



INDIAN LAW
RESOURCE CENTER

Comentarios sobre la Política de Constitución del Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación del Banco Interamericano de Desarrollo

Por Leonardo A. Crippa
Octubre 2013

I Introducción.....	2
II Accesibilidad.....	3
III Independencia.....	7
IV Conclusión.....	8

602 North Ewing Street
Helena, Montana 59601
ph. (406) 449-2006 | fax (406) 449-2031

601 E Street, SE
Washington, DC 20003
ph. (202) 547 2800 | fax (202) 547 2803

www.indianlaw.org

Comentarios sobre la Política de Constitución del Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación del Banco Interamericano de Desarrollo

Por Leonardo A. Crippa*

I | Introducción

1. El Banco Interamericano de Desarrollo (Banco) se ha embarcado en la revisión de su *Política de Constitución del Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (Política)*, la cual fue aprobada en Febrero de 2010 por su Directorio Ejecutivo.¹ Esta Política no sólo regula el procedimiento a seguir ante este Mecanismo para la presentación y procesamiento de Solicitudes, sino también crea su actual estructura orgánica tripartita, a saber: Secretaría Ejecutiva, Ombudsperson de Proyectos y Panel de Verificación de Observancia. Este nuevo mecanismo así creado reemplazó al otrora Mecanismo de Investigación Independiente, el cual funcionó hasta inicios de 2010.
2. Indian Law Resource Center (Centro) ofrece estos breves comentarios sobre la *Política* tratando de recoger las preocupaciones particulares que los pueblos indígenas de la región tienen al respecto. Estos comentarios se basan en los comentarios sobre el borrador de esta *Política* presentados en 2009;² así como en la experiencia recogida desde la presentación en 2012 de una Solicitud de Consulta y Verificación de Observancia en representación de las siete comunidades indígenas afectadas por el Proyecto Eólico Mareña Renovables.³ Este Proyecto es parcialmente financiado por el Banco y se encuentra hoy sujeto a la verificación de observancia. Por medio de tal Solicitud, el Centro pudo poner a prueba las reglas procesales establecidas por esta *Política*. Las vicisitudes de las discusiones tenidas sobre los requisitos de elegibilidad y exclusiones, constituyen insumos clave que informan estos comentarios.
3. Sin perjuicio de lo anterior, el Centro insta al Banco a llevar a cabo un proceso de consulta inclusivo, en virtud del cual, los pueblos indígenas sean informados sobre este proceso de revisión y puedan participar plena y efectivamente en *todas* sus etapas si así lo desean. Conforme surge del sitio web destinado a este proceso, el Banco no ha considerado participación alguna de los pueblos indígenas de la región en esta primera etapa del proceso.⁴ Al mismo

* Abogado 2001, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina; Escribano 2002, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina; LLM 2008, American University; Abogado Senior, Indian Law Resource Center.

1 Banco Interamericano de Desarrollo, *Política de Constitución del Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación*, 17 Febrero 2010, <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35074768>

2 Indian Law Resource Center, *Comments and Recommendations on the IDB's Proposed Independent Consultation and Investigation Mechanism*, Septiembre 2009, <http://www.indianlaw.org/sites/default/files/2009-09-30%20Comments%20ICIM%20FINAL%20ENG.pdf>

3 Ver Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación, *México - Proyecto Eólico Mareña Renovables (ME-MICI002-2012)*, http://www.iadb.org/es/mici/detalle-de-reclamo,1804.html?id=ME-MICI002-2012#.Ukrt6NuF_H5 (última visita de 30 Setiembre 2013)

4 Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación, Consultas Públicas, http://www.iadb.org/en/civil-society/public-consultations/independent-consultation-investigation-mechanism-2013/the-independent-consultation-and-investigation-mechanism-starts-public-consultation,8613.html#.Uk3NR9uF_H4 (última visita de 3 Octubre 2013).

tiempo, desconocemos los planes que el Banco tiene al respecto para las posteriores etapas del mismo. Sin dudas, las consultas electrónicas no constituyen una forma idónea para recoger inputs de pueblos indígenas ubicados en los Países Miembro del Banco. Esperamos que la voz de los pueblos indígenas pueda ser tenida presente por el Banco, y que los esfuerzos destinados para tales efectos puedan a la vez servir para dar a conocer la existencia del Mecanismo a los pueblos indígenas. Cabe recordar que, la Organización de Estados Americanos, organización regional madre del Banco, ha establecido como estándar internacional la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas de la región en los procesos de toma de decisiones que afecten sus derechos e intereses.

II | Accesibilidad

4. Todos los requisitos de exigibilidad y factores de exclusión establecidos por la *Política* son determinantes en la admisión de las Solicitudes presentadas por comunidades afectadas y/o potencialmente afectadas por un Proyecto financiado por el Banco para la fase de consulta y/o verificación de observancia. Es por eso que, nuestros comentarios de 2009 abordaron estos extremos en detalle y sugirieron cambios concretos en la redacción de los mismos.⁵ Por cuestiones de brevedad y para evitar aquí repeticiones, nos remitimos a tales comentarios, cuyas recomendaciones ratificamos en todos sus términos.

5. Sin perjuicio de ello, el Centro considera importante analizar en particular el Art. 37(i) de la *Política*, disposición comúnmente llamada “cláusula judicial”. Esta cláusula constituye una de las exclusiones, en virtud de la cual:

“[n]o se aplicará ni Fase de Consulta ni Fase de Verificación de la Observancia a... (i) solicitudes que planteen temas que estén siendo objeto de procesos arbitrales o judiciales por órganos nacionales, supranacionales o similares.”

En conexión con esta cláusula, también nos referiremos más adelante a los Arts. 55 *in fine* y 59 de la *Política*, por cuanto todas estas disposiciones generan espacios de influencia externa en las decisiones del Panel de Verificación de Observancia, lo cual mengua su independencia funcional.

6. En nuestra opinión, la cláusula judicial debería ser eliminada de la *Política*, tal como lo recomendamos en nuestros comentarios de 2009.⁶ La experiencia recogida por el Mecanismo en el análisis de Solicitudes a la luz de esta cláusula deja entrever su impertinencia, vaguedad de los términos usados en su redacción, y necesidad de criterios de aplicación por los órganos del Mecanismo en caso que se decida mantenerla en vigencia. Estos extremos tienen el gran potencial de privar el acceso de comunidades afectadas por proyectos financiados por el Banco a las bondades que la rendición interna de cuentas ofrece—objeto y fin últimos del Mecanismo. A continuación, proporcionamos algunas razones para su eliminación.

Impertinencia de la cláusula judicial

5 Indian Law Resource Center, *Comments and Recommendations on the IDB's Proposed Independent Consultation and Investigation Mechanism*, *supra* nota 2.

6 *Ibid.*, en 9-10.

7. Esta cláusula no tiene razón de ser como factor de exclusión de Solicitudes. La naturaleza de este Mecanismo es rendición interna de cuentas, lo cual acarrea la verificación de observancia de las políticas internas del Banco por los Proponentes de Proyectos. Sin embargo, esta cláusula insta a los órganos del Mecanismo a comportarse como un órgano judicial y a analizar cuestiones legales, lo cual escapa de su naturaleza y fin último.

8. Esta cláusula impone a tales órganos una consideración seria de procesos legales para determinar la elegibilidad de una Solicitud. Esto requiere conocimiento legal previo sobre los procesos y/o procedimientos que podrían caer dentro del ámbito de aplicación de la cláusula. Nótese que, por un lado, los miembros de tales órganos usualmente no cuentan con tal conocimiento legal previo; y por el otro, resulta iluso o imposible aspirar a reunir un conocimiento acabado sobre el derecho interno de cada uno de los países prestatarios del Banco en los miembros de estos órganos. Todo esto, sería necesario para poder analizar, en forma idónea, el grado de relación existente entre el asunto sometido a consideración judicial y el Proyecto objeto de la Solicitud.

9. La existencia de esta cláusula construye espacios de abusos a favor de los Proponentes de Proyectos—trátase de corporaciones o países. Estos abusos pueden tener lugar por medio de la interposición de acciones legales irrisorias o frívolas por el Proponente ante cortes domésticas que, siempre que el asunto guarde algún grado de relación con el Proyecto, pueden forzar a los órganos del Mecanismo a declarar una eventual Solicitud no-elegible para la fase correspondiente. Nótese que, el mero hecho que el asunto “este siendo objeto de procesos” (Art. 37(i) de la *Política*) fuerza automáticamente a los órganos del Mecanismo a aplicar esta cláusula, lo cual detendría todo progreso de tal Solicitud en el procedimiento ante el Mecanismo. Esto es totalmente factible debido a la falta de criterios concretos de interpretación de esta cláusula, tal como se explica más adelante.

10. Al mismo tiempo, esta cláusula insta a las comunidades afectadas interesadas en este mecanismo interno de rendición de cuentas del Banco a no acudir al órgano judicial del país por hechos vinculados al Proyecto que se trate. Esto es particularmente preocupante en el caso de comunidades indígenas cuyos derechos colectivos, especialmente derechos de dominio sobre tierras y recursos bajo su posesión, suelen ser ignorados por el órgano ejecutivo de los países prestatarios en el diseño de los proyectos que se presentan al Banco para su financiamiento—ej. proyectos propios de industrias extractivas, de infraestructura, energéticos, conservacionistas, y ahora relativos a REDD+ (reducción de emisiones por deforestación y degradación de los bosques). Ante tales circunstancias, las comunidades indígenas suelen acudir al órgano judicial del país, en tanto órgano independiente del ejecutivo, a efectos de lograr una protección judicial de tales derechos. Sin dudas, esta cláusula puede menguar el acceso de las comunidades afectadas por un Proyecto tanto a los servicios de justicia del país como a las bondades del Mecanismo. Cabe recordar que, proceso pendiente equivale hoy a no-elegibilidad de una Solicitud.

11. Finalmente, esta cláusula erige un marco de análisis limitado, el cual se ciñe al mero estado de un proceso—sea o no fundada la acción legal que lo inició. El factor decisorio es el mero hecho que el proceso esté pendiente de decisión final, no la verosimilitud del proceso ni la suerte que la acción legal en cuestión siga ante la instancia judicial correspondiente. Esto

impone una consideración ceñida al estado del proceso, el cual puede ser de naturaleza irrisoria y su objeto no guardar relación clara con el Proyecto. Tal consideración puede determinar una decisión en materia de elegibilidad, sea tal decisión positiva o negativa, que debido a la suerte que siguió el proceso en cuestión puede generar una clara injusticia para una de las partes.

Vaguedad de los términos usados en la cláusula judicial

12. Tal como lo recomendamos en 2009,⁷ la cláusula judicial debe ser eliminada de la *Política* por las razones explicadas en detalle a lo largo de estos comentarios. En aras a la transparencia y buena fe que debería guiar este proceso de revisión de la *Política*, el Centro solicita al Banco que ponga a disposición del público la exposición de motivos sobre los cuales basaron esta cláusula. En caso que el Banco decida mantenerla en vigencia, el Centro solicita además respuestas a las preguntas formuladas abajo y propone criterios claros que puedan guiar la interpretación de esta cláusula por los órganos del Mecanismo. Todo esto, por cuanto, la actual redacción de esta cláusula es vaga e imprecisa y erige un espacio de discreción hacia el interior del Mecanismo y del Banco de dimensiones desconocidas.

13. La primera parte de esta cláusula—“temas que estén siendo objeto de”—nos genera las siguientes preguntas sobre las cuales esperamos contar con las debidas respuestas aclaratorias.

- i. Cuáles son los “temas” a los cuales se refiere esta cláusula? En términos procesales, esto pretende referirse a la pretensión procesal reflejada en una acción judicial? Tal vez, esto se refiere al cúmulo de derechos cuya protección judicial se persigue lograr con la acción judicial?
- ii. El término “temas” abarca derechos implícitos? En términos sustanciales, nos referimos a aquellos derechos cuya protección judicial existe en el derecho interno de los países prestatarios del Banco a pesar de no contar con una consagración explícita en la Constitución Nacional y/u otras leyes internas.

14. La segunda parte—“procesos arbitrales o judiciales, por órganos nacionales, supranacionales o similares”—despierta también numerosos interrogantes, a saber:

- i. Cuáles son los “procesos” a los cuales se refiere esta cláusula? A los procesos contenciosos? Cuál es la situación de los procesos voluntarios? Están incluidos estos procesos en esta cláusula?
- ii. Si la cláusula se refiere a procesos contenciosos; incluye ello a todos sus tipos? Nos referimos a procesos ordinarios, constitucionales, ejecutivos y cautelares, entre otros.
- iii. El término “procesos” sugiere que los procedimientos administrativos quedan afuera del ámbito de aplicación de la cláusula. Es esta interpretación correcta? Generalmente, se entiende por “procesos” a aquellos procesos donde el órgano de toma de decisiones es un órgano judicial.

⁷ *Ibid.*

iv. Cuáles son los procesos “similares” a los cuales se refiere la cláusula?

15. Los órganos del Mecanismo se ven forzados a interpretar los términos vagos e imprecisos de esta cláusula sin contar con el intercambio recíproco de comentarios entre las partes: Solicitantes y Proponente del Proyecto. En virtud de esta *Política*, toda discusión con respecto a la aplicación o no de esta cláusula tiene lugar usualmente sólo entre los Solicitantes y el órgano pertinente del Mecanismo. La carga procesal recae así en los Solicitantes. La *Política* no obliga a los órganos a contar con el intercambio recíproco de comentarios entre partes. Todo esto, a pesar de que tal intercambio podría generar insumos que no sólo guiarían la decisión a tomar por el órgano correspondiente, sino también limitarían la discrecionalidad institucional que existe para la determinación de elegibilidad.

16. Al mismo tiempo, la falta de precisión de los términos usados en la redacción de esta cláusula crea un espacio de influencia externa sobre el Mecanismo que mengua su independencia. La vaguedad de esta cláusula juega a favor de otros órganos y actores del Banco, quienes pueden objetar la interpretación hecha por los órganos del Mecanismo, tal como se explica abajo. Tal influencia puede provenir, sin inconveniente alguno, por parte del Presidente del Banco, Directorio Directivo y/o la Administración, instancias internas del Banco que tienen un claro interés en que toda Solicitud sea declarada no-elegible. Téngase presente que, estas instancias internas del Banco son informadas plenamente sobre la presentación inicial de toda Solicitud,⁸ así como sobre las decisiones en materia de elegibilidad de cada uno de los órganos del Mecanismos.⁹

Criterios que podrían gobernar la aplicación de la cláusula judicial

17. Es necesario contar con criterios claros que puedan guiar la interpretación y aplicación de esta cláusula por los órganos del Mecanismo. El análisis en torno a la litispendencia internacional debería ser un criterio a profundizar por el Banco en caso que decida mantener esta cláusula—cláusula cuya eliminación recomendamos firmemente. Este análisis forma parte de una práctica seguida por numerosos órganos supranacionales, y podría ser considerado para imprimir seguridad y confiabilidad en el mecanismo interno de rendición de cuentas del Banco. Para tales efectos, sería necesario contar con una referencia expresa al respecto en la nueva versión de la *Política*. De esta manera, los órganos del Mecanismo estarían obligados a analizar la cláusula judicial a la luz de los elementos constitutivos del análisis de litispendencia internacional, a los cuales nos referimos abajo.

18. La determinación de litispendencia guía todo análisis, en virtud del cual, se busca determinar si existe o no duplicidad de procesos—sean estos nacionales o internacionales. En términos generales, la determinación de litispendencia internacional reposa sobre la identidad de tres elementos: partes, objeto y bases legales. Existe litispendencia internacional sólo cuando estos tres elementos son idénticos en los procesos objeto de análisis. Por ejemplo, esto podría ser usado para analizar un procedimiento ante el Mecanismo y un procedimiento ante un órgano supranacional de derechos humanos, entre otros. Sólo la conclusión positiva sobre la existencia

8 Ver Banco Interamericano de Desarrollo, *Política de Constitución del Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación*, *supra* nota 1, Art. 40(h).

9 *Ibid.*, Art. 39, 41. Ver también Art. 55, 57.

de litispendencia debería ser tenida en cuenta para determinar la no-elegibilidad de la Solicitud ante el Mecanismo. Para mayor información, leer la sentencia adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá (Serie C No. 61), 18/11/1999, párrafos 47-59, entre otros casos.

III | Independencia

19. Resulta difícil poder pensar en la “independencia” de los mecanismos de rendición de cuentas que hoy existen en los bancos multilaterales de desarrollo, porque son de mera naturaleza *interna*. En efecto, estos mecanismos forman parte de la estructura orgánica de estos bancos, cuyo Directorio Ejecutivo no sólo adopta las políticas que gobiernan estos mecanismos, sino también en muchos casos deciden las acciones a seguir después de recibir los informes de investigaciones por parte de los mecanismos. Además, el personal de estos mecanismos recibe tratamiento en estos bancos como cualquiera de sus empleados y sus salarios son establecidos y pagados por el Directorio Ejecutivo al cual rinden cuentas de sus gestiones. En otras palabras, el Directorio Ejecutivo de estos bancos impone las reglas de juego de estos mecanismos, tal como sucede con otros órganos de los bancos. Nótese que, ese mismo Directorio Ejecutivo es el órgano que aprueba los Proyectos que estos bancos financian.

20. De igual manera, nos resulta difícil poder reflexionar aquí sobre todos los elementos relevantes para analizar tal independencia—somos consientes que algunos extremos se relacionan con la estructura orgánica del Banco dentro de la cual este Mecanismo se inscribe; mientras que otros se refieren al funcionamiento del Mecanismo y a la posibilidad de influencia por otros órganos del Banco. No obstante, el Centro se esforzará por reflexionar aquí sobre estos últimos extremos en el marco de dos circunstancias específicas: (1) decisión de elegibilidad por el Presidente del Panel de Verificación de Observancia; y (2) adopción de términos de referencia por el Panel Verificación de Observancia.

21. En primer lugar, la decisión de elegibilidad por cualquiera de los órganos del Mecanismo no debe estar sujeta a objeción alguna por el Directorio Ejecutivo, sea esta objeción explícita y/o implícita. En la práctica, la factibilidad de tal objeción surge en virtud de la circunstancia procesal regulada por el Art. 55 *in fine* de la *Política*, en virtud de la cual:

“[e]l Presidente del Panel [de Verificación de Observancia] examinará la Solicitud para establecer su elegibilidad, independientemente de la determinación del Ombudsperson de Proyectos. En caso de que una Solicitud se considere elegible, el Presidente del Panel dará instrucciones al Secretario Ejecutivo para que, sin demora,... notifique al Directorio (y al Comité de Donantes, si se trata de una operación financiada por el FOMIN), al Presidente del Banco....”

22. Tal vez, la factibilidad de la objeción en cuestión no surja explícitamente del texto del Art. 55. No obstante, no resulta difícil imaginarse tal objeción ante toda decisión positiva tomada en torno a la elegibilidad de la Solicitud por el Presidente del Panel cuando ha existido una decisión previa contraria a tal elegibilidad por el Ombudsperson de Proyectos. Téngase presente que, toda decisión tomada por los órganos del Mecanismo se notifican al Directorio Ejecutivo. Esto cobra especial sentido cuando la razón de la disparidad de criterios entre tales órganos obedece a la aplicación de la cláusula judicial, tal como ha ocurrido en el marco de la

consideración de nuestra Solicitud sobre el Proyecto Eólico Mareña Renovables.¹⁰ En los hechos, hemos notado una tendencia en el Panel de Verificación de Observancia a confirmar una decisión positiva previa de elegibilidad por otra decisión posterior, justamente por temor a eventuales objeciones que pudieran surgir de parte del Directorio Ejecutivo. Por ejemplo, a lo largo del trámite de nuestra Solicitud hemos recibido dos decisiones de elegibilidad de parte del Presidente del Panel—mientras la primera no fue pública (28 Junio 2013),¹¹ la segunda si lo fue (8 Septiembre 2013).¹² Por este motivo, entre otros, hemos sugerido la eliminación de la cláusula judicial en tanto genera espacios de influencia externa en el Mecanismo.

23. En segundo lugar y en conexión con lo anterior, la adopción de los términos de referencia para una investigación están explícitamente sujetos a objeción por órganos y agentes del Banco. Al decir del Art. 59 de la *Política*:

“[t]ras considerar la recomendación, el Directorio, el Comité de Donantes o el Presidente del Banco, según corresponda, deberán (a) aprobar la recomendación y los términos de referencia manifestando su no objeción, o bien (b) objetar, en cuyo caso la recomendación y los términos de referencia serán considerados por el Directorio o el Comité de Donantes, según corresponda, con arreglo a sus reglamentos respectivos.”

Queda bastante claro aquí el marco de influencia que estas instancias internas del Banco tienen con respecto a una decisión tomada por el Panel de Verificación de Observancia, lo cual es totalmente repudiable porque limita abiertamente la independencia funcional del Panel. Es por eso que, recomendamos su eliminación de la *Política*.

IV | Conclusión

24. Sobre la base de lo expuesto, el Centro espera que estos breves comentarios puedan arrojar luces sobre los temas bajo discusión en el marco de este proceso de revisión de la *Política*. En lo que respecta al proceso, esperamos que el Banco adopte medidas proactivas, a efectos de incluir la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas de la región. Las tierras, territorios, recursos y medio ambiente del cual dependen los pueblos indígenas para su subsistencia física y cultural, suelen ser materia puesta a consideración del Banco por medio de Proyectos diseñados por el órgano ejecutivo de los países y/o de las corporaciones prestatarias del Banco—en numerosos casos, los pueblos indígenas no participaron en el diseño de tales Proyectos ni sus derechos fueron tenidos en cuenta.

10 Ver Ombudsperson de Proyectos, *ME-MICI002-2012 Determinación de la Elegibilidad para la Fase de Consulta – México: Proyecto de Energía Eólica de Mareña Renovables*, 1 Febrero 2013, <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37603276>. Ver también, Panel de Verificación de Observancia, *ME-MICI002-2012 Fase de Verificación de la Observancia – Determinación de Elegibilidad: Proyecto Eólico de Mareña Renovables*, 8 Septiembre 2013, <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38068234>.

11 Panel de Verificación de Observancia, *Memorándum: ME-MICI002-2012 Fase de Verificación de la Observancia – Determinación de Elegibilidad: Proyecto Eólico de Mareña Renovables*, 28 Junio 2013 (en archivos con el autor).

12 Panel de Verificación de Observancia, *ME-MICI002-2012 Fase de Verificación de la Observancia – Determinación de Elegibilidad: Proyecto Eólico de Mareña Renovables*, *supra* nota 10.

25. En materia de asuntos sustanciales sujetos a discusión, esperamos que nuestros comentarios sobre la cláusula judicial sean tenidos presente. Esto es sumamente importante, en función de la relación que existe entre esta cláusula y el acceso de comunidades indígenas tanto a los servicios de justicia existente en los Países Miembro del Banco como a las bondades del Mecanismo. Esto cobra verdadera importancia cuando un Proyecto financiado por el Banco, sea el Proponente una corporación o un país, afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial sus derechos de dominio sobre las tierras y recursos bajo su posesión, entre otros. De la misma manera, esperamos que las disposiciones aquí analizadas que afectan la independencia funcional del Panel de Verificación de Observancia sean seriamente consideradas. Sobra decir que, estaremos pendientes de la puesta a disposición del público por el Banco de la exposición de motivos y las respuestas a nuestras preguntas sobre la cláusula judicial.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Leonardo A. Crippa', with a long horizontal stroke extending to the right.

Leonardo A. Crippa
Senior Attorney
Indian Law Resource Center