




**PROCURADOR DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

***Insumos sobre el "Rol y Desafíos de los Estados
para el cumplimiento del derecho a la consulta
previa, libre e informada"***

En el marco del V Foro Regional sobre Empresas y Derechos Humanos
para América Latina y el Caribe - Conducta Empresarial Responsable en
Tiempos Difíciles

Dirección de Investigación en Derechos Humanos

Guatemala, septiembre de 2020

¿Cuál es el rol de los Estados como garantes en la implementación consulta y consentimiento previo, libre e informado, en contexto de las actividades empresariales, más aún en tiempos de Covid-19?

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y derivado de la ratificación de instrumentos internacionales, la implementación de la Consulta Previa, Libre e Informada (CPLI) es de obligatoriedad de los Estados que han ratificado dichos instrumentos, entre los de mayor relevancia: La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1983), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1987), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1992), el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT (1996) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

Los Estados deben desarrollar todos los mecanismos apropiados para cumplir con el derecho de la CPLI, que no solo se limita a la generación de la institucionalidad con competencia exclusiva sino, principalmente, al desarrollo de marcos jurídicos sólidos y precisos para el efectivo cumplimiento del derecho a la CPLI y con ello el cumplimiento de los demás derechos de las comunidades y pueblos que se ven afectados; estos marcos normativos no siempre se aprueban oportunamente, como en el caso de Guatemala, que todavía hoy adolece de un instrumento legal interno que se requiere para cumplir con sus compromisos internacionales en la materia, lo cual limita grandemente el cumplimiento efectivo de derecho a la CPLI.

En este sentido, los Estados deben observar el debido control de convencionalidad para verificar que una norma interna, reglamento o acto de una autoridad de un Estado, se adecúen a los principios, normas y obligaciones establecidas en los tratados internacionales ratificados en la materia.

Estos marcos normativos no solo pueden ayudar a la comprensión en torno a los contenidos y alcances de la CPLI, sino establecer las disposiciones con carácter de obligatoriedad para la certeza de su cumplimiento, según lo dispuesto en los artículos 6, 7, 15, 17- 27 y 28 del Convenio 169 de la OIT; ellos permiten una adecuada identificación del objeto de la CPLI, de lo cual se desprende que los Estados deben consultar sobre lo siguiente:

- a. Las cuestiones legislativas o administrativas que puedan afectar directa o indirectamente a los pueblos indígenas o tribales.

- b. La autorización o ejecución de todos los proyectos de exploración o explotación de los recursos minerales o del subsuelo existentes en sus tierras y territorios.
- c. Las cuestiones relacionadas con su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
- d. Cuestiones específicas relacionadas con la educación.

Es oportuno señalar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) señala que “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración” (Art. 38). La DNUDPI proporciona un marco para mejor interpretar el Convenio 169 de la OIT y guiar proyectos de leyes, políticas públicas, o decisiones judiciales. Ciertamente su valor es político, ético y moral.

Ante la ausencia de estos marcos normativos, como en el caso de Guatemala, y en el contexto de pandemia, los Estados están mayormente obligados a observar los instrumentos de derechos humanos, y en este sentido, ser garante para que ninguna empresa nacional o transnacional violente el derecho a la CPLI y demás derechos relacionados a la defensa de los territorios, a la seguridad e integridad de las personas a nivel individual y comunitario.

¿Cuáles cree son los principales desafíos que tienen los Estados en América?

Como se ha señalado, entre los principales desafíos de los Estados es que estos *cuenten con los mecanismos institucionales e instrumentos legales sólidos para implementar eficazmente el derecho a la CPLI*. De lo contrario, como ocurre en Guatemala, existe el riesgo latente de que los Estados irrespeten recurrentemente el derecho a la CPLI, en los términos establecidos en los artículos 6, 7, 15, 17, 27, 28 del Convenio 169 de la OIT, y que las empresas incumplan con las sentencias de las cortes de justicia en cuanto a la suspensión de operaciones, con los estudios de impacto ambiental y con los procesos de consulta.

Se ha visto cómo *la ausencia de dichos mecanismos normativos propicia la generación de numerosos conflictos territoriales, ambientales y jurídicos*, especialmente vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, como ha ocurrido por décadas en Guatemala hasta la actualidad.

Es importante precisar que los Estados deben actuar con pertinencia cultural en todas sus decisiones que afectan el derecho a la libre autodeterminación y el derecho al territorio de comunidades indígenas. En este sentido, los Estados están llamados a respetar los ejercicios de participación comunitarias que las mismas comunidades indígenas realizan en calidad de "consultas comunitarias", ya que constituyen una práctica ancestral de organización, un mecanismo de participación y de toma de decisiones de los pueblos, cuyo derecho fundamental deber reconocerse y respetarse. La consulta comunitaria ha sido una práctica cotidiana y legítima de los pueblos originarios, como en el caso de Guatemala.

Otro de los desafíos de los Estados es que deben respetar y *cumplir a cabalidad con las sentencias que derivan de las cortes de justicia*, toda vez que estas están fundamentadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuyo objeto se centra en el derecho a la CPLI, y obligan a Estado a cumplir con la CPLI en un plazo determinado y en observancia a los estándares internacionales en la materia.

Otro de los desafíos de los Estados es el de *generar mecanismos democráticos de información y comunicación en todos los niveles*, especialmente a nivel local, orientados a prevenir escenarios sociales de conflictividad social que termina vulnerando derechos fundamentales de las comunidades que viven en territorios de extracción minera y demás proyectos con impacto ambiental. En este sentido, *los Estados deben evitar acciones represivas como los Estados de Sitio*, cuyas medidas no solucionan las problemáticas sociales que en la mayoría de los casos son estructurales; lejos de ello, son acciones que pueden agravar aun más la situación de vulnerabilidad en que viven dichas comunidades, dejándoles en un riesgo alto de que sus derechos fundamentales sean violentados de forma continuada.