

El Riesgo Financiero y el Consentimiento Indígena*

Shin Imai**
Sally Kang***

Resumen:

En el presente artículo se describe cómo la Corporación Financiera Internacional (CFI), perteneciente al Banco Mundial, así como las 77 instituciones financieras que se adhieren a los Principios del Ecuador, han llegado a la conclusión de que los conflictos con las comunidades indígenas deben ser resueltos mediante la aplicación de la norma del *consentimiento* libre, previo e informado. Y aunque el requisito de la búsqueda de consentimiento parecería hacer más difícil el desarrollo de los proyectos extractivos, las teorías sobre la solución de diferendos que han sido elaboradas por el Proyecto de Negociación de Harvard sugieren que cuando se procura el consentimiento, hay mayor probabilidad de que se reduzcan los conflictos.

Palabras clave:

Pueblos Indígenas – Principios del Ecuador – Consentimiento previo – Consulta previa – Industria financiera – Corporación financiera internacional

Abstract:

In this article, the authors describe how the International Financial Corporation of the World Bank, and the 77 global financial institutions that have signed on to the Equator Principles, have come to the conclusion that social conflict with indigenous communities needs to be resolved through the application of free, prior, informed and *consent*. While the requirement to obtain *consent* of an indigenous people would appear to make it more difficult for extractive industry projects to proceed, theories of dispute resolution developed by the Harvard Negotiation Project suggest that where *consent* is obtained, it is more likely that conflicts will be reduced.

Keywords:

Indigenous peoples – Equator Principles – Prior consent – Preview consultation process – Financial industry – International finance corporation

Sumario:

1. Introducción – 2. Licencia Social: consulta y consentimiento – 3. La industria financiera y el consentimiento indígena – 4. ¿Por qué tiene sentido que las instituciones financieras pidan el consentimiento de los pueblos indígenas? – 5. Conclusión

* «Financial risk and indigenous consent». La versión final de este artículo tiene fecha 20 de junio de 2014. (Traducción del inglés y edición del texto en español: Lic. Francisco A. Gómez). Los autores agradecen la ayuda en el trabajo de investigación a la estudiante Margaux Malkina. El presente artículo es una iniciativa del Proyecto Justicia y Responsabilidad Corporativa.

** Profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall, Universidad de York, Toronto, Canadá.

*** Estudiante de la Facultad de Derecho Osgoode Hall, Universidad de York, Toronto, Canadá.

1. Introducción

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones del Perú (SBS) anunció en diciembre de 2013 que incorporaría la evaluación del factor socio-ambiental a la gestión crediticia de los bancos, con el fin de reducir las eventuales pérdidas por posibles conflictos sociales¹. Paul Collazos, economista principal del Departamento de Investigación Económica de la SBS, precisó en enero de 2014, en una entrevista con *La República*, lo siguiente:

«Así como hay una evaluación de la factibilidad de los proyectos, también tiene que haber una evaluación respecto a cómo se llevan con las comunidades, porque si no podrán ocurrir escenarios de conflictividad social que traen como consecuencia la suspensión o interrupción de dichos proyectos, y ello pone en riesgo del crecimiento económico»².

Según Collazos, las compañías peruanas estuvieron envueltas en 90 conflictos en el 2013, y 57 de ellas habían recibido préstamos y créditos de instituciones que estaban bajo la supervisión de la SBS. Esta última estimaba que, «por lo que tiene un efecto multiplicador grande, estimamos que puede agregar 1% a 2% al crecimiento del país en el largo plazo»³.

Estas conclusiones se confirman en un informe publicado en mayo del 2014 por la Iniciativa en Responsabilidad Social Corporativa de la Universidad de Harvard. Sus autores estudiaron 50 casos en que hubo conflicto con las comunidades, y realizaron 45 entrevistas confidenciales⁴. Este estudio resulta particularmente significativo para el Perú, ya que se centra en cinco explotaciones mineras en actividad en ese país: Antamina, La Granja, Pierina, Tintaya, y las cinco minas de oro de Yanacocha. El estudio evidenció que en el Perú, donde hay altos niveles de conflictividad, los bancos confrontan tasas más elevadas de suspensión de pagos. El riesgo financiero está siendo tenido en cuenta por las aseguradoras y las entidades crediticias⁵. El estudio cita el caso de una mina en América Latina donde un atraso

de nueve meses implicó para ella una pérdida por \$750 millones de dólares⁶.

En el presente artículo pretendemos sugerir qué directrices podría establecer la SBS para las instituciones financieras, particularmente con respecto a los pueblos indígenas peruanos. Comenzamos por un análisis sobre el tema del requisito de la consulta previa y el consentimiento para la realización de proyectos que impactarán a los pueblos indígenas. Este análisis se centrará en el cambio del requisito de la *consulta previa*, que se encuentra en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁷, por el requisito del *consentimiento previo* que aparece en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁸. Procederemos entonces a examinar cómo las más importantes instituciones financieras internacionales, a través del Banco Mundial, y en su condición de miembros de los Principios del Ecuador, han decidido que se requiere el consentimiento indígena previo para que las compañías puedan solicitar el financiamiento de proyectos. La sección final del presente documento analiza cuál sería un proceso apropiado de consulta y consentimiento, poniendo como ejemplo un caso en Canadá.

2. Licencia social: consulta y consentimiento

Los pueblos indígenas a través del mundo han sufrido la pérdida de tierra y cultura. James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, comentó lo siguiente en su informe de 2014 sobre Perú:

«Como resultado de las actividades extractivas en Perú a lo largo de varios años, diversos pueblos indígenas en el país han sufrido impactos sociales y ambientales devastadores, y sin percibir muchos beneficios de estas actividades. A raíz de esta situación, ha existido un alto nivel de descontento y de desconfianza entre los pueblos indígenas hacia el Estado y el sector industrial extractivo, lo que ha resultado en numerosos actos de protesta y enfrentamientos»⁹.

1 «Minimizarán el riesgo financiero», *El Peruano*, 28 diciembre de 2013, <http://www.elperuano.pe/edicion/noticia-minimizaran-riesgo-financiero-13821.aspx#.U44qKCgVfEh>.

2 Magda Quispe Chumpitaz, «En un año se regulará riesgo crediticio socio-ambiental», *La República*, enero de 2014, <http://www.larepublica.pe/27-01-2014/en-un-año-se-regulara-riesgo-crediticio-socio-ambiental>.

3 *Ibid.*

4 Rachel Davis y Daniel M. Franks, *Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector*, Cambridge, Massachusetts, Corporate Social Responsibility Initiative Report No. 66 (Harvard Kennedy School, 2014), p. 6, <https://www.csr.uq.edu.au/publications/costs-of-company-community-conflict-in-the-extractive-sector>.

5 *Ibid.*, p.10.

6 *Ibid.*, p. 6.

7 Organización Internacional del Trabajo, *Pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 1989, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169.

8 Naciones Unidas, *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2007, http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf.

9 ANAYA, James. *La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas*. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas (7 de mayo de 2014), p.21 <http://unsr.jamesanaya.org/list/special-reports>.

El reconocimiento de que los pueblos indígenas en todo el mundo enfrentaban una crisis humanitaria, llevó a la Organización Internacional del Trabajo a aprobar, en 1989, el Convenio 169. Este documento reconoció formalmente que los pueblos indígenas tenían intereses y derechos distintivos dentro de los estados donde vivían, incluyendo el derecho a una dimensión territorial. Es decir, que los indígenas no solo poseían derechos como ciudadanos, sino también el derecho a la integridad de sus territorios. En consecuencia, cuando se propusieran actividades extractivas en sus asentamientos tradicionales, los indígenas tenían derecho a ser consultados sobre esas propuestas:

«Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar 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»¹⁰.

En 1989, cuando se aprobó el Convenio 169, el requisito de la consulta resultaba bueno para las comunidades indígenas, porque consideraba a los pueblos indígenas como *comunidades*, no como individuos que debían ser asimilados a la sociedad dominante. En aquel momento el requisito de la consulta significaba que, idealmente, las comunidades indígenas debían ser informadas sobre los proyectos, que podían expresar sus criterios y esperar *quizá* que un proyecto fuera modificado de alguna forma para que tuviese en cuenta sus inquietudes. Sin embargo, los pueblos indígenas mantuvieron serias reservas sobre la utilidad del requisito de la consulta. A los gobiernos o a los proponentes del proyecto solo se les exigía que dieran ciertos pasos para informar e interactuar con la comunidad, y una vez que estos pasos procedimentales se hubieran dado, la decisión final quedaba en manos de las autoridades gubernativas. Se hiciesen o no objeciones a determinados aspectos del proyecto, el gobierno podía autorizar la explotación de la tierra, de manera que el hecho de que la decisión fuese privativa del Estado conducía al segundo problema, el de la calidad del proceso de consulta.

Mientras que el gobierno mantuviera el poder de tomar la decisión final, había pocas probabilidades de que el propio gobierno o los proponentes

del proyecto tomaran en serio la consulta o desarrollaran un procedimiento uniforme para realizarla. En la práctica, el requisito de la consulta se cumplía de diferentes maneras; en algunos casos solo se daba a conocer a las comunidades una información muy general, mientras que en otros se producía un diálogo amplio. En ambas situaciones; sin embargo, el poder decisorio último no se compartía con los pueblos indígenas: seguía siendo exclusivo del gobierno.

Los pueblos indígenas querían ejercer mayor influencia en el tema de la explotación de los recursos en sus territorios, y exigían una norma superior: el *consentimiento libre, previo e informado*. Con el consentimiento como requisito, tanto el gobierno como el proponente de un proyecto tendrían que comprometerse más profundamente con las comunidades indígenas para atender las inquietudes de estas, porque las comunidades tendrían derecho a decir «no».

El creciente movimiento internacional en favor de los derechos aborígenes condujo a la aprobación en el 2007 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹¹. Este documento reconocía el derecho de los pueblos originarios a la libre determinación, a la preservación de sus culturas y al manejo de sus tierras. La disposición que resulta más relevante para el presente estudio se encuentra en el artículo 32, que establece lo que sigue:

«Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (...) 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»¹².

Aunque las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no son instrumentos vinculantes bajo el derecho internacional¹³, ciertamente la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas resulta en todo caso muy persuasiva¹⁴, por el apoyo que recibió tuvo 144

10 Organización Internacional del Trabajo, *Pueblos indígenas y tribales en países independientes*, artículo 15.2

11 Naciones Unidas, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, UN Doc. A/61/L.67 <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPSes.pdf>

12 *Ibid*, artículo 32.

13 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, «Preguntas frecuentes: La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas» (Naciones Unidas, s/f), http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf.

14 LEHR, Amy K. «The Revised Equator Principles Call on Companies to Seek Free, Prior, and Informed Consent. Next up: Governments?», *Corporate Social Responsibility and the Law*, September 7, 2012, <http://www.csrandthelaw.com/2012/09/the-revised-equator-principles-call-on-companies-to-seek-free-prior-and-informed-consent-next-up-governments>.

votos a favor (incluyendo el de Perú), 4 en contra y 11 abstenciones¹⁵.

Sin embargo, en general los gobiernos no se han sentido muy cómodos con el requisito del consentimiento. Por ejemplo, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia votaron contra la declaración, en parte porque no estaban de acuerdo con el concepto de consentir.

Un ejemplo reciente de este fenómeno, en Perú, se encuentra en el Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (Decreto Supremo N° 001-2012-MC):

«El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena sea informado, escuchado, y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural»¹⁶.

Pero aunque el reglamento contempla un proceso de buena fe que incluye una serie de actividades muy encomiables para asegurar la participación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto, como el diálogo intercultural, los talleres y las audiencias, y tratar así de arribar a un acuerdo, tras este encomiable proceso no hay infortunadamente un reconocimiento explícito de que el proyecto pudiera no seguir adelante, o de que resulte necesaria la conformidad de los pueblos indígenas. En verdad, el reglamento en su conjunto parece sugerir que el proyecto sí procederá, cueste lo que cueste¹⁷.

3. La industria financiera y el consentimiento indígena

La *Memoria SBS 2013* explicaba que la institución buscaría regular los «riesgos socio-ambientales» porque la comunidad internacional se movía en esa dirección¹⁸. La SBS mencionaba en este sentido, por ejemplo, un número de documentos de organizaciones multilaterales como la CFI

(Corporación Financiera Internacional)¹⁹ y de los bancos que siguen los Principios del Ecuador²⁰. Examinaremos estas dos organizaciones, y cómo reconocen la necesidad del consentimiento previo, libre e informado.

3.1 Corporación Financiera Internacional

La CFI es una institución financiera internacional creada en 1956 y perteneciente al Banco Mundial, que brinda servicios de inversión, asesoramiento, y gestión de riesgos, con el fin de estimular el desarrollo del sector privado en los países en desarrollo. Su sede se encuentra en Washington, D.C., y cuenta con 184 países miembros en todo el mundo, quienes determinan las políticas a seguir por la institución. Sus actuales operaciones en más de cien países en desarrollo facilitan y promueven la creación de trabajos, la generación de ingresos tributarios, el perfeccionamiento de la gobernanza corporativa y del manejo medioambiental, y la contribución por parte de las compañías y de las instituciones financieras («clientes» de la CFI) a las comunidades afectadas en los mercados emergentes²¹.

En un esfuerzo por cumplir con sus objetivos y prioridades, la CFI ha desarrollado ocho Normas de Desempeño en Sostenibilidad Ambiental y Social, un componente de su más amplio Programa de Sostenibilidad²². Este programa expresa el compromiso de la CFI con el desarrollo sostenible, y es un aspecto esencial de su enfoque del manejo de riesgos. Más concretamente, el programa ayuda a los clientes y socios de la CFI a conducir sus negocios de manera sostenible mediante la promoción de aludables prácticas medioambientales y sociales, estimulando la transparencia y la responsabilidad, y contribuyendo a la obtención de resultados de desarrollo positivo²³.

Las Normas de Desempeño brindan orientaciones sobre cómo identificar y manejar los riesgos e impactos, y ayudan a evitarlos y/o mitigarlos. La versión del 2006 abogaba por la «consulta libre,

15 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, «DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS,» s/f, <http://undesadspd.org/indigenouses/Portada/Declaraci%C3%B3n.aspx>.

16 Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Artículo 50.

17 Anaya, James. La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas, A/HRC/27/52/Add.3 (7 de mayo 2014), párr.50, <http://unsr.jamesanaya.org/list/special-reports>

18 *Memoria SBS 2013* (Superintendencia de Banca y Seguros, s/f), http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/pub_memorias/20140529-MemoriaSBS2013-RevAC.pdf.

19 CFI, «Acerca de la CFI,» s/f, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Multilingual_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Home_ES.

20 «Equator Principles,» <http://www.equator-principles.com/>.

21 Corporación Financiera Internacional, «Acerca de la CFI,» , [http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Multilingual_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Home_ES](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Multilingual_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Home_EShttp://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Multilingual_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Home_ES)

22 CFI, «Normas de Desempeño en Sostenibilidad Ambiental y Social,» de enero 2012, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/55d37e804a5b586a908b9f8969adcc27/PS_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES.

23 Corporación Financiera Internacional, *IFC's Sustainability Framework*, online: IFC <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/IFC+Sustainability/Sustainability+Framework/>.

previa e informada», mientras, la del 2012 reclama que se obtenga el *consentimiento* libre, previo e informado (CLPI) de los pueblos indígenas. El CLPI se incorporó como reconocimiento de la particular vulnerabilidad de los indígenas «si sus tierras y sus recursos son modificados, ocupados o deteriorados significativamente»²⁴, y refleja el lenguaje que se emplea en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Norma de Desempeño 7 exige a los clientes de la CFI que identifiquen los impactos adversos en las comunidades indígenas afectadas, y que desarrollen planes de acción para enfrentar estos impactos con la consulta informada y la participación de las propias comunidades. Además, las compañías deben obtener el CLPI de las comunidades en los casos que: 1) el proyecto pueda impactar las tierras y los recursos naturales que estén sujetos a la propiedad tradicional, o que estén siendo usados según la costumbre; 2) el proyecto pueda requerir la relocalización de las comunidades; 3) el proyecto pueda impactar significativamente aspectos vitales de la herencia cultural de los pueblos indígenas²⁵.

Según la CFI, la compañía cliente debe obtener el consentimiento libre, previo e informado mediante negociación de buena fe con la comunidad indígena afectada, con acuerdos documentados respecto a: 1) el proceso mutuamente aceptado entre las partes para obtener el consentimiento; 2) la evidencia del acuerdo entre las partes sobre el resultado de las negociaciones²⁶. Las Normas de Desempeño estipulan también que las compañías deben buscar la participación de los órganos representativos y de los miembros de las comunidades afectadas, incluyendo a los grupos vulnerables como las mujeres y los jóvenes, y brindar tiempo suficiente para la toma de decisiones²⁷.

3.2 Los Principios del Ecuador

Los Principios del Ecuador constituyen un marco para el manejo de riesgos, a fin de determinar, evaluar y manejar el riesgo medioambiental y social de los proyectos. Los diez principios contenidos en su documento rector están a disposición de las instituciones financieras para su adopción voluntaria. Su función primaria es «establecer un estándar mínimo de debida diligencia que

apoye una responsable toma de decisiones respecto a los riesgos»²⁸, y se concibieron para auxiliar a las instituciones que son miembros (Instituciones Financieras de los Principios del Ecuador, o IFPE) en su adopción de decisiones en relación con el otorgamiento de préstamos a las compañías o al financiamiento de proyectos. Las IFPE se comprometen a implementar y respetar los Principios del Ecuador en el desarrollo de sus políticas medioambientales y sociales internas, en sus criterios y procedimientos de financiación, y no brindarán financiamiento o préstamos a un proyecto si el cliente no está dispuesto a cumplir, o no puede cumplir con los Principios del Ecuador. Los principios se aplican globalmente a todos los sectores industriales y a cuatro productos financieros: 1) Servicios de asesoría en el financiamiento de proyectos; 2) Financiamiento de proyectos; 3) Préstamos corporativos relacionados con los proyectos; 4) Préstamos puente²⁹.

Los Principios del Ecuador han ejercido una gran influencia; han establecido normas de responsabilidad social y comunitaria con respecto a los pueblos indígenas, al trabajo/empleo y a la consulta a las comunidades afectadas, estando a la vanguardia en el mercado del financiamiento de proyectos. Al hacer esto, han ayudado a obtener apoyo para la convergencia y el consenso en torno a normas comunes en lo social y lo medioambiental. Por ejemplo, los bancos de desarrollo multilateral y las agencias de crédito a la exportación aplican cada vez más las mismas normas de los Principios del Ecuador. Además, estos principios han estimulado el desarrollo de otras prácticas corporativas social y medioambientalmente responsables en el sector financiero y bancario, y han brindado una plataforma para el compromiso dentro de un amplio espectro de partes interesadas, tales como las organizaciones no gubernamentales (ONGs), los clientes y los grupos industriales³⁰.

Existen actualmente 78 IFPE de 34 países que se han adherido a los Principios del Ecuador. Sus miembros incluyen a las más importantes instituciones financieras mundiales, como Banco Santander, Bank of America, JP Morgan Bank, Barclays, Royal Bank of Canada, BNP Paribas, y en Perú el Banco de Crédito. Esto representa más del 70 por ciento de la deuda internacional

24 CFI, *Nota de Desempeño 7: Pueblos Indígenas*, 2012, p.1, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/f6a7cd8049a79b58b993fba8c6a8312a/PS7_Spanish_2012.pdf?MOD=AJPERES.

25 *Ibid.*, párr. 14-16.

26 *Ibid.*, párr. 12.

27 CFI, *Notas de orientación de la Corporación Financiera Internacional: Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social*, 2012, párr. 18, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/98e901004dd837f0a8b4a87a9dd66321/GN_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES.

28 Equator Principles, *About the Equator Principles*, online: Equator Principles <<http://www.equator-principles.com/index.php/ep3/ep3/38-about/about/195>>.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

de financiación de proyectos en los mercados emergentes³¹.

Siguiendo la pauta de la modificación por la CFI, en 2012, de sus Normas de Desempeño, la última versión de los Principios del Ecuador (Principios del Ecuador III) presenta también modificaciones que incorporan y requieren la búsqueda del CLPI de los pueblos indígenas para la ejecución de proyectos de desarrollo. Más específicamente, el requisito inicial de «consulta libre, previa e informada» que aparece en la versión anterior (Principios del Ecuador II) se ha cambiado por «consentimiento libre, previo e informado», a fin de alinearse con las Normas de Desempeño y reflejarlas debidamente (al igual que con respecto a los conceptos relacionados que se expresan en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). La última versión de los Principios del Ecuador está en efecto desde el 4 de junio de 2013³².

La antedicha revisión puede verse en «Principio 5: Comprometimiento de las partes interesadas». Abogando por la incorporación del CLPI en las tratativas entre las compañías y las comunidades indígenas afectadas, este principio establece que «consistente con las circunstancias especiales descritas en la Norma 7 de Desempeño de la CFI (...) los proyectos con impactos adversos sobre los pueblos indígenas requerirán de su consentimiento libre, previo e informado»³³.

4. ¿Por qué tiene sentido que las instituciones financieras pidan el consentimiento de los pueblos indígenas?

Los Principios del Ecuador son claros en cuanto a que la principal preocupación de las instituciones financieras es el riesgo que corren sus inversiones. Obviamente, el conflicto social pone en peligro la capacidad de una compañía para cancelar el préstamo que ha recibido. En este contexto, resulta interesante que las instituciones financieras hayan apelado a la norma del *consentimiento*, cuando la *consulta* es un estándar de escasa entidad que facilita llevar adelante los proyectos una vez que simplemente hayan recibido la aprobación gubernamental. Obtener el *consentimiento* de la comunidad representa otra barrera a vencer por un proyecto, y parecería que es más dificultoso para su progreso. Entonces, si las instituciones financieras hacen dinero de los proyectos que avanzan, ¿por

qué han escogido adoptar un estándar que al parecer hace más difícil ese avance?

En parte, encontramos la respuesta en el informe de la Universidad de Harvard sobre los conflictos entre las compañías y las comunidades, mencionado más arriba. Este informe sugiere que el método convencional, consistente en distribuir dinero y construir algunas escuelas y clínicas médicas, no tenía un enfoque del que pudiera esperarse buenos resultados. Un ejecutivo minero comentaba:

«Muchas compañías ven aún la inversión social como la primera estrategia de mitigación de riesgo... [Por eso] si usted le pregunta a [la compañía A] cuánto ha gastado en [el país X] cada año, que es probablemente unos \$60 o \$70 millones de dólares por año, hará eso por la sola otra razón de mitigar los conflictos, de mitigar el riesgo social. El problema es que eso no funciona. Se sabe que ningún empleado de [la compañía A] se atreve a traspasar el portón llevando el emblema [corporativo] en la camisa. No lo hace (...) porque siempre crea más conflicto, en vez de reducirlo (...) Es una presunción ampliamente sostenida que mientras que usted construya escuelas y clínicas, la gente estará feliz y no lo atacará. Sin embargo, es aplastante la evidencia de que ese no es el caso»³⁴.

El problema ha sido que los gobiernos y los proponentes de los proyectos no han entendido las profundas inquietudes de las comunidades, ni han sabido evaluar los cambios impactantes que provoca la explotación de recursos. En el pasado, los proyectos extractivos se veían primero como un desafío ingenieril, y después como una fuente de ganancias para la compañía y para el gobierno huésped. Las comunidades han sido consideradas como barreras fácilmente removibles, como si fuera cortar árboles o mover rocas. Pero las comunidades no se ven a sí mismas como árboles o rocas. Se ven, al igual que todas las comunidades, como una red de relaciones humanas basadas en la adherencia a una cultura común, con una misma lengua y con aspiraciones al buen vivir. Lo que observamos que se manifiesta en el conflicto social y medioambiental es la expresión de las inquietudes desde la perspectiva de las comunidades. Quizá el grado de resistencia pueda entenderse mejor si el caso fuese una propuesta para un proyecto minero en una ciudad –en Lima, Toronto, Londres o Nueva York. ¿Qué

31 *Ibid.*

32 Equator Principles, The Equator Principles III - 2013, online: Equator Principles <<http://www.equator-principles.com/index.php/ep3>>.

33 Equator Principles, The Equator Principles June 2013 at 7-8, online: Equator Principles <http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_III.pdf>.

34 Rachel Davis y Daniel M. Franks, *Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector*, Cambridge, Massachusetts, Corporate Social Responsibility Initiative Report No. 66 (Harvard Kennedy School, 2014), p. 24, <https://www.csr.uq.edu.au/publications/costs-of-company-community-conflict-in-the-extractive-sector>.

querrían saber los ciudadanos de estas grandes ciudades, qué participación esperarían tener, qué beneficios quisieran prever antes de que las excavadoras comiencen a crear una mina a cielo abierto? Dudamos mucho que se tranquilizarían con una escuela y una clínica que ostentasen el logo de la compañía minera.

El problema con la norma de la *consulta* es que la comunidad se siente impotente, porque en verdad *está* impotente. Resulta difícil confiar en un proceso de discusión cuando se sabe que, pase lo que pase, la decisión final no está en manos de la comunidad. Todo el poder lo tienen las compañías y los gobiernos.

Esto nos lleva a la manera de pensar de los autores del Proyecto de Negociación de Harvard, que escribieron ese fundamental libro sobre la solución de disputas: *Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving In*³⁵.

Publicado por primera vez en 1981, este libro avanzó un nuevo paradigma para resolver disputas, basado en la búsqueda de la ventaja mutua y en las soluciones «ganar-ganar». A estas soluciones se llega mejor cuando las partes en conflicto están en pie de igualdad. Para ellas, el desbalance de poder es contraproducente. En palabras de Lawrence Susskind y Jeffrey Cruikshank, «las posibles partes en un esfuerzo por lograr consenso, no pueden participar en una relación en la que una de ellas tiene todo el poder»³⁶. Este desbalance puede desestimular a la parte más débil a iniciar una negociación, porque puede creer que posee opciones extralegales más efectivas, o pensar que hallará mayor protección en un proceso judicial. Si no se logra un verdadero consenso, si la parte más poderosa impone una solución, e incluso aunque esta solución proporcione algún grado de acomodo a la parte más débil, esta parte no se sentirá realmente comprometida con el resultado. Es decir, ello significa que la solución no será duradera, y que no facilitará la cooperación de la parte débil. En situaciones de conflicto con respecto a una mina, tal cosa representará la continuación del conflicto.

Con el fin de propiciar un balance de poder en situaciones de conflicto, es necesario que se

reconozca que los pueblos indígenas tienen derecho a decir «no», que se admita que la comunidad indígena tenga poder, para que se cree así un equilibrio frente al poder económico superior de la compañía minera, y el superior poder político del gobierno.

Sin embargo, los gobiernos y las compañías temen que la admisión del consentimiento pueda dotar de capacidad de veto a las comunidades indígenas, lo que resultaría en que unos pocos miles de personas pudieran impedir un proyecto considerado de interés nacional por el gobierno. Esta idea del veto no ayuda a una clara comprensión del vínculo existente entre el consentimiento y las comunidades indígenas. James Anaya, Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señala que en verdad no hay derecho al veto, en el sentido de que las comunidades indígenas puedan rechazar *cualquier* proyecto sin justificación:

*«Cuando el Relator Especial afirma que los pueblos indígenas no gozan de un derecho al veto en el contexto de los procesos de consulta, se refiere al planteamiento, a su juicio insostenible, de un poder de decisión absoluto de vedar o impedir unilateralmente, con base en cualquier justificación, o sin ninguna, toda propuesta o decisión hecha por el Estado, que les pueda afectar»*³⁷.

Sin embargo, los pueblos indígenas sí tienen el poder de no otorgar su consentimiento en los casos en que haya un impacto significativo sobre la comunidad:

*«(...) En aquellos casos en que el impacto de una propuesta o iniciativa sobre el bienestar o derechos de un pueblo indígena es significativo, el consentimiento de la parte indígena, por medio de un acuerdo, no solamente es el objetivo de la consulta sino también una precondition exigible para la ejecución de la medida propuesta»*³⁸.

Este concepto de que existe un conjunto esencial de circunstancias que hacen necesario el consentimiento, se expresa también en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Aquí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló que una comunidad de afrodescendientes

35 Roger Fisher y William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Books, Nueva York, 1991. (Traducción aproximada al español: *Cómo negociar el sí, sin que nadie pierda*. [N. del T.].)

36 Lawrence Susskind y Jeffrey Cruikshank, *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, Basic Books, Nueva York, 1987. (Traducción aproximada al español: *Para superar el punto muerto: enfoques consensuales para la solución de disputas públicas*. [N. del T.].)

37 Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la «Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo», aprobada por el Congreso de la República del Perú el 7 de julio de 2010, punto 1; en internet: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=5>

38 *Ibid*, punto 4.

tenía derecho a no otorgar su consentimiento a concesiones mineras y forestales:

«(...)La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones»³⁹.

También en Canadá, donde las cortes se refieren a menudo al hecho de que «las comunidades indígenas no tienen poder de veto», la Corte Suprema ha reconocido que el consentimiento sería necesario cuando el proyecto pudiere afectar derechos fundamentales de caza y pesca de una comunidad indígena⁴⁰.

El hecho de que existe un área central de actividad en la que se requiere el consentimiento, aparece en las Directrices Akwé: Kon, emitidas en 2004 por la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que establecen claramente que el proceso debe incluir un mecanismo para que la comunidad pueda aprobar o rechazar el proyecto:

«Establecimiento de un proceso en virtud del cual las comunidades indígenas y locales puedan tener la opción de aceptar o rechazar un desarrollo propuesto que pueda tener impactos en su comunidad»⁴¹.

5. Conclusión

Dimos inicio a este artículo con el anuncio de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de Perú de que dictaría directrices para las instituciones financieras, con respecto al riesgo que representan los conflictos sociales y medioambientales. La conveniencia de adoptar directrices para estas situaciones se reforzó en mayo del 2014 con la publicación del informe de la Universidad de Harvard sobre el conflicto compañía/comunidad,

que documentaba los costos derivados de este problema.

Describimos la transición que se produjo, de la consulta previa, libre e informada prevista en el Convenio 169 de la OIT⁴², al requisito del consentimiento previo, libre e informado que aparece en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴³. Los gobiernos, incluyendo el de Perú, no han estado muy dispuestos a adoptar la norma del consentimiento, y la peruana Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios⁴⁴, promulgada en 2012, establece la consulta, no el consentimiento.

No obstante, las instituciones financieras internacionales han concluido que el financiamiento debe condicionarse a que los proponentes de los proyectos obtengan el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. La primera institución financiera importante que adoptó la norma del consentimiento fue la Corporación Financiera Internacional (CFI), miembro del grupo del Banco Mundial. En la Norma de Desempeño 7⁴⁵, y en las notas de orientación para la aplicación de esta⁴⁶, ambas en efecto a partir del 1 de enero del 2012, la CFI fijó pormenorizadas directrices para la interacción con las comunidades indígenas, sobre cómo consultar y cómo minimizar los impactos adversos, y sobre las circunstancias en que se requiere el consentimiento. Siguiendo a la CFI, las 79 instituciones financieras que forman parte de los Principios del Ecuador adoptaron la norma del consentimiento en 2013.⁴⁷

Puede parecer que el requisito de que debe haber consentimiento por parte de las comunidades, concede a estas un derecho al veto sobre la explotación de recursos. Esta es una comprensible inquietud de los gobiernos, dado el existente interés nacional por dicha actividad. Y en cuanto a las instituciones financieras, que esperan ganancias de la explotación minera, resultaría contraproducente que tuvieran que cumplir

39 CIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Nº 82, párr. 134.

40 Delgamuukw v. British Columbia, [1997] 3 SCR 1010, 153 DLR (4th) 193, párr. 168.

41 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004), párr. 8 (e), (f); en internet: <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>. Mencionadas en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 12 de agosto de 2008 como «uno de los estándares más completos y utilizados para los estudios de impacto social y ambiental en el contexto de los pueblos indígenas y tribales» (nota al pie. 23).

42 Organización Internacional del Trabajo, Pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C169

43 Naciones Unidas, Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. UN Doc. A/61/L.67 http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

44 Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, Artículo 50.

45 CFI, «Normas de Desempeño en Sostenibilidad Ambiental y Social,» de enero 2012, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/55d37e804a5b586a908b9f8969adcc27/PS_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES

46 CFI, Notas de orientación de la Corporación Financiera Internacional: Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social, 2012, párr. 18, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/98e901004dd837f0a8b4a87a9dd66321/GN_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES

47 Equator Principles, The Equator Principles III - 2013, online: Equator Principles <<http://www.equator-principles.com/index.php/ep3>>.

con una norma más estricta de conducta, lo que pudiera conducir a la demora del inicio de un cierto número de proyectos.

En respuesta a todo ello, hemos precisado dos puntos:

- Primero, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha señalado que el derecho al consentimiento no incluye «un poder de decisión absoluto de vedar o impedir unilateralmente, con base en cualquier justificación, o sin ninguna, toda propuesta o decisión hecha por el Estado que les pueda afectar»⁴⁸. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Saramaka, por ejemplo, considera necesario el consentimiento «cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio»⁴⁹.
- Segundo, desde la perspectiva de la solución de disputas, tiene sentido el requisito del consentimiento. Las disputas se resuelven mejor cuando existe un balance de poder. Si una de las partes no tiene poder suficiente, tendrá poca fe en el proceso, y la parte con poder no se mostrará inclinada a hacer concesiones. Con el requisito del consentimiento, las comunidades indígenas poseen poder para contrabalancear

el poder económico de las corporaciones y el poder político de los gobiernos. Cuando hay un mejor equilibrio de poder, habrá mejores negociaciones, y cuando se arribe a un acuerdo habrá mayor compromiso en cumplirlo y menor posibilidad de conflicto a largo plazo.

Es cierto que con el requisito del *consentimiento* puede que algunas comunidades no acepten algunos proyectos, mientras que con el solo requisito de la *consulta* los proyectos pueden llevarse adelante con mayor facilidad. No obstante, los problemas con respecto al conflicto social y medioambiental han ocurrido bajo el sistema de la *consulta*, y es bajo este sistema que se han presentado serias situaciones que han incrementado los riesgos para prestamistas e inversores. Como cuestión real y práctica, entonces, las instituciones financieras han visto la necesidad de contemplar el sistema del *consentimiento*, a fin de reducir el riesgo de sus inversiones. El inconveniente de que bajo este sistema puedan rechazarse proyectos específicos, debe balancearse contra las ventajas –cuando las comunidades tienen derecho a consentir– de que se reduzca el conflicto y se logren acuerdos más duraderos. Claramente, las instituciones financieras internacionales han llegado a la conclusión de que este balance de poder favorece también sus intereses. ☒

⁴⁸ Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la «Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo», aprobada por el Congreso de la República del Perú el 7 de julio de 2010, punto 1; en internet: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=SJ>.

⁴⁹ Pueblo Saramaka vs. Surinam, Serie C No 82 Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007), párr.134.