

Consentimiento Libre, Previo e Informado: Implicaciones para las Empresas Transnacionales

Tendai Zvobgo
University of Cape Town in South Africa

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/sdlp>



Part of the [Agriculture Law Commons](#), [Constitutional Law Commons](#), [Energy and Utilities Law Commons](#), [Environmental Law Commons](#), [Food and Drug Law Commons](#), [Health Law and Policy Commons](#), [Human Rights Law Commons](#), [Intellectual Property Law Commons](#), [International Law Commons](#), [International Trade Law Commons](#), [Land Use Law Commons](#), [Law and Society Commons](#), [Law of the Sea Commons](#), [Litigation Commons](#), [Natural Resources Law Commons](#), [Oil, Gas, and Mineral Law Commons](#), [Public Law and Legal Theory Commons](#), and the [Water Law Commons](#)

Recommended Citation

Zvobgo, Tendai (2014) "Consentimiento Libre, Previo e Informado: Implicaciones para las Empresas Transnacionales," *Sustainable Development Law & Policy*. Vol. 14 : Iss. 2 , Article 9.
Available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/sdlp/vol14/iss2/9>

This Article is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in Sustainable Development Law & Policy by an authorized editor of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact kclay@wcl.american.edu.

CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO:

IMPLICACIONES PARA LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

por Tendai Zvobgo*

INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera directa de las empresas transnacionales en los países en desarrollo, ha sido fundamental para el crecimiento de las industrias extractivas y las exportaciones de manufacturas.¹ En algunos casos, sin embargo, se ha producido a gran escala un desarrollo industrial y económico sin tener en cuenta los derechos de las comunidades indígenas, su propiedad y el uso de tierras.²

Durante las últimas dos décadas, la protección a la población indígena se ha declarado como un derecho fundamental bajo como ley internacional, como resultado del principio de consentimiento libre, previo, e informado (“FPIC”).³ Este artículo examina el alcance de FPIC como un aspecto de la justicia ambiental y una herramienta para aliviar la pobreza. También explica algunas de las dificultades encontradas por las empresas transnacionales cuando intentan aplicar el FPIC para el beneficio de las comunidades indígenas y de las empresas transnacionales cuando este se usa correctamente.

CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

FPIC da poder a las comunidades indígenas, proporcionándoles acceso a la justicia ambiental. El concepto de “justicia ambiental” obliga a que todas las personas, independientemente de su raza, origen o ingresos, tengan el mismo derecho de “disfrutar, por igual, de altos niveles de protección ambiental.”⁴ La esencia de FPIC, es el derecho a la libre determinación, consagrado en el artículo uno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵ FPIC permite a los pueblos indígenas asegurarse que sus territorios deben ser reconocidos por el gobierno y que su consentimiento libre, previo e informado es necesario antes de que actividades de desarrollo se lleven a cabo en su territorios.⁶ FPIC también es significativo en el contexto de desarrollo, ya que, como ha señalado Amartya Sen, el desarrollo se relaciona con la libertad y la libertad se ve socavada cuando las personas se limitan a ejercer sus derechos

civiles y políticos.⁷ Por lo tanto, el FPIC da a los miembros más vulnerables de la sociedad una plataforma desde el cual pueden expresar sus derechos.

Los instrumentos más importantes que reconocen el FPIC son el Convenio Internacional del Trabajo 169 de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (“UNDRIP”) aprobada en 2007. El primero es un tratado vinculante y ha sido ratificado por 23 países, la

mayoría de los cuales están en el Sur América.⁸ Aunque la mayoría de los Estados no son partes en la Convención, todavía es importante como una “autoridad persuasiva para la comunidad mundial respecto FPIC”.⁹ La UNDRIP, por otro lado, no es un tratado y por lo tanto no es una autoridad vinculante. Ciento cuarenta y tres países votaron a favor de la UNDRIP, mientras que once se abstuvieron. Los Estados Unidos, Nueva Zelanda, Canadá y Australia votaron en contra de la UNDRIP.¹⁰ Estos cuatro países más tarde abandonaron su posición inicial, y respaldaron la UNDRIP.¹¹

Aunque el derecho internacional no impone una

obligación a las empresas transnacionales a respetar el FPIC, los Estados se verán afectados por la evolución misma del principio en la ley internacional.¹² El lenguaje utilizado en la Convención Internacional del Trabajo y la UNDRIP hace evidente que los Estados tienen la responsabilidad primordial de respetar el FPIC.¹³ El artículo 32, sección 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se refiere explícitamente a la noción de consentimiento informado previo y libre y el proceso que los Estados deben emprender para obtenerlo.¹⁴ Como resultado, los sistemas jurídicos nacionales y

*se ha producido a gran
escala un desarrollo
industrial y económico
sin tener en cuenta
los derechos de las
comunidades indígenas,
su propiedad y
el uso de tierras*

* Tendai Zvobgo posee una licenciatura de ley (LL.B) de la Universidad de Cape Town en South África y también un LL.M de American University, Washington College of Law. Previamente, ella a trabajo como una especialista de ley extranjera para la firma Public International Law and Policy Group in Washington DC donde ella aconsejo el gobierno de África del Este en descentralización de poder y reformas constitucionales. Para mas información, contacte tendai.zvobgo@gmail.com.

regionales han comenzado a adoptar el principio de FPIC como una guía al tomar decisiones que podrían afectar el desarrollo de poblaciones indígenas.¹⁵ A veces, esto ha culminado con la modificación o denegación de las concesiones que los Estados habían ofrecido a compañías multinacionales.¹⁶ Además, las instituciones internacionales, como el Banco Interamericano de Desarrollo y la Mesa Redonda sobre el Aceite de Palma Sostenible (“RSPO”), han adoptado el principio de FPIC.¹⁷ El Banco Mundial modificó sus políticas de salvaguardia en 2006 para incluir la consulta libre, previa e informado como requisito para sus proyectos respaldados.¹⁸

LA LICENCIA SOCIAL

FPIC requiere que el consentimiento ha de ser libre y que la decisión debe ser tomada después de que los pueblos indígenas han sido educados sobre el proyecto.¹⁹ Por lo tanto, un agente neutral debe obtener el FPIC antes de que una empresa transnacional pueda proceder con un proyecto de desarrollo y cualquier acuerdo alcanzado entre los pueblos indígenas y el agente no debe estar influenciado por la coerción.²⁰ Además, es imprescindible durante el proceso de negociación que los grupos indígenas, sean concientizados de sus derechos sobre sus tierras ancestrales, los riesgos asociados con el proyecto, y la relación entre sus derechos y su acceso a los recursos naturales, de los cuales la comunidad puede depender para el sustento.²¹

Sin embargo, el proceso del FPIC puede encontrar obstáculos complicados, por lo que la obtención del FPIC es una ardua tarea para las empresas transnacionales.²² Por ejemplo, el proceso de identificación de la población indígena que puedan verse afectados en gran medida por un proyecto de desarrollo podría ser laborioso y requiere mucho tiempo y, aun después de que el grupo se identifica, el proceso de negociación puede estar plagado de dificultades.²³ Las dificultades encontradas durante el proceso de negociación pueden surgir de las creencias culturales que los pueblos indígenas mantienen sobre (acerca de) su territorio. Estas creencias pueden influir su percepción de las consecuencias previsibles. Por ejemplo, la experiencia de los habitantes indígenas puede impedirles comprender que un río puede secarse o que las actividades de la industria podrían dar como resultado la aniquilación de un río, sobre todo si los ríos en sus tierras siempre han corrido generosamente por generaciones.²⁴ Por lo tanto, puede ser imposible de alcanzar FPIC en contextos de que los grupos indígenas nunca han visto un ejemplo de

un proyecto que se propone o no tienen conocimiento de las posibles consecuencias.

Una solución propuesta a este problema ha sido utilizar videos para que el grupo pueda entender lo que se propone. Sin embargo, los videos también pueden ser insuficientes, ya que no pueden captar la magnitud del proyecto de manera adecuada.²⁵ Aún si el grupo ha visto un camino, no puede llegarse a la conclusión de que entiendan la magnitud y las implicaciones de un proyecto de carretera.²⁶ En tales circunstancias, puede ser necesario proporcionar transporte para el grupo indígena de modo que puedan ser llevados a un área donde un proyecto similar ha sido ejecutado.²⁷ También deben tener la oportunidad de conversar con los habitantes dentro de esa área, para que puedan recibir información acerca de sus experiencias personales en relación con el proyecto terminado.²⁸

Teniendo en cuenta los obstáculos que las empresas transnacionales tienen que lidiar, es importante contemplar los beneficios que se obtienen cuando las empresas practican el FPIC con fidelidad. Los negocios son motivados por las ganancias, después de todo, mientras que el FPIC está más preocupado con darles poder y protección a los pobres y vulnerables a la explotación.²⁹ La aplicación del principio de FPIC por las empresas transnacionales tiene ramificaciones beneficiosos para las empresas-los Estados, y poblaciones indígenas.

En 2001, el Consejo Consultivo Empresarial e Industria de la Organización

para la Cooperación y el Desarrollo afirmó que las “empresas no pueden ser obligados a resolver todos los problemas del mundo ... no tienen ni el mandato ni la organización para hacerlo.”³⁰ Aunque hay algo de verdad en esta afirmación, se espera que las empresas transnacionales y organizaciones respeten los derechos humanos.³¹ Las Normas de las Naciones Unidas Sobre las Responsabilidades de Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en lo referente a los Derechos Humanos, fue aprobada unánimemente por la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en 2003.³² Cuando se lee junto con la guía de interpretación de la subcomisión, estas normas constituyen una guía autorizada con respecto a la responsabilidad social de las empresas.³³ De hecho, representan el primer conjunto de “normas integrales de derechos humanos dirigidos específicamente para- y que se aplican a- las empresas transnacionales y otras entidades comerciales.”³⁴ En el preámbulo de las Normas de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la

Esfera de los Derechos Humanos establece que, si aunque los Estados son los principales responsables de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, “las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, como órganos de la sociedad, son también responsables de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”³⁵ Por lo tanto, las empresas transnacionales y las empresas que participan en las industrias extractivas deben ser sensibles a las cuestiones de derechos humanos, en particular cuando se trata de pueblos indígenas y comunidades locales.³⁶

Las responsabilidades de las empresas transnacionales para que respeten los derechos humanos no sólo deben ser considerados como un obstáculo altruista que supera cuando se establecen operaciones de negocio en otro estado. Más bien, el apearse al principio FPIC beneficia a las empresas transnacionales a través de la licencia social para operar dentro o en las proximidades de las comunidades indígenas. El valor de una licencia social no debe ser subestimada, su ausencia puede resultar en pérdida de vidas humanas y económicas para las empresas, así como también dañar su reputación.³⁷

El Delta del Níger en Nigeria es un ejemplo consumado de caos en la ausencia de una licencia social. La represión política, la marginación, el despojo de la tierra y la degradación del medio ambiente han incitado a varios pueblos indígenas del delta del Níger a unirse a los grupos militantes y atacar a los trabajadores de compañías petroleras.³⁸ En 2006, uno de los grupos, conocido como el Movimiento para la Emancipación del Delta de Nigeria (“MEND”), ganó notoriedad internacional cuando se adjudicó la responsabilidad por el secuestro de cuatro trabajadores petroleros extranjeros.³⁹ Miembros del MEND han incluso ocasionalmente secuestrado a los miembros de la familia de los trabajadores petroleros.⁴⁰ El grupo reclama que sus acciones constituyen una atempera para obtener derechos para la comunidad local que participe en la industria petrolera.⁴¹ Los militantes insisten en que ellos representan las comunidades marginadas que han sido “excluidos de la riqueza de sus tierras.”⁴² Además, el Consejo de Relaciones Exteriores ha señalado que desde el año 2006, “los ataques del MEND contra oleoductos y secuestros han reducido la producción de petróleo en el delta del Níger en aproximadamente un tercio.”⁴³ Nigeria es el quinto mayor proveedor de petróleo de Estados Unidos (“EE.UU.”) y, como es comprensible, el gobierno de EE.UU. ha expresado su preocupación sobre la capacidad del MEND para trastornar el suministro mundial de petróleo.⁴⁴ Aunque MEND ha captado la atención internacional recientemente, las protestas en el delta del Níger no son un fenómeno nuevo. Las manifestaciones comenzaron en la década de 1990, iniciada por miembros de el grupo etnia Ogoni, que eran los habitantes indígenas del delta.⁴⁵ La gente del pueblo Ogoni fueron atormentados por la degradación del medio ambiente del delta, como resultado de las operaciones de petróleo y la falta de desarrollo económico en sus comunidades.⁴⁶ El Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoni (“MOSOP”) fue el primer grupo de militantes en el delta en llamar la atención internacional.⁴⁷ Dirigido por Ken Saro-Wiwa, hicieron campaña de forma pacífica contra

las operaciones de Royal Dutch / Shell que contribuyeron al deterioro de su medio ambiente, mientras que en su comunidad no derivó ningún beneficio monetario.⁴⁸

Los esfuerzos de MOSOP llevó a Shell a cesar sus operaciones en Ogoni en 1993.⁴⁹ Sin embargo, las acusaciones abundaron que el gobierno de Nigeria, apoyado monetariamente por Shell, utilizó la fuerza letal contra el pueblo Ogoni en toda la década de 1990.⁵⁰ Además, Saro Wiwa y otros ocho miembros del MOSOP fueron ejecutados en 1995 por el régimen militar de Nigeria.⁵¹ Los familiares de los miembros del MOSOP ejecutados presentaron una demanda contra Shell en 1996, demandando a Shell por sus muertes injustas. Después de más de una década de litigios y daños a la reputación, Shell acordó pagar \$15.5 millones a las familias de las víctimas en 2009.⁵² Cuando la Comisión Africana de Derechos Humanos dictó sentencia sobre el caso Ogoni en 2002, se destacó la importancia de FPIC.⁵³ La Comisión señaló que a lo largo de sus relaciones con los consorcios de petróleo, el gobierno de Nigeria no logró involucrar a la gente de Ogoni en asuntos que eran fundamental para su región, Ogoniland.⁵⁴ Además, el gobierno de Nigeria había infringido el derecho del pueblo Ogoni de disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, mediante la emisión de concesiones petroleras en tierras Ogoni sin consultarles.⁵⁵

El conflicto en el Delta del Níger demuestra que cuando los Estados no estiman los derechos humanos y asignan derechos a las empresas que operan en los territorios indígenas, las empresas pueden compartir la carga de calmar el descontento social resultante. Además, este clima político y social puede servir para socavar las inversiones realizadas por una empresa en un determinado territorio.⁵⁶

La adhesión al FPIC, especialmente en los países que votaron a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, reduce los riesgos legales y la reputación a largo plazo para las empresas transnacionales.⁵⁷ De hecho, los analistas han descubierto que los beneficios a largo plazo derivados de la utilización de FPIC-como la licencia social-superan los obstáculos que las compañías petroleras y de gas pueden encontrar en la búsqueda de la aprobación pública.⁵⁸

LIBRE, PREVIO E INFORMADO CONSENTIMIENTO Y DERECHOS DE PROPIEDAD

El artículo 1 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, expresa el concepto de pueblos indígenas y tribales. De acuerdo con el convenio, el primero constituye:

“Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea de su situación jurídica, conservan todas o algunas de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.”⁵⁹

Los datos disponibles revelan que aproximadamente tres cuartas partes (900 millones) de las poblaciones más pobres del mundo (1.5 billones) habitan en las zonas rurales; aproximadamente un tercio de las personas que viven en

las zonas rurales son los pueblos indígenas, que habitan en al menos 70 países.⁶⁰ En la mayoría de los casos, el nivel de pobreza en las comunidades indígenas es excepcionalmente alta.⁶¹ Para ilustrar, el 86.6 por ciento de los pueblos indígenas de Guatemala y el 80.6 por ciento de los pueblos indígenas en México son empobrecidos.⁶² Por lo tanto, esta relación sugiere que la asistencia a los pueblos indígenas en la superación la pobreza también reducirá significativamente el número de las zonas rurales pobres en el mundo.⁶³

La vulnerabilidad material de los pueblos indígenas puede atribuirse a su tendencia a habitar en zonas donde los derechos de propiedad no están bien definidos.⁶⁴ Territorios propiedad de indígenas a menudo ofrecen las fuentes de generación de energía, el agua, los minerales y los recursos que pueden no estar disponibles en otros lugares dentro del estado.⁶⁵ Los territorios también pueden presentar oportunidad para inversiones en ecoturismo y explotación de árboles.⁶⁶ Cuando estos recursos son explotados de manera que degrada el medio ambiente de los territorios de los cuales ellos dependen para su sustento entonces se acentúa su vulnerabilidad.⁶⁷

El principio del FPIC es proveer a los pueblos indígenas una medida de protección contra el desarrollo impuesto y la degradación del medio ambiente. Sin embargo, la protección y la capacitación de los pueblos indígenas depende del gobierno, el cumplimiento de corporaciones a las FPIC, la propiedad colectiva de la tierra, la caracterización mediante el mapeo participativo de los límites territoriales y la demarcación legal de la tierra.⁶⁸ La falta de legalidad de propiedades de las comunidades indígenas los vulnera a perder el control sobre sus tierras ancestrales porque permite el gobierno utilizarlas para proyectos de desarrollo y concede los derechos de propiedad a compañías extranjeras. La comunidad indígena Endorois en Kenya⁶⁹ es un ejemplo de lo primero, como los Saramaka, una tribu en Suriname, es ejemplo de el segundo punto.⁷⁰

La comunidad Endorois a ocupado su territorio por mas de 300 años, mientras los Saramaka han ejercido control sobre su territorio desde el siglo 17.⁷¹ Ninguna comunidad solicitó a su respectivo gobierno el reconocimiento formal de sus tierras hasta que perdieron control de sus propiedades afectando significativamente su forma de vida, interponiendo recurso legal. Sin embargo, cuando empresas transnacionales adhieren el FPIC en sus proyectos, tienen el potencial de garantizar los derechos formales de propiedad para la comunidad indígena y esto puede tener el efecto de fortalecer derechos de propiedad dentro del Estado.

El termino “derechos de propiedad” ha sido definido de varias maneras.⁷² Una definición proferida por Armen, Alchian y Harold Demsetz en 1972 es suficiente para el propósito de esta discusión. Esta definición consta de tres componentes, el derecho al control, a derivar ingresos de, y a transferir recursos situados en el propiedad del individuo.⁷³ Es difícil para las comunidades indígenas que se esfuerzan para mantener estos derechos porque en muchas ocasiones los límites de los territorios no se saben.⁷⁴ Mapas del gobierno “muchas veces no reflejan el uso tradicional de la población indígena.”⁷⁵ Por lo tanto, antes de embarcarse en la etapa exploratoria, las empresas deben de ser prudentes

al intentar adherir al FPIC. Deben obtener los servicios de un geógrafo social u otro profesional que tenga conocimiento y experiencia de los usos de la tierra por los grupos indígenas.⁷⁶ Esto permitirá que las empresas transnacionales determinen a cabalidad el grupo indígena preciso a quien deben consultar.

El esfuerzo de las empresas multinacionales en determinar los límites de las propiedades, puede ser muy valioso en producir evidencia de que los grupos de poblaciones indígenas necesitan reclamar legalmente y después establecer sus derechos de propiedad.⁷⁷ Por ejemplo, Western Mining Corp Ltd. en las Filipinas utilizó los servicios de equipos arqueólogos y etnográficos con el propósito de comprobar que la tierra sí era de la gente indígena.⁷⁸ Determinaciones de la corporación ayudaron a la población indígena cuando buscaron títulos de sus tierras debido a que los resultados proporcionaron claridad con respecto a los parámetros de la zona.⁷⁹ Además, los beneficios para las empresas de llevar a cabo este proceso es doble, no sólo partidarios ganan la confianza de la comunidad, sino que también crean un clima legal inequívoco de operación para la duración de su permanencia en ese estado.⁸⁰

CONCLUSIÓN

Amartya Sen argumentó que “En esta época, las regiones del mundo (que) están más relacionados entre sí que en cualquier otro momento de la historia.”⁸¹ En consecuencia, el desarrollo de la tierra no es sólo la influencia de los gobiernos, sino también por las empresas transnacionales, ya que se encuentran entre los conductores mas importantes de la globalización.⁸² Sin embargo, en el corazón del concepto de libre, informado y previo consentimiento se refiere a la idea de la autodeterminación. El principio tiene implicaciones de largo alcance en el contexto de la justicia ambiental y al mismo tiempo habilita a las comunidades indígenas a alcanzar derechos de propiedad y a superar la pobreza y la marginación.

La aplicación del FPIC es beneficiosa para los Estados, las empresas transnacionales y los pueblos indígenas. La participación de De Shell en el Delta del Níger es un claro ejemplo de las dificultades y las consecuencias que se sufren cuando las empresas no cumplen con el FPIC. Las empresas transnacionales que empleen FPIC estarán protegidas de la ira de los pueblos indígenas expuestos constantemente a la dicotomía de la riqueza mineral, la degradación del medio ambiente y la pobreza humana. Además, mediante la adquisición de una licencia social, las empresas transnacionales preservan su reputación y evitan enredos de abusos de derechos humanos. Cuando se aplica correctamente, el principio de FPIC juega un papel en la reducción de los efectos que emanan de la reubicación forzosa, como la pobreza y la marginación económica y proporciona un apoyo vital en la lucha por la justicia ambiental. La creciente importancia del FPIC y los ejemplos aquí resalta la riqueza de los factores que afectan el desarrollo humano, tales como el gobierno local, la protección del medio ambiente, la justicia, el comercio y los derechos humanos al mismo tiempo que ilustra la importancia de este principio como un mecanismo esencial en un mundo altamente globalizado.

