El 27 de junio de 2012, la Corte Interamericana condenó al Estado de Ecuador por no garantizar el derecho a la consulta del Pueblo de Sarayaku, al haber suscrito una empresa estatal de Ecuador un contrato con empresas privadas para la exploración de hidrocarburos y explotación del petróleo en

---

<sup>11</sup> "Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", sentencia de 27 de junio de 2012, (Fondo y Reparaciones).



territorio de este pueblo indígena, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural.

Los hechos se relacionan con el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, siendo que en 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque Núm. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles (CGC) S. A. y la Petrolera Argentina San Jorge S. A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200,000 hectáreas, en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku. En el año 2002 la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en el que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral, no obstante que la empresa petrolera CGC intentó gestionar, sin éxito, la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku para su consentimiento.

A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. La empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. El 19 de noviembre de 2010, Petróleos del Ecuador firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque Núm. 23, sin que el Pueblo Sarayaku fuera informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta.

Se estableció que el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas, constituye una norma



convencional, la cual es también un principio general del derecho internacional, que está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

Se determinó que los procesos de consulta deben respetar el sistema **particular** de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como una relación adecuada y efectiva con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

De igual forma, la Corte Interamericana determinó que la aplicación del derecho a la consulta debe ser realizada:

- Con carácter **previo**, es decir, durante las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si fuera el caso deberán ser consultados previamente en todas las fases del desarrollo del proyecto.
- Realizada bajo el principio de **buena fe** y con la finalidad de llegar a un acuerdo. La consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros.
- La consulta debe ser **informada**; lo anterior, en el sentido de que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, lo cual implica que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante.
- La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber



que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeta de la consulta.

- La consulta debe ser **adecuada y accesible**; debe ser realizada de conformidad con las propias tradiciones de la comunidad indígena.
- El Estado debe garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que, entidades independientes y técnicamente capaces, bajo supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental para evaluar el posible daño o impacto que el proyecto pueda tener, así como asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.

La Corte Interamericana consideró que el Estado tiene la obligación de garantizar que los pueblos indígenas sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o puedan incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, lo cual está intrínsecamente relacionado con el derecho a la identidad cultural, ya que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

En consecuencia, la Corte Interamericana resolvió que el Estado de Ecuador era responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, toda vez que no se habían adoptado las medidas



necesarias para que el Pueblo Kichwa participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social afectando sus derechos a la consulta, propiedad comunal y a la identidad cultural. Sentenció al Estado de Ecuador a consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio.

#### **v. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras<sup>12</sup>**

El 8 de octubre de 2015, la Corte Interamericana condenó al Estado de Honduras por la falta de garantía del uso y goce de su territorio y por no realizar de manera conjunta un proceso de consulta previa a la comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, con motivo de la planificación y ejecución de proyectos turísticos en su territorio, por parte de empresas privadas, vulnerando su derecho a la propiedad comunal y a la consulta previa.

Los hechos del caso se relacionan con la comunidad Garífuna Punta Piedra, ya que en 1993 el Estado otorgó a la comunidad de Punta Piedra un título de propiedad sobre una superficie de aproximadamente 800 hectáreas, en relación con un territorio respecto del cual contaba con un título ejidal desde 1920. Posteriormente, la comunidad de Punta Piedra solicitó la ampliación de su territorio por un área de 3,000 hectáreas y el 6 de diciembre de 1999, se le demarcaron y titularon 1,513 hectáreas adicionales, excluyendo expresamente 46 hectáreas de quienes tenían título en la zona, sin embargo, dicha cláusula fue revocada el 11 de enero de 2000 por considerarla un error involuntario.

---

<sup>12</sup> "Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras", sentencia de 8 de octubre de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).





Entre agosto de 1993 y julio de 1995, la municipalidad de Tela vendió aproximadamente 44 hectáreas de tierras que se encontraban en el área otorgada en garantía de ocupación en el año 1979, en favor de la empresa IDETRISA, para la ejecución del proyecto turístico “Club Marbella”. De manera paralela, en 1993, fue construido un complejo de condominios denominado “Playa Escondida”, al costado del territorio de la Comunidad Triunfo de la Cruz. Por otra parte, el 28 de diciembre de 2000, el Congreso Nacional dispuso crear el Área Natural Protegida “Punta Izopo”, bajo la categoría de parque nacional e integrarla al Sistema Nacional de Áreas Protegidas de Honduras, cuya extensión territorial es de 18,820.00 ha y su área se entrecruzaba con el territorio que fue históricamente ocupado por la Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz.

En este caso, la Corte Interamericana reafirmó lo establecido en su jurisprudencia, respecto de la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual:

- La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado.
- La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro.
- El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas.

Respecto a la consulta, la Corte Interamericana reafirmó los elementos esenciales del referido derecho, acorde con la normativa y jurisprudencia interamericana, siendo: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada, y el incumplimiento de observar dichas características esenciales en la realización de la consulta, pueden comprometer la responsabilidad internacional de los Estados.



Se estableció que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios tradicionales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardas:

- Efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala.
- La realización de un estudio de impacto ambiental.
- En su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales, según lo que la propia comunidad determine y resuelva de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

La Corte Interamericana resolvió que el Estado de Honduras violó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón de que no garantizó el uso y goce de los territorios tradicionales de la comunidad que fueron reconocidos como tales por el Estado, y por no realizar de manera conjunta un proceso de consulta previa, un estudio de impacto ambiental, y establecer cómo se debían compartir los beneficios de los referidos proyectos, de conformidad con los estándares internacionales, en perjuicio de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros.

#### vi. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam<sup>13</sup>

El 25 de noviembre de 2015, la Corte Interamericana condenó al Estado de Surinam por la falta de delimitación del territorio, y por no realizar un proceso de consulta previa a los Pueblos Kaliña y Lokono, frente a proyectos extractivos en una de sus reservas, derivado de una concesión minera, vulnerando sus derechos de propiedad colectiva, identidad cultural y consulta previa.

<sup>13</sup> "Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam", sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas).



Dentro del territorio de los Pueblos Kaliña y Lokono se crearon tres reservas naturales: la reserva Wia Wia en 1966, la reserva Galibi en 1969, y la reserva Wane Kreek en 1986. Dichas reservas en su conjunto abarcan un aproximado de 59,800 hectáreas del territorio reclamado como ancestral por parte de los Pueblos Kaliña y Lokono. En 1958, el Estado de Surinam otorgó una concesión por un periodo de 75 años a la empresa extractiva “Suralco” y en 1997 comenzó a realizar actividades de minería a cielo abierto para la extracción de depósitos de bauxita en un espacio de entre 100 y 144 hectáreas, ubicado dentro de la Reserva Wane Kreek.

En 2005, se realizó el primer “estudio de sensibilidad ambiental”, en el que se recomendó concluir las actividades de explotación minera tan pronto fuera posible, y rehabilitar el daño ocasionado. Como consecuencia de la minería en la reserva, las actividades de caza y pesca, que eran tradicionales en la zona, se redujeron considerablemente. Las actividades de extracción de bauxita concluyeron en 2009, y en la actualidad, ciertas zonas se encuentran en una fase de rehabilitación forestal.

Se resaltó el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena, el cual debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que conceda seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o del mismo Estado.

Se estimó que, para efectos de la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales contempla garantías plenas sobre los territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, y utilizado para ejercer su propia forma de vida, subsistencia, tradiciones, cultura y desarrollo como pueblos, de tal manera, consideró que el Estado de Surinam no reconocía el derecho a la propiedad colectiva de pueblos indígenas y tribales, y que tampoco existían mecanismos o procedimientos para delimitar los territorios tradicionales.



Adicionalmente, la Corte Interamericana retomó lo establecido en el caso “*Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*”, sobre el deber del Estado de cumplir con las salvaguardias de a) participación efectiva través de un proceso de consulta, b) evaluación previa del impacto ambiental y c) compartir los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales, en orden de que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios tradicionales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena.

Por lo anterior, se estimó que la garantía de participación efectiva debió llevarse a cabo de manera previa al inicio de la extracción o explotación minera, lo cual no ocurrió, ya que aunque la concesión minera se otorgó en el año 1958, las actividades de extracción de bauxita se iniciaron en el año 1997, momento en el cual ya se contaba con la determinación precisa del lugar donde se realizarían las actividades extractivas, que se encontraban cerca del área y mantenían una vinculación directa con esta zona, los cuales enfrentaron afectaciones en parte de su territorio tradicional.

De igual manera, constató que no se cumplió de manera efectiva la garantía de establecer procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental, ya que el estudio de sensibilidad ambiental no fue efectuado antes del inicio de las actividades, la legislación interna no lo exigía y fue realizado sin contar con la participación de los Pueblos Kaliña y Lokono.

Si bien, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio o en su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas, conforme con los Principios Rectores, la Corte Interamericana resaltó la responsabilidad empresarial, de respetar los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicas, entre ellos, los pueblos indígenas y tribales, los cuales deberán prestarle especial atención cuando vulneren dichos derechos.



La Corte Interamericana resolvió que el Estado de Surinam no adoptó los mecanismos adecuados para garantizar las salvaguardas anteriores, violando el derecho a la propiedad colectiva, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana por la falta de delimitación, demarcación y titulación del territorio de los Pueblos Kaliña y Lokono y por no haber garantizó la participación efectiva a través de un proceso de consulta.

### **A.3. OTROS DOCUMENTOS DE INSTITUCIONES INTERNACIONALES**

Dentro del marco jurídico internacional existen otros documentos no vinculantes desarrollados por la OCDE, que aportan a las empresas a efectos de que respeten los derechos humanos en sus actividades empresariales, tales como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, adoptada por los países miembros de la organización mediante la Declaración de la OCDE sobre inversión internacional y empresas multinacionales el 20 de junio de 1976 (última modificación 25 de mayo de 2011) y la Guía de Debida Diligencia para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo (Guía de Debida Diligencia de la OCDE para el sector extractivo) adoptada por el Consejo de la OCDE mediante Recomendación relativa a la Guía de Debida Diligencia para la Participación Significativa de las Partes Interesadas del Sector Extractivo del 13 de junio de 2016.

Por otra parte, existen documentos no vinculantes desarrollados por agencias internacionales para el desarrollo, que aportan a las empresas en el cómo aplicar medidas de eliminación y mitigación de riesgos e impactos negativos ambientales y sociales, participación en los beneficios y compensación a comunidades indígenas afectadas por proyectos de inversión, así como el apoyo de las comunidades al proyecto como un elemento clave en la viabilidad de su financiamiento. Estos documentos han sido publicados por la Corporación Financiera Internacional (CFI) del BM, así como por otras entidades financieras privadas, y han fijado directrices para la aplicación



obligatoria de la consulta previa a pueblos y comunidades indígenas desde el diseño y planeación de los proyectos para ser financiados por estas.

Entre dichas directrices se encuentran en la Política Operacional 4.10 sobre Pueblos Indígenas aprobada por el BM en julio de 2005; los Principios de Ecuador, desarrollados en junio de 2003 por iniciativa privada de diversas entidades financieras en conjunto con la CFI del BM; y las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social (las Normas de Desempeño), publicadas el 1 de enero de 2012 por la CFI del BM.

Las Directrices y estándares citadas establecen “seguros” o “candados” para que el financiamiento sea dirigido o invertido en proyectos sustentables, mismos estándares que esta Comisión Nacional considera podrían ser importados por bancas de financiamiento públicas nacionales como: Nacional Financiera, SNC (NAFIN), Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, SNC (BANOBRAS), Banco Nacional del Comercio Exterior, SNC (BANCO-MEXT), Sociedad Hipotecaria Federal, SNC (SHF), Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, SNC (BANSEFI) y Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, SNC (BANJERCITO).

### **A.3.1. Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales**

Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son un código de conducta para las empresas transnacionales, proveen de un marco teórico y práctico para alcanzar una conducta responsable. En la revisión de 2011, se incluyó un capítulo de derechos humanos que hace referencia explícita a los Principios Rectores y se alinea a ellos en cuanto a que recomienda a las empresas la implementación de un compromiso político, un proceso de debida diligencia y contar con mecanismos de reparación de las vulneraciones que cause. Sobre el acceso a las reparaciones, establece un mecanismo no jurisdiccional para la vigilancia del cumplimiento de las Líneas Directrices



en cada uno de los países adheridos al instrumento, denominados Puntos de Contacto Nacional.

Los Puntos de Contacto Nacional permiten que las víctimas puedan acceder a mecanismos para la reparación de vulneraciones causadas por la actividad empresarial, por lo tanto, pueden ser utilizados por pueblos y comunidades indígenas afectadas por las actividades empresariales de empresas transnacionales de los países adheridos.

Este documento no aborda en específico un proceso para la consulta previa, ni el rol de las empresas transnacionales en él. No obstante, proporciona un estándar sobre la actuación responsable genérico que puede ser aplicado en cualquier contexto, por ende, también cuando las empresas se encuentran frente a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados.

A continuación, se describen algunas prácticas recomendadas a las empresas que podrían ser compatibles cuando se ven involucradas en procesos de consulta previa o bien en el cumplimiento de los acuerdos derivados de ella. Estas recomendaciones pertenecen a los capítulos relativos a “Principios generales”, “Derechos humanos” y “Medioambiente”, siendo los siguientes:

- Las empresas deben facilitar posibilidades reales de participación a las partes interesadas durante la planeación y toma de decisiones relativas a proyectos o actividades que puedan afectarles, como lo serían los pueblos y comunidades indígenas cuando sean susceptibles de alguna afectación por parte de la actividad empresarial. Por ejemplo, a través de reuniones, audiencias o consultas.
- Las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas que pertenecen a categorías específicas o poblaciones que merecen una atención particular como pueden ser personas que pertenecen a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; las mujeres;



los niños; las personas con discapacidad; los trabajadores inmigrantes y sus familias, cuando puedan tener un impacto negativo sobre sus derechos. Por lo tanto, deberán respetar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en actividades empresariales susceptibles de causarles afectación.

- Las empresas deben hacer público su compromiso con el respeto de los derechos humanos a través de una declaración en que las empresas tomen en cuenta la participación de las partes interesadas, como empleados, clientes, proveedores, contratistas, comunidades y pueblos indígenas, cuando tengan una interacción con las actividades de la empresa.
- Las empresas pueden incluir en su interior mecanismos de reparación de las afectaciones causadas por la empresa, como podría ser para que integrantes de la comunidad puedan denunciar algún incumplimiento de la empresa desarrolladora de acuerdos obtenidos en la consulta y la empresa pueda atenderlo de manera pronta y oportuna o cualquier otra afectación a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. En todo caso, esos mecanismos deben cumplir los siguientes criterios: legitimidad, accesibilidad, previsibilidad, equidad, transparencia, compatibilidad con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, basarse en el diálogo y la voluntad de alcanzar soluciones consensuadas. Un mecanismo de estas características podría abonar en alcanzar un acuerdo satisfactorio entre las empresas y los pueblos y comunidades indígenas.
- Las empresas deben proporcionar puntualmente a los trabajadores y ciudadanos (entre ellos los pueblos y comunidades indígenas) información adecuada, medible y verificable sobre los impactos potenciales de las actividades de la empresa sobre el medio ambiente, la salud y la seguridad. Esta información para el caso de la consulta





previa, constituye información relevante y suficiente, particularmente sobre los impactos negativos y beneficios, para que los pueblos y comunidades indígenas puedan analizarla previo a tomar una decisión en un proyecto susceptible de afectarles.

- Proporcionar información de manera transparente sobre las actividades de las empresas y sobre sus relaciones con subcontratistas y sus proveedores, así como sobre los impactos medioambientales asociados con ellas, alentando un proceso de consulta activa con partes interesadas, tales como empleados, clientes, proveedores, contratistas, comunidades locales y los ciudadanos en general, con el fin de promover un clima de entendimiento y confianza a largo plazo con relación a cuestiones medioambientales que resultan de mutuo interés. En el caso de la consulta previa, esta información es relevante para que los pueblos y comunidades indígenas puedan analizarla previo a tomar una decisión en un proyecto susceptible de afectarles.

### **A.3.2. Guía de la OCDE de debida diligencia para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo**

La Guía de debida diligencia de la OCDE para el sector extractivo es parte de los instrumentos no vinculantes que ha desarrollado la OCDE con recomendaciones para las empresas y los Estados para consolidar la conducta empresarial responsable.

Este tipo de documentos, desarrollan prácticas de debida diligencia empresarial en sectores industriales estratégicos con énfasis en la responsabilidad por actos realizados por la propia empresa y por las empresas pertenecientes a su cadena de suministro.



La Guía de debida diligencia de la OCDE para el sector extractivo se elabora con estándares prácticos para ser aplicados por las empresas del sector extractivo, incluyendo gas, petróleo y minería, no obstante, las recomendaciones pueden ser implementadas por todo tipo de empresas en diversos sectores. Contiene un compilado de prácticas para promover la participación de partes interesadas, incluidos los pueblos y comunidades indígenas, a través de procesos de debida diligencia empresarial.

Este documento contiene recomendaciones y estándares dirigidos a las empresas para la integración de participación significativa de las partes interesadas como los pueblos indígenas; mujeres; trabajadores y sindicatos; y mineros artesanales que podrían resultar afectadas por un proyecto o actividad de la empresa, dando prioridad aquellas partes con mayor riesgo de sufrir impactos adversos irremediables.<sup>14</sup>

La Guía de debida diligencia de la OCDE para el sector extractivo proporciona las siguientes recomendaciones de forma general, para el caso de la participación de pueblos y comunidades indígenas, es decir, no específicos para el caso de la consulta previa, pero que son relevantes para una empresa que se vincula con ellos:

- i. La empresa debe involucrar a los pueblos y comunidades indígenas en la elaboración de las evaluaciones de impacto social, medioambiental y de derechos humanos.
- ii. La empresa debe establecer estratégicamente espacios para la participación de las partes interesadas dentro de la toma de decisiones del proyecto, en la dirección y planificación. Es decir, no únicamente al inicio del proyecto, sino como medida de retroalimentación durante toda la vida del proyecto.

---

<sup>14</sup> Guía de la OCDE de Diligencia Debida para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo, 2016, p. 16.



- iii. La empresa debe buscar que en la selección de contratistas, inversionistas y socios comerciales no se obstaculice la participación de los pueblos y comunidades indígenas, es decir, que la empresa clarifique a sus socios o aliados comerciales su compromiso de inclusión y participación significativa de pueblos y comunidades indígenas.
- iv. La empresa debe contar con procesos de monitoreo y seguimiento de los acuerdos, los compromisos y la reparación de los daños causados y presentar informes a los pueblos y comunidades indígenas de los mismos.
- v. La empresa debe evaluar las actividades de participación de los pueblos y comunidades indígenas y responder a las deficiencias identificadas, a través de indicadores y criterios de análisis para evaluar la eficacia de la actividad de participación de las partes interesadas; establecer procesos participativos de monitoreo y evaluación; solicitar una revisión externa independiente de las actividades de participación de las partes interesadas; y responder a las deficiencias identificadas conforme con su relevancia.

De manera específica, la Guía de debida diligencia de la OCDE para el sector extractivo enlista cuatro recomendaciones dirigidas a las empresas, sobre la "Participación de los pueblos indígenas" en las actividades extractivas que afecten sus derechos, ya que los pueblos indígenas cuentan con determinadas características que requirieren una especial consideración para una participación efectiva, como lo son sus instituciones; su relación con la tierra; su patrimonio espiritual y cultural; la discriminación histórica; su posición de vulnerabilidad en la sociedad; su reconocimiento conforme con el derecho internacional, entre otros. Las empresas, en el proceso de sus actividades extractivas, deben:

- i. Comprender el contexto indígena. Las empresas deben comprender de los pueblos y comunidades indígenas su:



- *contexto histórico*: la existencia o no de requisitos legales nacionales para obtener el consentimiento libre, previo e informado ante los impactos de las actividades extractivas, el reconocimiento de los derechos colectivos y su estatus jurídico;
  - *área de impacto*: delimitación territorial de impactos sobre las tierras y sustento de pueblos indígenas;
  - *derechos sobre la tierra*: incluidos los derechos consuetudinarios de tenencia de la tierra;
  - *autogobernanza*: sistemas judiciales, ámbito de la autoridad y procesos de toma de decisiones, consulta y otorgamiento o rechazo del consentimiento;
  - *marginación o discriminación histórica; patrimonio cultural y espiritual.*
- ii. Garantizar que los pueblos indígenas sean adecuadamente identificados y favorecidos. Las empresas deben tener en cuenta las características únicas de los pueblos indígenas e identificar los derechos colectivos que reivindican, así como los derechos humanos de las personas indígenas potencialmente afectadas por las actividades.
- iii. Establecer el necesario sistema de apoyo para una participación significativa de los pueblos indígenas.

Las empresas deben proveer recursos para apoyar la participación de los pueblos indígenas de un modo significativo en consultas organizadas por la empresa, mediante el apoyo técnico, financiero, legal, facilitadores locales y compensaciones por los costos de oportunidad para las comunidades que participan en el proceso.



Estos recursos deben determinarse mediante consultas a los pueblos indígenas y acordarse con estos a través del proceso de participación.

**iv.** Diseñar actividades y procesos adecuados y eficaces para la participación de los pueblos indígenas.

Entre otras medidas, las empresas pueden acordar el proceso de consulta sobre el que se trabajará; negociar con los pueblos indígenas qué constituye un consentimiento adecuado (por ejemplo, si la aprobación de la comunidad se decide por mayoría de votos o se determina en un consejo de ancianos); incluir su participación antes de que inicien o se autoricen las actividades; proporcionar a las comunidades indígenas toda la información en relación con la actividad de modo oportuno, objetivo, preciso y que les resulte comprensible; documentar ampliamente los acuerdos alcanzados (por ejemplo, especificar aquellas actividades que han recibido consentimiento y cuáles no); determinar las acciones a emprender en caso de que los pueblos y comunidades se rehúsen a participar en las negociaciones o nieguen su consentimiento, e involucrar a los pueblos indígenas en el diseño y ejecución de las actividades de participación.

### **A.3.3. Política operacional OP 4.10 del Manual de Operaciones del Banco Mundial**

Esta Política Operacional dispone los requisitos necesarios a cumplirse para obtener un financiamiento del BM para la elaboración de un proyecto. Establece la obligación de cumplir con distintas medidas de identificación de pueblos y comunidades indígenas, evaluación de impactos negativos y, en caso de identificarse pueblos indígenas que serían susceptibles de afectación, elaboración un plan de eliminación, mitigación y compensación de impactos negativos así como participación de pueblos indígenas en los beneficios sociales y económicos del proyecto, además de una consulta previa,



libre, informada, de buena fe desde la etapa de la planeación para el análisis de su viabilidad.

La Política Operacional dispone que para que un proyecto sea financiado, el BM realiza un estudio preliminar para determinar la presencia de pueblos indígenas en la zona del proyecto o la existencia de un apego colectivo a dicha zona en los primeros momentos de la preparación del proyecto, si existen pueblos indígenas, entonces el prestatario debe realizar lo siguiente:

- i. Una evaluación social para determinar los posibles efectos positivos o negativos sobre los pueblos indígenas, y para examinar alternativas al proyecto cuando los efectos negativos puedan ser significativos. El alcance, profundidad y el tipo de análisis es proporcional a la naturaleza y dimensión de los posibles efectos del proyecto.
- ii. Un proceso de consulta previa, libre, informada, culturalmente adecuada con enfoque de género con las comunidades indígenas afectadas en cada etapa del proyecto, y particularmente durante la preparación del mismo, con objeto de conocer claramente sus opiniones y determinar si existe “amplio apoyo al proyecto por parte de las comunidades indígenas”. La Política Operacional señala algunos requisitos a cumplir para “asegurar el éxito de la consulta” como los siguientes:
  - Establece un marco apropiado que favorezca la inclusión intergeneracional y de género en cada etapa de la preparación y ejecución del proyecto.
  - Aplica métodos de consulta adecuados a los valores sociales y culturales y condiciones locales. Los métodos de consulta apropiados incluyen el uso de lenguas indígenas, la dedicación de tiempo suficiente para promover el consenso y la selección de lugares adecuados para su celebración que facilite la expresión de opiniones y preferencias de los pueblos indígenas.



- Presta especial atención a inquietudes de mujeres, jóvenes y niños indígenas para que todos puedan acceder a las oportunidades y ventajas del desarrollo.
- Proporciona toda la “información pertinente” sobre el proyecto de manera “apropiada desde el punto de vista cultural”.

La Política Operacional enmarca la consulta como un elemento de estudio para determinar la viabilidad del proyecto. Incluso, señala que “para decidir si sigue adelante con el proyecto” el BM toma en consideración, por una parte, la evaluación social, por otra, las consultas previas, libres e informadas en las que se determina si las comunidades “apoyan el proyecto”.

El prestatario debe preparar un informe detallado para documentar: los resultados de la evaluación social, el proceso de consulta, medidas adicionales (incluidas las modificaciones del diseño del proyecto necesarias para atender los efectos adversos sobre los pueblos indígenas y los beneficios), las recomendaciones para llevar a cabo las consultas y generar la participación de pueblos indígenas durante la ejecución, el seguimiento y la evaluación del proyecto y cualquier acuerdo formal alcanzado con las comunidades indígenas o las organizaciones de pueblos indígenas. El BM no sigue adelante con la tramitación del proyecto si no puede determinar la existencia del apoyo de las comunidades al proyecto.

- i. Un *Plan para los Pueblos Indígenas* en el que se establecen las medidas necesarias para asegurar que los pueblos y comunidades indígenas reciban beneficios sociales y económicos apropiados y si existen efectos adversos se eliminen, se reduzcan o se mitiguen lo más posible o se compensen. El grado de detalle depende del proyecto. También existe un *Marco de Planificación para los Pueblos Indígenas*, que en algunos proyectos es necesario preparar y ejecutar programas anuales de inversiones o múltiples subproyectos (como proyectos de desarrollo impulsados por la comunidad, fondos sociales, operaciones sectoriales de inversión y préstamos a intermediarios financieros). En estos casos y cuando el es-



tudio preliminar del BM indica la probable presencia de pueblos indígenas o un apego colectivo de indígenas a dicha zona, pero no se puede determinar su presencia o el apego hasta en tanto no se establezcan los programas o subproyectos, el prestatario debe elaborar el *Marco de Planificación para los Pueblos Indígenas*.

- ii. *Divulgación del Plan o el Marco de planificación para los Pueblos Indígenas* mediante los métodos, lengua y lugares apropiados. La divulgación implica poner a disposición de las comunidades indígenas afectadas el informe de la evaluación social y la versión preliminar del *Plan para Pueblos Indígenas* o del *Marco de Planificación para Pueblos Indígenas* definitivo.

#### A.3.4. Principios de Ecuador

Los Principios de Ecuador constituyen un marco voluntario para las instituciones financieras, con el fin de determinar, evaluar y gestionar los impactos y riesgos ambientales y sociales en los proyectos de financiamiento y asesoramiento, promoviendo una gestión ambiental eficiente, el desarrollo social responsable y el respeto de los derechos humanos mediante la realización de procedimientos de debida diligencia.

El Principio 5 relativo a la participación del grupo de interés establece que en los Proyectos de Categoría A y B<sup>15</sup> se debe demostrar la participación efectiva de los grupos de interés de manera continuada, estructurada y culturalmente adecuada para las comunidades afectadas y en su caso, para otros grupos de interés.

---

<sup>15</sup> El Principio 1 de la Principios de Ecuador describe tres categorías: *Categoría A* tratándose de proyectos con potenciales riesgos y/o impactos adversos significativos ambientales y sociales que son, diversos, irreversibles o sin precedentes, la *Categoría B* tratándose de proyectos con potenciales riesgos y/o impactos adversos limitados ambientales y sociales, que son escasos en número, generalmente localizados en sitios específicos, mayormente reversibles y fácilmente abordables a través de medidas de mitigación; y la *Categoría C* tratándose de los proyectos que supongan riesgos y/o impactos ambientales y sociales mínimos o no adversos.





De manera particular los Principios de Ecuador reconocen que los pueblos indígenas pueden representar segmentos vulnerables de las comunidades afectadas por los proyectos, por lo que deben ser sujetos a un proceso de consulta y participación informada, el cual deberá cumplir con los derechos y la protección de los pueblos indígenas que contemple la legislación nacional pertinente, incluidas aquellas leyes que velen por el cumplimiento de las obligaciones del país en virtud de la legislación internacional.

El proceso de consulta debe adaptarse a los siguientes requerimientos: los riesgos e impactos del proyecto; la fase de desarrollo del proyecto; las preferencias lingüísticas de las comunidades afectadas; sus procesos de toma de decisiones, y a las necesidades de grupos desfavorecidos y vulnerables. Este proceso deberá estar exento de manipulación externa, interferencias, coacciones e intimidación.

### **A.3.5. Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional**

Las Normas de Desempeño comprenden un marco de gestión del riesgo en el que se busca regular los aspectos sociales y ambientales de las operaciones de la CFI. En conjunto, las ocho Normas de Desempeño definen los estándares que el cliente debe respetar durante todo el ciclo de inversión de la CFI y son las siguientes:

i) Evaluación y gestión de los riesgos e impactos ambientales y sociales; ii) trabajo y condiciones laborales; iii) eficiencia del uso de los recursos y prevención de la contaminación; iv) salud y seguridad de la comunidad; v) adquisición de tierras y reasentamiento involuntario; vi) conservación de la biodiversidad y gestión sostenible de los recursos naturales vivos; vii) pueblos indígenas, y viii) patrimonio cultural.



De manera particular, la Norma de Desempeño 7 reconoce a los pueblos indígenas como grupos sociales con identidades distintas frente a los grupos dominantes en las sociedades ya que, en muchos casos, su situación económica, social y jurídica limita su capacidad de defender sus derechos e intereses en materia de tierras, recursos naturales y culturales, y por tanto restringe su capacidad de participar en el desarrollo y disfrutar de sus beneficios. “En consecuencia, los pueblos indígenas pueden ser más vulnerables a los impactos adversos asociados con el desarrollo del proyecto que las comunidades no indígenas”.

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

Dentro de los requisitos generales para dar cumplimiento a la Norma 7, se requiere que el cliente realice un proceso de evaluación de riesgos e impactos sociales y ambientales sobre todas las comunidades de pueblos indígenas que puedan resultar afectadas por el proyecto y la obtención del consentimiento previo, libre e informado de dichas comunidades cuando se proponga ubicar el proyecto o desarrollar comercialmente los recursos naturales en tierras de propiedad tradicional o bajo uso consuetudinario de pueblos indígenas y se puedan prever impactos adversos.