

El Convenio 169 de la OIT y el sector privado

Preguntas y respuestas para los clientes de la IFC

Comprender los derechos y las perspectivas de los pueblos indígenas y tribales afectados por los proyectos es una tarea importante aunque, en ocasiones, compleja para los clientes de la Corporación Financiera Internacional (IFI), en particular en relación con proyectos de infraestructura o industrias extractivas. Las empresas del sector privado deben tener conciencia de los diversos riesgos legales, de negocios y para su reputación que probablemente deban asumir a la hora de ejecutar proyectos de posible impacto sobre pueblos indígenas y tribales y, al mismo tiempo, de las oportunidades que dichos proyectos ofrecen para asociarse con estos pueblos y brindarles beneficios en términos de desarrollo.

Las organizaciones de pueblos indígenas y otras partes interesadas suelen plantear la responsabilidad de los clientes de la IFI en relación con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales. No obstante, dicho Convenio concierne a los gobiernos, no al sector privado, de modo que su pertinencia para los clientes de la IFI es, por lo general, indirecta (si bien puede haber ocasiones en las que las empresas son consideradas directamente responsables por su puesta en práctica). Sin embargo, tanto las organizaciones indígenas como otros actores de la sociedad civil toman este Convenio como punto de referencia para los proyectos.

Si un cliente de la IFI está ejecutando un proyecto y las acciones que el gobierno realiza en virtud de ese proyecto no se atienen a los requisitos del Convenio, es posible que se acuse al cliente de la Corporación de no cumplir con los principios del Convenio o de violar los derechos que dicho instrumento protege. Esto ha sucedido en relación con varios proyectos financiados por la IFI en América Latina y, en

algunos casos, esas denuncias han contribuido a generar relaciones difíciles con la comunidad y demoras en los proyectos.

La aplicación del Convenio en el contexto de proyectos del sector privado (ya sea que lo hagan los gobiernos en forma directa o las empresas privadas indirectamente) promoverá un enfoque más abierto e inclusivo de la inversión privada. De este modo, el sector privado también se beneficia cuando los gobiernos ratifican y respetan el Convenio. La observancia de este Convenio no sólo protegerá los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sino que promoverá los intereses de las empresas privadas y sentará las bases de un clima para los negocios positivo y socialmente responsable.

La presente nota procura responder los principales interrogantes sobre el contenido del Convenio, su alcance legal y los riesgos que la falta de cumplimiento de sus disposiciones podría acarrear para el sector privado. También incluye estrategias prácticas que pueden adoptarse para responder a los requisitos del Convenio.

Con un formato de preguntas y respuestas, esta nota brinda asistencia práctica a la IFI, sus clientes y otras partes interesadas en lo que respecta a proyectos que afectan o pueden afectar a pueblos indígenas. Su objetivo es ayudar a todos los involucrados a comprender mejor el modo en que el Convenio 169 se relaciona con los proyectos.

Esta nota debe considerarse junto con la Norma de Desempeño 7 de la IFI sobre pueblos indígenas, en la que se detallan los requisitos directos que se exigen a los clientes de la Corporación en los casos en que sus proyectos afectan a dichos grupos. La norma de desempeño también cuenta con una nota de orientación conexas. Dado que muchos de los principios

del Convenio 169 están incorporados en las políticas de la IFC, comprender el Convenio también permitirá entender cuál es el mejor modo de poner en práctica las Normas de Desempeño.

¿Cuáles son las principales obligaciones que establece el Convenio 169?

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales es uno de los instrumentos fundamentales del cuerpo de legislación internacional referido a los pueblos indígenas. Aprobado en 1989, el Convenio fue ratificado sólo por 18 países (hasta enero de 2007), 13 de los cuales pertenecen a América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela). Los países restantes que ratificaron el Convenio hasta la fecha son Dinamarca, España, Fiji, Noruega y los Países Bajos.

Las disposiciones más importantes son las siguientes:

- Los gobiernos deben actuar de modo coordinado y sistemático para proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales.
- Los gobiernos deben consultar a dichos pueblos a través de instituciones representativas y procedimientos adecuados al aplicar las disposiciones del Convenio y deben garantizar su participación en el proceso de desarrollo.
- Los gobiernos deben cerciorarse de que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de decidir sus propias prioridades en el proceso de desarrollo.
- Los gobiernos deben respetar la relación especial que mantienen los pueblos indígenas y tribales con la tierra, que incluye territorios ocupados y utilizados.
- Se deben reconocer los derechos de propiedad y de posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas, y los gobiernos deben tomar medidas para identificar las tierras de estos pueblos y establecer los procedimientos necesarios para resolver los reclamos sobre las tierras.
- Se deben salvaguardar los derechos a los recursos naturales de las tierras y territorios, incluido el derecho a participar en el uso, la gestión y la conservación de esos recursos.
- En los países en los que el Estado conserve la propiedad de los recursos minerales y del subsuelo, se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales antes de poner en práctica programas de exploración o explotación de recursos y, cuando sea posible, hacerlos participar de los beneficios de la explotación y otorgarles compensación por los daños que ésta provoque.
- No se debe trasladar a los pueblos indígenas y tribales de sus tierras excepto en casos necesarios, como medida de excepción y cuando hayan prestado su libre consentimiento

con pleno conocimiento de causa. Si no puede obtenerse su consentimiento, la reubicación deberá realizarse únicamente de acuerdo con el debido proceso legal.

- Cuando sea posible, los pueblos indígenas y tribales deben tener derecho a volver a sus tierras tradicionales o recibir una compensación en caso de que el regreso no sea posible.

Convenio 169 de la OIT: Preguntas fundamentales

¿Qué grupos están protegidos por el Convenio?

El Convenio se aplica: a) “a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”, y b) “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país (...) en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. La conciencia de su identidad se considera “un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (Art. 1).

No existe una definición internacional que establezca qué grupos son “indígenas”: ésta es una cuestión que debe decidirse a nivel nacional. El Convenio 169 contempla tanto a los pueblos indígenas como a los tribales, es decir, aquéllos que viven de un modo que los aparta de la comunidad nacional, sean o no descendientes de los “primeros habitantes”. Por ejemplo, en varios países de América Central, los garífunas (o cimarrones u otra denominación) descienden de esclavos africanos que escaparon, por lo que no son indígenas en el sentido literal, pero son un pueblo tribal y están comprendidos en el Convenio.

La OIT ha elaborado otro documento sobre el mismo tema, el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (N. 107) de 1957. Si bien contiene menos exigencias que el posterior Convenio 169 (C169), establece obligaciones pertinentes para los países que aún no han ratificado el C169. Se aplica a numerosos países de Asia y África.

¿Quiénes están sujetos a obligaciones legales en virtud del Convenio 169?

El objetivo de los convenios de la OIT es, en general, lograr un compromiso del Estado, en el contexto del sistema jurídico nacional, en relación con las obligaciones y derechos contenidos en el instrumento. Como sucede con otros convenios de la OIT, el C169 está dirigido a los gobiernos y es vinculante sólo para los Estados que lo ratificaron.

Al igual que en la mayor parte de los convenios internacionales, la redacción del Convenio 169 establece claramente que se aplica a los Estados. De hecho, no contiene artículos que establezcan obligaciones para otras entidades que no sean gobiernos.

Por ejemplo, el Artículo 2 dispone que “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

La estructura de aplicación de los convenios de la OIT también hace hincapié en el papel del Estado. Las partes constituyentes de la OIT pueden presentar reclamos sobre el supuesto incumplimiento de un convenio, pero dichos reclamos se refieren al carácter impropio (o a otra característica) de las acciones de un Estado durante la aplicación. Los comentarios formulados por partes que no son gobiernos (es decir, sindicatos y organizaciones de empleadores) acerca de la aplicación del convenio son examinados por la Comisión de Expertos de la OIT (su principal organismo de supervisión). Dicha Comisión formula sus comentarios acerca de la aplicación del convenio y cursa solicitudes y recomendaciones a los gobiernos. Si esos comentarios son lo suficientemente graves, pueden remitirse a la Conferencia Anual de la OIT para su discusión pública o a mecanismos de reclamación especiales.

Los términos de los comentarios formulados por la Comisión de Expertos de la OIT también dejan claro que este organismo considera que el alcance del cumplimiento legal del Convenio 169 se limita al Estado. Por ejemplo, ha señalado que:

“(…) Además, la Comisión hace notar que la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio es una obligación a cargo de los gobiernos y no de personas o empresas privadas”. (Véase la Observación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) sobre Bolivia 2005 / 76.º reunión).

Si bien las empresas privadas no están sujetas a obligaciones directas en virtud del Convenio, éste tiene claras consecuencias sobre sus actividades y operaciones. Es muy posible que existan obligaciones legales establecidas por las leyes nacionales que aplican el Convenio. Y en algunos países, los convenios ratificados se incorporan directamente en la legislación nacional, por lo que las instancias judiciales pueden invocarlos para determinar responsabilidades y, en teoría, atribuirlos a otros actores distintos de los gobiernos.

¿Las empresas privadas están sujetas a alguna obligación en virtud del Convenio 169?

Las empresas enfrentan exigencias que atañen a su reputación y que surgen de la percepción de que sus acciones deben cumplir con legislación internacional o ser coherentes con ella. No obstante, para las empresas privadas, las obligaciones legales directas emanan solamente de la ley nacional.

En los casos en que la legislación nacional establece obligaciones claras para los actores privados en relación con los pueblos indígenas, es importante que las empresas cumplan con ellas. Es posible que exista ese tipo de legislación en países que no han ratificado el Convenio, aunque sólo se exige su vigencia en aquéllos que sí lo aprobaron.

El hecho de que un gobierno no cumpla con su obligación de aplicar el Convenio o con las responsabilidades que le impone la legislación nacional puede tener consecuencias para un proyecto del sector privado. Por ejemplo, si un Estado no cumple con sus obligaciones respecto de la realización de consultas previas a la ejecución de un proyecto, es posible que los permisos otorgados a la empresa privada sean objeto de impugnación jurídica (más adelante se considerará este tema en detalle).

También puede darse la circunstancia de que las acciones de las empresas privadas influyan o pongan en riesgo el cumplimiento de las obligaciones previstas para el Estado en los acuerdos internacionales, como el Convenio 169. Por ejemplo, un proyecto de la industria extractiva del sector privado puede generar grandes ingresos, una parte de los cuales se pagarán al Estado en concepto de impuestos, derechos de concesión, permiso o regalías. Es posible que un organismo regulador estatal, deseando hacerse de esos ingresos, acelere el proceso de aprobación del proyecto y omita cumplir los requisitos de formulación de consultas que dispone el Convenio 169, o incluya en las leyes compromisos estatales que pueden perjudicar su capacidad para respetar el Convenio 169. Si el proyecto se está ejecutando en un país con gestión de

gobierno deficiente o en situación de conflicto, los riesgos relativos a la influencia del sector privado sobre el gobierno pueden ser mayores. Si bien ésta es una esfera del debate sobre derechos humanos que aún está en evolución, se está generando consenso en el sentido de que las empresas del sector privado deberían actuar de modo tal de no interferir con el cumplimiento de las obligaciones que imponen al Estado los convenios internacionales que éste suscribió.

¿Cómo ponen en práctica el Convenio 169 los Estados?

Los países que han ratificado el Convenio 169 están obligados a garantizar la presencia de normas o procedimientos que les permitan cumplir las obligaciones que establece dicho Convenio, ya sea mediante disposiciones constitucionales, leyes de aplicación específicas, reglamentaciones administrativas o la inclusión de las obligaciones en otros procedimientos, tales como los relativos a la concesión de licencias ambientales o de exploración.

En algunos países, incluidos muchos de los Estados de América Latina que ratificaron el Convenio, se considera que las disposiciones de tratados internacionales y convenios ratificados por el Estado tienen vigencia directa en la legislación nacional, sin que sea necesaria la aprobación de ninguna ley nacional específica para su aplicación. Aun en el caso de que, en virtud de la constitución, las normas internacionales no se apliquen de este modo directo, se requiere que los Estados adopten medidas, incluso leyes, para aplicarlas en el nivel nacional.

Cuando existen disposiciones específicas o generales en la ley nacional, las empresas del sector privado deberán acatar la ley que les sea aplicable en el marco del sistema nacional. Pero es importante comprender que, al hacerlo, estarán cumpliendo con la ley nacional y no con el Convenio directamente.

¿Pueden los Estados transferir al sector privado sus obligaciones de acuerdo con el Convenio 169?

Si bien el Estado puede (y debe) imponer a una empresa privada la obligación de actuar dentro de límites definidos, no puede liberarse de sus propias obligaciones derivadas de la ratificación del Convenio. Así por ejemplo, al otorgar una concesión para extraer petróleo el Estado transfiere a una empresa privada algunos de sus derechos relacionados con la exploración del subsuelo; pero esto no significa que la obligación del Estado de poner en práctica

el Convenio 169 se transfiera automáticamente a esa empresa privada.

Lo mismo puede decirse en relación con las consultas. En el caso, por ejemplo, de proyectos de explotación minera, petrolífera o de gas, o de proyectos de silvicultura o de explotación de otros recursos, los gobiernos pueden cumplir algunas de las obligaciones dispuestas por el Convenio solicitando a las empresas privadas que realicen acciones específicas. En Colombia, por ejemplo, el Decreto 1320 de 1998 establece la consulta previa en los casos en que, dentro de la zona de influencia de un proyecto, se encuentren comunidades indígenas o afrocolombianas. También exige que la entidad responsable del proyecto realice las consultas y presente al gobierno las pruebas respectivas antes de otorgar las licencias ambientales.

Los gobiernos pueden garantizar que los pueblos indígenas y tribales se beneficien de los proyectos referidos a industrias extractivas (requisito del Art. 15 del Convenio) solicitando a las empresas que les proporcionen esos beneficios a través de pagos de regalías, generación de empleo, prestación de servicios, etc. Estas exigencias pueden establecerse en la legislación general o incluirse dentro de los requisitos para el otorgamiento de permisos. De modo semejante, para cerciorarse de que los pueblos indígenas reciban una justa compensación por los daños que se les pueda ocasionar como resultado de la extracción de recursos minerales, los gobiernos exigen que las empresas privadas proporcionen esa compensación. En todos estos casos, los gobiernos cumplen con sus obligaciones mediante acciones ejecutadas por empresas privadas.

En última instancia, son los gobiernos los que tienen la responsabilidad de asegurarse de que los pueblos indígenas y tribales afectados por proyectos del sector privado obtengan beneficios de ellos, sean consultados y compensados adecuadamente, pero no es necesario que lo hagan en forma directa. Es inevitable que los gobiernos recurran a acciones del sector privado para cumplir con algunos de los requisitos del Convenio 169, en especial en países con gran cantidad de población indígena, como Guatemala o Bolivia.

¿Una empresa privada puede violar los derechos amparados por el Convenio?

Aun cuando el Convenio no impone obligaciones directas a las empresas privadas, éstas pueden, desde luego, violar los derechos amparados por dicho instrumento que se hayan incorporado en la legislación nacional. Esto ocurre

cuando la empresa no cumple con los requisitos administrativos, como las licencias y permisos ambientales necesarios para la exploración y explotación de recursos naturales, que crean obligaciones para las empresas del sector privado. Toda infracción de ese tipo sólo podrá ser examinada en el marco de la ley nacional y las reglamentaciones administrativas y, en términos estrictos, si llegara a demostrarse su existencia, se trataría de incumplimiento de la ley o de las condiciones para el otorgamiento de permisos y licencias, y no un incumplimiento directo del Convenio. No obstante, si las partes afectadas y otros interesados perciben que hay actividades del sector privado que no están en consonancia con los principios del Convenio, es probable que las califiquen como violaciones a dicho Convenio, en especial allí donde se considera que el Estado no cumple acabadamente las obligaciones que el mencionado documento prescribe.

En los casos en los que el gobierno acata las disposiciones del Convenio solicitando a una empresa privada que realice determinadas actividades, la empresa se convierte en un agente del gobierno y, como tal, puede violar derechos consagrados en el Convenio. Tal sería el caso, por ejemplo, si una empresa privada tuviera la obligación de compensar a un pueblo indígena por daños y no lo hiciera.

¿Existe el riesgo de que las empresas privadas sean consideradas cómplices de violaciones a los derechos humanos cometidas por los gobiernos?

En la actualidad se debate acerca del grado en que una empresa privada puede considerarse cómplice de abusos a los derechos humanos o violaciones a la ley internacional, dado que el Estado es el principal garante de esos derechos. Estos debates se dan en el ámbito de la ley internacional consuetudinaria y en relación con denuncias tales como las realizadas en virtud de la Alien Torts Claim Act (Ley de demandas por agravio en el extranjero) de los Estados Unidos, que permite presentar demandas en dicho país por actos cometidos por una empresa en otros sitios, siempre que la compañía posea cierta presencia en los Estados Unidos. Sin embargo, hasta la fecha, este tipo de demandas se han limitado a casos “penales” graves de violación a los derechos humanos, como el asesinato, el trabajo forzado y otros casos de ese tipo, y no a las cuestiones que surgen de la mayoría de las disposiciones del Convenio 169.

La posición general en lo que respecta a la relación entre los derechos humanos y las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales ha sido resumida en el Informe provisional de John Ruggie, representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas:

“Todos los instrumentos en vigor concebidos específicamente para que las empresas cumplan las normas internacionales de derechos humanos (...) son de carácter voluntario. Los instrumentos que sí tienen fuerza jurídica internacional, en particular algunas normas laborales de la OIT, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención de la OCDE para combatir el soborno y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, imponen obligaciones a los Estados, y no a las empresas, en particular la obligación de impedir la violación de los derechos humanos por actores privados.

En el derecho consuetudinario internacional, la práctica reciente y los dictámenes de los expertos sugieren cada vez más que pueden considerarse responsables a las empresas por la comisión de las violaciones más graves de los derechos humanos que equivalen a crímenes internacionales, en particular, el genocidio, la esclavitud, la trata de personas, el trabajo forzoso, la tortura y algunos crímenes de lesa humanidad, o por su complicidad en esas violaciones”.

[Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. U.N. Doc. E/CN.4/2006/97 (2006)].

Al leer esta declaración, los clientes de la IFC podrían concluir que, a menos que la empresa se vea involucrada en violaciones de los derechos humanos de las “más graves”, es improbable que se plantee su complicidad legal. No obstante, la interpretación jurídica internacional de estas cuestiones aún está en curso y es posible que los grupos de la sociedad civil consideren otra clase de actos como ejemplos de complicidad, lo que puede provocar graves daños a la reputación de la empresa.

¿Representa un riesgo para las empresas concesionarias de explotaciones mineras, petrolíferas o de gas el hecho de que los gobiernos no cumplan con las obligaciones que establece el Convenio 169 en lo relativo al otorgamiento de dichas concesiones?

A este respecto, son tres las cuestiones importantes. En primer lugar, en el Convenio 169 se considera que la responsabilidad de abordar las cuestiones referidas a los derechos sobre la tierra recae en los gobiernos. Debe existir un proceso para reconocer los reclamos por derechos sobre las tierras y resolverlos. En consecuencia, las cuestiones y reclamos que suelen aparecer en virtud del Convenio en su mayoría se relacionan con la eficiencia del sistema legal del país para salvaguardar los derechos sobre la tierra.

En segundo lugar, el Convenio 169 establece que se deben proteger los derechos de los pueblos indígenas en relación con los recursos naturales, pero no les concede los derechos exclusivos sobre esos recursos. Es la obligación del gobierno garantizar la protección de los derechos sobre recursos naturales y establecer procesos que determinen el grado en que se los hará respetar.

En tercer lugar, en los países donde el Estado conserva la propiedad de los recursos del subsuelo o de otra índole, el Convenio reconoce que, en última instancia, es el Estado el que tiene el derecho de disponer de ellos. Pero también exige que los pueblos indígenas y tribales participen de la decisión acerca del modo de explotar los recursos. Es responsabilidad del gobierno consultar a los pueblos indígenas antes de que se ponga en marcha cualquier proyecto y garantizar que los pueblos afectados puedan participar de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales y que reciban una compensación justa por cualquier daño que puedan sufrir a causa de esas actividades.

Estas obligaciones (abordar el tema de los derechos sobre la tierra, proteger los derechos a los recursos naturales, consultar con los pueblos indígenas acerca de la explotación de recursos, entregarles una compensación justa) caben indudablemente al Estado. Sin embargo, éste cumple al menos algunas de ellas mediante acciones del sector privado que exige por ley o establece como condiciones para el otorgamiento de permisos y licencias ambientales para explorar o explotar recursos naturales.

En los casos en que el Estado no ha cumplido sus obligaciones en forma directa (o a través de una empresa privada que se beneficia de una transferencia o concesión de derechos sobre la tierra), existe el riesgo de que peligre la licencia o la concesión de una empresa.

¿Qué pueden hacer las empresas para mitigar los riesgos relacionados con las concesiones para explotación de recursos?

Para minimizar los riesgos, se recomienda a las empresas constatar que el gobierno haya cumplido sus responsabilidades. Específicamente, deberían verificar lo siguiente:

- que el proceso utilizado para identificar las tierras de los pueblos indígenas y tribales respete los requisitos del Convenio 169,
- que los procedimientos legales o de otra naturaleza que se empleen para resolver las disputas y los reclamos de los pueblos indígenas sobre las tierras sean aceptables y hayan sido sometidos a consulta,

- que los títulos de propiedad de tierras que originalmente pertenecían a pueblos indígenas se hayan obtenido del modo correcto, conforme a la ley y sin sacar ventaja de la falta de comprensión del sistema legal para obtener la posesión del título,
- que las autoridades gubernamentales pertinentes hayan reconocido los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales,
- que se realicen las consultas debidas antes de la concesión de licencias de exploración o explotación,
- que existan mecanismos que permitan a las comunidades interesadas participar de los beneficios del proyecto y recibir una compensación justa.

Este proceso de debida diligencia debería formar parte de una evaluación social y ambiental. Si parecieran existir problemas en relación con estas cuestiones, la empresa debería evaluar la función que puede desempeñar para facilitar el reconocimiento de los derechos o promover las consultas (para más detalles, véanse las secciones siguientes). Será importante que esas actividades se realicen de manera apropiada y justa y que tanto el gobierno como las comunidades afectadas comprendan y acepten la función de la empresa.

¿El Convenio 169 faculta a las comunidades indígenas para vetar proyectos que las afectan?

La consulta con las comunidades indígenas acerca de sus prioridades es un elemento fundamental del Convenio 169. La Comisión de Expertos de la OIT ha señalado que “la consulta es la disposición medular sobre la que se apoyan las demás disposiciones del Convenio” (véase la Observación del CEACR sobre Guatemala 2005/76.^o reunión).

Sin embargo, la Comisión de Expertos también ha puntualizado en varias ocasiones que esto no significa que las comunidades indígenas tengan el derecho a vetar proyectos que las afectan.

El Convenio es claro respecto de lo que se requiere para el proceso de consulta. El inciso 2 del Artículo 6 indica que las consultas deben realizarse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Esta ausencia del veto entre las disposiciones del Convenio se ve reafirmada en los términos del Artículo 16 acerca de los derechos sobre la tierra y el reasentamiento, según el cual se permite la reubicación compulsiva en ciertas circunstancias excepcionales.

Aunque no se contempla el derecho al veto, las obligaciones estipuladas en el Convenio consisten en llevar a cabo consultas significativas con el objeto de intentar lograr un acuerdo basado en el consenso. En los casos en que el Estado conserva la propiedad de los recursos minerales o del subsuelo, el propósito de la consulta es dilucidar “si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (Art. 15). En consecuencia, el Convenio no exige necesariamente la realización de referéndums (llamados “consultas populares” en América Latina) acerca de los proyectos, sino, de modo más general, de esfuerzos encaminados a determinar los impactos perjudiciales de un proyecto, utilizando los elementos que se consideren más convenientes, y diseñar la medidas de mitigación adecuadas.

¿Las empresas privadas enfrentan algún riesgo si sus acciones no se compadecen con los principios del Convenio 169? De ser así, ¿qué pueden hacer para mitigar esos riesgos?

Con independencia de las cuestiones legales estrictas que puedan surgir de la aplicación del Convenio o de la ley nacional, es posible que las empresas privadas corran el riesgo de que su reputación se vea seriamente dañada si sus acciones son vistas como un “incumplimiento” de las disposiciones del Convenio 169 o de otra norma basada en derechos internacionalmente reconocidos.

Resultará difícil llevar adelante un proyecto que haya sido denunciado por los pueblos indígenas por violar sus derechos o infringir el derecho internacional, independientemente de que existan en realidad esas violaciones o incumplimientos jurídicos. Aunque una empresa privada quizá sienta la necesidad de aclarar que la ley no se aplica a ella, un enfoque más fructífero puede consistir en intentar actuar en consonancia con los principios del Convenio en cuestiones tales como las consultas, los derechos sobre la tierra y la protección de la cultura de los pueblos indígenas. Cuando exista oposición a un proyecto, la empresa puede tratar de comprender el fundamento de dicha oposición, intentar mitigar cuanto sea posible los riesgos que se presentan para los grupos indígenas y demostrarles que sus preocupaciones se han atendido o serán atendidas.

¿Las empresas privadas tienen que participar en el reconocimiento legal de los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas?

Como se mencionó anteriormente, el Convenio 169 de la OIT responsabiliza a los gobiernos de la resolución de las cuestiones relacionadas con los derechos sobre la tierra. En consecuencia, los reclamos que suelen presentarse ante la OIT en relación con el Convenio se refieren en su gran mayoría a la eficacia del sistema legal nacional para salvaguardar los derechos sobre la tierra. Empero, las empresas del sector privado se ven afectadas allí donde existen deficiencias en los sistemas de registro de tierras o de otorgamiento de títulos de propiedad, o en los casos en que nunca se han definido los derechos sobre zonas específicas. La empresa que opere en este contexto debe lidiar con la ambigüedad. En términos de riesgo empresarial, esto puede significar que el título legal de la empresa o su capacidad para operar el proyecto sean inciertos, con la consiguiente demora para el proyecto. También puede dar como resultado la oposición de la comunidad o impugnaciones jurídicas referidas a las operaciones de la empresa, lo que podría afectar la viabilidad del proyecto.

Por ende, es importante que, como parte de la evaluación social y ambiental, las empresas del sector privado comprendan las obligaciones que competen a los gobiernos nacionales en virtud del Convenio 169, la estructura jurídica nacional existente y el nivel de su aplicación en la práctica a las tierras en las que las empresas planean trabajar o están ya trabajando. Las empresas deberían corroborar que su título de propiedad sobre la tierra, o su derecho a explotarla, sea sólido, es decir, que no existan demandas legales pendientes o disputas irresueltas sobre la propiedad de la tierra o, al menos, estar en conocimiento de la existencia de dichas cuestiones y tener en cuenta esos riesgos.

A pesar de que puede ser un asunto muy delicado, es importante que la empresa privada se asegure de que el gobierno del país donde planea operar haya dado debido cumplimiento (o esté en proceso de hacerlo) a sus obligaciones en lo que respecta a identificar las tierras indígenas o tribales y reconocer los derechos de estos pueblos sobre las tierras. Sólo los organismos gubernamentales pueden conceder derechos de propiedad, pero las empresas privadas pueden intentar facilitar el reconocimiento legal del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la tierra, así como realizar esfuerzos para demarcar las zonas sobre las cuales estos grupos tienen derechos o respecto de las cuales reivindican sus derechos. Entre las acciones de este tipo se encuentran:

- dirigir la atención de los gobiernos hacia cuestiones que necesitan resolución,
- trabajar junto con el gobierno y las comunidades afectadas en procura de una solución a las disputas y reivindicaciones aún no resueltas,
- facilitar el reconocimiento de las reivindicaciones de los pueblos indígenas sobre la tierra si así lo solicitan (por ejemplo, apoyando los esfuerzos de las comunidades indígenas por obtener los derechos legales formales sobre la tierra mediante asistencia financiera, legal o técnica),
- alentar la realización de consultas impulsadas por el gobierno acerca de los derechos sobre la tierra o facilitar la participación del gobierno en las consultas sobre esta materia impulsadas por la empresa.

Si bien fomentar la aplicación efectiva del Convenio 169 será beneficioso para la propia empresa privada, es importante que las actividades destinadas a tal fin sean vistas como un apoyo para el cumplimiento del Convenio y una colaboración con el gobierno y los pueblos indígenas.

¿Qué establece el Convenio 169 acerca de la reubicación de los pueblos indígenas, y cómo puede afectar esto a la empresa privada?

Durante la ejecución de los proyectos a menudo se produce el desplazamiento de comunidades. Esto ha sido objeto de reclamos presentados ante la Comisión de Expertos de la OIT. En el Convenio 169, la reubicación de pueblos indígenas está considerada como una medida excepcional. Si resulta inevitable, el Convenio exige el “consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”.

Según el Convenio, si no puede obtenerse el consentimiento, la reubicación sólo deberá tener lugar en consonancia con los procedimientos apropiados establecidos por la ley nacional que contemplen la adecuada representación de los pueblos afectados. El Convenio también dispone que los pueblos afectados deben tener el derecho de regresar a las tierras de las que han sido trasladados. De no ser esto posible, deberán recibir tierras cuya calidad sea por lo menos igual a la de aquéllas que ocupaban anteriormente. En consecuencia, los mecanismos destinados a permitir el regreso a las tierras o el otorgamiento de tierras alternativas deberían formar parte del programa de debida diligencia y relación con la comunidad de la empresa privada.

En los casos en que el gobierno realice de modo impropio la reubicación de pueblos indígenas asociada con un proyecto del sector privado, la empresa privada enfrentará

el riesgo de recibir una impugnación jurídica referida al proyecto y de enfrentar la oposición de la comunidad. Por lo tanto, como sucede con otros aspectos de los derechos sobre las tierras, la empresa debe analizar si el gobierno ha cumplido cabalmente con sus responsabilidades. Para tratar de ser consecuente con el Convenio 169, las empresas deberían:

- verificar que no haya ningún diseño de proyecto alternativo que pudiera haber evitado la reubicación;
- si se obtuvo el consentimiento, determinar si fue otorgado libremente y con pleno conocimiento de causa;
- si no se obtuvo el consentimiento, corroborar que los procesos legales utilizados hayan permitido la representación efectiva de las comunidades involucradas.

Es posible que sea necesario examinar la documentación y mantener conversaciones con funcionarios gubernamentales y representantes comunitarios. Si existen dudas respecto de estas cuestiones, la empresa corre el riesgo de verse asociada con la falta de cumplimiento del Convenio, con el consiguiente perjuicio para su reputación.

¿Exige el Convenio que las empresas privadas otorguen compensaciones y brinden beneficios?

El Convenio 169 establece que, cuando sea posible, los pueblos indígenas deben participar de los beneficios de los proyectos. Si bien esto puede relacionarse con los beneficios financieros directos, en general se refiere a beneficios colaterales y de desarrollo, como oportunidades de empleo, atención de la salud o educación.

Es posible que también surja el tema de la indemnización en relación con los impactos sobre la utilización de la tierra y los recursos, y con otras cuestiones como la reubicación. El Convenio 169 prescribe la justa compensación por cualquier pérdida o daño.

La responsabilidad de garantizar la participación en los beneficios financieros o de desarrollo o la indemnización variará en función de la índole del proyecto, pero se trata principalmente de una responsabilidad del Estado. En los proyectos para industrias extractivas, por ejemplo, normalmente el Estado cumple esta obligación estableciendo requisitos financieros y de otro tipo para el patrocinador del proyecto. Estos requisitos pueden especificarse en la legislación nacional o en las licencias o permisos concedidos al patrocinador. El diseño de todas las medidas de compensación y los programas destinados a beneficiar a los pueblos indígenas debe tener en cuenta las preocupaciones expresadas por dichos pueblos durante el proceso de consulta.

Al igual que con las demás cuestiones, será beneficioso para la empresa privada verificar si las comunidades afectadas consideran que el Estado ha cumplido sus obligaciones cabalmente y con equidad. Como parte de la debida diligencia, la empresa debería cerciorarse de que el gobierno haya consultado directamente o haya participado en las consultas realizadas por la empresa y las haya supervisado, en consonancia con lo dispuesto en el Convenio, y que en dichas consultas se haya incluido a todas las comunidades afectadas. Resulta apropiado que las empresas privadas faciliten ese tipo de consultas tripartitas en tanto su participación en esa tarea sea aceptada por todas las partes y las consultas impliquen la difusión completa y culturalmente adecuada de la información sobre el proyecto. La empresa también deberá verificar que el proceso de compensación sea justo y transparente y que los programas diseñados para beneficiar a los pueblos indígenas sean consecuentes con las necesidades y preocupaciones expresadas durante el proceso de consulta.

¿Las empresas privadas tienen responsabilidades específicas respecto de la no discriminación?

El Convenio 169 hace hincapié en que los gobiernos deben prevenir la discriminación contra miembros de las comunidades indígenas en relación con el empleo y establece que los gobiernos deben tomar “medidas especiales” para garantizar la protección contra la discriminación. No incluye cláusulas dirigidas a empresas del sector privado; sin embargo, como sucede con las otras cuestiones, los clientes de la IFC correrán riesgos empresariales y pondrán en peligro su reputación si sus prácticas laborales discriminan a miembros de pueblos indígenas, independientemente de si dicha discriminación está penada por la ley y las autoridades gubernamentales exigen su cumplimiento. Como parte de la evaluación ambiental y social, las empresas privadas deberían corroborar que la legislación esté en consonancia con los requisitos del Convenio y que se hayan adoptado medidas especiales para garantizar la protección eficaz de los pueblos indígenas y tribales en lo que respecta a la contratación y las condiciones de empleo. Si tal fuera el caso, las empresas deberían acatar las leyes al pie de la letra. Si la legislación nacional no se compadece con las exigencias del Convenio, la empresa privada debería llamar la atención del gobierno sobre las deficiencias que haya observado y adoptar sus propias políticas antidiscriminatorias.

La IFC también tiene sus propios requisitos acerca de la no discriminación, explicitados en la Norma de Desempeño 2 sobre trabajo y condiciones laborales. Los clientes de la Corporación deben asegurarse de cumplir las disposiciones de dicha norma.

¿Alguno de los requisitos del Convenio 169 está también incluido en la Norma de Desempeño 7 (ND7)? Si las empresas cumplen con la ND7, ¿pueden ignorar el Convenio 169?

Hay una diferencia fundamental entre el Convenio 169 y la Norma de Desempeño 7 de la IFC, puesto que el primero se refiere a los gobiernos, mientras que la segunda incluye obligaciones que impone una entidad crediticia directamente sobre sus clientes. Con todo, ambos tienen bastantes elementos en común en lo que respecta a los temas tratados y los enfoques exigidos. De hecho, muchos de los principios del Convenio 169 han sido incorporados a la ND7 y le sirven de base. Entre ellos figuran los siguientes:

- cobertura del término “pueblos indígenas y tribales”,
- importancia de la consulta,
- reconocimiento de los derechos de propiedad y posesión de tierras tradicionales,
- ausencia de la facultad de vetar proyectos.

En algunos casos, la Norma de Desempeño 7 establece requisitos paralelos para los clientes del sector privado. Por ejemplo, el Artículo 6 del Convenio exige que los gobiernos consulten con los pueblos indígenas y tribales, y la cláusula 9 de la ND7 también dispone la realización de “consultas previas, libres e informadas”.

No obstante, si bien hay claros elementos en común entre ambos instrumentos, es importante comprender que el cumplimiento por parte del cliente de la ND7 no reemplaza la aplicación del Convenio 169 que debe realizar el Estado. Como se detalló con anterioridad, si un Estado que ha ratificado el Convenio 169 no lo lleva a la práctica efectiva, pueden presentarse riesgos para el cliente de la IFC, sin importar cuán cabalmente cumpla con la ND7.

En los Estados que no han ratificado aún el Convenio 169 y, por ende, no tienen la obligación de poner en práctica sus disposiciones, es posible que existan procesos y leyes en la materia. En estos casos, los clientes deben realizar las mismas actividades de debida diligencia ya indicadas en relación con la eficacia de la acción del gobierno y deben, desde luego, cumplir la ND7 si desean obtener financiamiento de la IFC.

¿Cómo se benefician las empresas privadas con la aplicación del Convenio 169 de la OIT?

La aplicación del Convenio no sólo protege los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sino que también beneficia a las empresas privadas que llevan a la práctica proyectos que afectan a dichos grupos. Por ejemplo:

- Las consultas culturalmente apropiadas con los pueblos indígenas y tribales son cruciales para establecer relaciones constructivas con ellos y abordar sus preocupaciones con eficacia.
- Los procesos de toma de decisiones en los que se tiene en cuenta las opiniones de las comunidades indígenas afectadas mejoran el diseño de los proyectos y facilitan su puesta en práctica a lo largo del tiempo.
- La definición clara y la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y los recursos naturales facilitan la planificación y ejecución de proyectos del sector privado y reducen el riesgo de conflictos sobre tierras y recursos.
- La participación de los pueblos indígenas y tribales en los beneficios generados por los proyectos del sector privado da lugar al apoyo de estos pueblos al proyecto, mejora la reputación de las empresas que los llevan a la práctica y reduce los riesgos operacionales.
- Las empresas que ejecutan proyectos respetando los principios de la Convención mejorarán su imagen pública, lo que tendrá un efecto positivo sobre su empresa.

El caso del proyecto Marlin en Guatemala

El caso de la mina Marlin en Guatemala, explotada por Glamis Gold Ltd. con apoyo de la IFC, ilustra el modo en que un proyecto del sector privado puede verse en peligro debido a las denuncias contra el gobierno por falta de cumplimiento del Convenio 169.

La mina de oro Marlin está emplazada en dos municipalidades. Cerca del 87% de la propiedad, incluidos el cuerpo mineral y las instalaciones de procesamiento, se ubica en la Municipalidad de San Miguel, cuya población es en más de un 95% indígena (pueblo mam). El 13% restante de la propiedad, que comprende las instalaciones administrativas de la mina, está ubicado en Sipacapa, cuya población es indígena en más de un 77% (pueblo sipacapense).

Glamis Gold adquirió la mina Marlin en 2002, cuando se encontraba en las etapas iniciales de desarrollo. El propietario anterior ya había obtenido la licencia de exploración y había comprado parte de las tierras necesarias para el proyecto. El proceso de consulta inicial realizado por Glamis se centró en las comunidades a las que el proyecto afectaría en forma directa. La empresa formó el Grupo de Relaciones con la Comunidad del Proyecto Marlin, compuesto por residentes indígenas locales tanto de San Miguel como de Sipacapa, a fin de comprender el contexto cultural para las consultas y facilitar las comunicaciones de la empresa de un modo cultural y lingüísticamente adecuado.

El Grupo de Relaciones con la Comunidad llevó a cabo un amplio programa de participación comunitaria con el apoyo de un especialista en consultas públicas. El Grupo realizó cientos de consultas con participantes de aldeas ubicadas en las municipalidades de San Miguel y Sipacapa y organizó gran cantidad de visitas al emplazamiento de la mina para funcionarios locales, maestros, familias y otros grupos e individuos. La empresa también elaboró y distribuyó folletos ilustrados en los que se describía la mina y sus procesos, y organizó visitas de varios funcionarios locales y líderes comunitarios a una mina en funcionamiento en Honduras.

Cuando la empresa solicitó la licencia de explotación, mantenía buenas relaciones con las aldeas adyacentes al emplazamiento de la mina y directamente afectadas por el proyecto. Las autoridades municipales de San Miguel y Sipacapa hicieron declaraciones escritas de apoyo al proyecto.

El gobierno concedió la licencia de explotación en 2003 de conformidad con las leyes y reglamentaciones aplicables, incluso las referidas a la difusión pública de información sobre el proyecto. El Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales examinó la evaluación del impacto ambiental del proyecto Marlin, incluida la documentación sobre las consultas realizadas por la empresa, y la aprobó al término del período previsto para la presentación de comentarios del público.

Surgen problemas en relación con el Convenio 169 de la OIT

Todo parecía indicar que el proyecto se desarrollaría sin controversias, especialmente si se tenía en cuenta que gozaba del apoyo de las comunidades directamente afectadas. Sin embargo, poco después de que se otorgó la licencia de explotación para el proyecto, dos asociados locales de una organización no gubernamental (ONG) internacional que se opone a la explotación del oro montaron una campaña contra el proyecto Marlin. Las ONG sostenían que la concesión de la mina y las licencias de exploración y explotación no eran válidas porque el gobierno las había

otorgado sin consultar a los pueblos indígenas afectados por el proyecto, como establece el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Guatemala en 1996. Las ONG exigieron al gobierno que detuviera el proyecto Marlin, solicitaron a la IFC que retirara su apoyo financiero y presentaron una demanda ante la OIT a través de un sindicato.

Las ONG no cuestionaban el hecho de que la empresa hubiera realizado consultas, pero sostenían que el gobierno no había cumplido con su obligación de consultar. Interpretaron el Convenio en su sentido más literal y consideraron que tanto las consultas realizadas por la empresa como el análisis de dichas consultas llevado a cabo por el gobierno como parte del proceso de aprobación de la evaluación del impacto ambiental eran irrelevantes para determinar la observancia del Convenio 169 de la OIT. Las ONG argumentaron que las consultas realizadas exclusivamente por la empresa, sin presencia del gobierno, no garantizaban la transmisión de información objetiva acerca de los impactos perjudiciales de los proyectos sobre las comunidades locales.

Las acusaciones de las ONG, combinadas con las preocupaciones acerca de los posibles efectos ambientales negativos de la mina, contribuyeron a crear un fuerte movimiento en contra del proyecto Marlin y de la minería en general, el cual contó con el apoyo de influyentes miembros de la Iglesia Católica y de varias organizaciones interesadas en los pueblos indígenas y los derechos humanos. El movimiento no logró detener la construcción del proyecto, pero generó graves problemas para Glamis y el gobierno tanto a nivel local como nacional. Además, la oposición a la minería limitó la capacidad de la empresa de realizar actividades de exploración en Sipacapa.

Enseñanzas extraídas

El proyecto Marlin brinda importantes enseñanzas para las empresas del sector privado que planean ejecutar proyectos que afectan a los pueblos indígenas en países que han ratificado el Convenio 169:

- Las empresas deben documentar cuidadosamente las consultas con los pueblos indígenas, incluida la participación del gobierno en ellas, durante todas las fases de la exploración y explotación del recurso natural del que se trate.
- Las empresas que planean adquirir proyectos que afectan a pueblos indígenas deben examinar, como parte de su proceso de debida diligencia, si las consultas previas se realizaron correctamente, en particular las que realizó el gobierno antes de conceder las concesiones y las licencias.
- Además de llevar un registro de los temas de las reuniones de consulta y de las personas que asisten a ellas, como hizo Glamis, las empresas también deberían documentar la información que se brinda durante las reuniones, las preocupaciones que se expresan, las respuestas que se dan y los compromisos que asumen la empresa y el gobierno. Las empresas que cuenten con este tipo de información estarán en buena posición para defenderse de las acusaciones que afirmen que no se brindó a las comunidades indígenas información completa y objetiva cerca de los impactos adversos del proyecto.
- En países como Guatemala, en los que el gobierno no ha dictado normas específicas sobre las consultas con los pueblos indígenas para garantizar el cumplimiento del Convenio 169, las empresas privadas deben desempeñar un papel proactivo en el diseño y la puesta en práctica de un proceso de consulta que cuente con la participación y la aprobación del gobierno. Las empresas deben invitar a los organismos gubernamentales pertinentes y a otros interesados a participar en las reuniones de consulta más importantes junto con las comunidades locales. La presencia de representantes del gobierno brinda credibilidad al proceso y facilita la difusión de información acerca de determinados temas, como el proceso de otorgamiento de licencias y las obligaciones legales de las empresas privadas.

Agradecimientos

La presente nota fue elaborada por un equipo compuesto por José Zevallos y Debra Sequeira, personal de la IFC, y Steve Gibbons y Stuart Bell, de Ergon Associates. El equipo expresa su agradecimiento especial a Lee Swebston y su equipo de la Secretaría de la OIT en Ginebra, quienes brindaron contribuciones valiosas en varias etapas del proceso de redacción. También desea agradecer a los siguientes miembros del personal de la IFC por revisar y comentar este documento: Rachel Kyte, Richard Caines, Motoko Aizawa, Jorge Villegas y Michael Swetye, así como a George Blankenship (Blankenship Consulting) y Eduardo Rubio (Gerente General de Quellaveco). El diseño y la diagramación fueron realizados por Vanessa Manuel y la distribución estuvo a cargo de Barbara Zhang.