



Consejo Económico y Social

Distr. general
23 de febrero de 2012
Español
Original: inglés

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

11º período de sesiones

Nueva York, 7 a 18 de mayo de 2012

Tema 9 del programa provisional*

Labor futura del Foro Permanente, incluidas las cuestiones relacionadas con el Consejo Económico y Social y nuevas cuestiones

Análisis del deber del Estado de proteger a los pueblos indígenas afectados por las empresas transnacionales y otras empresas

Resumen

En su noveno período de sesiones, el Foro Permanente designó a la Sra. Paimaneh Hasteh**, una de sus miembros, para llevar a cabo un análisis del deber del Estado de proteger a los pueblos indígenas afectados por las empresas transnacionales y otras empresas, que se presentaría al Foro en su 11º período de sesiones en 2012.

* E/C.19/2012/1.

** Este documento se ha elaborado con la ayuda del Sr. M. Barkeshli.



Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	3
II. Derecho internacional.....	5
III. Obligaciones del Estado.....	11
IV. Legislación nacional.....	14
V. Conclusión y recomendaciones.....	18

I. Introducción

1. En el presente estudio se examina la relación entre las empresas y los pueblos indígenas, los efectos de las actividades de aquellas sobre estos y el deber del Estado de proteger a los pueblos indígenas de las posibles explotaciones de las empresas. La magnitud y el alcance de la exploración y explotación de los recursos de las tierras y territorios de los pueblos indígenas afectan a estos y a sus comunidades. El número de empresas transnacionales que participan en la explotación de recursos está aumentando y dichas empresas deben empezar a aplicar normas de responsabilidad social en el marco de sus proyectos. Al mismo tiempo, los gobiernos también deben utilizar normas internacionales para garantizar los derechos de los pueblos indígenas a nivel nacional.

2. En prácticamente todos los Estados del mundo se ejecutan proyectos industriales a gran escala que incluyen la exploración de recursos naturales y que son perjudiciales para el desarrollo económico. Estos proyectos afectan, inevitablemente, a los pueblos indígenas al reducir sus sistemas tradicionales de administración, sus lugares sagrados y sus territorios de pastoreo, caza y pesca y, por tanto, afectan negativamente a su vida económica, cultural y espiritual y amenazan su propia existencia.

3. El bienestar y el futuro de los pueblos indígenas dependen directamente de las políticas y prácticas de los Estados y las instituciones internacionales. También dependen del ejercicio de derechos políticos y económicos, del desarrollo de su potencial humano, del fortalecimiento de las economías tradicionales, de la protección del medio ambiente y de la reglamentación jurídica de las relaciones con las empresas.

4. Lamentablemente, la práctica común de las empresas privadas es explotar los recursos naturales dentro de los territorios indígenas. No tienen en cuenta los derechos de los pueblos indígenas e ignoran y violan sus derechos individuales y colectivos, privándolos de sus tierras y recursos naturales.

5. Aunque pueden encontrarse unos pocos casos de buenas prácticas de empresas que cumplen las normas internacionales y nacionales, la situación sigue siendo muy preocupante a nivel sistémico. El sistema actual en muchas partes del mundo se rige por códigos de conducta concebidos para defender los intereses de las empresas, que utilizan los marcos normativos mundiales para proteger sus intereses y consolidar sus derechos en el marco de la legislación nacional. Los incentivos responden a la misma dinámica, de modo que los Estados tienden a proteger los intereses de las empresas que invierten en sus países, en lugar de proteger el bienestar de los pueblos indígenas.

6. A nivel internacional existen instrumentos que protegen los derechos de los pueblos indígenas al desarrollo. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, instan a los Estados a que reconozcan los derechos inherentes de los pueblos indígenas a sus tierras, recursos y autogobierno y no limitan esos derechos a las esferas de la economía y la cultura tradicionales. Estos instrumentos recomiendan que los Estados cooperen con los pueblos indígenas y entablen consultas genuinas con ellos sobre cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y recursos ancestrales.

7. La necesidad de consultar a los pueblos indígenas sobre cualquier decisión que los afecte se ha convertido en un principio generalmente aceptado del derecho internacional. Esta norma figura en los artículos 6 y 7 del Convenio núm. 169 de la OIT y ha sido enunciada por órganos de las Naciones Unidas encargados de vigilar la aplicación de tratados tanto en estudios de países como en exámenes de casos relativos a la extracción de recursos en tierras indígenas. La existencia del deber de consultar a los pueblos indígenas también ha sido aceptada con carácter general por los Estados en sus debates sobre los proyectos de declaración relativos a los derechos de los pueblos indígenas, en la Organización de los Estados Americanos (OEA) y también en el marco de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Los Estados y el sector privado deben obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los proyectos previstos, actuar de buena fe y garantizarles una participación plena y efectiva y una parte de los beneficios generados por esos proyectos. Sin embargo, se plantean problemas en relación con la aplicación de estas normas y la adecuación de los incentivos en el ámbito nacional.

8. Esta aceptación generalizada de la norma de la consulta pone de manifiesto que ha pasado a formar parte del derecho internacional común. No obstante, subsisten ciertas ambigüedades sobre el alcance y el contenido del deber de consultar a los pueblos indígenas. En particular, hay un gran debate sobre si el derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones que los afectan supone un poder de veto sobre las acciones del Estado. Lógicamente, el alcance del deber y, por tanto, el grado de consultas necesario depende de la naturaleza de los derechos sustantivos en juego. Así, la cuestión más crítica que subyace al debate sobre el deber de consultar es la naturaleza de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y los recursos.

9. Los pueblos indígenas han defendido sistemáticamente una concepción ilimitada de sus derechos sobre las tierras y los recursos de sus territorios tradicionales. Al afirmar sus derechos de propiedad, los pueblos indígenas tratan de proteger intereses económicos, jurisdiccionales y culturales, todos ellos necesarios para que puedan lograr su desarrollo económico, social y cultural. Los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra no solo se derivan de la posesión, sino también de sus ideas sobre la administración comunal de la tierra y de su profundo nexo espiritual y emocional con la tierra y sus frutos. Además, los pueblos indígenas han buscado tradicionalmente una base segura de tierras y recursos naturales para asegurar la viabilidad económica de sus comunidades.

10. Es fácil entender que los recursos naturales permiten a los pueblos indígenas asegurar el fundamento de su bienestar. El bienestar se suele interpretar en las culturas indígenas como el disfrute de una vida plena e integral basada en la identidad, la dignidad y la sabiduría, en armonía con la naturaleza y los sistemas de conocimientos tradicionales. Es una vida equilibrada basada en una cosmovisión de igualdad que incorpora dimensiones humanas, éticas y holísticas de vida en armonía con la naturaleza.

11. La relación histórica entre los pueblos indígenas y las empresas que operan en sus tierras y territorios puede calificarse de conflictiva. Estas empresas a menudo han violado e ignorado los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, que han sufrido las consecuencias negativas de las prácticas de las empresas, especialmente en las industrias extractivas y el sector energético. Las

negociaciones han sido escasas y de alcance limitado y, en ellas, las empresas normalmente han aprovechado plenamente su posición de fuerza.

12. El logro de relaciones equitativas y mutuamente beneficiosas entre los pueblos indígenas y las empresas se basa en el reconocimiento de los derechos de esos pueblos a sus tierras, territorios y recursos naturales. También en el reconocimiento de su derecho a la libre determinación, el respeto y la protección de esos derechos por los Estados conforme al derecho internacional y, por supuesto, el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas cuando se considera la posibilidad de explotar recursos.

13. Las consecuencias de las actividades de las empresas transnacionales para las tierras y territorios de los pueblos indígenas incluyen el no reconocimiento de sus derechos de propiedad, el desalojo, el desplazamiento y la migración forzosa. Estas violaciones no solo afectan a su modo de vida, sino también a su cultura y su patrimonio. También menoscaban los derechos de los pueblos indígenas a utilizar y explotar sus recursos naturales y facilitan la destrucción y contaminación del medio ambiente y los ecosistemas, incluida la erosión de los suelos, la reducción de la flora y la fauna y la pérdida de diversidad biológica en sus tierras y territorios, la constante presión sobre sus territorios y la pérdida de recursos naturales para la pesca, la caza, la recolección, el pastoreo y otras actividades agropecuarias.

14. En todos los casos, las consultas deben cumplir requisitos de procedimiento mínimos, entre otros asegurar que los pueblos indígenas tengan información adecuada sobre las medidas propuestas para que puedan participar de manera efectiva y que los procedimientos de consulta sean adecuados desde el punto de vista cultural. Sin embargo, el contenido de ese deber depende del alcance del derecho sustantivo en cuestión. Conforme al derecho internacional, los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad sobre la tierra y los recursos naturales que se derivan de sus propios sistemas consuetudinarios. Estos derechos de propiedad incluyen la titularidad colectiva de sus tierras y llevan aparejadas todas las protecciones que corresponden en general a la propiedad, y se ven además reforzados por el contenido cultural de la conexión de los pueblos indígenas con sus tierras. Cuando los derechos de propiedad se ven afectados de manera indirecta pero significativa, por ejemplo en la extracción de recursos del subsuelo que se consideran de titularidad del Estado, las consultas del Estado con los pueblos indígenas deben tener por objetivo, como mínimo, la obtención del consentimiento de estos. Si no se obtiene dicho consentimiento, existe una fuerte presunción de que no se debe continuar con el proyecto. Si se sigue adelante con él, recae en el Estado la pesada carga de justificar que los pueblos indígenas se beneficiarán del proyecto, además del deber de adoptar medidas para mitigar sus efectos negativos.

II. Derecho internacional

15. En los dos últimos decenios se han hecho avances cruciales en la elaboración de marcos normativos a nivel internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y sus relaciones con los Estados. Un claro ejemplo de ello es el Convenio núm. 169 de la OIT, que es vinculante para los países que lo han ratificado. Al día de hoy, 22 países han ratificado el Convenio, 15 de los cuales son de América Latina. El Convenio reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios, sus valores sociales y religiosos, la aplicación del derecho indígena, el

acceso a los servicios de salud, la igualdad de oportunidades de empleo y capacitación, la no discriminación y el respeto de sus culturas y modos de vida. Asimismo, el Convenio reconoce el derecho de los pueblos indígenas a aplicar sus propios modelos de desarrollo.

16. Entre los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas figuran la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹, la Convención sobre los Derechos del Niño² y el Convenio sobre la Diversidad Biológica³. También es pertinente el párrafo 20 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993⁴. Existen otros muchos marcos normativos internacionales que también afirman los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948⁵; el Convenio núm. 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales, de 1957; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶, que entró en vigor en marzo de 1976.

17. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es una respuesta a la reivindicación histórica de los pueblos indígenas de un instrumento jurídico y político que proteja sus derechos humanos. La Declaración reconoce los derechos políticos, territoriales, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas y es un paso crucial hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas. También constituye un marco mínimo de normas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas.

18. Existen otros instrumentos normativos que promueven y salvaguardan los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos la Recomendación General núm. 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a las poblaciones indígenas (51º período de sesiones, agosto de 1997), que exhorta a los Estados partes no solo a que reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado, sino también que garanticen su preservación. En el marco del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (2005-2015) se insta a los Estados Miembros a que incrementen sus acciones y su cooperación con los pueblos indígenas para lograr progresos significativos en la mejora global de su situación. La Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, de 2001, hace hincapié en la necesidad de consolidar la diversidad cultural como imperativo ético y recuerda a los Estados el lugar que ocupan los pueblos indígenas dentro de esa diversidad. El documento de trabajo titulado “UNDP and indigenous peoples: a policy of engagement”, de 2001, establece las directrices del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre este tema.

¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, núm. 9464.

² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531.

³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, núm. 30619.

⁴ A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

⁵ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

⁶ Véase la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo.

19. En el informe de la Reunión de Expertos sobre contribuciones empresariales positivas al desarrollo económico y social de los países en desarrollo receptores, de diciembre de 2005, se señala que la sostenibilidad de las operaciones empresariales exige que se preste cada vez más atención a sus resultados a largo plazo. El informe se centra en la relación entre las empresas y las comunidades en las que operan, y pone de relieve el vínculo que existe entre las prácticas empresariales responsables y la responsabilidad social de las empresas.

20. En su tercer informe anual al Consejo de Derechos Humanos⁷, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas hizo referencia a la cuestión de la responsabilidad de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas en el marco de las normas internacionales y de las expectativas generadas en la comunidad internacional en ese ámbito, y señaló que el desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas generaba situaciones de desposesión, contaminación ambiental, desplazamiento forzoso y daños permanentes a su cultura, espiritualidad y conocimientos tradicionales.

21. Las actividades empresariales en territorios indígenas son cada vez más frecuentes y están ocasionando serios conflictos sociales que desencadenan ciclos de violencia y, a su vez, nuevas violaciones de derechos humanos. Cabe señalar que los pueblos indígenas no son los únicos perjudicados por esta situación: los conflictos sociales provocados por las actividades empresariales en territorios indígenas han terminado afectando negativamente a los intereses económicos y la imagen pública de las propias empresas. También es importante señalar que esos mismos conflictos son perjudiciales para la imagen y los intereses de los gobiernos en cuestión y plantean la posibilidad de un cambio en las funciones de incentivación de los Estados en caso de que los conflictos persistan. El deber de las empresas es respetar los derechos humanos y el concepto de diligencia debida de conformidad con el Pacto Mundial de las Naciones Unidas. El Pacto es la iniciativa internacional más importante hasta la fecha para asegurar que las empresas asuman su responsabilidad social.

22. Dentro del sistema interamericano, merece la pena destacar la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la promoción, el fomento y la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En 1971, la Comisión estableció que los pueblos indígenas tenían derecho a una protección jurídica especial para contrarrestar la severa discriminación y pidió a los Estados miembros de la OEA que aplicaran y respetaran el artículo 39 de la Carta Interamericana de Garantías Sociales, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1948. En 1972 aprobó la resolución titulada “La protección especial para las poblaciones indígenas: acción para combatir el racismo y la discriminación racial”, que pedía a los Estados miembros que actuaran con el mayor celo en defensa de los derechos humanos de los indígenas⁸.

23. Los órganos de derechos humanos del sistema interamericano (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) desempeñan un papel importante en la resolución de los casos de violaciones de los derechos indígenas. Sus decisiones son vinculantes para los Estados miembros de la OEA. Entre los casos simbólicos resueltos por la Corte se

⁷ A/HRC/15/37.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas”, cap. I (Organización de los Estados Americanos, 2000).

encuentran el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, relativa a los derechos de esta comunidad indígena a sus tierras ancestrales, y el caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. En ambos casos, la Corte estableció que los Estados estaban obligados a brindar una protección efectiva que tuviera en cuenta las particularidades, las características económicas y sociales y la situación de especial vulnerabilidad de las comunidades indígenas, así como su derecho común, valores y costumbres.

24. A fin de minimizar los reproches de prejuicios contra la globalización y las empresas transnacionales, que son su encarnación más visible, los instrumentos normativos de las Naciones Unidas han comenzado a incluir en su ámbito de aplicación a otras empresas, no solo las transnacionales. Pero a menudo han excluido a las empresas que operan a nivel nacional si estas carecen de vínculos con empresas transnacionales y si sus actividades solo producen efectos a nivel local y no entrañan violaciones del derecho a la seguridad de las personas.

25. Según las cifras más recientes, en la actualidad existen 77.000 empresas transnacionales en la economía mundial, con unas 770.000 filiales y millones de proveedores⁹. Las empresas transnacionales realizan operaciones en más Estados que nunca y, cada vez más, en contextos sociopolíticos que les plantean problemas de derechos humanos completamente nuevos para ellas. Además, para muchas empresas el hecho de haber empezado a operar a escala mundial se ha traducido en la adopción de modelos de funcionamiento basados en redes con la participación de múltiples entidades empresariales diseminadas en distintos territorios y países.

26. La adopción de modelos basados en redes supone, por definición, la cesión de parte del control directo sobre aspectos importantes de las operaciones, al sustituir sistemas jerárquicos por relaciones basadas en la negociación. Ese tipo de organización ha mejorado la eficiencia económica de las empresas, aunque también ha aumentado los riesgos y retos que tienen que superar para gestionar sus respectivas cadenas de valor en todo el mundo, es decir, todas las actividades necesarias para producir un bien o un servicio desde su concepción hasta la venta final¹⁰. Al multiplicarse el número de participantes en la cadena de valor también aumenta la vulnerabilidad que cada uno de los enlaces de la cadena global supone para la empresa en su conjunto. Esas redes de distribución han aumentado también el número de puntos desde los que los activistas de la sociedad civil pueden tratar de ejercer presión sobre la imagen y los recursos de una empresa, con la esperanza no solo de mejorar la actuación de esa empresa sino también el entorno en el que opera.

27. Las redes de empresas transnacionales plantean problemas de regulación jurídica tanto a nivel internacional como en los sistemas nacionales. Desde el punto de vista jurídico, la compra de bienes y servicios de suministradores no relacionados entre sí se considera una transacción comercial en condiciones de plena competencia y no una transacción intraempresarial. En el caso de partes asociadas, como una empresa matriz y sus filiales, estas pueden ser entidades jurídicas separadas, sus

⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2006* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.06.II.D.11). Se puede consultar en www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf.

¹⁰ Beth Kytte y John Gerard Ruggie, "Corporate Social Responsibility as Risk Management: A Model for Multinationals", documento de trabajo núm. 10 (Universidad de Harvard, John F. Kennedy School of Government, marzo de 2005). Disponible en la página siguiente: www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_10_kytte_ruggie.pdf.

proyectos a gran escala pueden estar constituidos por separado y cualquiera de ellas puede participar en proyectos conjuntos con otras empresas o agentes gubernamentales. Según la doctrina de la responsabilidad limitada, una empresa matriz no es legalmente responsable de los daños causados por una filial, incluso aunque sea la única accionista, a no ser que la empresa matriz mantenga un control tan estrecho de las operaciones de su filial que la convierta en un mero agente. Cada una de esas entidades jurídicamente separadas está sujeta a la legislación de los países y territorios en que realiza operaciones, pero el grupo o red empresarial transnacional no está sujeto directamente al derecho internacional. Ese es el hecho básico que se pretende modificar con la propuesta de establecer normas jurídicas a nivel mundial para regular las empresas transnacionales. Aunque las normas ya han empezado a cambiar, ese problema básico pone de manifiesto la importancia de la legislación y reglamentación a nivel nacional y la obligación del Estado de proteger a los pueblos indígenas, independientemente de sus obligaciones de carácter internacional.

28. Los esfuerzos para someter a las empresas transnacionales a las estructuras jurídicas internacionales se enfrentan a problemas adicionales. Antes de atribuir obligaciones internacionales a las empresas transnacionales en relación con los derechos humanos, es preciso determinar la base para ello. Parece claro que los argumentos de larga data sobre si las empresas de ese tipo pueden ser sujetos de derecho internacional están dando lugar a nuevas situaciones sobre el terreno. Por ejemplo, las empresas han adquirido derechos importantes en virtud de acuerdos bilaterales de inversión y de tratados con los gobiernos anfitriones, han establecido normas internacionales en varias industrias, y hay ciertos actos de las empresas que están prohibidos expresamente en los convenios y convenciones sobre responsabilidad civil en materia de contaminación ambiental¹¹. Por consiguiente, las empresas transnacionales se han convertido, como mínimo, en participantes en el sistema jurídico internacional con capacidad para asumir algunas de las responsabilidades y obligaciones contempladas en el derecho internacional¹².

29. El argumento en favor de la promoción de marcos jurídicos normativos internacionales comienza por reclamar que cada miembro y cada órgano de la sociedad debe esforzarse por promover el respeto de los derechos y libertades de los pueblos indígenas. Ese argumento continúa diciendo que las empresas transnacionales tienen más poder que algunos gobiernos para afectar la realización y protección de los derechos y que ese poder debe ir acompañado de responsabilidad⁵. Por consiguiente, esas empresas deben asumir responsabilidad por los derechos que puedan afectar y, dado que algunos Estados no pueden o no quieren obligarles a hacerlo en el derecho interno, deben exigirse responsabilidades directas y uniformes en el derecho internacional a esas empresas.

30. La lista de derechos que parecen particularmente relevantes para las empresas incluyen derechos que los Estados no han reconocido o que todavía están debatiendo a nivel mundial, como la protección del consumidor, el principio de precaución en la

¹¹ Véase A/HRC/4/35, párr. 20; véase también Steven R. Ratner, "Business", *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007).

¹² Ya en 1949 la Corte Internacional de Justicia señaló que los sujetos de derecho de cualquier sistema jurídico no eran necesariamente idénticos en su naturaleza o en lo que respectaba al ámbito de sus derechos, y que su naturaleza dependía de las necesidades de la comunidad (véase "Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations", opinión consultiva de 11 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*).

gestión ambiental, y el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Esto plantea un reto, pero más grave aún es el problema de las fórmulas jurídicas propuestas en las estructuras normativas internacionales para la atribución a las empresas de obligaciones en materia de derechos humanos. Tras reconocer que los Estados son los principales garantes de los derechos, en la sección A, párrafo 1, de las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos se añade que: “Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional”. Es decir, que dentro de sus esferas de influencia las empresas tienen exactamente las mismas obligaciones que los Estados en cuanto al respeto y cumplimiento de los derechos, la única diferencia es que la obligación de los Estados es de carácter primario y la de las empresas secundario. Según John Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos, el concepto de esferas de influencia de las empresas, aunque resulta útil como instrumento de análisis, no parece estar avalado por antecedentes jurídicos¹³. Por ello, Ruggie considera que no están definidas las circunstancias en que se deberían aplicar las obligaciones secundarias de las empresas. Esa situación aumenta la probabilidad de que en la práctica la atribución de obligaciones a las empresas dependa de las capacidades respectivas de los Estados y las empresas en cada caso concreto. Cuando los Estados no pueden o no quieren asumir sus obligaciones, la presión recaería en las empresas, algo que puede ser deseable en circunstancias especiales pero que como proposición general resulta muy preocupante por varias razones.

31. Por definición, la imposición de la gama completa de obligaciones a las empresas transnacionales directamente en el derecho internacional reduciría el espacio discrecional de los gobiernos en el ámbito de esas obligaciones. El régimen internacional de derechos humanos reconoce el legítimo derecho de los gobiernos a ejercer su discreción a la hora de adoptar decisiones sobre compensaciones y equilibrios, y sobre todo a la hora de determinar la mejor manera de asegurar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en los que las empresas pueden tener mayor influencia. Las estructuras jurídicas internacionales tratan de lograr la cuadratura del círculo al exigir a las empresas que acaten las leyes y las prioridades políticas nacionales. Por supuesto, ello no hace más que añadir mandatos contradictorios que las empresas deben cumplir. Además, en los casos en que la gobernanza es débil, el traspaso a las empresas de las obligaciones de proteger y cumplir los derechos más allá de un ámbito muy limitado puede socavar la capacidad nacional y eliminar los incentivos internos para hacer que los gobiernos

¹³ Dos gabinetes jurídicos realizaron un estudio en 10 jurisdicciones y constataron que el término “esferas de influencia” no se utilizaba en contextos jurídicos. Es un concepto introducido en el lenguaje de la responsabilidad social de las empresas por el Pacto Mundial que ha demostrado ser un instrumento útil para la adopción de políticas relacionadas con las empresas, ya que ayuda a las empresas a examinar los entornos en que realizan operaciones para detectar posibles fuentes de riesgo y oportunidades que puedan afectar su licencia social para operar. Véase, por ejemplo, Business Leaders Initiative on Human Rights, Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “A Guide for Integrating Human Rights into Business Management”. Documento disponible en la página siguiente: www.blihr.org.

sean más responsables ante sus propias poblaciones, que es sin duda la forma más eficaz de hacer efectivos esos derechos.

32. Por último, la atribución de la misma gama de obligaciones a las empresas y sociedades comerciales que a los Estados, diferenciada solamente por el carácter de la obligación dentro de las imprecisas esferas de influencia de las empresas, generaría un sinfín de maniobras estratégicas y batallas legales tanto por parte de los gobiernos como de las empresas. Eso se puso de manifiesto en varios casos recientes en los que empresas y gobiernos determinados se acusaron mutuamente de haber incumplido sus obligaciones legales de proporcionar apoyo y protección a los pueblos indígenas¹⁴.

33. Aunque pueda ser razonable contemplar a las empresas como órganos de la sociedad, es fundamental tener en cuenta que son órganos especializados que realizan operaciones especializadas. El alcance de sus responsabilidades debería reflejar ese hecho. En una opinión consultiva de 1949, la Corte Internacional de Justicia explicó que una persona internacional no era lo mismo que un Estado y que sus derechos y obligaciones no eran iguales a los de un Estado. La imposición a las empresas de la misma gama de responsabilidades que a los Estados en relación con todos los derechos que puedan afectar puede crear conflictos entre las dos esferas y resultar muy problemática tanto para la reglamentación internacional como nacional¹⁵.

III. Obligaciones del Estado

34. Pese a los problemas expuestos más arriba, el Estado es el garante primario de los derechos en relación con los derechos humanos, y ciertamente con respecto a los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, la obligación del Estado de ofrecer protección contra los abusos de los derechos cometidos por terceros, incluidas las entidades empresariales, ha recibido relativamente poca atención en el debate sobre las normas y estructuras jurídicas internacionales. Ello resulta sorprendente si se tiene en cuenta que el derecho internacional establece firmemente que esa

¹⁴ Después de que miembros de las comunidades indígenas circundantes ocuparan las minas de la Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) en protesta por lo que consideraban una insuficiente aportación de fondos y servicios por esa empresa, la CVRD se negó a seguir efectuando pagos a las comunidades por conducto de la Fundación Nacional del Indio, con la que tenía un acuerdo para ello, aduciendo que las comunidades estaban recurriendo a medios ilegales para forzar a la empresa a someterse a sus demandas. La CVRD denunció los hechos a la Organización de los Estados Americanos y pidió aclaraciones sobre las obligaciones del Estado en relación con los pueblos indígenas. La Fundación recurrió a los tribunales nacionales del Brasil para solicitar un mandamiento judicial, que fue aprobado, por el que se ordenara a la CVRD que reanudara los pagos. La Fundación también solicitó un dictamen del Tribunal Federal del Brasil por el que se atribuyera responsabilidad legal a la CVRD por el impacto social causado por sus actividades mineras. Véanse los comunicados de prensa de la CVRD y de la Fundación sobre ese tema, que se pueden consultar en los sitios siguientes:

www.cvrd.com.br/saladeimprensa/en/releases/release.asp?id=16724 y

www.funai.gov.br/ultimas/noticias/1_semestre_2007/janeiro/un0131_001.htm.

¹⁵ Para consultar un modelo de análisis de las obligaciones de las empresas en el que no se reconocen las funciones sociales respectivas de los Estados y las empresas, véase Steven R. Ratner, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", *Yale Law Journal*, vol. 111 (2001).

obligación entra dentro de la jurisdicción de los gobiernos¹⁶. En efecto, los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales han abordado ese tema cada vez con mayor frecuencia. En los tratados más antiguos de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no se abordan explícitamente las obligaciones de los Estados en relación con las empresas. Se limitan a establecer obligaciones generales para garantizar el disfrute de los derechos y prevenir el abuso por agentes no estatales. Por ejemplo, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se exige a cada gobierno que ponga fin a la discriminación racial practicada por “personas, grupos u organizaciones” (art. 2.1 d)). En algunos tratados se reconocen derechos que son particularmente relevantes en el contexto de las empresas, como los derechos relacionados con el empleo, la salud y las comunidades indígenas.

35. A partir de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979, y pasando por la Convención sobre los Derechos del Niño y la recientemente aprobada Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el papel de las empresas se abordó de manera más directa y detallada. Por ejemplo, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se establece que los gobiernos deben tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera “empresas” (art. 2 e)) y en contextos específicos como “préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero” (art. 13 b)). Por lo general, los tratados conceden un margen de discreción a los Estados con respecto a las modalidades de regulación y arbitraje de los abusos cometidos por agentes no estatales. Los órganos creados en virtud de tratados son los que se encargan de especificar la obligación de proteger los derechos.

36. En la Observación general núm. 31, el Comité de Derechos Humanos confirma que, con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “solo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Partes de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no solo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades”¹⁷. Asimismo, explica que los Estados pueden infringir las obligaciones contraídas en virtud del Pacto “permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado”. Los comités suelen expresar su preocupación con mayor frecuencia cuando los Estados no ofrecen protección contra los abusos cometidos por las empresas en casos que afectan el derecho a la no

¹⁶ Los Estados también tienen la obligación de respetar, promover y hacer efectivos los derechos, pero la obligación que está más directamente relacionada con las empresas es la de proteger porque va dirigida a prevenir los abusos por terceros. Más allá del territorio nacional el alcance de la obligación varía dependiendo del grado de control del Estado. Por lo general, los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos entienden que las obligaciones de los Estados partes se aplican en las esferas que estén bajo su autoridad o control efectivo. Cabe señalar que, cuando las empresas desempeñan funciones públicas o están bajo el control del Estado, sus actos pueden ser atribuidos al Estado de conformidad con el derecho internacional; véase la resolución 56/83 de la Asamblea General.

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31, HRI/GEN/1/Rev.8 y Add.1.

discriminación, los derechos de los pueblos indígenas o los derechos relacionados con el trabajo y la salud. Sin embargo, los comités indican que la obligación de proteger se aplica a todos los derechos sustantivos reconocidos en los tratados que cualquier parte privada pueda infringir.

37. Los comités no suelen especificar el contenido exacto de las medidas que deben adoptar los Estados, pero por lo general recomiendan la promulgación de legislación y la garantía del acceso a recursos judiciales, incluso a indemnizaciones cuando proceda. Los comités no han interpretado expresamente que los tratados obliguen a los gobiernos a ejercer jurisdicción extraterritorial por los abusos cometidos en el extranjero por empresas basadas en su territorio¹⁸. No obstante, no parecen entender que los tratados prohíban ese tipo de actuación e incluso la han alentado en algunas situaciones. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sugerido que los Estados partes deben adoptar medidas “para impedir que sus propios ciudadanos y empresas” violen esos derechos en otros países¹⁹. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial tomó nota recientemente “con preocupación” de la información sobre los efectos negativos que las actividades de las empresas con domicilio en un Estado determinado estaban teniendo sobre los derechos de los pueblos indígenas en otros países. El Comité alentó a ese Estado a que adoptara “medidas legislativas o administrativas adecuadas” para impedir esos actos, le recomendó que estudiara la forma de “responsabilizar” a las empresas, y le pidió que incluyera en su próximo informe periódico información sobre las medidas que hubiera adoptado al respecto²⁰.

38. En general, el derecho internacional permite que un Estado ejerza jurisdicción extraterritorial cuando existe una base reconocida para ello, por ejemplo, cuando el infractor o la víctima es nacional de ese Estado, cuando los actos tienen efectos negativos importantes para el Estado, o cuando se trata de ciertos delitos internacionales²¹. La jurisdicción extraterritorial debe cumplir también un criterio general de racionalidad, que incluye la no intervención en los asuntos internos de otros Estados²².

39. Se sigue debatiendo en qué casos la protección de los derechos humanos justifica la jurisdicción extraterritorial. En los sistemas regionales de derechos

¹⁸ Cabe señalar que tanto la Convención contra la Tortura como el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía exigen a los Estados partes que establezcan su jurisdicción sobre ciertos delitos cuando la víctima o el presunto delincuente sea uno de sus nacionales, o cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no haya acuerdo de extradición. Ni el Comité contra la Tortura ni el Comité de los Derechos del Niño han examinado esas disposiciones en relación con las empresas.

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 15, HRI/GEN/1/Rev.8 y Add.1, 2002.

²⁰ Véase CERD/C/CAN/CO/18 y Add.1.

²¹ De conformidad con el principio de “jurisdicción universal”, los Estados pueden verse obligados a ejercer su jurisdicción sobre personas que se encuentren en su territorio y que presuntamente hayan cometido determinados delitos internacionales. No está claro si esas obligaciones incluyen la jurisdicción sobre las personas jurídicas, como las empresas, y, en caso de que así sea, de qué modo ha de aplicarse esa jurisdicción.

²² Por supuesto, todo el régimen de derechos humanos se puede entender como un reto a la visión clásica de la no intervención. El debate en este caso gira en torno a lo que se entiende por medidas coercitivas.

humanos se afirma también la obligación de los Estados de proteger contra los abusos cometidos por agentes no estatales y se establecen las correspondientes obligaciones de los Estados de regular y arbitrar los actos de las empresas. El creciente interés en la protección contra los abusos de las empresas mostrado por los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados y por los mecanismos regionales indica una preocupación cada vez mayor por el hecho de que los Estados no tengan un conocimiento pleno de sus obligaciones o no siempre estén dispuestos a cumplirlas. Esa preocupación se ve reforzada por los resultados de una encuesta realizada por el Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas en la que solicitaba a los Estados que le informaran de las políticas y prácticas que utilizaban para regular, arbitrar o influir de cualquier otro modo en las actividades de las empresas en relación con los derechos humanos²³. De los Estados que respondieron, había muy pocos que tuvieran políticas, programas o herramientas diseñados específicamente para hacer frente a los retos que planteaban las empresas en la esfera de los derechos humanos. Un gran número de ellos dijeron que utilizaban el marco más amplio de las iniciativas relativas a la responsabilidad de las empresas, incluidos instrumentos jurídicos flexibles como las directrices para las empresas multinacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos u otras iniciativas voluntarias, como el Pacto Mundial. Muy pocos tenían en cuenta explícitamente los criterios de derechos humanos en sus políticas de créditos a las exportaciones y promoción de las inversiones, o en sus tratados bilaterales de comercio e inversiones, que son los puntos en que se produce una interacción más estrecha entre las políticas gubernamentales y las operaciones de las empresas a nivel mundial.

IV. Legislación nacional

40. Las leyes estatales por las que se aplican las convenciones y normas internacionales sobre los pueblos indígenas difieren de un país a otro. Por ejemplo, en la Federación de Rusia los derechos de los indígenas están contemplados en diferentes leyes, incluidas la Ley federal núm. 82-FZ sobre los derechos de los pueblos indígenas minoritarios de la Federación de Rusia, aprobada en abril de 1999, la Ley federal núm. 104-FZ sobre los principios generales de organización de los pueblos indígenas minoritarios del Norte, aprobada en julio de 2000, y la Ley federal núm. 49-FZ sobre los territorios cuyos recursos naturales utilizan tradicionalmente los pueblos indígenas minoritarios del Norte, Siberia y el Lejano Oriente de la Federación de Rusia, aprobada en mayo de 2001. La legislación relativa a los derechos de los pueblos indígenas de la Federación de Rusia se elaboró en el marco de las reformas políticas y económicas de ese país, que, a su vez, estuvieron influenciadas por las preferencias y las políticas de los inversores extranjeros en Rusia.

41. En el continente americano, las reformas constitucionales de los últimos diez años han reconocido los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas. Algunos países, como el Estado Plurinacional de Bolivia y el Ecuador, han elaborado nuevos marcos constitucionales en los que se reconocen y garantizan los derechos de los pueblos indígenas. En el artículo 2 de la Constitución

²³ Véase A/HRC/4/35/Add.1.

del Estado Plurinacional de Bolivia se garantiza la libre determinación de los pueblos indígenas y su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a sus territorios. En la nueva Constitución del Ecuador también se reconoce la existencia de los pueblos indígenas y se garantizan sus derechos colectivos a mantener su identidad y a conservar la propiedad de sus tierras comunales. Se garantiza también el derecho de los pueblos indígenas a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras y se reconoce además su derecho a la consulta previa, libre e informada y a participar en los beneficios que esos proyectos reporten. Asimismo, se les garantiza el derecho a recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.

42. En Nicaragua, además de los cambios constitucionales introducidos en 1987, se estableció un régimen de autonomía para los pueblos indígenas de las costas del Caribe mediante la aplicación de la Ley núm. 28 sobre el estatuto de autonomía de las regiones de la costa atlántica de Nicaragua y los reglamentos derivados de ella. Ese proceso de autonomía se ha ido reforzando en los últimos 20 años. Recientemente se han promulgado otras leyes para complementar determinados aspectos del estatuto, como la Ley núm. 445 sobre el régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz. En esa Ley, que se aprobó en diciembre de 2002, se reconocen las autoridades indígenas dentro de sus territorios y se les asignan competencias respecto de la administración territorial y la gestión de los recursos naturales.

43. Muchos Estados han aplicado reformas constitucionales y promulgado leyes en las que se reconocen los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, entre otros, la Argentina, el Brasil, Colombia, Guatemala, México, Panamá, el Paraguay, el Perú y la República Bolivariana de Venezuela. Las reformas legislativas abarcan aspectos tan diversos como la cuestión de los derechos de propiedad, la autonomía, el autogobierno y el reconocimiento del derecho consuetudinario en la regulación de las relaciones internas. Esas reformas reconocen la jurisdicción de las autoridades indígenas con arreglo a sus propias leyes. En Camboya se han promulgado leyes que reconocen los derechos de los pueblos indígenas respecto de la gestión de sus tierras y bosques. En 1954, Malasia aprobó la Ley sobre los pueblos aborígenes para proteger a los grupos indígenas conocidos como “Orang Asli”, y en Filipinas la Ley sobre los derechos de los pueblos indígenas de 1997 reconoce diversos derechos, incluido el derecho a las tierras y territorios ancestrales.

44. En el continente africano, solo unos pocos Estados han reconocido la existencia de pueblos indígenas en sus territorios. La Constitución de Etiopía protege el derecho incondicional de todo pueblo o nación a la libre determinación. Las leyes del Camerún, la República del Congo y Uganda protegen los derechos de los pueblos indígenas. En Argelia, la Constitución de 1996 reconoce la aportación amazigh a la cultura argelina. La Constitución de Namibia reconoce el idioma indígena nama. En Sudáfrica los pueblos indígenas no están reconocidos como tales, pero los pueblos khoe y san se mencionan en la Constitución de 1996, en la que además se protege el uso de los idiomas indígenas.

45. En los Estados Unidos de América la legislación relativa a los indios norteamericanos incluye tratados y leyes indias federales. El reconocimiento de la

condición de nativo norteamericano se refiere al proceso de reconocimiento de una tribu por el Gobierno federal de los Estados Unidos o a la aceptación de una persona como miembro de una tribu reconocida por el Gobierno federal. En la actualidad hay 561 gobiernos tribales reconocidos a nivel federal. Los Estados Unidos reconocen el derecho de esas tribus al autogobierno y defienden su soberanía tribal y su derecho a la libre determinación. Las tribus tienen derecho a determinar los requisitos legales para ser miembro, formar su propio gobierno, aplicar leyes (tanto civiles como penales), recaudar impuestos, conceder licencias y regular actividades, decidir sobre la clasificación del suelo, y denegar la entrada a personas o su residencia en los territorios tribales.

46. En el derecho de Australia se han reconocido los derechos de los pueblos indígenas a la tierra sobre la base de la ocupación tradicional. Durante la década de 1970, el Commonwealth y los gobiernos estatales promulgaron legislación para devolver las tierras a las comunidades indígenas y admitir sus reclamaciones de otras tierras. En 1992 el Tribunal Supremo emitió un fallo histórico en la causa Mabo en el que rechazaba la doctrina discriminatoria de *terra nullius* (tierra de nadie). En respuesta a esa decisión fundamental del Tribunal Supremo, el Gobierno de Australia aprobó la Ley de titularidad nativa de 1993. Esa ley no contiene ninguna disposición que permita a los nativos con titularidad sobre las tierras vetar las actividades de explotación minera en ellas, aunque sí contempla su derecho a negociar en determinadas circunstancias. La ley también permite que ciertas actividades futuras con efectos mínimos sobre la titularidad de los nativos queden excluidas de los arreglos por los que se reconoce el derecho a la negociación de los titulares nativos. Eso es especialmente importante y valioso para la explotación minera. Los pactos y condiciones estipulados en el arrendamiento pastoral seguirán aplicándose y tendrán precedencia con respecto a los derechos nativos. Los contratos válidos de arrendamiento pastoral pueden renovarse, aunque la titularidad nativa no queda anulada por el contrato de arrendamiento ni el uso de la tierra. La Ley garantiza la protección de los derechos existentes de los titulares de contratos pastorales. Si se encontrara alguna causa de invalidez debido a la titularidad nativa, el contrato de arrendamiento se tendría que validar.

47. Con respecto a la minería y la explotación de otros recursos naturales en tierras sujetas a reclamaciones de títulos nativos, los órganos representativos de los indígenas han negociado arreglos que prevén beneficios para los propietarios indígenas. Cabe señalar que los derechos de los indígenas se socavan a menudo inintencionadamente, bien porque los términos de los acuerdos se mantienen en secreto o porque los pueblos indígenas disponen de poco tiempo para negociar o su representación letrada es inadecuada. A diferencia de la Ley de 1993, la Ley de 1998 por la que se enmienda la ley de titularidad nativa se elaboró sin consultar a los pueblos indígenas ni obtener su consentimiento. La enmienda vulneró derechos de los indígenas y, en algunos casos, supuso directamente la anulación de la titularidad nativa. Al mismo tiempo, supuso grandes beneficios para los interesados no indígenas en las tierras.

48. La relación entre el pueblo maorí y el Gobierno de Nueva Zelanda se basa en el Tratado de Waitangi que, pese a estar sujeto a continuo debate en Nueva Zelanda, ocupa un lugar importante en el marco jurídico del país. Ese tratado establece asociaciones entre el pueblo maorí y el Gobierno. Por ejemplo, hay escaños reservados para los maoríes en el Parlamento, lo que garantiza su representación y les permite influir en la adopción de decisiones a nivel nacional. El

deber de consultar al pueblo maorí sobre cuestiones que les afectan está incorporado en el Tratado; sin embargo, este deber no se considera absoluto. Incluso cuando se celebran consultas, estas no suelen conformarse a los procesos maories tradicionales de adopción de decisiones.

49. En 1979 Dinamarca concertó un acuerdo de autonomía con Groenlandia y en 2008 Groenlandia votó a favor de transferir más competencias del Gobierno del Reino de Dinamarca al gobierno local de Groenlandia. En junio de 2009, Groenlandia asumió la libre determinación con competencias en los asuntos judiciales, el servicio de policía y los recursos naturales. Además, se reconoció al pueblo groenlandés como un pueblo distinto con arreglo al derecho internacional. Dinamarca mantiene el control de los asuntos externos y las cuestiones de defensa. También sigue aportando una subvención global de 3.200 millones de coronas danesas, pero, a medida que Groenlandia comience a recaudar ingresos de sus recursos naturales, esta subvención se irá reduciendo gradualmente.

50. En Noruega, Suecia, Finlandia y la península rusa de Kola, el pueblo sami está dividido por las fronteras oficiales de los cuatro Estados. Sin embargo, sigue existiendo como un solo pueblo unido por lazos culturales y lingüísticos y una identidad común, que ha habitado tradicionalmente un territorio denominado Sápmi, que abarca las regiones septentrionales de estos países. El Consejo Parlamentario Sami, constituido en 2000, está integrado por los parlamentos sami de Noruega, Suecia y Finlandia e incluye la participación permanente de los sami de la Federación de Rusia. El Consejo tiene autorización para ocuparse de cuestiones transfronterizas que afectan al pueblo sami, incluido el idioma, la educación, la investigación y el desarrollo económico. Los parlamentos sami son el vehículo principal de la libre determinación sami en Noruega, Suecia y Finlandia, y representan un modelo importante de gobierno autónomo indígena y de participación en el proceso de adopción de decisiones. Además, los Estados nórdicos han ido elaborando gradualmente ciertas formas de protección para las tierras y las actividades de pastoreo de renos de los sami y actualmente hay grandes extensiones de tierra dedicadas de forma permanente a la cría de renos.

51. Los proyectos de desarrollo que explotan los recursos naturales en tierras y territorios de los pueblos indígenas suelen suscitar posiciones conflictivas. Esta situación existe incluso en casos en los que participan los pueblos indígenas y suelen causar divisiones en las comunidades entre los que apoyan los proyectos y los que se oponen a ellos. Los pueblos indígenas son conscientes de su situación de desventaja cuando entran en juego los intereses de Estados y empresas. Con frecuencia, los pueblos indígenas quedan excluidos porque sus aspiraciones, derechos e intereses no se tienen en cuenta y se les niega el derecho a la participación efectiva en las cuestiones políticas, sociales, económicas, culturales y ambientales que les afectan.

52. En los últimos decenios, los pueblos indígenas han elaborado su propia agenda en respuesta a sus propias realidades, identificando ámbitos programáticos, planes de acción y estructuras básicas de colaboración y coordinación. Los planes de acción se refieren a cuestiones como la defensa de sus territorios contra los megaproyectos; la protección de sus principales emplazamientos; la adopción de medidas relacionadas con el cambio climático; la aplicación, supervisión y reforma de marcos jurídicos internacionales y nacionales; la revitalización cultural; la defensa de su patrimonio cultural e intelectual; y la lucha por la libre determinación.

Los pueblos indígenas también han elaborado diferentes formas de protesta contra las políticas formuladas y aplicadas por los Estados, los cambios en los marcos jurídicos que regulan su relación con los gobiernos, y la ejecución de megaproyectos que afectan a sus intereses, recursos, cultura y forma de vida.

V. Conclusión y recomendaciones

53. El mejoramiento de la eficacia del régimen internacional de derechos humanos para hacer frente a los retos planteados por el aumento de las actividades de las empresas transnacionales en todo el mundo sigue siendo un objetivo a largo plazo. En primer lugar, cualquier “gran estrategia” debe reforzar y ampliar la capacidad y el sistema que utilizan los Estados para regular y arbitrar los actos perjudiciales cometidos por las empresas, y no contribuir a socavarlos. Actualmente, algunos gobiernos pueden ser incapaces de tomar medidas eficaces a nivel interno por sí solos, independientemente de que tengan o no la voluntad de hacerlo. En el plano internacional, los Estados pueden competir entre sí por el acceso a los mercados e inversiones y debido a ello encontrar problemas para adoptar medidas colectivas, lo que puede dificultar o impedir que defiendan su posición con autoridad pública en el seno de la comunidad internacional. Esa observación es la que motiva el deseo de imponer obligaciones directas a las empresas en el derecho internacional. Sin embargo, ello puede tener efectos adversos para la gobernanza, como ya hemos visto, dejando a un lado la cuestión de la viabilidad de esas propuestas en el entorno político actual y su aplicabilidad desde el punto de vista jurídico.

54. Parece que resulta más prometedor ampliar el régimen internacional de forma horizontal, tratando de aclarar y de avanzar progresivamente en la codificación de las obligaciones que tienen los Estados de proteger los derechos humanos contra las violaciones cometidas por las empresas, tanto de forma individual, en su calidad de Estados anfitriones y de origen de las empresas, como colectivamente, mediante el cumplimiento del mandato de cooperación incorporado en varios tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Con ello se aclararán también más la responsabilidad y la rendición de cuentas de las empresas, y se logrará una mejor comprensión de los Estados sobre los casos en que no se puede esperar que el régimen actual funcione como estaba previsto y en los que, por lo tanto, es esencial su ampliación vertical. Los instrumentos internacionales también pueden desempeñar una función importante en ese proceso como herramientas de precisión cuidadosamente elaboradas que complementan y aumentan la capacidad institucional existente.

55. En segundo lugar, el tema central del debate sobre las empresas y los derechos humanos debe ampliarse más allá de la responsabilidad individual de las empresas por los daños causados. Este es un elemento crucial que debe abordarse por separado. Por sí solo un modelo de responsabilidad individual no puede solucionar los grandes desequilibrios sistémicos existentes en el sistema mundial de gobernanza. Como dijo la experta en filosofía política Iris Marion Young en un importante debate sobre los abusos laborales en las cadenas mundiales de suministro: “dado que las injusticias que requieren reparación son producto de las acciones de muchos agentes ... solo se pueden rectificar por medio de la acción

colectiva”²⁴. Y para ello, añadió, era preciso ampliar el concepto de “responsabilidad política” o “responsabilidad compartida”. El objetivo, según Young, no era determinar la culpa de actos concretos mediante procesos judiciales retrospectivos sino “cambiar los procesos estructurales mediante la reforma de las instituciones o la creación de otras nuevas que regulen mejor el proceso y eviten resultados perjudiciales”.

56. Los arreglos jurídicos híbridos no vinculantes, como el Proceso de Kimberley, constituyen una innovación importante ya que encarnan ese concepto al agrupar a Estados importadores y exportadores, empresas y agentes de la sociedad civil, e incorporar elementos de carácter voluntario y obligatorio. Esos arreglos merecen que se les preste más atención y apoyo y que se reproduzcan en otros ámbitos. Por último, muchos elementos de cualquier estrategia general están completamente fuera del ámbito jurídico. En consecuencia, se debe calibrar cuidadosamente la interacción entre los sistemas ideados para hacer cumplir la ley y los mecanismos sociales más amplios que pueden favorecer cambios positivos.

57. Para que tenga éxito, cualquier régimen que se adopte tiene que motivar, activar y aprovechar todos los argumentos morales, sociales y económicos que pueden afectar el comportamiento de las empresas. Para ello se deben ofrecer tanto incentivos como sanciones, determinar las oportunidades y los riesgos, y crear movimientos sociales y coaliciones políticas que incluyan a representantes de todos los sectores pertinentes de la sociedad, incluidas las empresas, de forma similar a lo que ha sucedido en la esfera del medio ambiente. La comunidad de defensores de los derechos humanos ha venido insistiendo desde hace tiempo en la necesidad de superar el “voluntarismo” en la esfera de las empresas y los derechos humanos²⁵. En resumen, el derecho internacional ha de desempeñar un papel importante en la construcción de un régimen mundial para regular la interacción entre las empresas y los derechos humanos. La eficacia de sus contribuciones se maximizará si se incorpora dentro de él, y se aplica, una estrategia general de mejora de la capacidad de gobernanza, teniendo en cuenta la gran complejidad y los cambios constantes que caracterizan a las fuerzas de la globalización.

²⁴ Iris Marion Young, “Responsibility and Global Labor Justice”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, núm. 4, págs. 365 y 387 (2004).

²⁵ International Council on Human Rights Policy, *Más allá de lo discrecional: los derechos humanos y la emergencia de obligaciones legales internacionales para las empresas* (2002). Disponible en la página siguiente: www.ichrp.org/es/proyectos/107.