

INDIAN LAW RESOURCE CENTER

CENTRO DE RECURSOS JURÍDICOS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

www.indianlaw.org

MAIN OFFICE

602 North Ewing Street, Helena, Montana 59601
(406) 449-2006 | mt@indianlaw.org



WASHINGTON OFFICE

601 E Street, S.E., Washington, D.C. 20003
(202) 547-2800 | dcoffice@indianlaw.org

ROBERT T. COULTER, ESQ.

Executive Director

JANA L. WALKER, ESQ.

Admitted only in AZ, DC, NM

CHRISTOPHER T. FOLEY, ESQ.

Admitted only in PA

ARMSTRONG A. WIGGINS

Director, Washington Office

LEONARDO A. CRIPPA, ESQ.

Admitted only in Argentina

23 julio 2021

Sr. Joseph Milewski
Jefe, Unidad de Soluciones Ambientales y Sociales
Banco Interamericano de Desarrollo
1300 New York Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20577

RE: Comentarios sobre el Borrador de Guías para las Normas de Desempeño Ambientales y Sociales

Estimado Sr. Milewski,

1. El propósito de esta carta es presentarle los comentarios que consideramos pertinentes sobre los borradores de guías para las Normas de Desempeño Ambientales y Sociales. En particular, estos comentarios se enfocan en el borrador de guía para la Norma de Desempeño 7 Pueblos Indígenas (Borrador de Guía 7). Estamos muy agradecidos por la atención a detalles puesta en el Borrador de Guía 7 por la Unidad de Soluciones Ambientales y Sociales, así como por cuan comprensivamente se abordan los desafíos que los países prestamistas encontrarán en la implementación de la Norma de Desempeño 7 Pueblos Indígenas (Norma de Desempeño 7).

2. Nuestros comentarios se dividen en cuatro secciones. La primera sección se enfoca en reconocer áreas donde el Borrador de Guía 7 provee claras y fuertes directrices, la segunda sección en asuntos que requieren aclaración, la tercera en asuntos que requieren más investigación y análisis por su relación con las nuevas medidas de salvaguardia adoptadas por la Norma de Desempeño 7, y la cuarta en recomendaciones sobre ciertos asuntos y lenguaje a incluir en secciones específicas del Borrador de Guía para su debido fortalecimiento.

I | Reconocimientos

3. Los comentarios en esta sección abordan las formas a través de las cuales el Borrador de Guía 7 formula claras y fuertes declaraciones sobre cómo los prestamistas deberían implementar la Norma de Desempeño 7. Nosotros creemos que el B.I.D. hizo un muy buen trabajo en reconocer la identidad indígena en varios contextos y en establecer la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, lo cual es importante para la determinación del

ámbito de aplicación de la Norma de Desempeño 7.

4. En su conjunto, estas directrices no-ambiguas y robustas no dejan espacio alguno para malos entendidos o interpretaciones erróneas y son clave para asegurar que la Norma de Desempeño 7 ofrezca el más nivel alto de protección y acceso a participación en los beneficios y a mecanismos de queja para todas las comunidades indígenas que pudieran verse afectadas por proyectos financiados por el Banco. Directrices de esta naturaleza es lo que aspiramos a ver claramente establecidas para los prestamistas.

GL2. “El reconocimiento legal no es un requisito para la aplicación de la Norma de Desempeño 7, pero si ese reconocimiento existe, debe ser respetado.”

GL6. “La aplicabilidad de la Norma de Desempeño Ambiental y Social 7 se determina cuando se cumplen algunas o todas las características que se consignan en el párrafo 5 de la Norma de Desempeño Ambiental y Social 7. Cada una de dichas características es evaluada en forma independiente y ninguna de ellas es más importante que las demás. Asimismo, la Norma de Desempeño Ambiental y Social 7 se aplica a grupos o comunidades más que a personas individuales.”

GL8. “La Norma de Desempeño Ambiental y Social 7 se aplica a aquellos grupos o comunidades de pueblos indígenas que mantienen un apego colectivo a hábitats demarcados o territorios ancestrales y a los recursos naturales que se encuentran en los mismos. Ello puede comprender:

- *Comunidades de pueblos indígenas que residen en las tierras afectadas por el proyecto, como así también aquellas que son nómades o que migran estacionalmente por el territorio y cuyo apego a los territorios ancestrales puede ser de naturaleza periódica o estacional;*
- *Comunidades de pueblos indígenas que no viven en las tierras afectadas por el proyecto pero que mantienen lazos con dichas tierras a través de la propiedad tradicional y/o el uso consuetudinario, incluido el uso estacional o cíclico. Entre ellas pueden incluirse a los pueblos indígenas que residen en zonas urbanas y mantienen lazos con las tierras afectadas por un proyecto;*
- *Comunidades de pueblos indígenas que han perdido el apego colectivo a las tierras y territorios ubicados dentro del área de influencia, como consecuencia de una subdivisión forzosa, conflicto, programas de reasentamiento involuntario llevados adelante por los gobiernos, desposesión de sus tierras, riesgo de peligros y desastres naturales o la incorporación a una zona urbana, pero que mantienen lazos con las tierras afectadas por un proyecto;*
- *Grupos de pueblos indígenas que residen en asentamientos mixtos, en tanto constituyen una parte de la comunidad más grande; o*
- *Comunidades de pueblos indígenas con apego colectivo a tierras ancestrales ubicadas en zonas urbanas.”*

GL9. “En aquellos proyectos que afectan a pueblos indígenas que residen en una zona afectada por un proyecto y forman parte de una población regional más grande de pueblos indígenas o sustancialmente integrados en la sociedad dominante, igualmente deben cumplirse los requisitos de la Norma de Desempeño Ambiental y Social 7.”

GL13. “La categorización también debe tener en cuenta los pueblos indígenas que emigran (estacionalmente o de otro modo) fuera de sus territorios tradicionales en la zona de influencia

del proyecto y las actividades que llevan a cabo en esa zona.”

GL38. “Aunque el acuerdo debe tener validez durante toda la vigencia del proyecto, es posible que el consentimiento dado también puede ser retirado.”

II | Preocupaciones sobre asuntos o términos que requieren mayor aclaración

“Tenencia de tierra”

5. El Borrador de Guía 7 usa el término “tenencia de tierra” al referirse a los sistemas de tenencia de tierra de los pueblos indígenas. Es decir, la forma a través de la cual los pueblos indígenas determinan el pleno ejercicio de sus derechos de dominio sobre sus tierras en forma libre e independiente, sin imposición y control externo alguno. Por ejemplo, GL 46 solicita a los prestamistas que describan los sistemas de tenencia de tierras y recursos de los pueblos indígenas al evaluar el uso de las tierras. GL 47 usa “tenencia de tierra” al referirse a proyectos que fortalezcan los sistemas de tenencia de tierra de los pueblos indígenas.

6. No obstante, “tenencia de tierra” tiene un significado legal claro en la ley nacional, el cual difiere a cómo el Borrador de Guía 7 lo usa. Los códigos civiles de todos los países prestamistas del Banco definen “tenencia” como aquella relación que se tiene con algo reconociendo a alguien más como dueño. Tenencia es lo opuesto de posesión. Los códigos civiles definen posesión como la relación que se tiene asumiendo el dominio—es decir, comportándose como el verdadero dueño contando o no con un título de dominio sobre la tierra. El derecho de dominio de los pueblos indígenas sobre sus tierras se basa en la posesión, no en la tenencia.

7. Creemos firmemente que el Borrador de Guía 7 debería declarar y aclarar que el significado legal provisto a “tenencia de tierra” por los códigos civiles de los prestamistas no es aplicable. De otra manera, el Borrador de Guía 7 podría afectar las demandas legales por tierras hechas por los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas pueden demandar dominio colectivo absoluto sobre las tierras bajo su posesión por medio de demandas legales de prescripción adquisitiva o en el marco de los procedimientos de titulación de tierras existentes en muchos países.

“Reconocimiento legal”

8. El párrafo 17 de la Norma de Desempeño 7 usa el término “reconocimiento legal” al referirse a proyectos que involucran actividades orientadas a establecer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras. Sorprendentemente, el Borrador de Guía 7 no provee directriz alguna a los prestamistas sobre qué es lo que debería ser entendido por este término.

9. Casi todos los países prestamistas cuentan con un sistema de titulación de tierras por medio del cual ellos proveen seguridad jurídica a los pueblos indígenas sobre sus tierras. Tal sistema está basado en diferentes procedimientos administrativos y legales, incluyendo el catastro, la titulación y la inscripción de títulos de tierras en registros públicos. Estos procedimientos están abordados por las declaraciones sobre los derechos de los pueblos

indígenas de la O.E.A.¹ y de la O.N.U.² La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han abordado extensamente estos asuntos en sus informes³ y decisiones.⁴

10. En nuestra opinión, el Borrador de Guía 7 debería aclarar qué es lo que “reconocimiento legal” significa en el marco de los proyectos en cuestión. Estos términos pueden referirse al sistema de país mencionado en su conjunto o pueden referirse a uno, dos o más de los procedimientos que forman parte de tal sistema. Cada uno de estos procedimientos equivale al “reconocimiento legal” en cuestión. Si el objetivo es reconocer en forma absoluta los sistemas de tenencia de tierra de los pueblos indígenas, entonces sus tierras deben ser catastradas, sus derechos de dominio colectivo reconocidos por títulos, y tales títulos deben ser inscriptos y protegidos. Esa es la única forma de reconocer en forma absoluta sus sistemas de tenencia de tierras, a efectos de prevenir demandas legales que desafíen o cuestionen sus derechos de dominio sobre tales tierras. El dominio sobre tierras es el derecho de propiedad más fuerte. Los derechos de uso o usufructo son formas disminuidas del derecho de propiedad.

No titulación individual de tierras colectivas indígenas

11. Según el párrafo 17 de la Norma de Desempeño 7, “*El prestatario no procurará realizar proyectos que supongan la concesión de títulos individuales de propiedad de la tierra en territorios indígenas.*” Si bien el Borrador de Guía 7 apoya esta medida de salvaguardia (GL47 y GL48), ella también contiene lenguaje confuso que sugiere que el Banco podría apoyar la titulación individual. Este lenguaje es contrario no solo a la Norma de Desempeño 7, sino también a estándares de derechos humanos aplicables y a la relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y territorios. Ningún instrumento internacional apoya la titulación individual por encima del dominio colectivo de tierras.⁵

¹ Véase, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA/Ser.P, AG/doc.5537/16 (8 junio 2016) art. XXV (estableciendo que “los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para [el] reconocimiento [del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos] y su efectiva demarcación o titulación”).

² Véase, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, G.A. Res. 61/295, U.N. Doc A/RES/61/295 (13 septiembre 2007), art. 26(3) (indicando que “Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”).

³ Véase, C.I.D.H., *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

⁴ *Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 346 (5 febrero 2017); *Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 309 (25 noviembre 2015); *Caso del Pueblo Indígena Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Corte I.D.H. (ser. C) No.284 (14 octubre 2014); *Caso de Norín Catrimán et al. (Líderes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 279 (29 mayo 2014); *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 245 (27 junio 2012); *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 214 (24 agosto 2010); *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 172 (28 noviembre 2007); *Caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 146 (29 marzo 2006); *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Caso de la Comunidad Indígena vs. Paraguay*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 142 (6 febrero 2006).

⁵ La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas recientemente adoptada en 2016, reconoce y llama a respetar a “los derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,” tales como el derecho de dominio colectivo sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Véase, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *supra* nota 1, art. VI and art. XXV. Lo mismo es cierto con respecto a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de

12. La práctica de loteo de tierras indígenas es una de las prácticas de desarrollo más destructivas. La conversión del dominio colectivo de tierras indígenas a dominio individual socava la cohesión social y estructuras políticas propias de los pueblos indígenas, lo cual—a su vez—contribuye a asimilarlos o integrarlos. Además, debido a que el loteo es instrumental para la apertura de tierras colectivas indígenas, el loteo pavimenta el camino para las industrias extractivas interesadas en la exploración y en el desarrollo de las tierras y los recursos indígenas, lo cual daña sobremanera a los pueblos indígenas y al medio ambiente del cual dependen para su supervivencia física y cultural. Por tanto, en ninguna circunstancia, las tierras colectivas indígenas deberían ser convertidas a dominio individual.

13. El lenguaje y las referencias que apoyan la titulación individual deberían ser removidas del Borrador de Guía 7, a efectos de evitar malentendidos y lagunas. Cuando la Norma de Desempeño 7 fue aprobada, la Junta Directiva dejó en claro que ninguna titulación individual será apoyada. No existe razón alguna para que el Borrador de Guía 7 sigiera lo contrario. Recomendamos la adopción de estas acciones:

Remover la oración 9 de GL47: “Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que los títulos individuales de propiedad de la tierra se permiten en algunos territorios de pueblos indígenas y que el uso, las leyes y los procesos consuetudinarios de gobernanza y toma de decisiones deben incluirse como parte de la evaluación ambiental y social del proyecto.”

Omitir la referencia a títulos individuales de tierra en la oración 2 de GL62: “La asignación de títulos sobre las tierras debe tener lugar a título individual o colectivo, según los resultados del análisis sociocultural; ...”

III | Asuntos que requieren mayor investigación

14. La Norma de Desempeño 7 adoptó dos nuevas medidas de salvaguardia: (1) el uso de los protocolos de consulta indígenas en todo proceso de consulta (párrafo 13); y (2) el establecimiento de zonas de amortiguamiento para prevenir contacto forzoso con pueblos indígenas en aislamiento (párrafo 12). Si bien estas salvaguardias ya existían en la ley nacional de los prestamistas o en prácticas seguidas por los pueblos indígenas, especialmente por aquellos ubicados a lo largo de la región Amazónica, la Norma de Desempeño 7 ahora los reconoce y exige a los prestamistas cumplir con ellas.

15. Además, la Norma de Desempeño 7 es la única política bancaria que adopta estas salvaguardias. Ninguna otra política lo hace. Ni la OP-765 Pueblos Indígenas, la anterior política sobre pueblos indígenas del Banco Interamericano de Desarrollo, ni las actuales políticas sobre pueblos indígenas del Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional, las reconoce. Es decir que, estas medidas de salvaguardia son “nuevas” para el sector de financiación del

2007 y el Convenio No. 160 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a Pueblos Indígenas y Tribales. Véase, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *supra* nota 2, art. 2; & Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes art. 14, 15, ILOLEX C169 (27 junio 1989).

desarrollo.

16. A pesar de que estas salvaguardias son nuevas, el Borrador de Guía 7 no provee directriz alguna al respecto a los prestamistas. Por ejemplo, el Borrador de Guía 7 solamente menciona los protocolos de consulta indígenas una vez en GL23 y de manera muy general sin explicar de qué se tratan y cuáles son sus efectos con respecto a otras salvaguardias o procesos relevantes, tales como aquellos relativos a los principios generales de involucramiento (GLs20-29) y al proceso de obtención del consentimiento libre, previo e informado (GLs39-45). Sorprendentemente, GL18 y GL19, los cuales están dedicados a abordar las salvaguardias relativas a los pueblos indígenas en aislamiento, no hacen referencia alguna al establecimiento de zonas de amortiguamiento. Esto es extremadamente preocupante.

17. Sugerimos las siguientes acciones: Primero, en la medida que sea posible proveer más directrices con respecto a estas nuevas salvaguardias en el Borrador de Guía 7. Segundo, una vez que la Junta Directiva apruebe todas las Guías, llevar adelante más investigación sobre estos asuntos y producir materiales guía adicionales, tales como “documentos de trabajo.” El Banco esta en una posición única para aprender tanto de las practicas seguidas por los pueblos indígenas como de los abordajes legales adoptados por los países prestamistas, a efectos de construir el tan necesario conocimiento propio del financiamiento del desarrollo sobre estas dos nuevas salvaguardias. En el marco de su realización, el Banco debería buscar contribuciones relevantes de parte de los pueblos y expertos indígenas.

IV | Recomendaciones

Derecho internacional

18. Al abordar el marco general del derecho internacional, GL1 falla en reconocer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los países miembros del Banco crearon este sistema estableciendo sus órganos de supervisión (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), así como elaborando todos sus tratados y declaraciones.⁶ Este sistema fue creado para abordar las particularidades regionales siguiendo el mismo raciocinio que condujo al establecimiento del Banco como institución financiera regional.

19. Recomendamos firmemente que el GL1 sea redactado nuevamente, a efectos de resaltar la importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para los países miembros del Banco. Los estándares legales sobre los asuntos indígenas establecidos tanto por la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como por las decisiones de los órganos de supervisión del sistema han marcado y continúan marcando las leyes y políticas nacionales de los países en materia de pueblos indígenas. La mayoría de estos estándares son relevantes para el financiamiento del desarrollo.

Análisis de vulnerabilidad

⁶ Véase, O.E.A., Departamento de Derecho Internacional, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Firmas y Ratificaciones, http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm (visita de 3 febrero 2015). Los países que no han ratificado la Convención Americana incluyen a Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Guyana, St. Kitts y Nevis, St. Lucia, St. Vicente y Granadinas, y Estados Unidos.

20. GL14 aborda el análisis de vulnerabilidad, el cual debe ser llevado a cabo por los prestamistas como parte de la evaluación de los riesgos cuando las comunidades indígenas son potencialmente afectadas por proyectos financiados por el Banco. En el marco de ese abordaje, GL14 incluye una lista de asuntos que deben ser considerados, pero falla en incluir la opinión misma de tales comunidades. El involucramiento de las comunidades indígenas en cuestión en asuntos relevantes para el establecimiento de su vulnerabilidad es un paso lógico por tomar. Recomendaciones entonces que la opinión de las comunidades cuya vulnerabilidad esta siendo analizada sea considerada.

Consulta y participación informada

21. GL25 aborda cómo una consulta informada con pueblos indígenas debería ser llevada a cabo. En el marco de tal abordaje, GL25 resalta la importancia de proveer información disponible del proyecto de una manera culturalmente apropiada. Si bien este es el paso necesario por tomar cuando se consulta a comunidades indígenas, creemos que todos los documentos del proyecto de divulgación obligatoria deben ser puestos a disposición sin demoras ni alteración alguna. En el Proyecto de Energía Eólica Mareñas Renovables, un proyecto parcialmente financiado por el Banco, el Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación encontró que ningún documento del proyecto de divulgación obligatoria fue puesto a disposición de las comunidades indígenas afectadas. Como resultado, las pre-condiciones para una consulta y participación informada no fueron cumplidas. Recomendamos entonces que GL25 incluya a los documentos del proyecto de divulgación obligatoria como parte de la información a poner a disposición de las comunidades.

Consentimiento libre, previo e informado

22. GL30 aborda las negociaciones de buena fe como parte del proceso orientado a obtener el consentimiento de las comunidades indígenas que serían seriamente dañadas por actividades propias del proyecto. No obstante, GL30 no exige a los prestamistas usar los protocolos de consulta indígenas si existieren. Creemos que es necesario incluir estos protocolos. Recomendamos que se exija a los prestamistas usar tales protocolos como componente clave de los esfuerzos propios de toda negociación de buena fe, dadas las circunstancias dañinas en el marco de las cuales el consentimiento es exigido.

23. GL37 aborda lo que debería ser entendido por “consenso comunitario.” No obstante, en el marco de tal abordaje, GL37 no establece qué debería entenderse cuando las comunidades indígenas deciden no participar o involucrarse en los procesos de consulta. En reiteradas oportunidades, los pueblos indígenas eligen expresar su oposición a un proyecto propuesto por medio del no-involucramiento, especialmente si ellos sienten que las condiciones imperantes del proceso de consulta son injustas y discriminatorias. Ellos podrían proceder de idéntica manera si sus protocolos de consulta no son usados por los prestamistas. En nuestra opinión, GL37 debería establecer que aquellas situaciones en las cuales las comunidades indígenas deciden no participar o involucrarse en un proceso de consulta no deben ser entendidos como “consenso comunitario.”

24. Esperamos que estos comentarios ayuden al B.I.D. a producir las Guías más fuertes posibles, a efectos de no bajar el nivel de protección alcanzado con las nuevas Normas de Desempeño Ambiental y Social. Creemos que, teniendo presente las preocupaciones y las recomendaciones mencionadas arriba, el B.I.D. será capaz de fortalecer su cuerpo de experticia en todo lo que se refiere a asuntos indígenas, lo cual es crítico para promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas.

Sin más, aprovechamos esta oportunidad para expresarle nuestra más alta consideración y estima.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Leonardo A. Crippa', written over a horizontal line.

Leonardo A. Crippa
Senior Attorney
Indian Law Resource Center