



Los derechos de los pueblos indígenas y la función del consentimiento libre, previo e informado

Una Nota de Buenas Prácticas que hizo suya el Grupo de trabajo sobre derechos humanos y trabajo del Pacto Mundial el 20 de febrero de 2014¹

Elaborado por: Amy K. Lehr

El Pacto Mundial de las Naciones Unidas es una iniciativa de políticas estratégicas para las empresas que se comprometen a hacer que sus operaciones y estrategias sean congruentes con diez principios de aceptación universal en las esferas de los derechos humanos, el trabajo, el ambiente y la anticorrupción. En junio de 2006, la Junta Directiva del Pacto Mundial creó el Grupo de trabajo sobre derechos humanos. En vista del reconocimiento cada vez mayor del que los derechos humanos y los derechos laborales gozan, y con el propósito de garantizar un enfoque coherente, los presidentes y miembros de los grupos de trabajo sobre derechos humanos y sobre derechos laborales decidieron coaligarse para formar el Grupo de trabajo sobre derechos humanos y trabajo, en 2013. El objetivo del grupo de trabajo es brindar insumos estratégicos para las labores en derechos humanos y trabajo del Pacto Mundial. La nota siguiente es una de la serie constante de notas acerca de las buenas prácticas sobre derechos humanos que el grupo de trabajo ha hecho suyas. Más que destacar las prácticas específicas de las empresas individuales, las notas de buenas prácticas buscan identificar enfoques generales que han sido reconocidos como favorables para las empresas y para los derechos humanos por parte de muchas empresas e interesados.

Índice

I. Resumen	1
II. Normas de derechos humanos	4
III. La viabilidad del consentimiento libre, previo e informado	8
A. Obtención de una licencia social para operar	8
B. Evitar poner en riesgo la reputación	9
C. Evitar los riesgos jurídicos	9
D. Oportunidades para los futuros proyectos de desarrollo	10
IV. Dificultades y obstáculos	10
A. Falla en la obtención del consentimiento	10
B. Tensiones del gobierno	11
C. La exacerbación del conflicto	11
D. Participación de los grupos marginados	12

¹ Se reconoce con gratitud a todas las personas que fueron entrevistadas o que hicieron observaciones sobre esta Nota de Buenas Prácticas, así como al Profesor Chip Pitts, asesor y dirigente del Proyecto de Buenas Prácticas del Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Igualmente a todas las personas asociadas con el Coloquio voluntario sobre prácticas empresariales internacionales de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford, que conduce el Profesor Chip Pitts.

V. Buena práctica actual	12
A. Formulación de una política	12
B. Conducción de la diligencia debida y de las evaluaciones de los efectos	13
C. Emprender el proceso de consentimiento	14
(1) Efectos que requieren el consentimiento libre, previo e informado	15
(2) “Libre”	17
(3) “Previo” y otras consideraciones relativas a plazos	17
(4) “Informado”	18
(5) “Consentimiento”	19
VI. Surgimiento de nuevas prácticas	22
VII. Conclusión	Error! Bookmark not defined.4

Además de esta Nota de Buenas Prácticas, véanse los recursos del Pacto Mundial de las Naciones Unidas relativos a los derechos de los pueblos indígenas que se indican a continuación:

Guía de referencia para empresas acerca de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, y Complemento práctico de ejemplos de casos, que están disponibles en:
unglobalcompact.org/Issues/human_rights/indigenous_peoples_rights.html

*El **Foro sobre los dilemas de los derechos humanos y las empresas** es un foro en el Internet en el que se invita a los interesados a explorar problemas, estudios de casos y prácticas que sean potencialmente buenas con relación a los temas de los derechos humanos y las empresas. Consulte el tema de los derechos humanos en: human-rights.unglobalcompact.org/dilemmas/indigenous-peoples*

I. Resumen

Históricamente, las empresas han enfrentado problemas importantes al administrar sus relaciones con los pueblos indígenas. En la medida en que las empresas operan en zonas cada vez más remotas, su capacidad de actuar de manera respetuosa de los derechos de los pueblos indígenas no puede sino ganar en importancia. De hecho, las empresas enfrentan problemas particularmente agudos al operar en las tierras tradicionales de los indígenas o cerca de ellas. Esto se debe, en parte, a que los pueblos indígenas son especialmente vulnerables a los efectos negativos de los desarrollos comerciales. Aun más, los pueblos indígenas gozan de derechos internacionales especiales, muchos más de los que se aplican a otras comunidades. Para respetar estos derechos, las empresas deben actualizar sus políticas y procedimientos y enfrentarse con un nuevo paradigma para la participación.

El derecho de los pueblos indígenas para dar o no su consentimiento libre, previo e informado para la utilización de sus tierras, recursos, conocimientos tradicionales o propiedad intelectual constituye una de estas protecciones especiales para los pueblos indígenas. Se trata de un hecho reciente en el derecho internacional que rápidamente ha ganado apoyo generalizado, aunque no siempre se ha aplicado en la legislación o la práctica nacional. Las empresas que quieren respetar este derecho deben partir de sus actuales procesos de consulta para poder demostrar que han obtenido el consentimiento para sus actividades. Sin embargo, la obtención del consentimiento libre, previo e informado de manera mecánica no es suficiente para garantizar que la empresa respete los derechos de los pueblos indígenas. Esto se debe a que el consentimiento libre, previo e informado no es un fin en sí mismo, sino que es un proceso que protege un espectro amplio de derechos humanos que son reconocidos internacionalmente.

Esta Nota de Buenas Prácticas proporciona la referencia histórica del consentimiento libre, previo e informado, sin brindar una opinión definitiva sobre su estatus jurídico. En verdad, este consentimiento es pertinente para las empresas independientemente de su condición jurídica precisa, ya que los que financian, los pueblos indígenas, la sociedad civil y otras partes interesadas cada vez con mayor frecuencia esperan que las empresas obtengan el consentimiento. La Nota de Buenas Prácticas explora también las razones para que las empresas obtengan el mismo y los problemas que probablemente se presenten en su proceso; esboza las buenas prácticas actuales de las empresas para obtener el consentimiento libre, previo e informado; y analiza las prácticas que surgen que no solamente apoyan el consentimiento libre, previo e informado sino que también los beneficios a largo plazo para las comunidades indígenas afectadas.²

² Esta Nota de Buenas Prácticas se fundamenta en el proceso de investigación que el autor utilizó para redactar su informe sobre el consentimiento libre, previo e informado (Amy K. Lehr y Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior and Informed Consent Policy*, *Foley Hoag*, disponible en <http://www.foleyhoag.com/publications/ebooks-and-white-papers/2010/may/implementing-a-corporate-free-prior->

II. Normas de derechos humanos

El derecho internacional y las normas que se refieren a los pueblos indígenas han evolucionado rápidamente en los años recientes. El derecho al consentimiento libre, previo e informado ha fluido de varios derechos humanos incorporados en tratados y otras normas del derecho internacional y, al mismo tiempo, tiene como objetivo proteger dichos derechos. Entre estos se incluyen el derecho a la libre determinación, a la propiedad, a la salud, al desarrollo y a la vida cultural. Los pueblos indígenas, comparados con otros grupos, tienen particularmente altas probabilidades de experimentar violaciones de estos derechos en virtud de proyectos de desarrollo, tanto por el hecho de que los pueblos indígenas tienen una relación especial y simbiótica con sus tierras como por el hecho de que a menudo sufren discriminación y sistemática falta de representación en los sistemas jurídicos del Estado que los acoge.

El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece el deber jurídicamente vinculante para los gobiernos que lo han ratificado —que son, primordialmente, gobiernos latinoamericanos— de hacer consultas con las comunidades indígenas con relación a los proyectos de desarrollo y obtener su consentimiento para el reasentamiento³. La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó esto en 2007 como un requerimiento de que los gobiernos obtengan el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales antes de emprender proyectos de desarrollo que tengan consecuencias importantes⁴. En 2009, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos emitió un dictamen semejante para requerir el consentimiento de grupos colectivos protegidos para los proyectos que les afectaban⁵. De manera semejante, los organismos de los tratados de las Naciones Unidas han reiterado el requisito de que los pueblos indígenas proporcionen su consentimiento para ciertas actividades comerciales⁶.

and-informed-consent-policy, pages 58-59.) Para ese informe el autor entrevistó a una lista de entidades que fue elaborada con la colaboración del *World Resources Institute* y dos inversionistas con responsabilidad social, Bâtirente y Regroupement pour la responsabilité sociale des entreprises (“RRSE”). El informe fue trasladado a varios revisores adicionales, entre ellos a revisores de pueblos indígenas, así como de empresas y otras organizaciones. Todas las opiniones aquí expresadas corresponden al autor y no deben ser atribuidas a Foley Hoag LLP.

³ “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados” Convenio No. 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales, en vigor a partir del 5 de septiembre de 1991, Artículo 16.

⁴ Causa *Saramaka People v. Suriname*, serie C núm. 172, 28 de noviembre de 2007. Es de destacarse que esta causa extiende el requerimiento de obtener el consentimiento libre, previo e informado a otros grupos marginales, los *Maroons*. El Convenio No. 169 se extiende a los pueblos tribales, de manera semejante a los pueblos indígenas.

⁵ Centre for Minority Rights Development (Kenya) y Minority Rights Group (en representación de Endorois Welfare Council) versus Kenya, 296/03, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, párr. 291.

⁶ Véase, por ejemplo, la recomendación general 23, derechos de los pueblos indígenas (51o. período de sesiones,

En 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (“UNDRIP” en inglés).⁷ Esta Declaración afirma que todos los gobiernos deben obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas para los proyectos de desarrollo⁸. Los gobiernos también deben proporcionar reparación cuando se toman sin su consentimiento los recursos culturales y genéticos y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas⁹. La Declaración gozó de apoyo casi unánime y actualmente no tiene oposición de ningún gobierno. La aprobación de la Declaración indica un cambio esencial en el respaldo mundial a los derechos de los pueblos indígenas¹⁰.

Se entiende generalmente que las fuentes jurídicas indicadas anteriormente abordan el papel de los gobiernos, no de las empresas, cuando colaboran con los pueblos indígenas. No obstante, las empresas deben procurar evitar su complicidad en las violaciones de derechos humanos, incluidos los derechos de los pueblos indígenas. La obtención del consentimiento libre,

1997) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, A/52/18, anexo V en 122 (1997), reimpressa en el documento HRI/GEN/1/Rev.6 en 212 (2003), o en las observaciones de conclusión del Comité sobre los derechos económicos, sociales y culturales, Observaciones finales: Colombia, 30 de noviembre de 2001, W/C.12/1/Add.74. La conferencia de las partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica también ha interpretado que el tratado requiere del consentimiento de los pueblos indígenas para la utilización de sus conocimientos tradicionales. Decisión V/.16 artículo 8j y disposiciones relacionadas, UNEP/CBD/COP/5/23 (22 junio de 2000) párr. 81, 235. Para un análisis adicional, véase Cathal Doyle & Jill Cariño “Making Free, Prior & Informed Consent a Reality, Indigenous Peoples and the Extractive Sector” (2013) [www.piplinks.org/makingfpicareality].

⁷ La condición jurídica precisa de los derechos que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas articula es compleja y su exploración trasciende el alcance de esta Nota. Aunque la Declaración es en sí misma un instrumento de derecho blando, varios expertos han utilizado el argumento de que ciertos derechos de la Declaración son vinculantes porque son ya sea deberes de los Estados según los tratados internacionales de derechos humanos o forman parte del derecho internacional consuetudinario. Para el argumento de que aspectos de la Declaración y de manera más amplia los derechos de los pueblos indígenas se han convertido en derecho internacional consuetudinario –y así vinculantes para los gobiernos-- véase la Conferencia de la Haya de 2010: Derechos de los pueblos indígenas, International Law Association, p. 43-52, disponible en www.ila-hq.org/...cfm/9E2AEDE9-BB41-42BA-9999F0359E79F62D.

⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Resolución de Asamblea General contenida en el documento A/RES/61/295, de 2 de octubre de 2007, Artículos 32 (2), disponible en www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”. Artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Aunque el concepto de consentimiento libre, previo e informado es pertinente para las empresas que desean comercializar los conocimientos tradicionales o los recursos genéticos de los pueblos indígenas, la Nota de Buena Práctica se enfoca en el consentimiento libre, previo e informado en el contexto de los proyectos de desarrollo.

¹⁰ También se hace referencia al concepto de consentimiento libre, previo e informado en varios contextos en un buen número de otros instrumentos jurídicos internacionales, tanto blandos como duros, así como en declaraciones de los órganos de los tratados de las Naciones Unidas.

previo e informado constituye un proceso que puede ayudar a las empresas en este esfuerzo. Además, una variedad de fuentes no jurídicas pero influyentes, tales como las políticas de préstamos de los bancos multilaterales y códigos de conducta de múltiples interesados, han articulado la expectativa de que las empresas obtengan el consentimiento libre, previo e informado. Por ejemplo:

- El Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y el Banco Interamericano de Desarrollo han adoptado recientemente políticas de préstamos que requieren el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en algunas instancias.
- Las Normas de 2012 para el Desempeño Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional (“IFC Performance Standards”) incluyen el requerimiento del consentimiento libre, previo e informado para ciertos proyectos que afectan a los pueblos indígenas, lo que representa un cambio con relación al requerimiento de *realizar consultas* libres, previas e informadas.
- Los códigos de conducta de múltiples interesados, tales como la Mesa Redonda del Aceite de Palma Sostenible (Roundtable on Sustainable Palm Oil (RSPO)) y el Consejo de Administración Forestal hacen referencia al consentimiento libre, previo e informado.
- En 2013, los miembros del Consejo Internacional de Minería y Metales asumieron el compromiso de buscar el consentimiento libre, previo e informado para los proyectos o etapas nuevas de proyectos para los cuales existiera la expectativa de provocar efectos importantes para los pueblos indígenas.¹¹
- Los Principios del Ecuador de 2013, que son políticas de préstamos de carácter ambiental y social, que fueron adoptadas por un número sustancial de bancos comerciales y aplicados a ciertos préstamos y servicios de consultoría, también requieren el consentimiento libre, previo e informado para ciertos proyectos.

Finalmente, los principios 1 y 2 del Pacto Mundial y los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (“Los Principios Rectores de las Naciones Unidas”) son pertinentes para las empresas que buscan respetar los derechos de los pueblos indígenas¹². El Principio 1 del Pacto Mundial insta a las empresas a respetar y apoyar la protección de los derechos humanos que se han proclamado internacionalmente; y el principio 2 les insta a asegurarse de que no son cómplices en los abusos de derechos humanos.

¹¹ Declaración de posición sobre los pueblos indígenas y minas del Consejo Internacional de Minas y Metales, mayo de 2013, <http://www.icmm.com/publications/icmm-position-statement-on-indigenous-peoples-and-mining>.

¹² Para el análisis de la relación entre los Principios Rectores y los principios de derechos humanos del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, véase la nota explicativa que aparece en: http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/GPs_GC%20note.pdf

El respaldo unánime del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a los Principios Rectores de las Naciones Unidas reafirma la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos como la norma general para todas las empresas. Esta responsabilidad significa que las empresas deben evitar las violaciones de los derechos humanos de otros, así como que deben abordar los efectos adversos para los derechos humanos con los que se involucran. Para cumplir con esta responsabilidad, los Principios estipulan que las empresas necesitan contar con ciertos procesos y políticas para conocer y demostrar que se respetan los derechos humanos. Entre estos se incluyen el compromiso político de respetar los derechos humanos, el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos y procesos para permitir la reparación de los efectos adversos para los derechos humanos. Estos son también los elementos claves que subyacen a todos las buenas prácticas empresariales que se relacionan con los derechos humanos.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas destacan que la responsabilidad de respetar los derechos humanos se refiere a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, “que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”¹³. Los Principios Rectores no analizan de manera explícita el consentimiento libre, previo e informado o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; pero agregan que “es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas... Los instrumentos de las Naciones Unidas han detallado a tal efecto los derechos de los pueblos indígenas...”¹⁴. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas destaca que “es evidente... que los derechos que deben respetar las empresas incluyen los derechos de los pueblos indígenas establecidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y en otras fuentes”¹⁵. Y, desde luego, la Declaración incluye el consentimiento libre, previo e informado.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas clarificó el papel del consentimiento libre, previo e informado, destacando que juntos la consulta y el consentimiento constituyen un requerimiento especial que salvaguardan varios derechos humanos sustanciales que están firmemente establecidos en el derecho internacional¹⁶. Tales derechos incluyen el derecho a la libre determinación, el derecho a la propiedad, el derecho a la vida cultural, el derecho a la salud y el derecho a un nivel de vida decente. Así, las empresas no

¹³ Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, II (A)(12).

¹⁴ Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, II (A) (12), Comentario.

¹⁵ Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, vigésimo primer período de sesiones, contenido en el documento A/HRC/21/47, de 6 de julio de 2012, párr. 59.

¹⁶ Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, vigésimo primer período de sesiones, contenido en el documento A/HRC/21/47, de 6 de julio de 2012, párr. 49.

deberían centrarse en el consentimiento por sí mismo, sino que más bien entenderlo como un proceso que proporciona una protección especial a los pueblos indígenas para salvaguardar varios de sus derechos humanos que han sido históricamente dañados por las actividades empresariales y gubernamentales.

En general, el concepto del consentimiento libre, previo e informado va en ascenso en el derecho internacional. Las regulaciones nacionales, por otro lado, se han quedado atrás de manera sustancial. Como consecuencia, las empresas a menudo quedan atrapadas entre las normas internacionales y las regulaciones y prácticas nacionales que caen por debajo de ellas. Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos instan a las empresas a adherirse a las normas internacionales cuando los requerimientos nacionales son insuficientes. Al hacerlo, las empresas pueden protegerse de una variedad de riesgos y, al mismo tiempo, pueden impedir efectos negativos para los derechos humanos.

III. La viabilidad del consentimiento libre, previo e informado

A. Obtención de una licencia social para operar

Los pueblos indígenas cada vez están más informados del desarrollo de la normativa internacional, debido a la penetración del Internet y los teléfonos celulares aun en las zonas más remotas del mundo. Como consecuencia, algunos están conscientes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas y pueden tener la expectativa de que las empresas obtengan su consentimiento. Una empresa que no lo haga desde el principio de la relación, podría encontrar problemas para obtener una licencia social para operar, porque la comunidad podría sentir que la empresa no respetó sus derechos humanos. Este riesgo parece ir en aumento.

De hecho, algunas empresas han perdido el acceso a sus proyectos debido a la oposición de los pueblos indígenas, tanto de manera temporal como permanente. Han perdido millones de dólares debido a retrasos operativos y en algunas instancias han decidido no desarrollar del todo las concesiones, debido a la resistencia de los pueblos indígenas¹⁷. Además, los gobiernos han revocado concesiones debido a constantes protestas indígenas¹⁸.

Como contraste, cuando las empresas aplican las medidas necesarias para obtener el consentimiento libre, previo e informado, pueden desarrollar relaciones más estrechas con las

¹⁷ Véase, por ejemplo, Amy K. Lehr y Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior and Informed Consent Policy*, *Foley Hoag*, disponible en <http://www.foleyhoag.com/publications/ebooks-and-white-papers/2010/may/implementing-a-corporate-free-prior-and-informed-consent-policy>, p. 58-59.

¹⁸ Marianne Voss y Emily Greenspan, *Community Consent Index: Oil, Gas, and Mining Company Public Positions on Free, Prior, and Informed Consent*, Oxfam America, p. 16.

comunidades y beneficiarse de la mejor comprensión de ellas, lo que a su vez puede traducirse en una mejor alianza a largo plazo.

B. Evitar poner en riesgo la reputación

Las empresas que operan en zonas indígenas, particularmente en localidades sensibles a factores biológicos, tales como la zona del Amazonas, han enfrentado denuncias judiciales de los accionistas, se han convertido en sujetos de documentales muy críticos que han sido presentados en programas de televisión bien conocidos y han estado al centro de constantes campañas de organizaciones no gubernamentales (ONG). Dirigentes indígenas también han aparecido en los diarios luego de aparecerse en las reuniones anuales de accionistas de las empresas. Algunas ONG emprendedoras también buscan generar una “carrera hacia la cima” mediante el informe o la calificación de las políticas de la empresa sobre los pueblos indígenas¹⁹.

C. Evitar los riesgos jurídicos

Cada vez con mayor frecuencia las empresas enfrentan riesgos jurídicos cuando no obtienen el consentimiento libre, previo e informado o aun cuando el proceso de consulta es insuficiente. Esto se debe a vacíos importantes entre las leyes nacionales y las prácticas del gobierno y los compromisos internacionales y requerimientos constitucionales. Estos vacíos surgen porque pocos países tienen leyes que requieran el consentimiento libre, previo e informado, aunque hayan apoyado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y en algunas instancias ratificaron el Convenio No. 169 de la OIT. En algunos casos, los tribunales nacionales han obligado a que los gobiernos se atengan a sus compromisos internacionales y han encontrado que los gobiernos –o las empresas que actúan en representación de los gobiernos—deberían haber obtenido el consentimiento libre, previo e informado antes de permitir que progresara el proyecto²⁰. Aún más, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado en muchas oportunidades que los gobiernos deberían haber obtenido el consentimiento libre, previo e informado para los proyectos de desarrollo, dictámenes que pueden dejar a los proponentes del proyecto en el limbo jurídico. De esta manera, algunas empresas han perdido su acceso a sus concesiones, porque ellas o el gobierno no

¹⁹ Posiciones públicas sobre el consentimiento libre, previo e informado, Oxfam America.

²⁰ Ciertamente, los sistemas jurídicos de un buen número de países latinoamericanos incorporan automáticamente los compromisos internacionales del gobierno. Por ejemplo, en Colombia, tales compromisos son tratados con la misma importancia que el derecho constitucional. Como resultado, en 2009, la Corte de Constitucionalidad de Colombia, dictaminó que el gobierno debería buscar el consentimiento informado de los pueblos indígenas afectados por un importante proyecto de desarrollo –dictamen que refleja la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su incorporación al derecho nacional. Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sala Séptima de Revisión, Caso T-769, Alvaro Bailarin et al. versus el Ministerio del Interior y Justicia et al. Ministry of the Interior and Justice et al., 29 de octubre de 2009. Véase también *Cal versus Procurador General de Belice*, Nos. 171 & 172, (Belice, de octubre de 2007), disponible en https://www.law.arizona.edu/depts/iplp/adovaccy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf.

podieron obtener el consentimiento libre, previo e informado, aun si los estatutos y regulaciones nacionales solamente requerían consultas con los pueblos indígenas²¹.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas –así como el deseo de mitigar el riesgo— sugieren que las empresas que se enfrenten con estos vacíos jurídicos debieran adoptar la norma más exigente.

Los requerimientos del gobierno del país de acogida pueden también ser distintos de lo que exijan los prestamistas, tales como el Banco del Ecuador o la Corporación Financiera Internacional. Los requerimientos de los prestamistas a menudo se consagran en los contratos que se formulan entre las empresas y los prestamistas. De no excederse la legislación nacional para cumplir con las expectativas de los prestamistas, se podría llegar a una controversia contractual, la cual a su vez afectaría el proyecto.

D. Oportunidades para los futuros proyectos de desarrollo

En algunos casos, las empresas informan que los gobiernos les dan tratamiento preferencial debido a su capacidad de participar hábilmente con los pueblos indígenas y obtener su consentimiento. Por lo contrario, las empresas que hayan tenido efectos negativos para los pueblos indígenas pueden encontrar una resistencia más intensa si buscan operar nuevos proyectos en zonas indígenas en las cuales les antecede su pobre reputación. Los bancos multilaterales u otros prestamistas pueden demostrar también una voluntad mayor de proporcionar los préstamos a las empresas que tengan una probada historia de obtener el consentimiento libre, previo e informado de una manera que conduzca a relaciones positivas constantes con las comunidades.

IV. Dificultades y obstáculos

A. Falla en la obtención del consentimiento

La dificultad más evidente para una empresa que busca el consentimiento libre, previo e informado es que no logre obtener dicho consentimiento y no pueda avanzar. La incapacidad de una empresa para obtener el consentimiento libre, previo e informado es un fuerte indicador de que no posee una licencia social para operar, de manera que de proceder en tales circunstancias podría llevar a cierres de sus operaciones y producir cobertura adversa de los medios de

²¹ Empresas farmacéuticas y de cosméticos e institutos de investigación científica también han enfrentado amenazas de juicios debido a su falla en obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para utilizar sus conocimientos tradicionales de sus tejidos. Según sabe el autor, en la mayoría de casos la organización llegó a un acuerdo con los grupos indígenas antes de que se abriera el juicio y, de esa manera, no se sabe todavía si un caso como ese prosperaría en las cortes nacionales. Para evitar el riesgo de un juicio o de daño a la reputación, esas organizaciones obtienen cada vez más frecuentemente el consentimiento de los pueblos indígenas para estas situaciones.

comunicación social, independientemente de si la empresa tiene una política que requiera consultas o consentimiento.

B. Tensiones del gobierno

En algunas ocasiones, los gobiernos pueden tener el deseo de que los proyectos comiencen tan rápidamente como sea posible y visualizan el consentimiento libre, previo e informado –y aun realizar consultas de importancia-- como impedimento a sus flujos de ingresos. Por consiguiente, las empresas pueden necesitar hacer negociaciones por tiempo adicional y ayudar al gobierno a entender los beneficios a largo plazo que tiene la obtención del consentimiento de la comunidad indígena local.

Las empresas también pueden enfrentar dificultades cuando los gobiernos desarrollan procesos de obtención de consentimiento o de consulta que no cumplan con las normas internacionales –o aun con los requerimientos de la legislación nacional. Las dificultades jurídicas que resultan son abordadas en la Sección III (C) y las consideraciones políticas y las recomendaciones en la Sección V (C).

C. La exacerbación de los conflictos

Las empresas han manifestado su preocupación acerca de que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas, sin tener en cuenta a otros grupos afectados por el proyecto, pudiese generar nuevas tensiones entre las comunidades. Las empresas, desde luego, tienen la opción de obtener el consentimiento de todos los grupos afectados por el proyecto, aunque esto puede no ser factible.

La obtención del consentimiento libre, previo e informado –o aun solamente la consulta—podría llegar a exacerbar los conflictos al interior de los grupos indígenas de diversas maneras. Algunas veces, se ha informado que las empresas no identifican ni colaboran con los líderes comunitarios tradicionales y, de esa manera, actúan como organizadores de un nuevo liderazgo. Esto puede generar nuevos puntos de tensión al interior de las comunidades indígenas y destaca la necesidad de explorar completamente, en una etapa temprana, la dinámica de la toma de decisiones y el poder al interior de las comunidades indígenas pertinentes.

Sin embargo, aun si las empresas identifican exactamente y trabajan por medio de las estructuras tradicionales de toma de decisiones, el proceso puede aumentar los conflictos. Muchas comunidades, indígenas o no, comprenden varias facciones que compiten por recursos escasos. La obtención del consentimiento libre, previo e informado –o una licencia social para operar-- involucra, típicamente, un acuerdo entre la empresa y el pueblo indígena con relación a la asignación de los beneficios. Cuando dichos beneficios se acumulan primariamente para una facción o apoyan su programa, se puede exacerbar el conflicto. Estas dificultades surgen ya cuando las empresas desarrollan procesos de consulta con grupos indígenas. Las empresas puede ser que no puedan evitar completamente dichos efectos, pero mientras más completamente

entiendan la dinámica del grupo indígena particular con que se relacionan, mayores probabilidades tendrán de llevar adelante el proceso del consentimiento libre, previo e informado sin generar conflictos al interior de las comunidades.

D. Participación de los grupos marginados

Como se analiza abajo, las empresas deben obtener el consentimiento mediante un proceso que incorpore las estructuras tradicionales de toma de decisiones. En algunas culturas indígenas, las mujeres, los jóvenes y otros grupos están inadecuadamente representados en tales estructuras. Las empresas enfrentan entonces la tensión entre el derecho humano a no sufrir discriminación y el deseo de respetar la tradición. Aunque constituye una dificultad, las empresas han resuelto este problema mediante la colaboración con los pueblos indígenas para diseñar un proceso de participación más incluyente, en algunas oportunidades mediante la integración de consultas adicionales con mujeres y otros grupos marginados²².

V. Buena práctica actual

A. Formulación de una política

Una empresa que deja, o posiblemente deje, una huella física en las zonas indígenas debe formular una política para abordar la manera en que colabora con los pueblos indígenas, incluido en relación al momento en que buscará el consentimiento²³.

La política debe articular la norma mínima que la empresa cumplirá, aun si la legislación nacional no lo requiere. Debe proporcionar un bosquejo básico del proceso mediante el cual la empresa buscará la obtención del consentimiento. Teniendo en cuenta que este proceso debe reflejar el enfoque tradicional de toma de decisiones de los pueblos indígenas pertinentes, la política debe brindar flexibilidad. La empresa también debe establecer sistemas para administrar de manera efectiva las interacciones constantes con las comunidades indígenas a lo largo del ciclo de vida del proyecto. Al formular esta política, la empresa debe revisar las orientaciones de prestamistas, como la Corporación Financiera Internacional, así como de los organismos de los tratados de las Naciones Unidas, para determinar qué consecuencias acarrearía la aplicación de la política (Véase la Sección V (C) (1) para análisis adicionales).

Las empresas deben hacer un compromiso político para conducir la diligencia debida sobre las potenciales adquisiciones, a fin de asegurarse si la entidad que previamente operaba el

²² Ejemplos de las medidas que las empresas pueden tomar para asegurar que las mujeres indígenas son incluidas en los procesos de participación aparecen en la Guía de Buenas Prácticas: Guía de Pueblos Indígenas (*Good Practice Guide: Indigenous Peoples Guide*), del Consejo Internacional de Minas y Metales, disponible en <http://www.icmm.com/library/indigenouspeoplesguide>.

²³ Una empresa que utilice el patrimonio cultural o los recursos genéticos de los pueblos indígenas debe hacer lo mismo.

proyecto colaboró efectivamente con las comunidades indígenas. De no haber sido así, las equivocaciones previas podrían demorar el proyecto, y requeriría de la empresa invertir tiempo y recursos importantes para reorientar el proyecto con base a sus propias normas sobre los pueblos indígenas.

B. Conducción de la diligencia debida y de las evaluaciones de los efectos.

Cuando los proyectos afectan los derechos de los pueblos indígenas, las empresas deben adaptar sus procesos de diligencia debida con relación a los derechos sociales y humanos y sus evaluaciones de los efectos para abordar una gama más amplia de tópicos que los que son típicos²⁴. Los tópicos que requieren especial atención incluyen los siguientes:

- (1) Diligencia debida de naturaleza jurídica: Las empresas deben identificar los requerimientos jurídicos nacionales con relación a los pueblos indígenas, los compromisos internacionales del gobierno de acogida y la manera en que los tribunales nacionales han interpretado los deberes de los gobiernos con respecto a los pueblos indígenas. También deben examinar si los tribunales regionales de derechos humanos, los órganos de los tratados de las Naciones Unidas o los relatores especiales han opinado sobre la materia²⁵. La debida diligencia jurídica también debe identificar leyes y prácticas nacionales que se relacionen con los títulos de tierras, incluido si el gobierno reconoce los derechos colectivos sobre la tierra y la medida en que los pueblos indígenas han recibido el título formal de sus tierras. Ésta es una esfera típica de riesgo para las empresas, ya que algunos gobiernos no reconocen los derechos colectivos sobre la tierra de los pueblos indígenas o solamente proporcionan títulos para una zona mucho más pequeña que la que los grupos tradicionalmente han ocupado o utilizado. Esta debida diligencia jurídica debe ayudar a las empresas a identificar los vacíos entre la legislación y las prácticas nacionales y el derecho internacional.
- (2) Diligencia debida con relación a la cultura y las estructuras de toma de decisiones: Las empresas deben emprender labores de investigación para entender la estructura y los procesos de toma de decisiones de los grupos indígenas afectados, incluidas las divisiones existentes o las potenciales fuentes de conflicto. Tal investigación debe considerar si el gobierno reconoce a cierta organización indígena como la representante

²⁴ El Consejo Internacional de Minas y Metales identifica la manera en que el típico proceso de diligencia debida puede ser que tenga necesidad de extenderse para los proyectos que afectan a los pueblos indígenas. Guía de Buenas Prácticas: Guía de Pueblos Indígenas (*Good Practice Guide: Indigenous Peoples Guide*), Consejo Internacional de Minas y Metales, en <http://www/icmm.com/library/indigenouseoplesguide>, sección 3.3.

²⁵ Por ejemplo, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas realiza visitas a los países y emite informes anuales, los cuales, en algunos casos, brindan orientaciones específicas para el país sobre el consentimiento libre, previo e informado y, de manera más general, elabora el análisis cuando se considera que los proyectos de desarrollo violan los derechos de los pueblos indígenas.

oficial de las comunidades y examinar si esas comunidades en verdad perciben o no a sus dirigentes como sus legítimos representantes. En una etapa temprana, las empresas pueden consultar con expertos sobre la cultura indígena pertinente, particularmente si no tienen presencia en el terreno y todavía no están seguros si van a buscar la ejecución de un proyecto. Si las empresas necesitan obtener el consentimiento libre, previo e informado, deben colaborar con los propios pueblos indígenas para entender la cultura y las estructuras tradicionales de toma de decisiones, y de manera conjunta llevar a cabo el proceso de consulta.

- (3) Evaluaciones de los efectos sobre el patrimonio cultural: Además de las evaluaciones de los efectos de carácter ambiental, social y de derechos humanos, las empresas deben llevar a cabo evaluaciones de los efectos del proyecto sobre los conocimientos tradicionales y el patrimonio cultural. Como se examina en la Sección VI, las empresas deben considerar llevar a cabo tales evaluaciones conjuntamente con los pueblos afectados.

C. Empezar el proceso de consentimiento

El proceso preciso que las empresas sigan para obtener el consentimiento variará dependiendo de las estructuras tradicionales de toma de decisiones de los pueblos indígenas con los que participen, así como de la complejidad del proyecto. Las consideraciones pertinentes para desarrollar un proceso de consentimiento se analizan en la Sección V (C) (5). En general, las empresas que buscan obtener el consentimiento para sus proyectos deben trabajar en estrecha colaboración con los pueblos indígenas afectados para:

- Desarrollar un proceso de negociaciones que especifique las etapas del proyecto que la negociación abordará;
- Documentar el proceso convenido de negociaciones; y
- Documentar los resultados del proceso de negociaciones.²⁶

Las empresas pueden apoyarse en sus actuales prácticas de participación comunitaria, aunque éstas puedan requerir ajustes importantes para estar a la altura de los parámetros que se esbozan abajo para asegurar que el consentimiento, en caso de ser otorgado, sea libre, previo e informado²⁷. Es particularmente importante la documentación de todas las etapas del proceso, de

²⁶ La norma de desempeño 7 de la Corporación Financiera Internacional sugiere un enfoque de esa naturaleza, al igual que lo hacen un buen número de ONG. Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional (2012): Nota de Orientación 7: Pueblos Indígenas (*IFC Performance Standards (2012): Guidance Note 7: Indigenous Peoples*).

²⁷ La consulta y la obtención del consentimiento están vinculadas. El consentimiento es imposible sin la consulta. No obstante, el consentimiento libre, previo e informado requiere medidas que trascienden el proceso de consultas libres, previas e informadas. Por ejemplo, una empresa puede, de hecho, obtener el apoyo de la comunidad mediante un proceso de consulta; pero el consentimiento libre, previo e informado implica que la empresa debe ser capaz de

manera que las empresas puedan demostrar las razones por la que creen que han obtenido el consentimiento libre, previo e informado, así como para cumplir los requerimientos de ciertos prestamistas.

En algunos casos, los gobiernos podrían desarrollar procesos de consulta o procurar el consentimiento de los pueblos indígenas. Si el enfoque del gobierno se queda corto con relación a las normas internacionales, una empresa que se comprometa a obtener el consentimiento libre, previo e informado necesitará encontrar la manera de completar el proceso sin ofender al gobierno. Las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional también sugieren que las empresas busquen llenar los vacíos en los procesos gubernamentales a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado.²⁸

Teniendo en cuenta la potencial sensibilidad de las deliberaciones con los gobiernos con relación a los vacíos entre la legislación nacional y el derecho internacional, y las deliberaciones con los prestamistas, las empresas deben identificar de qué manera colaborarán con el gobierno de acogida para obtener el consentimiento²⁹. Las empresas deben considerar la negociación con los gobiernos de acogida para elaborar cláusulas contractuales o un memorando de entendimiento que estipulen que los proyectos solamente avanzarán si los pueblos indígenas afectados proporcionan su consentimiento.

(1) Efectos que requieren el consentimiento libre, previo e informado

Según las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional, las empresas deberían obtener el consentimiento cuando un proyecto esté relacionado con los efectos potencialmente adversos sobre los pueblos indígenas:

- Efectos sobre las tierras y los recursos naturales sujetos a los títulos de propiedad tradicionales o de uso consuetudinario (incluyendo la utilización temporal);
- Traslado de los pueblos indígenas fuera de tierras y de recursos naturales de uso tradicional;

demostrar formalmente ese apoyo. Además, en contraste con la consulta, el consentimiento libre, previo e informado sugiere que la comunidad puede rechazar el proyecto y no simplemente proporcionar insumos para su elaboración.

²⁸ De manera destacada, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ha sugerido que las empresas no asuman el papel de obtener el consentimiento, porque este deber corresponde al país de acogida. Teniendo en cuenta que la mayoría de dichos gobiernos no buscan en la actualidad dicho consentimiento ni lo obtienen, esto deja a las empresas en problemas. Notably, the U.N. Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples has suggested that companies should not assume the role of obtaining consent because this is the duty of the host government.

²⁹ Aunque algunas de las cortes más altas de esos países han declarado que tales regulaciones son inválidas debido a las obligaciones internacionales del Estado. Véase, por ejemplo, C-366/11, de 11 de mayo de 2011 (La Corte de Constitucionalidad de Colombia declara que partes del Código de Minería son inválidas, porque afectarían a los pueblos indígenas y afro-caribeños, y el gobierno habría fallado en consultarles como requiere el derecho internacional).

- Efectos importantes sobre el patrimonio cultural esencial para la identidad o la cultura de los pueblos indígenas, tales como sistemas hidrográficos sagrados o rocas;
- Uso del patrimonio cultural con fines comerciales, incluyendo los conocimientos, las innovaciones o las prácticas.³⁰

Aun cuando el comentario de la Corporación Financiera Internacional proporciona un punto de partida, no aclara plenamente cuándo se considera que un proyecto podría tener efectos nocivos en las tierras, los recursos naturales o en el patrimonio cultural. Es más, no hace referencia a una serie de efectos en los derechos humanos para los cuales los órganos de derechos humanos ya han indicado que podrían requerir el consentimiento libre, previo e informado. Por ejemplo, la afluencia de trabajadores en una zona cercana, pero no en las tierras de la población indígena, puede llevar enfermedades, incremento de la violencia y perjuicios a los modos de vida tradicionales de los pueblos indígenas. Este es el tipo de impacto adverso potencial para el cual el consentimiento libre, previo e informado debería ser obtenido. Los mecanismos de derechos humanos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los órganos de los tratados de las Naciones Unidas³¹ proporcionan políticas detalladas con respecto a las violaciones potenciales a los derechos que pudiesen requerir la obtención del consentimiento libre, previo e informado³².

De manera importante, las empresas deberían depender no solamente de la identificación por parte del gobierno de los grupos indígenas o de los límites de sus tierras al determinar si un proyecto causará repercusiones en los pueblos indígenas. La falla del gobierno en reconocer a los pueblos indígenas y proporcionar protección legal a sus tierras es un factor clave detrás de las violaciones constantes de los derechos de los pueblos indígenas.³³ Por lo tanto, las empresas deberían llevar a cabo sus propios análisis sobre qué grupos son indígenas y qué tierras y recursos han controlado o utilizado tradicionalmente³⁴.

³⁰ Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional (2012): Nota de Orientación 7: Pueblos Indígenas (*IFC Performance Standards (2012): Guidance Note 7: Indigenous Peoples*), GN 27.

³¹ Por ejemplo, véase el Comentario General 21: Derecho de todas las personas a participar en la vida cultural, Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que está contenido en E/C.12/GC/21, diciembre de 2009 (identificación de aspectos de los derechos culturales de los pueblos indígenas que están protegidos por el consentimiento libre, previo e informado).

³² Para mayor análisis de cuando se debe obtener el consentimiento, véase, por ejemplo, Cathal Doyle y Jill Carino, “Hacer realidad el consentimiento libre, previo e informado: Pueblos Indígenas y el sector de extracción” (*Making Free, Prior, and Informed Consent a Reality: Indigenous Peoples and the Extractive Sector*), Indigenous Peoples Links, Middlesex University School of Law, and the Ecumenical Council for Corporate Responsibility, mayo de 2013, p. 20.

³³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya, contenido en el document A/HRC/15/37, de 19 de julio de 2010, párr. 55.

³⁴ La norma de desempeño 7 de la Corporación Financiera Internacional establece que las empresas respeten la propiedad sobre la tierra tradicional aun si los pueblos indígenas no poseen títulos legales. Además, genera la expectativa de que las empresas determinen si un grupo es indígena, lo que implica que las empresas no pueden

(2) “Libre”

Para que la consulta o el consentimiento sean libres, los pueblos indígenas participantes en el proceso deben sentirse libres de coerción y manipulación. Esto quiere decir, por ejemplo, que hay que garantizar que no habrá un arribo repentino de tropas gubernamentales a la zona, lo cual podría ser sumamente amenazador³⁵. También implica conceder el tiempo suficiente para que el proceso de compromiso se lleve a cabo, y así las comunidades indígenas no se sientan presionadas o crean que el proceso es puramente cosmético. Una empresa puede encontrar esto especialmente difícil ya que retardar el proyecto incrementa los costos. El precio a pagar, sin embargo, probablemente sea mínimo comparado con los gastos que resultarían de un proceso de compromiso inadecuado, costos tales como el sabotaje del proyecto, protestas impidiendo el acceso al proyecto o una demanda que impugne el derecho de la empresa a desarrollar el proyecto.

Para que el consentimiento sea libre, las comunidades necesitan sentirse capaces de rechazar el proyecto. Esta opción debería ser claramente explicitada a las comunidades. Como un ejemplo de buena práctica, una empresa que realiza operaciones en Canadá declaró explícitamente, por medio de documentos publicados en internet en los idiomas de los pueblos indígenas, que no realizaría el proyecto sin su consentimiento.

(3) “Previo” y otras consideraciones relativas a plazos

El significado de “previo” es controversial. Las organizaciones que se concentran en los derechos de los pueblos indígenas indican que el consentimiento debería ocurrir antes que el gobierno otorgue una concesión a una empresa, y, desde luego, antes que las actividades comerciales comiencen. Por el contrario, algunas empresas notan que, en realidad, el gobierno casi nunca lleva a cabo consultas ni obtiene el consentimiento antes de otorgar concesiones y argumentan que esto puede no ser una opción viable para las empresas. Éstas sugieren un diferente cronograma, haciendo ver que llevan a cabo un gran número de actividades de exploración que nunca avanzan a la fase de producción, y, por lo tanto, no sería factible llevar a cabo una consulta sustancial o un proceso de consentimiento para la exploración.

Las cortes de derechos humanos y otros órganos de derechos humanos han diseñado parámetros ligeramente diferentes sobre cuando exactamente debería realizarse el consentimiento libre, previo e informado. Sin embargo, todos hacen hincapié en el hecho de que el consentimiento está destinado a proteger los derechos materiales de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la libre determinación, a la vida cultural, al sustento, y demás. Cuando,

simplemente confiar en las designaciones oficiales de los gobiernos. Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional (2012): Norma de Desempeño 7: Pueblos Indígenas.

³⁵ Ciertamente, al votar a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, los gobiernos se comprometieron a que el envío de tropas militares a las zonas indígenas solamente se hará después de consultas con los pueblos indígenas y para procurar el bien público. Artículo 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

exactamente, un proyecto en particular tiene el potencial de afectar negativamente esos derechos, y, por esta razón, requiere el consentimiento, puede variar sustancialmente según la industria o el contexto³⁶. Éste es, ciertamente, el caso de las cortes nacionales e internacionales que en ciertas oportunidades han exigido el consentimiento libre, previo e informado antes que la exploración dé comienzo.

Por lo tanto, para alcanzar de forma consistente el cumplimiento de un mínimo de normas que puedan imponer las cortes regionales de derechos humanos, las cortes nacionales y los órganos de los tratados de las Naciones Unidas, las empresas deberían estar bien asesoradas para garantizar que el consentimiento ha sido obtenido antes de que comience la exploración. Dicho proceso también proporciona una sólida base para relaciones a largo plazo con las comunidades afectadas.

Los especialistas argumentan que no solamente el consentimiento debe ser otorgado al inicio del proyecto, sino que debe ser obtenido antes de cualquier nuevo hito principal de un proyecto que presente peligros a los derechos humanos. Esto es suficientemente razonable, dado que las comunidades no pueden dar su consentimiento a actividades imprevistas. Por ejemplo, se sugiere que las empresas obtengan el consentimiento previo a cambios importantes de un proyecto, tales como una extensión sustancial o el cierre del proyecto³⁷.

(4) “Informado”

Las comunidades indígenas deberían ser informadas de los factores que las capacitan para comprender el proyecto y comprometerse en la toma de decisiones. Esto debería incluir, pero sin limitarse a esto, lo siguiente: naturaleza, dimensiones, reversibilidad, y amplitud de cualquier proyecto; la duración de las actividades; y los posibles efectos económicos, sociales, culturales, y ambientales del proyecto.³⁸ Cuando las empresas proporcionan a las comunidades una información exhaustiva sobre los efectos potenciales del proyecto, esto no sólo refuerza un consentimiento que es informado sino que también mitiga el riesgo de que los pueblos indígenas

³⁶ Ciertamente, las empresas y los pueblos indígenas proporcionan opiniones muy distintas con relación a cuando las actividades causan efectos importantes. Por ejemplo, algunas empresas sugieren que las actividades de investigación sísmica no producen efectos permanentes en las comunidades y, por consiguiente, sus consecuencias no son importantes. Los pueblos indígenas sostienen el argumento de que las incursiones en sus tierras de contratistas que no han sido anunciados y que desarrollan labores de investigación sísmica puede propagar enfermedades, afectar la vida silvestre y causar daños a su cultura.

³⁷ Para aumentar la dificultad, algunas personas sostienen el argumento que el consentimiento debe brindarse de nuevo si la empresa vende sus bienes. Véase, por ejemplo, Cathal Doyle y Jill Carino, “Hacer realidad el consentimiento libre, previo e informado: Pueblos Indígenas y el sector de extracción” (“*Making Free, Prior, and Informed Consent a Reality: Indigenous Peoples and the Extractive Sector*”), Indigenous Peoples Links, Middlesex University School of Law, and the Ecumenical Council for Corporate Responsibility, mayo de 2013, p. 20.

³⁸ Véase el Informe del Seminario sobre Metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que está contenido en el documento E/C.19/2005/3, de 7 de febrero de 2005.

sientan que han sido engañados, lo cual puede, a la larga, perjudicar enormemente las relaciones entre la empresa y la comunidad.

Las medidas que las empresas deberían tomar para asegurarse de que las comunidades indígenas han sido informadas adecuadamente dependen de la situación específica. En todos los casos, la información ha de ser comunicada de manera comprensible. Las empresas deberían traducirla al idioma local. En zonas de alto nivel de analfabetismo, las empresas han utilizado dibujos, u otros medios, para explicar los efectos potenciales de los proyectos. Además, las empresas que trabajan en regiones remotas y subdesarrolladas han llevado, vía aérea, a miembros de esas comunidades a observar operaciones similares en países vecinos para que tengan una comprensión real del proyecto.³⁹

En muchos casos, las empresas necesitarían apoyar el desarrollo de la capacidad de las comunidades indígenas para que éstas comprendan mejor los aspectos técnicos de los proyectos, así como los complejos documentos legales. Para que el desarrollo de la capacidad y la asesoría técnica sean lo más objetivas posible, las empresas han colocado fondos en cuentas de garantía, los cuales pueden ser usados por las comunidades para contratar asesores escogidos por ellas. En raras ocasiones, los gobiernos de los países sede de las empresas han aportado el financiamiento para el desarrollo de la capacidad de la comunidad. Las empresas deberían, también, formar a sus empleados y contratistas sobre cómo interactuar con las comunidades indígenas para que puedan desarrollar una relación de trabajo positiva y respetuosa.

Las empresas han comenzado a desarrollar prácticas innovadoras para garantizar que las comunidades estén informadas, incluyendo el diseño y la realización de evaluaciones conjuntas de los efectos. Estas prácticas son tratadas en la Sección VI. Tales enfoques proporcionan métodos útiles, no solamente para informar a las comunidades sobre los efectos sino que también para reforzar su confianza en los datos. Los enfoques de colaboración para recabar información también refuerzan la comprensión mutua entre las empresas y las comunidades.

En resumen, asegurarse de que las comunidades indígenas comprendan plenamente los efectos potenciales, positivos y negativos, de un proyecto, no siempre es un proceso simple, pero es indispensable para desarrollar una relación positiva de larga duración. Es, por lo tanto, importante que las empresas asignen tiempo y recursos humanos suficientes para llevar a cabo este trabajo.

(5) “Consentimiento”

La consulta y el consentimiento son conceptos separados pero relacionados entre sí. Para obtener un consentimiento que sea libre, previo e informado, las empresas deben comprometerse

³⁹ Para otros ejemplos, véase, por ejemplo, Amy K. Lehr y Gare A. Smith, “Aplicación de la política corporativa sobre el consentimiento libre, previo e informado” (*Implementing a Corporate Free, Prior and Informed Consent Policy*), Foley Hoag.

a celebrar consultas relevantes y de buena fe. El consentimiento, sin embargo, significa aceptación a que la empresa realice una actividad y no solamente una consulta. Se puede tomar como una aprobación social formal y documentada para operar, basada en un proceso mutuamente acordado que respeta los procesos de toma de decisiones consuetudinarios de los pueblos indígenas. El consentimiento es uno de los derechos más controversiales en el debate sobre los derechos de los pueblos indígenas porque está relacionado con el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y a su habilidad de controlar sus recursos, lo cual puede causar un conflicto con los intereses del gobierno de acogida.

Si una empresa busca el consentimiento de una comunidad indígena, enfrentará una serie de dificultades prácticas. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece que los gobiernos deberían obtener el consentimiento de las estructuras representativas de los pueblos indígenas y mediante sus procesos tradicionales de toma de decisiones⁴⁰. Cabe suponer que las empresas deberían hacer lo mismo. Las empresas deberían trabajar con especialistas y con las comunidades indígenas para identificar las estructuras representativas legítimas. En algunos casos, tales estructuras se han desintegrado; entonces, la comunidad puede necesitar el apoyo de expertos para diseñar un proceso de toma de decisiones.

Es importante señalar que el consentimiento no suele permitirle el veto a una sola persona. El proceso utilizado para obtener el consentimiento raramente permite que la oposición de una sola persona al proyecto lo detenga, porque pocas estructuras de toma de decisiones están conformadas de esa manera.

Aun cuando el proceso para alcanzar el consentimiento refleje el enfoque tradicional de toma de decisiones de las comunidades, suponiendo que éstas no se han desintegrado, las empresas deberían asegurarse que el proceso incluya a los grupos marginados, tales como las mujeres y los jóvenes. Esto ayuda a alcanzar las normas internacionales de derechos humanos y asegura que el proyecto tendrá verdaderamente el apoyo unánime de la comunidad. Esto puede resultar difícil, pero las empresas deberían colaborar con la comunidad para crear mecanismos de consulta con dichos grupos, de ser necesario, y permitir que sus aportes sean tomados en cuenta en la toma de decisiones. El consentimiento es uno de los aspectos más controversiales en el debate en torno a los derechos de los pueblos indígenas, porque se relaciona con su derecho a la libre

⁴⁰ “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. Artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

determinación y su capacidad de controlar sus propios recursos, lo que puede entrar en conflicto con los intereses del país de acogida.⁴¹

Como señal de respeto, las empresas deberían considerar el envío de representantes que posean un estatuto similar al de los líderes indígenas en momentos clave durante el proceso y no miembros del personal de menor rango.

Como se ha mencionado en la Sección V(C), la empresa debería también negociar un acuerdo con la comunidad que describa el proceso de participación y cómo la comunidad expresará su consentimiento o la ausencia de consentimiento. La empresa y la comunidad deben entonces probar con documentos que siguieron el proceso.⁴² Dicho acuerdo escrito capacita a la empresa para defender la negociación y el acuerdo final en caso de cualquier litigio.

El consentimiento debería ser formalizado, idealmente, por escrito. El consentimiento debería ser también firmado si la comunidad es, en su mayoría, analfabeta. El acuerdo debería declarar:

- La naturaleza del proyecto;
- Cualesquiera beneficios que resulten para la comunidad;
- Iniciativas de mitigación de los efectos que la empresa tomará para abordar los riesgos;
- La etapa del proyecto incluida en el acuerdo;
- Hitos del proyecto para los cuales la empresa tendría que tramitar el consentimiento para actividades adicionales u otras etapas planificadas; y
- Mecanismos de seguimiento u otros conductos por medio de los cuales la comunidad y la empresa continuarán relacionándose.

Aun después de que una comunidad hubiese expresado su consentimiento para un proyecto, la empresa debería continuar trabajando con la comunidad con tal de conservar su aprobación social para las operaciones. Una empresa podría necesitar, más adelante, obtener el consentimiento para cambios imprevistos y sustanciales en el proyecto. Por estas dos razones, algunas empresas crean mecanismos que les permiten una interacción constante con las comunidades, lo cual mantiene informadas a ambas partes, y permite abordar los problemas, como se analiza en la Sección VI.

⁴¹ Ejemplos de las medidas que las empresas pueden tomar para garantizar la participación de las mujeres indígenas aparecen en la Guía de Buenas Prácticas: Guía de Pueblos Indígenas (*Good Practice Guide: Indigenous Peoples Guide*), Consejo Internacional de Minas y Metales, en <http://www.icmm.com/library/indigenouspeoplesguide>.

⁴² El cliente documentará i) el proceso mutuamente aceptado entre el cliente y las comunidades de los pueblos indígenas que sean afectadas, y ii) pruebas del acuerdo entre las partes como resultado de las negociaciones”. Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional (2012): Norma de Desempeño 7: Pueblos Indígenas.

VI Surgimiento de nuevas prácticas

Nuevas prácticas clave incluyen el desarrollo de enfoques conjuntos de evaluación y de seguimiento, mecanismos de reclamación administrados conjuntamente y enfoques innovadores con respecto a la participación de los beneficios.

Por ejemplo, hay empresas que han trabajado con las comunidades indígenas para desarrollar evaluaciones de efectos comunes y/o mecanismos de seguimiento para medir los efectos en el medio ambiente, los derechos humanos y el patrimonio cultural. Las empresas y las comunidades han establecido mecanismos conjuntos para supervisar la aplicación del acuerdo del consentimiento. Para generar dichas evaluaciones, las empresas trabajan con las comunidades para identificar las cuestiones que han de ser evaluadas o desarrollan conjuntamente indicadores de desempeño, ya que las diferentes comunidades pueden valorizar diferentes factores. Los miembros de la comunidad pueden entonces ayudar en las actividades de evaluación o seguimiento.⁴³

Dichos mecanismos conjuntos pueden aportar una serie de beneficios. Las comunidades comprenden mejor los efectos de los proyectos, lo cual refuerza un consentimiento que es informado. Trabajar juntos ayuda a desarrollar las relaciones entre las empresas y las comunidades, fomentando así un ciclo continuo de retroinformación. Además, las empresas pueden comprender mejor los efectos del proyecto, ya que las comunidades indígenas, a menudo, poseen un conocimiento y una comprensión singulares de sus tierras, estructuras sociales, y patrimonio cultural. Tales mecanismos requieren tiempo adicional para su desarrollo y pueden necesitar el desarrollo de la capacidad para que los miembros de la comunidad puedan con rigor medir los efectos. Este tiempo será bien invertido, ya que las comunidades serán menos propensas a dudar los resultados de las evaluaciones que ellas mismas ayudaron a poner en práctica.

Dichos mecanismos no solamente conducen a beneficios prácticos de larga duración y refuerzan el consentimiento que es verdaderamente informado, sino que también la legislación internacional los exige en el contexto de proyectos de desarrollo. El Convenio 169 de la OIT establece que las evaluaciones deberían realizarse, “en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre estos pueblos. Los resultados de estos

⁴³ Para ejemplos de evaluaciones conjuntas y mecanismos de supervisión, véase Amy K. Lehr y Gare A. Smith, “Aplicación de una política corporativa sobre el consentimiento libre, previo e informado” (*Implementing a Corporate Free, Prior and Informed Consent Policy*), Foley Hoag, p. 46-49. Se hace hincapié en la importancia de tales arreglos en Marcus Colchester y Fergus MacKay, “Buscando acuerdos: Pueblos Indígenas, representación colectiva y el derecho al consentimiento libre, previo e informado” (*In Search of Middle Ground: Indigenous Peoples, Collective Representation and the Right to Free, Prior and Informed Consent*), Forest Peoples Programme (2004), p. 27, disponible en http://www.forestpeoples.org/documents/law_hr/fpic_ips_text_only_aug04_eng.pdf.

estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”⁴⁴ Dichos enfoques también reflejan el concepto de asociación genuina plasmada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Las empresas han colaborado también, estrechamente, con comunidades indígenas en el desarrollo conjunto de mecanismos de reclamación.⁴⁵ Los mecanismos de reclamación eficaces permiten identificar y abordar los problemas antes que estos últimos se agraven, y forman parte de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos como han sido definidos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos. En algunos casos, la empresa y la comunidad escogen un miembro cada una para componer un panel encargado de reclamaciones. Como alternativa, la empresa nombra varios posibles miembros del panel y la comunidad escoge a uno de ellos, y viceversa. Estos enfoques crean una oportunidad para la solución conjunta de problemas y aumentan la credibilidad de los mecanismos de reclamación.

La participación en los beneficios es otro ámbito en el que la práctica continúa evolucionando. Las empresas acostumbran ofrecer beneficios a las comunidades indígenas afectadas por el proyecto, regularmente en forma de dinero en efectivo, empleos o fondos de desarrollo social. Si la comunidad y la empresa llegan a un arreglo formal antes que el proyecto dé comienzo, dichos beneficios son a menudo incluidos.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ha criticado estos arreglos, señalando que los pueblos indígenas, a menudo, no creen que los beneficios pesen más que los costos del proyecto. Pidió beneficios que realmente apoyen el desarrollo y la libre determinación de los pueblos indígenas afectados, en vez de pagos únicos. Aun más, recomienda un cambio de paradigma, mencionando que “La participación en los beneficios debe considerarse una forma de respetar un derecho, y no una concesión caritativa... con miras a obtener el apoyo social del proyecto.”⁴⁶

⁴⁴ Artículo 7 del Convenio No. 169 de la OIT. Véase también el análisis en Cathal Doyle y Jill Carino, “Hacer realidad el consentimiento libre, previo e informado: Pueblos Indígenas y el sector de extracción” (*Making Free, Prior, and Informed Consent a Reality: Indigenous Peoples and the Extractive Sector*), Indigenous Peoples Links, Middlesex University School of Law, and the Ecumenical Council for Corporate Responsibility, mayo de 2013, p. 14.

⁴⁵ Los mecanismos de reclamos desarrollados y aplicados conjuntamente son analizados con mayor extensión en Amy K. Lehr y Gare A. Smith, “Aplicación de una política corporativa sobre el consentimiento libre, previo e informado” (*Implementing a Corporate Free, Prior and Informed Consent Policy*), Foley Hoag, p. 46-49. Véase también Steven Herz, Antonio La Vina, y Jonathan Sohn, eds., “Desarrollo sin conflictos: Viabilidad del consentimiento comunitario (*Development Without Conflict: The Business Case for Community Consent*) WRI (Julio de 2007), p. 25, disponible en <http://www.wri.org/publication/development-without-conflict>.

⁴⁶ Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos ante el décimo-quinto período de sesiones, contenido en el documento A/HRC/15/37, de 19 de julio de 2010, pár. 79.

Entender la participación de los beneficios como un derecho, no como un acto de caridad o mitigación de riesgos, favorece una nueva práctica. El Relator Especial hace resaltar que los pueblos indígenas no suelen recibir ningún porcentaje de las ganancias del proyecto, a pesar de su supuesto control de los recursos. En raras ocasiones, sin embargo, los pueblos indígenas establecen empresas que reciben una participación en la empresa misma.⁴⁷ Aunque tales arreglos son todavía poco comunes, especialmente en los países en vías de desarrollo, ofrecen un nuevo marco para conformar las relaciones entre los pueblos indígenas y las empresas que merece más exploración.

VII Conclusión

Las directrices jurídicas y prácticas relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas están evolucionando rápidamente y exigen a las empresas actualizarse en sus enfoques. Las empresas deberían actuar con la eficaz debida diligencia en cuanto a los derechos y las tradiciones de los pueblos indígenas antes de comenzar la ejecución de los proyectos. Deberían ajustar sus políticas y procedimientos para abordar el derecho al consentimiento libre, previo e informado contenido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, lo cual es respaldado no solamente en forma significativa en la jurisprudencia de derechos humanos, sino también en las más recientes Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional y Los Principios del Ecuador 2013. El proceso para obtener el consentimiento libre, previo e informado debería ser desarrollado en colaboración con los pueblos indígenas afectados y debería respetar sus métodos tradicionales de toma de decisiones.

⁴⁷ Arreglos de esta naturaleza, aunque todavía inusuales, surgen en la práctica en países como Canadá.