



Asamblea General

Distr. general
19 de julio de 2010

Original: español

Consejo de Derechos Humanos

15. ° período de sesiones

Tema 3 de la agenda

Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya

Resumen

El presente informe es el tercer informe anual que presenta al Consejo de Derechos Humanos el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, de conformidad con la resolución 6/12 del Consejo. En el informe, el Relator Especial presenta un resumen de las actividades llevadas a cabo durante el segundo año de su mandato, incluyendo la cooperación con otros mecanismos internacionales y regionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, así como las actividades llevadas a cabo en el marco de sus cuatro esferas de trabajo principales: la promoción de buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y las comunicaciones relativas a alegaciones de violación de los derechos humanos.

En esta ocasión, el Relator Especial dedica la segunda parte de su informe al análisis de la responsabilidad que atañe a las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas, en el marco de las expectativas que se han generado en la comunidad internacional en este ámbito.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-3	
II. Resumen de las actividades.....	4-25	
A. Coordinación con otros mecanismos y organismos universales y regionales...	4-9	
B. Esferas de trabajo.....	10-25	
III. La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas	26-80	
A. La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos.....	33-38	
B. Los estándares internacionales relativos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos de pueblo indígenas	39-45	
C. La diligencia debida de las empresas en relación con el deber de respetar los derechos de pueblo indígenas	46-80	
IV. Conclusiones y recomendaciones.....	81-91	

I. Introducción

1. Este informe es presentado por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas al Consejo de Derechos Humanos de conformidad con su resolución 6/12.
2. El informe presenta, en primer lugar, un resumen de las actividades llevadas a cabo por el Relator Especial en el marco del cumplimiento de su mandato. En la segunda parte del informe, el Relator Especial presenta un análisis sobre la responsabilidad de las empresas en relación con el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco de las normas internacionales existentes. Varias adiciones a este informe reflejan las actividades y evaluaciones del Relator Especial dentro de sus áreas de trabajo. Véanse párrafos 10 a 25.
3. El Relator Especial agradece el apoyo brindado por el personal de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. También desea agradecer al personal y a los investigadores del Programa de Apoyo al Relator Especial de la Universidad de Arizona por su constante ayuda a todos los aspectos de su labor. Finalmente, el Relator Especial quisiera agradecer a los numerosos pueblos indígenas, Gobiernos, órganos y mecanismos de las Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales (ONG), y otras entidades y personas que cooperaron con él durante el pasado año en el cumplimiento de su mandato. El Relator Especial quisiera por último agradecer el apoyo brindado por las ONG Kreddha y UNESCO-Catalunya en la presentación del presente informe.

II. Resumen de las actividades

A. Coordinación con otros mecanismos y organismos universales y regionales

4. Durante el período correspondiente al segundo año de su mandato, el Relator Especial ha continuado su cooperación con los demás mecanismos del sistema de las Naciones Unidas que tratan el tema de los pueblos indígenas, en particular, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cumplimiento del mandato del Consejo de Derechos Humanos¹.
5. Como parte de sus esfuerzos de coordinación y cooperación con estos mecanismos, en el mes de enero de 2010, el Relator Especial participó en una reunión en Nueva York junto con representantes del Foro Permanente y del Mecanismo de Expertos. En dicha reunión, se realizó un intercambio de información con respecto a las respectivas agendas de trabajo y se analizaron formas de canalizar sus distintas actividades y hacerlas más efectivas.
6. Con miras a proporcionar insumos al trabajo del Mecanismo de Expertos, en enero de 2010, el Relator Especial participó en una consulta regional en Tailandia, organizada por la ONG Pacto de los Pueblos Indígenas de Asia (*Asia Indigenous Peoples Pact*), y con la

¹ Resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1, inc. e.

participación de miembros del Mecanismo de Expertos. En dicha reunión, el Relator Especial presentó su contribución a la investigación que el Mecanismo de Expertos está llevando a cabo actualmente en relación con el derecho de los pueblos indígenas a la participación.

7. Durante el último año, el Relator Especial también ha procurado coordinar esfuerzos con otros organismos de derechos humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas. Con esta finalidad, el Relator Especial participó en reuniones en Trinidad y Tabago, en diciembre de 2009, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y en Tailandia, en enero de 2010, organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y de la Oficina del Alto Comisionado.

8. Otro de los resultados de los esfuerzos de coordinación ha sido la celebración de reuniones paralelas con representantes de pueblos y organizaciones indígenas durante los períodos de sesiones del Foro Permanente y el Mecanismo de Expertos, en las cuales se les brinda la oportunidad de presentarle información en relación con las situaciones específicas que enfrentan en sus respectivos países. Dichas reuniones se llevaron a cabo durante el noveno período de sesiones del Foro Permanente, en abril de 2010 y el tercer período de sesiones del Mecanismo de Expertos, en julio de 2010. Durante dichos períodos de sesiones, el Relator Especial también tuvo la oportunidad de reunirse con representantes de distintos Estados y organismos de las Naciones Unidas para tratar asuntos relativos a su mandato.

9. En el ámbito regional, el Relator Especial se reunió en 2010 con miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para analizar distintas formas de coordinación y colaboración en aspectos relativos a su mandato. Asimismo, en junio de 2010 participó en un seminario organizado por la secretaría de la Comisión Interamericana, que tuvo como objeto la capacitación de líderes indígenas de América del Norte en los mecanismos del sistema internacional e interamericano de derechos humanos.

B. Esferas de trabajo

10. Junto con la coordinación con otros mecanismos internacionales, el Relator Especial ha continuado desarrollando sus métodos de trabajo dentro de cuatro esferas principales de trabajo: la promoción de buenas prácticas; los estudios temáticos; los informes sobre países, y las comunicaciones relativas a alegaciones de violación de los derechos humanos.

1. Promoción de buenas prácticas

11. Conforme al mandato que le confirió el Consejo de Derechos Humanos de “individualizar ... y promover prácticas óptimas”², el Relator Especial ha continuado promoviendo reformas jurídicas, administrativas y programáticas en el ámbito interno para hacer efectivas las normas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y otros instrumentos internacionales relevantes.

12. En ocasiones, el Relator Especial ha llevado a cabo estas actividades de promoción a solicitud de Gobiernos que le han solicitado asesoría técnica en relación con reformas en el ordenamiento jurídico interno. Este es el caso del Gobierno de Ecuador, que invitó al Relator Especial a realizar una visita al país en diciembre de 2009 para brindar asistencia técnica en relación con la elaboración de una nueva legislación para la coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Dicha visita sirvió también para dar seguimiento a la visita que el Relator Especial realizó al país el año anterior, como

² Ibid., párr. 1, inc.a.

resultado de la cual había presentado una serie de observaciones durante el proceso de reforma constitucional que estaba llevando a cabo entonces el país³. A raíz de estas actividades de seguimiento, el Relator Especial elaboró un informe, en el que se formulan observaciones y recomendaciones adicionales al Gobierno⁴.

13. Entre las actividades de promoción de buenas prácticas realizadas por el Relator Especial, también se encuentra el acercamiento con los gobiernos de aquellos Estados que en 2007 no votaron a favor de que la Asamblea General aprobara la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A este respecto, el Relator Especial toma nota con satisfacción de que el Gobierno de Nueva Zelanda declaró oficialmente su apoyo a la Declaración durante el último período de sesiones del Foro Permanente.

14. El Relator Especial expresa también su satisfacción por la declaración realizada por representante de los Estados Unidos, también durante el período de sesiones del Foro Permanente, informando de que su Gobierno está revisando su posición con respecto a la Declaración a la luz de su legislación y políticas internas. Asimismo, el Relator Especial toma nota de que el 3 de marzo de 2010, el Gobernador General del Canadá hizo una declaración (*Speech from the Throne*) afirmando que “tomará pasos para aprobar” la Declaración “de forma coherente con la constitución y leyes de Canadá”. De confirmarse estas iniciativas, los Estados Unidos y el Canadá pasarán a formar parte de la gran mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas que respaldan la Declaración, lo que hace que la oposición a la misma se convierta en un asunto del pasado.

15. En mayo de 2010, el Relator Especial participó en el seminario “Interculturalidad y la industria de petróleo y gas en América Latina y el Caribe” en Cartagena (Colombia), organizado por la Asociación Regional de Empresas de Petróleo y Gas Natural en Latinoamérica y el Caribe (ARPEL). Dicho seminario brindó una oportunidad al Relator Especial para poder exponer ante los representantes y gerentes de empresas de petróleo y gas de la región sus consideraciones en torno a la responsabilidad de las empresas privadas de conocer y respetar las normas internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas.

16. En julio de 2010, el Relator Especial brindó su asesoría al proceso de elaboración de un proyecto de ley de consulta a pueblos indígenas actualmente en curso en Colombia. La asesoría del Relator Especial forma parte de una iniciativa de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que, a solicitud del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y Justicia de Colombia, está llevando a cabo un proceso participativo con el fin de regular el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas.

2. Estudios temáticos

17. Reconociendo el papel central asignado al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en torno a la elaboración de estudios temáticos, el Relator Especial ha continuado brindando su apoyo a la labor del Mecanismo de Expertos en este sentido (*supra*, párr. 6). Además, el Relator Especial, tal y como ha hecho en años anteriores, ha continuado también promoviendo su propia investigación en relación con cuestiones que surgen de manera recurrente en las distintas actividades que lleva a cabo en el cumplimiento de su mandato, y que reflejan pautas generalizadas o problemas comunes a los que se enfrentan los pueblos indígenas en el goce de sus derechos humanos. Durante este año, el Relator Especial ha prestado un especial interés al análisis del papel de las

³ A/HRC/9/9/Add.1, Anexo 1.

⁴ A/HRC/15/37/Add.7.

empresas en relación con los derechos indígenas, una cuestión que se analiza detalladamente en la segunda parte de este informe (*infra*, párrs 26 a 91).

18. Como parte de esta investigación, y siguiendo una recomendación del Foro Permanente, el Relator Especial propuso y participó en octubre de 2009 en una reunión de expertos en Sitges (España), organizado por las ONG Kreddha y UNESCO-Catalunya, que analizó las fuentes de los conflictos derivados de las actividades de empresas que desarrollan actividades extractivas en los territorios indígenas, así como posibles mecanismos para prevenir y solucionar dichos conflictos. Los debates que se llevaron a cabo durante la reunión constituyeron un insumo de suma importancia para la elaboración del presente informe.

19. Entre otros temas que el Relator Especial está estudiando o comenzará a estudiar se encuentran el pluralismo jurídico y el derecho consuetudinario indígena, la situación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y la situación de comunidades e individuos indígenas que viven en áreas urbanas.

3. Informes de países

20. Durante este período, el Relator Especial ha continuado con su labor de investigación y elaboración de informes sobre la situación de los derechos humanos de pueblos indígenas en países específicos, a partir de la invitación cursada por los Gobiernos respectivos.

21. Desde la presentación de su último informe al Consejo de Derechos Humanos, el Relator Especial completó informes sobre las situaciones de los pueblos indígenas en Botsuana y Colombia y Australia⁵, y ha llevado a cabo visitas a la Federación de Rusia⁶; la región Sápmi, que comprende el territorio tradicional del pueblo sami en los países nórdicos⁷, y Nueva Zelanda⁸, con el fin de informar sobre la situación general de los pueblos indígenas en esos países. Durante el último año, el Relator Especial ha recibido indicaciones positivas de los Gobiernos de la República del Congo y El Salvador en relación con posibles visitas en el futuro.

4. Denuncias de violaciones de los derechos humanos

22. El Relator Especial ha continuado dando seguimiento al mandato del Consejo de reunir, solicitar, recibir e intercambiar “información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones denunciadas de sus derechos humanos y libertades fundamentales”⁹. Para ello, el Relator Especial continúa con la práctica de formular estrategias a largo plazo dentro de “un diálogo de cooperación sistemático con todos los actores pertinentes”¹⁰.

23. En varios de los casos examinados el Relator Especial ha elaborado una serie de observaciones detalladas y recomendaciones sobre las acciones, que, en su opinión, los Estados y, en su caso, otras partes interesadas, deberían tomar para afrontar estas situaciones, en el marco de las normas internacionales pertinentes. Estas observaciones están incluidas en su informe sobre comunicaciones (Adición 1), junto con los resúmenes de las comunicaciones del Relator Especial a los gobiernos y las respuestas recibidas, o en

⁵ A/HRC/15/37/Add.2, 3 y 4, respectivamente.

⁶ A/HRC/15/37/Add.5.

⁷ A/HRC/15/37/Add.6.

⁸ A/HRC/15/37/Add.9.

⁹ Resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1, inc. b.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 1, inc. f.

informes especiales. Con esta práctica, el Relator Especial pretender identificar cuáles son los asuntos de fondo en situaciones específicas, como así generar un espíritu de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas para la búsqueda de soluciones constructivas a los problemas existentes.

24. En este sentido, durante su visita en Australia en agosto de 2009, el Relator Especial dio un especial seguimiento a comunicaciones anteriores relativas a los efectos sobre derechos indígenas de la política de respuesta de emergencia del Gobierno australiano en el Territorio del Norte (*Northern Territory Emergency Response*). El Relator Especial elaboró un informe especial conteniendo observaciones sobre el asunto, anexo a su informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Australia¹¹.

25. Asimismo, como parte de sus actividades de seguimiento de denuncias específicas, el Relator Especial realizó una visita a Guatemala, en junio de 2010, para investigar la situación de los pueblos indígenas afectados por la mina Marlin en los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán. Durante la visita el Relator Especial también examinó cuestiones generales sobre la aplicación de los principios de consulta con los pueblos indígenas en el país, en particular con relación a las industrias extractivas¹².

III. La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas

26. Una de las cuestiones que aparecen con más frecuencia dentro de las distintas actividades llevadas a cabo por el Relator Especial en el marco de su mandato es el impacto de las actividades de las empresas, y en particular de las empresas transnacionales, sobre los derechos de los pueblos indígenas. Tras analizar diversas situaciones en varias partes del mundo, el Relator Especial ha considerado necesario enfocar su investigación temática durante el último año a esta cuestión, con miras a dilucidar el contenido de la responsabilidad que, de conformidad con las normas internacionales, corresponde a las empresas en este ámbito específico.

27. El papel de las empresas en relación con los derechos humanos es una cuestión compleja que ha sido objeto de un creciente interés por parte de la comunidad internacional. Este interés se ha visto reflejado, entre otros, por la creación por la Comisión de Derechos Humanos y posterior renovación por el Consejo del mandato del Representante Especial del Secretario General sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales¹³. El Representante Especial ha mostrado un interés específico por el papel de las empresas en relación con los derechos humanos de los pueblos indígenas¹⁴. El Relator Especial y el equipo del Representante Especial han comenzado a trabajar conjuntamente en esta temática, como se puso de manifiesto durante en la reunión de expertos de Sitges sobre mecanismos para la prevención y resolución de conflictos relacionados con actividades extractivas (véase *supra*, párr. 18).

28. A pesar de los elementos comunes que dominan esta cuestión, el papel de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas presenta una serie de

¹¹ A/HRC/15/37/Add.4, apéndice B.

¹² A/HRC/15/37/Add.8.

¹³ Resolución 8/7 del Consejo de Derechos Humanos.

¹⁴ Véase informe resumido sobre las consultas celebradas por el Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (Bogotá, 18 y 19 de enero de 2007): www2.ohchr.org/english/issues/trans_corporations/docs/Ruggie-Latin-America-Consultation-18-19-Jan-2007.pdf.

elementos específicos, como ha sido puesto de manifiesto en diferentes iniciativas llevadas a cabo por el anterior Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas¹⁵ y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁶. Los impactos de los denominados “megaproyectos” sobre los pueblos indígenas fueron también analizados en un informe temático del anterior Relator Especial¹⁷. Las distintas iniciativas internacionales llevadas a cabo hasta la fecha han analizado cómo el desconocimiento de estos derechos genera, recurrentemente, situaciones graves de desposesión, contaminación ambiental, desplazamiento forzoso y daños permanentes a la cultura, espiritualidad y conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

29. Con cada vez más frecuencia, como se analizó en el seminario de expertos de Sitges, las actividades empresariales en territorios indígenas son el detonante de serios conflictos sociales, que desencadenan círculos de violencia y, a su vez, nuevas violaciones de los derechos humanos. En estas situaciones, tal y como ha puesto de manifiesto anteriormente el Relator Especial, los pueblos indígenas no son los únicos perjudicados: los conflictos sociales relativos a las actividades empresariales en territorios indígenas terminan afectando negativamente a los intereses económicos y a la imagen de las propias empresas, así como al interés de los Gobiernos concernidos¹⁸.

30. El Relator Especial ha podido observar que, a menudo, estas situaciones están vinculadas a la falta de un conocimiento suficiente por parte de las empresas sobre las responsabilidades que le atañen en relación con los derechos de los pueblos indígenas, así como del contenido de estos derechos¹⁹. En muchas ocasiones, las empresas suelen argumentar que su responsabilidad se limita al cumplimiento de la legalidad vigente en los países en los que operan; sin embargo, este es un argumento evidentemente limitado y que no ofrece soluciones suficientes en aquellos casos en los que las normas existentes son insuficientes o inexistentes en relación con los estándares internacionales, o, simplemente, los pueblos indígenas afectados no son oficialmente reconocidos como tales.

31. Ante la constante falta de reconocimiento de sus derechos en el contexto de las actividades empresariales en sus territorios, muchos pueblos indígenas han mostrado su

¹⁵ Véase informe del taller internacional sobre las perspectivas sobre las relaciones entre los pueblos indígenas y las empresas industriales (Salekhard [Federación de Rusia], 1.º a 4 de Julio de 2007): www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_PRIPIC_Report.pdf; e informe de la reunión del grupo de expertos internacionales sobre las industrias extractivas, los derechos de los pueblos indígenas y la responsabilidad social de las empresas (Manila, 27 a 29 de marzo de 2009) (E/C.19/2009/CRP.8).

¹⁶ Véase informe del seminario sobre los pueblos indígenas, las empresas privadas dedicadas a la explotación de los recursos naturales, energéticos y mineros, y los derechos humanos (Ginebra, 5 a 7 de diciembre de 2001) (E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3, e informe sobre el seminario internacional sobre las empresas de explotación de recursos naturales, los pueblos indígenas y los derechos humanos y el establecimiento de un marco de consultas, reparto de beneficios y resolución de controversias (Moscú, 3 y 4 de diciembre de 2008) (A/HRC/EMRIP/2009/5).

¹⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2003/90).

¹⁸ A/HRC/6/12, párr. 56.

¹⁹ Este aspecto fue subrayado por el Relator Especial, por ejemplo, en 2009 en relación con el caso de la construcción del proyecto hidroeléctrico Chan 75 en Panamá. Véase informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: Observaciones sobre la situación de la comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el proyecto hidroeléctrico Chan 75 (Panamá) (A/HRC/12/34/Add.5), párrs. 54 a 59.

oposición, cuando no su abierto rechazo, a dichas actividades. Sin embargo, al Relator Especial le gustaría enfatizar que, como han puesto de manifiesto en multitud de foros de ámbito interno e internacional, la mayoría de los pueblos y comunidades indígenas no se oponen de por sí a las actividades de las empresas y al potencial beneficio de dichas actividades para su propio desarrollo económico y social. De hecho, la experiencia comparada demuestra que la actividad empresarial puede convertirse en un factor clave para el desarrollo de los pueblos indígenas en la medida en que los propios pueblos indígenas pueden controlar dicha actividad en ejercicio de sus derechos de autonomía o de autogobierno. A lo que se oponen los pueblos indígenas, comprensiblemente, es a un tipo de desarrollo que se lleve a cabo sin respetar sus derechos básicos, que deje tras de sí solo impactos adversos y que no redunde en un beneficio visible para sus comunidades.

32. Por todo lo anterior, el Relator Especial considera que es imperiosamente necesario avanzar hacia un entendimiento mínimo en torno a las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Esta reflexión debe partir de las mismas premisas del actual debate internacional y multilateral en torno a la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos en general.

A. La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos

33. Si bien no existe en la actualidad un claro marco jurídico internacional en relación con la responsabilidad que atañe a las empresas en materia de derechos humanos, sí existe al menos un cierto consenso normativo en el seno de la comunidad internacional en su conjunto en torno a la existencia de algún tipo de responsabilidad. Expresión de este consenso son los numerosos marcos regulatorios y autorregulatorios existentes relativos a la responsabilidad de las empresas, tanto de ámbito internacional como doméstico, que han hecho su aparición en las últimas décadas, así como el debate normativo actualmente en curso²⁰.

34. Independientemente del estatuto jurídico de los distintos instrumentos y mecanismos existentes, lo cierto es que son un claro reflejo de la existencia de expectativas sociales en torno a la responsabilidad que corresponde a las empresas, y que debe exigírseles, en relación con los derechos humanos. El actual debate internacional sobre esta cuestión tiende a subrayar que las empresas tienen responsabilidades en relación con los derechos humanos que, aunque relacionadas, son esencialmente distintas de las que corresponden a los Estados²¹. Con relación a esta cuestión, el marco conceptual elaborado por el Representante Especial del Secretario General distingue entre tres tipos de deberes: el deber estatal de proteger, deber de empresarial de respetar y el deber compartido de reparar²².

35. Corresponde al Estado la obligación de proteger los derechos humanos frente a abusos potenciales de los derechos humanos cometidos por las empresas, incluyendo las empresas transnacionales, así como el deber de investigar y castigar dichos abusos²³.

36. Por su parte, corresponde a las empresas un deber general de respetar las normas internacionales de derechos humanos, dentro del marco de la “diligencia debida” que debe

²⁰ Este panorama se analiza con detalle en los informes del Representante Especial. Véanse, especialmente, los documentos E/CN.4/2006/97, A/HRC/4/35 y A/HRC/8/5, de 2006, 2007 y 2008, respectivamente.

²¹ E/CN.4/2006/97, párrs. 56 a 69.

²² A/HRC/8/5.

²³ Véanse A/HRC/4/35, párrs. 10 a 18, y A/HRC/8/16, párrs. 27 a 50 y 82 a 103.

guiar las actividades de dichas empresas²⁴. Como ha señalado el Representante Especial del Secretario General, la diligencia debida de las empresas en relación con el respeto de los derechos humanos abarca tres conjuntos de factores:

37. En primer lugar, el contexto nacional en que una empresa desarrolla sus actividades comerciales, a fin de detectar los retos que se puedan plantear a causa de elementos del contexto nacional en materia de derechos humanos. En segundo lugar, el impacto que en los derechos humanos pueden tener sus actividades en ese contexto —por ejemplo, en su calidad de productor, proveedor de servicios, empleador y vecino—. En tercer lugar, la posibilidad de que las empresas contribuya a la vulneración de algún derecho mediante las relaciones vinculadas a sus actividades, por ejemplo con sus socios comerciales, proveedores, organismos oficiales y otros agentes no estatales.²⁵

38. El deber de las empresas de respetar los derechos humanos y el concepto de diligencia debida en este ámbito aparece reflejado en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la iniciativa internacional más importante hasta la fecha para asegurar la asunción por parte de las empresas de su responsabilidad social. Los Principios 1 y 2 del Pacto proclaman el principio de que las empresas “deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia”, al tiempo que deben asegurarse que “no son cómplices de la vulneración” de dichos derechos²⁶.

B. Los estándares internacionales relativos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos de los pueblos indígenas

39. Los instrumentos internacionales existentes en relación con los derechos de los pueblos indígenas regulan predominantemente, al igual que sucede con los instrumentos de derechos humanos de carácter general, deberes de los Estados. Este es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En todo caso, junto con las obligaciones de los Estados, estos instrumentos enumeran también derechos cuyo respeto incumbe también a las empresas y a otros actores privados.

40. En su Recomendación General N° 23 sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial puso un especial hincapié en el problema de la pérdida de tierras y recursos indígenas por parte, entre otros, de las “empresas comerciales”, y de la amenaza que esta pérdida supone para la “conservación de su cultura y de su identidad histórica”²⁷. Esta preocupación ha sido reiterada en la práctica del Comité y de otros órganos de tratados como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, como ha puesto de manifiesto la investigación del Representante Especial, han enfatizado la necesidad de que los Estados adopten medidas para regular e investigar las actividades de las empresas extractivas, y, en su caso, sancionarlas por los abusos cometidos a los derechos de los pueblos indígenas²⁸.

41. El marco regulatorio o autorregulatorio existente en torno a la responsabilidad empresarial en relación con los pueblos indígenas se encuentra más desarrollado que en

²⁴ *Ibíd.*, párrs. 51 a 81.

²⁵ A/HRC/4/35, párr. 19.

²⁶ Véase www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

²⁷ A/52/18, anexo V, párr. 3.

²⁸ A/HRC/4/35/Add.1, párr. 17.

otros ámbitos específicos de los derechos humanos²⁹. Distintas instituciones financieras internacionales, incluyendo el Banco Mundial, inclusive su Corporación Financiera Internacional (CFI), han desarrollado políticas o normas de desempeño específicas para promover que las actividades de empresas públicas o privadas aseguren un respeto mínimo de las normas internacionales de derechos indígenas, en aspectos claves como la consulta o los derechos territoriales³⁰.

42. Diversas iniciativas de responsabilidad social corporativa (RSC) promovidas por la sociedad civil o por el sector empresarial, tanto de carácter individual o sectorial, incorporan estándares específicos relativos al respeto y promoción de los derechos indígenas. Por ejemplo, los Principios y criterios para el manejo forestal del Consejo de Administración Forestal (FSC), utilizados para la certificación de bosques, toma como criterio el respeto a los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios³¹. La Iniciativa Mundial de Presentación de Informes (GRI), de carácter multiseccional, ha incluido también consideraciones relativas a los derechos indígenas en sus guías para la presentación voluntaria de memorias de sostenibilidad³² y específicamente en relación con el sector de minería y metales³³. Por su parte, el Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM), una institución que reúne a las empresas líderes del sector a nivel mundial, ha adoptado un documento de posición sobre los pueblos indígenas y los proyectos mineros³⁴.

43. Según la información recopilada por el Representante Especial del Secretario General sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales, las políticas de RSC de compañías privadas individuales, y en particular de las industrias extractivas incluyen compromisos más amplios en relación con las comunidades indígenas que en relación con otros sectores sociales. Estos compromisos van desde el respeto a las comunidades y culturas locales a la mejora de las condiciones económicas de dichas comunidades, y, en ocasiones, a la exigencia de su consentimiento previo, libre e informado³⁵.

44. Asimismo, el Relator Especial toma nota con especial interés del desarrollo de una serie de importantes iniciativas oficiales en el ámbito interno para incentivar la responsabilidad social de las empresas en relación con los pueblos indígenas, ya sea al interior de los propios países o en terceros países. Es el caso de la Comisión Australiana de Derechos Humanos, que ha promovido activamente las negociaciones entre las empresas y los pueblos indígenas en el marco de la RSC³⁶. La Evaluación del Cumplimiento de los Derechos Humanos (HRCA), un sistema de asesoría creada por el Instituto Danés de Derechos Humanos, incluye también una serie de criterios relativos a los derechos indígenas, definidos sobre la base del Convenio 169 de la OIT³⁷. Asimismo, algunas políticas bilaterales de cooperación con los pueblos indígenas, como las de la Asistencia

²⁹ *Loc. cit.* (nota 14 *supra*).

³⁰ Banco Mundial, Política Operacional OP 4.10 y Normas de Procedimiento del Banco BP 4.10 (2005); CFI, Norma de Desempeño PS-7; Banco Asiático de Desarrollo, Social Requirement SR-2 (1998, en revisión); Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa OP-765 (2006); Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, Performance Requirement PR-7 (2008).

³¹ FISC, principios y directrices para la ordenación forestal (2002): www.fscus.org/standards_criteria/.

³² Disponible en:

www.globalreporting.org/ReportingFramework/SectorSupplements/MiningAndMetals/

³³ Disponible en: www.globalreporting.org/NR/rdonlyres/54851C1D-A980-4910-82F1-0BDE4BFA6608/2729/G3_SP_RG_Final_with_cover.pdf

³⁴ ICMM, declaración de posición sobre la minería y los pueblos indígenas (2009), disponible en: www.icmm.com/document/293

³⁵ A/HRC/4/35/Add.3, párrs. 60 a 62.

³⁶ Véase: www.hreoc.gov.au/social_justice/publications/corporateresponsibility/index.html

³⁷ Véase. <https://hrca.humanrightsbusiness.org/>

Internacional al Desarrollo Danesa (DANIDA)³⁸, o la de la Agencia Española de Cooperación Internacional al Desarrollo (AECID)³⁹, incorporan también el compromiso de promover la responsabilidad de las empresas, incluyendo las empresas multinacionales, en este ámbito.

45. El interés creciente de los diversos actores en el establecimiento de marcos regulatorios o autorregulatorios en relación con los derechos de los pueblos indígenas es una muestra de la conciencia de los efectos adversos de determinados tipos de prácticas empresariales sobre los pueblos indígenas, así como de la expectativa, cada vez más compartida, de que las empresas tienen una serie de responsabilidades para respetar los derechos de estos pueblos tal y como son garantizados por las normas internacionales existentes. La expectativa de la comunidad internacional incluye que las empresas, dentro del marco de la diligencia que les es exigible en relación con los derechos humanos, asuman un papel proactivo para identificar los derechos que corresponden a los pueblos indígenas en las áreas en las que operan y determinar cómo se verán afectados por dichas actividades. Al mismo tiempo, existe una clara expectativa de que las actividades empresariales respetarán los derechos indígenas, promoviendo, y no obstaculizando, el cumplimiento de las obligación estatal de proteger estos derechos.

C. La diligencia debida de las empresas en relación con el deber de respetar los derechos de los pueblos indígenas

46. En el contexto de los pueblos indígenas, el deber de las empresas de respetar los derechos humanos implica la diligencia debida de las empresas en la identificación previa de una serie de asuntos relativos a derechos básicos de estos pueblos indígenas y la atención adecuada a estos asuntos en la realización de sus actividades. Estos asuntos incluyen el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y de sus estructuras de organización políticas y sociales propias; la tenencia y usos indígenas de la tierra, territorios y recursos naturales; el ejercicio por parte de los Estados del deber de consultar a estos pueblos en relación con las actividades que les afecten y las responsabilidades conexas de las empresas; estudios de impacto y medidas de mitigación; y la participación indígena en los beneficios.

47. Como ha destacado el Representante Especial del Secretario General, el deber de diligencia debida no se limita al respeto al marco regulatorio interno de los Estados en los que operan, en muchos casos insuficiente, y debe guiarse por los estándares internacionales que vinculan a dichos Estados y a la comunidad internacional en su conjunto⁴⁰. En consecuencia, las empresas que aspiren a operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas deberían enmarcar sus actividades en los derechos reconocidos por las normas internacionales relevantes, incluyendo la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT, incluso si operan en países que no han aceptado formalmente o ratificado dichas normas.

48. La diligencia debida prescribe también que las empresas no deben contribuir a la omisión de cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales en

³⁸ DANIDA, estrategia para el apoyo de Dinamarca a los pueblos indígenas (2004): www.um.dk/Publikationer/Danida/English/DanishDevelopmentCooperation/StrategyforDanishSupport/strategyforDanishSupport.pdf, pág. 16.

³⁹ AECID, *Estrategia Sectorial de la Cooperación Española con los Pueblos Indígenas* (2007): <http://194.140.3.20/export/sites/default/web/galerias/programas/Indigena/descargas/ecepi.pdf>, pág. 67.

⁴⁰ A/HRC/8/5, párr. 54.

relación con estos derechos, ni deben aspirar a sustituir a estos en el cumplimiento de dichas obligaciones. Esta consideración es particularmente relevante en relación con el ejercicio del deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas, una obligación de carácter procedimental que está asociada al deber de protección de derechos sustantivos reconocidos a los pueblos indígenas (véanse párrs. 60 a 70 *infra*).

1. El reconocimiento de los pueblos indígenas

49. Una de las dificultades básicas con las que se encuentran las empresas en relación con sus operaciones en territorios indígenas o que afectan a dichos territorios es la ausencia de un reconocimiento formal de dichos pueblos, o de un reconocimiento limitado únicamente a algunos grupos, por parte de los Estados en los que viven. Sin embargo, resulta un principio generalmente aceptado de derecho internacional de los derechos humanos que la existencia de grupos diferenciados por razón étnica, lingüística o religiosa, incluyendo pueblos indígenas, responde a criterios objetivos y no puede depender de la decisión unilateral de los Estados⁴¹.

50. La falta de un reconocimiento explícito, o un reconocimiento limitado, de los pueblos indígenas en aquellos países en los que operan no puede ser una excusa para que las empresas apliquen los estándares internacionales mínimos en relación con los derechos de estos pueblos, incluso en situaciones en los que los Estados se oponen a la aplicación de dichos estándares. Por lo tanto, dentro de un marco de diligencia debida, corresponde a las empresas la responsabilidad de identificar de antemano la existencia de pueblos indígenas potencialmente afectados por sus futuras actividades y en qué medida podrían verse afectados por las mismas.

51. Esta responsabilidad ha sido explícitamente incorporada en las políticas sobre pueblos indígenas del Banco Mundial y de la CFI. La política del Banco Mundial subraya que la noción pueblos indígenas hace referencia genérica a “grupos vulnerables con una identidad social y cultural diferenciada” que presentan una serie de características propias, y toma nota del hecho de que dichos pueblos pueden identificarse bajo distintas denominaciones dependiendo del contexto específico⁴². En relación con esta cuestión, ambas políticas exigen a los prestatarios la realización de estudios técnicos previos a sus operaciones cuando sea necesario⁴³.

52. En ausencia de una definición universalmente válida, las empresas podrían recurrir a la definición incluida en el Convenio 169 de la OIT ha sido utilizada también por Estados que no han ratificado el convenio en su legislación o políticas relativas a los pueblos indígenas, así como por numerosas organismos internacionales y algunas empresas. Otros instrumentos en manos de las empresas para la identificación de pueblos indígenas potencialmente afectados por sus proyectos, incluso en ausencia de reconocimiento oficial, son los criterios recogidos en las políticas del Banco Mundial y de la CFI⁴⁴.

2. Los derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales

53. Un segundo elemento que forma parte de la diligencia debida que es asumible de una empresa cuyas actividades tengan un impacto potencial sobre los pueblos indígenas concierne a la identificación de las formas indígenas de tenencia y uso de sus tierras,

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 23: “Derechos de las minorías (art. 27)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), párr. 5.2.

⁴² Banco Mundial, OP 4.10, párrs. 3 a 4.

⁴³ *Ibid.*, párr. 4 y PS-7, párr. 6.

⁴⁴ OP 4.10, párr. 4; PS-7, párr. 5.

territorios y recursos naturales, una cuestión de importancia fundamental para el goce efectivo de los derechos humanos por parte de estos pueblos.

54. Las normas y la práctica internacionales han reconocido que los pueblos indígenas tienen un derecho *sui generis* de propiedad comunal sobre las tierras, territorios y recursos naturales que han usado o ocupado tradicionalmente, es decir, de conformidad con sus pautas culturalmente diferenciadas de uso y ocupación (DDPI, arts. 24-29; Convenio 169, arts. 13-17). Dichas pautas incluyen un amplio espectro de actividades que no se limitan necesariamente a actividades económicas de subsistencia, sino que incluyen también los usos culturales y espirituales del territorio y los recursos necesarios para su desarrollo económico y social como pueblos. Según el entendimiento normativo internacional, el derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras, territorios y recursos naturales se origina en su propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, y por tanto es previo e independiente del reconocimiento estatal a través de un título oficial de propiedad.

55. La ausencia del reconocimiento oficial de la propiedad comunal indígena, ya sea por la falta de identificación de dicha propiedad a través de procesos de demarcación o titulación o cualquier otro mecanismo jurídico, ya sea por la ausencia de una legislación adecuada, no puede ser asumida como premisa ni como excusa por parte de las empresas que pretendan operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas. Por lo tanto, la diligencia debida de las empresas incluye la responsabilidad de realizar una evaluación independiente de los derechos que puedan corresponder a estos pueblos siguiendo los criterios establecidos en las normas internacionales, incluso, y sobre todo, si la legislación interna no es plenamente conforme a dichos criterios.

56. En este mismo sentido se pronuncia las políticas del Banco Mundial y de la CFI sobre pueblos indígenas, que aplica una serie de criterios especiales cuando los proyectos de los prestatarios tengan algún tipo de impacto sobre los territorios y recursos naturales tradicionalmente usados por los pueblos indígenas. Así, en relación con aquellos proyectos que dependen del reconocimiento de propiedad comunal indígena o que impliquen la adquisición de tierras, dichas políticas exigen una documentación previa, realizada por expertos, de los patrones indígenas de uso y ocupación de la tierra. Estas políticas exigen asimismo un trato igual a la tenencia consuetudinaria indígena que el que correspondería a propietarios con título legal⁴⁵.

57. Dado que la tenencia consuetudinaria de la tierra es uno de los rasgos específicos que caracterizan a la gran mayoría de los pueblos indígenas en todas las partes del mundo, y un elemento fundamental en el reconocimiento internacional de sus derechos, la mera existencia de dichos grupos en las áreas geográficas donde las empresas planean llevar a cabo sus actividades debería ser asumida por dichas empresas como una fuerte presunción de que estos derechos poseen *algún tipo de derechos* sobre las tierras y recursos que ocupan o usan de cualquier otra manera. Y, en el sentido contrario, las empresas no pueden operar, dentro de un marco de diligencia debida, que la ausencia de reconocimiento oficial de los derechos de propiedad comunal indígena implica que dichos derechos no existen.

58. De particular relevancia resulta también la incorporación en las actividades empresariales de las garantías especiales de compensación como consecuencia del traslado de los pueblos y comunidades indígenas de sus tierras, incluyendo aquellos proyectos que conlleven la adquisición de tierras indígenas tituladas a favor de individuos. En estos casos, los estándares internacionales prescriben la búsqueda de alternativas que eviten o limiten dichos traslados y la compensación prioritaria en forma de tierras alternativas (DDPI, art. 10; Convenio 169, art. 16). Asimismo, según la Declaración de Naciones Unidas, el Estado

⁴⁵ OP 4.10, párr. 17; PS-7, párr.13.

tiene el deber de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de autorizar el desplazamiento colectivo de pueblos indígenas (art. 10).

59. La diligencia debida de las empresas en relación con las tierras, territorios y recursos indígenas demanda de estas empresas un ejercicio de comprensión intercultural que va más allá de consideraciones meramente jurídicas. Las normas internacionales han destacado la especial importancia que reviste para los pueblos indígenas su relación con sus territorios tradicionales, que es la base de sus identidades y culturas diferenciadas. Las empresas deben comprender que, independientemente de cuáles sean los derechos que puedan corresponder a las comunidades indígenas sobre sus tierras o recursos conforme a las normas internas e internacionales, estos pueblos han mantenido, y persiguen mantener, su conexión con sus territorios tradicionales a través de alguna forma de participación en el control y gestión del mismo. Esta conexión es además de carácter colectivo, y va más allá por tanto de los derechos individuales de sus miembros.

3. El deber estatal de consulta, y las responsabilidades empresariales conexas

60. Como puso de manifiesto en su anterior informe ante el Consejo, el Relator Especial ha subrayado que ha podido identificar que la falta de cumplimiento por parte de los Estados de su deber de consultar a los pueblos indígenas antes de llevar a cabo actividades que les afectan, y en particular en relación con los proyectos empresariales susceptibles de tener un impacto sobre estos pueblos, genera sistemáticamente “situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, ha degenerado en actos de violencia”⁴⁶.

61. El Relator Especial considera importante reiterar aquí, como ya señaló en su anterior informe, que, en virtud de principios bien fundados de derecho internacional, el deber de consultar a los pueblos indígenas es una responsabilidad que recae principalmente sobre los Estados, al igual que el resto de las obligaciones en materia de derechos humanos⁴⁷. En la práctica, sin embargo, son muchos los casos en los que los Estados delegan formal o informalmente a las empresas la realización de dichas consultas. Como señaló el Relator Especial en esta ocasión, esta delegación, además de no absolver al Estado de su responsabilidad última de consultar a los pueblos indígenas, “puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados”⁴⁸. Además, en la mayoría de las ocasiones, las empresas, incluso actuando de buena fe, no siempre poseen un conocimiento necesario de las normas internacionales pertinentes y no cuentan con códigos de conducta internos que reflejen dichas normas⁴⁹.

62. La interacción entre el deber estatal de consultar y las consultas llevadas a cabo por parte de empresas privadas puede plantearse en los siguientes términos. En primer lugar, tal y como prescriben las normas internacionales, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la aprobación de cualquier medida que pueda tener un impacto directo sobre sus derechos, particularmente precisas en relación con actividades que se llevan a cabo en territorios tradicionales indígenas (DDPI; arts. 19, 32,2; Convención 169, arts. 6, 15). Las consultas deben llevarse a cabo siguiendo los criterios que exigen las normas internacionales y que fueron analizados por el Relator Especial en su anterior

⁴⁶ A/HRC/12/34, párr. 36.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 55.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 54.

⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 55 a 57.

informe y que, en ocasiones, requieren del consentimiento de los pueblos indígenas afectados⁵⁰.

63. En el caso de las actividades concesionadas a empresas privadas bajo cualquier tipo de régimen jurídico (ya sea una concesión propiamente dicha, un acuerdo de producción compartida o un acuerdo de prestación de servicios) corresponde al Estado la obligación de llevar a cabo consultas en las primeras fases del proyecto, idealmente durante la fase de inventariado, y en todo caso, antes de la licitación pública y otorgamiento de la concesión. Todavía con más razón es exigible la consulta con carácter previo en relación con las actividades llevadas a cabo por empresas públicas.

64. Como proceso de diálogo o negociación, la consulta, dependiendo de las circunstancias específicas de las que se trate, no debe entenderse como un acto singular. En muchas ocasiones, y en particular con proyectos empresariales tales como la construcción de represas y obras de infraestructura, o de explotación de los recursos mineros o de hidrocarburos, dichos proyectos pueden requerir de diversas decisiones administrativas, como por ejemplo la aprobación de licencias ambientales. En la medida en que dichas decisiones involucren a organismos del Estado y supongan algún tipo de modificación a los planes iniciales que fueron objeto de consulta con los pueblos indígenas afectados, el Estado tiene la obligación de volver a informar y consultar a dichos pueblos.

65. Dentro de la diligencia debida que corresponde a las empresas en relación con el respeto de los derechos indígenas, estas deben asegurarse que, con su comportamiento, no contribuyen a ninguna acción u omisión por parte del Estado que pueda llevar a violaciones de estos derechos. De esta manera, las empresas no deberían proceder a la aceptación de ninguna concesión y a la realización de ningún proyecto en caso de que el Estado no haya llevado consultas previas y adecuadas con las comunidades indígenas afectadas⁵¹, y las empresas, dentro de su diligencia debida, no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión. Del mismo modo, las empresas no deben realizar consultas que aspiren a suplantar, o de hecho, suplanten, el deber que corresponde a los Estados de consultar a los pueblos indígenas en relación con las actividades que les afecten.

66. En consecuencia, las empresas, si actúan dentro de un marco de diligencia de respeto a las normas básicas de derechos humanos, deberían abstenerse de operar en aquellos países en los que la consulta a los pueblos indígenas no está debidamente asegurada en términos generales o en relación con el proyecto específico objeto de concesión, conforme a los requisitos exigidos por las normas internacionales.

67. Con independencia de la responsabilidad primordial que recae a los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la implementación de medidas que les afecten, y de los supuestos en los que corresponde a los Estados en exclusiva el desempeño de dicha responsabilidad, las empresas tienen también la responsabilidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones en relación con dichas medidas, incluyendo a través de la realización de consultas informadas con dichos pueblos. Estas consultas son especialmente exigibles en conexión con la realización de estudios de impacto y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados del proyecto (*infra*, párrs. 71-80). En la medida en que atañe a una responsabilidad principal del Estado, la realización de consultas por partes de las empresas debería contar con la supervisión del Estado⁵².

⁵⁰ Ibid., párr. 47.

⁵¹ Ibid., párr. 57.

⁵² Ibid..

68. La realización continuada de consultas y diálogos con las comunidades interesadas constituye además una vía para fomentar la transparencia a través de la difusión de información y generar el clima de confianza necesario para lograr el eventual apoyo al proyecto y evitar posibles conflictos. Asimismo, la realización de consultas con los pueblos indígenas puede constituir un mecanismo de alerta temprana en relación con posibles impactos negativos o quejas relativos al proyecto y tomar medidas para evitar problemas similares en el futuro.

69. Un mecanismo adecuado para garantizar el respeto por parte de las empresas del derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relativas a las medidas que les afectan es el establecimiento de espacios institucionalizados, como mesas permanentes de consulta y diálogo, con representación adecuadas de los pueblos y comunidades afectadas, las empresas y las autoridades locales, tal y como ha sido recomendado por el Relator Especial en casos de conflictos derivados de proyectos empresariales en territorios indígenas⁵³. Estos espacios podrían asociarse además a mecanismos informales de queja que permitan atender las demandas presentadas por las comunidades afectadas.

70. La consulta a los pueblos indígenas por parte de las empresas debe ser plenamente asumida como parte de su deber de respetar los derechos humanos. Ello implica necesariamente un cambio de perspectiva que debe superar enfoques tradicionales de participación local como miras a conseguir una licencia social para operar. En este sentido, el Relator Especial desea enfatizar la necesidad de que las empresas realicen todos los esfuerzos para acometer consultas responsables, transparentes y efectivas, y que respondan realmente al objetivo de alcanzar acuerdos o el consenso de los pueblos indígenas, en consonancia con los instrumentos internacionales. Para llevar a cabo dichas consultas, las empresas deberían tratar de incorporar los criterios mínimos sentados por estos instrumentos, particularmente ante la ausencia de una reglamentación específica, o una reglamentación limitada, en la legislación interna.

4. Estudios de impacto y medidas de compensación

71. Necesariamente vinculados a los procesos de consulta son los estudios que se deben realizar sobre los impactos de los proyectos y la definición de medidas adecuadas para compensar por los impactos negativos identificados. Debido al reconocimiento de la especial vinculación que mantienen los pueblos indígenas con los hábitats naturales de los territorios en los que viven, las normas internacionales reconocen ampliamente el “[d]erecho a la conservación y protección del medio ambiente” de los pueblos indígenas y de la “capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos” (DDPI, art. 29.1), al tiempo que requieren la adopción de “[m]edidas especiales para salvaguardar” este medioambiente (Convenio 169, art. 4.1). Estos derechos se suman a los derechos sociales y culturales que pueden ser afectados por las actividades empresariales.

72. Como consecuencia del reconocimiento de un derecho reforzado de los pueblos indígenas a la conservación y protección del medioambiente, los estándares y la práctica internacionales han exigido la realización de estudios de impacto social y ambiental como una de las garantías específicas para la protección de los derechos de estos pueblos, y en particular sobre los proyectos de inversión, desarrollo, exploración o extracción de los recursos naturales susceptibles de afectar estos derechos. En estos términos se pronuncia el artículo 7.2. del Convenio 169, que establece el deber de los Estados de llevar a cabo “estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas

⁵³ Véase, p.ej. Nota preliminar del Relator Especial sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin (A/HRC/15/37/Add.8), párr. 38.

pueden tener sobre esos pueblos”, estudios que deben ser considerados como “criterios fundamentales” para la ejecución de dichas actividades. En su sentencia en el caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la realización de estudios de impacto social y ambiental era una garantía del derecho de propiedad comunal indígena en relación con los proyectos llevados a cabo en sus territorios, aclarando además que dichos estudios deben llevarse a cabo por “actores independientes y técnicamente capacitados, bajo la supervisión del Estado”⁵⁴. Estos estudios son también requeridos expresamente por las políticas de diversas instituciones financieras internacionales.

73. Como ha señalado el Representante Especial del Secretario General sobre las empresas multinacionales, es necesario cambiar el paradigma que tradicionalmente ha orientado los estudios de impacto para incorporar plenamente un enfoque basado en los derechos humanos. Desde este nuevo enfoque, en el diseño de los términos de referencia para la realización de estudios de impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas, las empresas deberían “catalogar los criterios pertinentes de derechos humanos, inclusive los establecidos en convenciones internacionales de las que el país de acogida y el país anfitrión son signatarios (señalando quizás también convenciones de derechos humanos que esos países no han ratificado)” y otros criterios básicos, incluyendo las “leyes y tradiciones consuetudinarias indígenas (por ejemplo, las que rigen la distribución y propiedad de la tierra)”⁵⁵. Este es el enfoque que sigue, por ejemplo, las Directrices Akwé Kon, adoptadas por la Conferencia de las Partes de la Convención sobre la Diversidad Biológica, con miras a facilitar la realización de evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos que se lleven a cabo en territorios indígenas o que puedan afectar a estos territorios.

74. El objetivo último de los estudios de impacto no es otro que el adoptar todas las medidas necesarias para prevenir los posibles impactos negativos de las actividades proyectadas sobre el medioambiente y la vida social, económica, cultural y espiritual de los pueblos indígenas. En este sentido, el deber de las empresas de respetar los derechos indígenas exige que realicen todos los esfuerzos necesarios para buscar alternativas técnicamente viables que mitiguen o limiten dichos impactos (DDPI, art. 32.3). Cuando no es posible evitar impactos adversos por razones sustantivas, los pueblos indígenas deben ser compensados a través de una “reparación justa y equitativa” por cualquier daño derivado de las actividades empresariales, tal como se establece claramente en los instrumentos internacionales (DDPI, art. 20.2, 32.2; Convenio 169, art. 15.2).

75. Como puede deducirse claramente de los estándares internacionales, la compensación debe aspirar a reparar todos los posibles impactos adversos de las actividades empresariales sobre la vida cotidiana de los pueblos indígenas, abarcando por tanto no sólo los impactos sobre el medioambiente o la capacidad productiva de estos pueblos, sino también aspectos de orden social, cultural o espiritual. En este aspecto, la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece una serie de ejemplos de gran utilidad sobre las formas de compensación y reparación en casos de daños a las prácticas sociales y culturales de los pueblos indígenas⁵⁶.

⁵⁴ *Pueblo Saramaka v. Suriname*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N.º 172 (2008), párr. 129.

⁵⁵ E/CN.4/2006/97, párr. 23.

⁵⁶ Véase, en particular, *Masacre de Paz de Sánchez v. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N.º 116 (2004).

5. Participación en los beneficios

76. Cuestión distinta a la compensación por daños es el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios derivados de los proyectos que tienen lugar en sus territorios tradicionales, particularmente en relación con la explotación de los recursos naturales. El deber de establecer mecanismos de participación en los beneficios a favor de los pueblos afectados por dichos proyectos aparece expresamente regulado en el artículo 15.2 del Convenio 169, y ha sido reiterado, entre otros, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷ y del CERD⁵⁸.

77. El derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios de los proyectos que afectan a sus territorios tradicionales es una plasmación del reconocimiento amplio que la comunidad internacional ha otorgado al derecho de propiedad comunal indígena, que incluye el reconocimiento de algún tipo de derechos en relación con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios, con independencia de la titularidad estatal o privada de dichos recursos⁵⁹. A este respecto, el anterior Relator Especial afirmó también que una “distribución de los beneficios mutuamente aceptable” constituye una forma de garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas “en relación con grandes proyectos de desarrollo”⁶⁰. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado asimismo que la participación en los beneficios es una de las garantías requeridas en todo que suponga una limitación de los derechos de propiedad comunal indígena; esta participación en los beneficios debe entenderse como el equivalente al derecho a una indemnización justa como consecuencia de limitación o privación de la propiedad, tal y como se reconoce en distintos instrumentos internacionales.

78. Las normas internacionales no prescriben ninguna fórmula específica para garantizar el reparto de los beneficios a favor de los pueblos indígenas, más allá de la consideración de que este reparto debe ser “justo y equitativo”⁶¹. En este ámbito, la legislación interna de los Estados presenta todavía serias limitaciones. Son escasos los Estados que garantizan la participación en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, y cuando esta participación está establecida por ley, no suele hacerse distinción entre los beneficios que corresponden a la población local de a las comunidades indígenas en cuanto tales. El nivel de participación en las regalías de los proyectos suele ser además nimio en comparación con los beneficios obtenidos por las empresas, al tiempo que no suelen establecerse criterios claros y transparentes de asignación en relación con dichos beneficios.

79. Cuando el ordenamiento jurídico interno ofrece respuestas limitadas a esta cuestión, o sencillamente no ofrece respuestas, la diligencia con la que deben actuar las empresas en relación con los derechos indígenas puede implicar el establecimiento de mecanismos específicos de reparto de los beneficios guiados por el espíritu de las normas internacionales. El Relator Especial debe enfatizar aquí que un enfoque empresarial basado en el respeto a los derechos indígenas exige que el reparto en los beneficios sea percibido precisamente como una forma de cumplimiento de un derecho, y no como una concesión graciable o caritativa que busque lograr el apoyo social del proyecto o minimizar posibles conflictos⁶².

⁵⁷ *Loc.cit.* (nota 54 *supra*).

⁵⁸ CERD/C/EQU/CO/19, párr. 16.

⁵⁹ Véanse Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, art. 25, párr. 1, y art. 26, párr. 1; y Convenio 169 de la OIT, art. 15, párr. 1.

⁶⁰ E/CN.4/2003/90, párr. 66.

⁶¹ *Loc.cit.* (nota 54 *supra*), párrs. 133, 134 y 140.

⁶² A/HRC/12/34/Add.5, párr. 40.

80. Desde una perspectiva de derechos indígenas, el reparto en los beneficios debe superar enfoques restrictivos basados únicamente en pagos monetarios, que, dependiendo de las circunstancias específicas, pueden ser inadecuados para las circunstancias de las comunidades beneficiadas⁶³. Tal y como pusieron de manifiesto los participantes en el seminario internacional organizado por el Foro Permanente en Manila en 2009, “los pagos a las comunidades indígenas tienen a menudo impactos negativos y crean división”, y pueden conducir fácilmente a prácticas de “influencia indebida e incluso sobornos”⁶⁴. Se debe explorar la elaboración de mecanismos para la participación en los beneficios que realmente fortalecen la capacidad de los pueblos indígenas para establecer y seguir sus propias prioridades de desarrollo, y que ayuden a hacer efectivos y sus propios mecanismos de decisión e instituciones.

IV. Conclusiones y recomendaciones

81. La falta de claridad en torno a la responsabilidad que atañe a las empresas, y particularmente a las empresas transnacionales, en relación con los derechos de los pueblos indígenas, es la fuente de numerosos abusos en todas las partes del mundo. La realización de actividades empresariales sin tener en cuenta estos derechos, tal y como han sido reconocidos por las normas internacionales, ha generado impactos altamente negativos sobre el medio ambiente y la vida económica, social, cultural y espiritual de los pueblos indígenas. La actividad irresponsable de las empresas, en ocasiones derivada de la connivencia o del desinterés de los gobiernos concernidos, continúa generando graves conflictos sociales en las áreas con presencia indígena.

82. Estos conflictos, que se agudizan conforme se abren nuevas regiones del mundo a la explotación de los recursos naturales o a la construcción de infraestructuras, han generado situaciones de verdadera ingobernabilidad, que ponen en jaque la capacidad de los Estados y de las propias empresas de llevar a cabo proyectos que no tomen en consideración los derechos de estos pueblos.

83. Ante este tipo de experiencias, la comunidad internacional mantiene la expectativa, cada vez más compartida por todos los actores directamente interesados, incluyendo las propias empresas, de que estas tienen una serie de responsabilidades en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Dentro del marco conceptual elaborado por el Representante Especial del Secretario General sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (proteger, respetar y reparar), corresponde a las empresas, al menos, el deber de respetar las normas internacionales relativas a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

84. En función de su responsabilidad de respetar los derechos de los pueblos indígenas, al respecto, las empresas deben comportarse con la debida diligencia para identificar los factores jurídicos, institucionales y de cualquier otra índole que inciden en el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas en los países en los que operan; evaluar adecuadamente los posibles impactos negativos que pueden generar sus actividades sobre los derechos indígenas, y evitar que estas actividades puedan contribuir a acciones u omisiones por parte del Estado y de otros actores que deriven en abusos de estos derechos.

⁶³ E/C.19/2009/CRP.8, párr. 16.

⁶⁴ Ibid, párr. 17 (traducción no oficial).

85. La diligencia debida de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas incluye, en primer lugar, la identificación de los pueblos indígenas que pueden potencialmente resultar afectados por sus actividades, incluso en aquellos Estados que no reconocen, o reconocen únicamente de forma limitada, a los pueblos indígenas que viven al interior de sus fronteras. A efectos de dicha identificación, las empresas deberían basarse en los criterios internacionales que definen la categoría de pueblos indígenas y justifican una serie de derechos diferenciados.

86. Además, si pretenden actuar dentro de un marco de diligencia debida, las empresas deberían tomar en cuenta los criterios sentados por las normas internacionales a los efectos del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en particular sus derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales, incluso en aquellos casos en los que la legislación interna pueda diferir sustantivamente de dichos criterios. Por lo tanto, las empresas deberían otorgar, a todos los efectos, un pleno reconocimiento a los derechos territoriales indígenas derivados de su tenencia consuetudinaria, con independencia del reconocimiento oficial estatal.

87. El principio de diligencia debida exige también que las empresas reconozcan el deber que les corresponde a los Estados de consultar a los pueblos indígenas (y, en ocasiones, de obtener su consentimiento), con carácter previo a la adopción de medidas que puedan afectarles directamente, y en particular en relación con los proyectos que afecten a sus territorios tradicionales. Las empresas no deberían aspirar a reemplazar a los Gobiernos en aquellas situaciones en las que las normas internacionales exijan su responsabilidad directa a la hora de realizar dichas consultas y, al contrario, deberían promover la plena asunción por parte de los Gobiernos de dicha responsabilidad.

88. En último término, las empresas no actuarían diligentemente desde un punto de vista de los derechos humanos si accediesen a operar en relación con países o proyectos específicos en los que los Gobiernos no garantizan la consulta adecuada a los pueblos indígenas.

89. Sin perjuicio de los supuestos en los que la consulta corresponde principalmente a los Estados, las empresas deben respetar el derecho reforzado de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones que les afecten a través de mecanismos adecuados de consulta y diálogo con estos pueblos. Las consultas a los pueblos indígenas en este contexto deben tener como objeto la búsqueda de consensos en aspectos claves como la identificación de posibles impactos adversos de los proyectos, las medidas de mitigación y compensación de estos impactos, y los mecanismos de reparto en los beneficios derivados del mismo. De nuevo, si pretenden actuar en un marco de diligencia debida, las empresas deberían asegurar que las consultas que lleven a cabo toman en cuenta los criterios fijados por las normas internacionales, particularmente en ausencia de regulación, o existencia de una regulación insuficiente, en los ordenamientos jurídicos de los Estados en los que operan.

90. La ejecución de un proceso de consulta adecuada requiere información completa sobre el proyecto empresarial propuesto, lo que implica, en primer término, la realización de estudios de impacto con carácter previo a la implementación de un proyecto. Desde una perspectiva de derechos humanos, dichos estudios, realizados por entidades independientes, técnicamente fiables, y bajo la supervisión de los Estados, deben contemplar todos los posibles impactos adversos sobre los derechos, de toda índole, de las comunidades indígenas afectadas. Estos estudios deben identificar además las posibles alternativas para mitigar dichos impactos. En la medida en que

dichas alternativas no existan o no sean técnicamente viables, las empresas deben compensar por los daños, de toda índole, causados a los pueblos indígenas.

91. Con independencia a las medidas de compensación que podrían precisarse, el deber de respeto por las empresas de los derechos de los pueblos indígenas genera una obligación de establecer mecanismos para que estos pueblos puedan participar en los beneficios del proyecto en que se trate. La participación en los beneficios responde, en parte, al concepto de indemnización justa por la privación o limitación de los derechos de las comunidades concernidas, y en particular de su derecho de propiedad comunal sobre tierras, territorios y recursos naturales. Las empresas deben asegurarse de que las fórmulas de participación en los beneficios responden verdaderamente a dicha finalidad, al tiempo que son adecuadas al contexto específico de los pueblos indígenas.
