

## **Empresas, derechos humanos y pueblos indígenas en América Latina; tensiones y desafíos.**

José Aylwin\*

### **Introducción**

Una realidad común que afecta a los pueblos indígenas hoy, y con particular intensidad en América Latina, es la proliferación de proyectos de inversión productivos o extractivos en sus tierras y territorios. Tal fenómeno, que es consecuencia de la globalización, entendida esta como la expansión de los mercados hacia los últimos rincones del planeta, es desarrollado por empresas privadas, muchas veces de carácter transnacional, otras veces de capitales nacionales, así como también por empresas de carácter público o estatal.

La actividad empresarial impulsada en tierras y territorios de los pueblos indígenas en América Latina ha tenido como común denominador a la fecha el que esta ha sido realizada violando los derechos propietarios legales y/o ancestrales de los pueblos indígenas; el que ella no ha contado con procesos de información, consulta, y menos con el consentimiento de las comunidades afectadas; y el hecho que tales comunidades no participan de los beneficios de la actividades por estas impulsadas. A ello se agrega el que los daños que tales iniciativas empresariales generan en los pueblos indígenas- los que incluyen la degradación ambiental, la relocalización y los impactos socioculturales adversos- no son compensados. Los impactos que estos generan son, en algunos casos, de tal magnitud que afectan el derecho a la vida de los pueblos indígenas, entendiendo por tal no solo el derecho a la vida en un sentido físico, sino también el derecho a la vida en su sentido cultural

Ejemplos de impactos de actividad empresarial en los derechos humanos de los pueblos indígenas pueden ser encontrados en la mayor parte de los países de la región. Los desplazamientos de población indígena por la construcción de centrales hidroeléctricas en México y Brasil, la contaminación de las tierras y aguas como consecuencia de la actividad de las empresas de hidrocarburos en los países amazónicos, la destrucción de los hábitats como consecuencia de la actividad minera en los países andinos, son algunos ejemplos de ello.

---

\* Co Director, Observatorio Ciudadano, Chile ([www.observatorio.cl](http://www.observatorio.cl)). El presente documento fue presentado al Primer Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, organizado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena y el Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 5 y 6 de noviembre de 2009

El caso de Chile es posiblemente uno de los más ilustrativos de los impactos adversos de la actividad empresarial a los derechos humanos de los pueblos indígenas. En consonancia con los esfuerzos del impulsados desde el estado las últimas décadas para incorporar, a través de tratados de libre comercio y acuerdos de libre comercio con las grandes economías del mundo (Estados Unidos, Unión Europea, Australia, Nueva Zelanda, Japón, etc) al país a los mercados globales, las autoridades han venido respaldando por largos años proyectos de inversión extractivos o de infraestructura impulsados por empresas privados nacionales o extranjeros, y también por empresas públicas, que por su magnitud han sido conocidos como “mega proyectos”, en territorios legales y/o ancestrales de los pueblos indígenas. La materialización de estos proyectos, la que ha sido posible gracias a las insuficiencias de la legislación vigente para dar protección a los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales y para proteger el medio ambiente -el Convenio 169 de la OIT solo fue ratificado el 2008 entrando en vigencia plena en septiembre de 2009 en el país-, se ha verificado muchas veces sin procesos de información y consulta adecuados a los pueblos indígenas afectados, mucho menos con su consentimiento, y sin que estos participen de los beneficios que estos generan.

En el caso de los pueblos andinos del norte del país, la expansión minera en sus territorios ancestrales se ha incrementado en el último tiempo debido al alza del valor de los minerales en los mercados. Así se ha intensificado la actividad minera impulsada por el estado (a través de su empresa cuprífera CODELCO) y por transnacionales en tierras de sus comunidades, causando un fuerte impacto tanto en sus escasas aguas superficiales y subterráneas. Uno de los casos más críticos es el del proyecto minero Pascua Lama, de propiedad de la empresa canadiense Barrick Gold, que se impulsa sobre el territorio ancestral de los Diaguita Huascoaltinos, y por lo mismo ha sido llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso del sur, en el territorio ancestral mapuche, esta política se ha manifestado en la construcción de la central Ralco, en el Bío Bío, resistida por las comunidades pehuenche allí asentadas; en la expansión de las plantaciones forestales exóticas de propiedad de grandes conglomerados sobre tierras ancestrales y/o tierras reconocidas por el Estado a los mapuches, con graves impactos ambientales y sociales<sup>1</sup>; en la construcción de plantas de tratamiento de

---

<sup>1</sup> A la fecha hay más de 2 millones de hectáreas plantadas con especies exóticas de rápido crecimiento al sur del Bío Bío, perteneciendo estas mayoritariamente a dos grandes conglomerados privados de capitales nacionales (CMPC y Arauco). Los impactos incluyen el desecamiento de las aguas, la pérdida del hábitat boscoso al cual esta asociado la cultura mapuche, la migración de población y el empobrecimiento, según se puede constatar en las propias cifras oficiales.

aguas servidas, todas ellas ubicadas en tierras de comunidades mapuches o zonas aledañas, y en la instalación de la salmonicultura en ríos y canales de los mapuche huilliche. A ello se suman proyectos hidroeléctricos, impulsados por empresas chilenas y extranjeras afectando los valles cordilleranos de los mapuche. Tales proyectos no han sido consultados a la fecha en base al Convenio 169. Las comunidades afectadas han iniciado acciones administrativas y judiciales para la defensa de sus derechos territoriales, sin resultados a la fecha.

En el mes de abril de 2009 el gobierno chileno presentó una propuesta de un *“Codigo de conducta responsable para inversiones en tierras y áreas de desarrollo indígena”*. El documento proponía lineamientos, obligatorios para las empresas públicas, y voluntarios para las empresas privadas, para certificar las inversiones en dichas tierras como “responsables”. Tal propuesta, aparte de no haber sido consultada con los pueblos indígenas, no asumía los estándares del convenio 169 de la OIT, y por lo mismo fue rechazada sus organizaciones. Paradojalmente, ella fue desautorizada por altas autoridades de gobierno por la presión de los empresarios que vieron en ella una amenaza a sus inversiones, y no por la crítica indígena que generó.

La protesta social indígena frente a la actividad de estas empresas, en el caso mapuche, ha sido criminalizada, como han constatado en los últimos años diversas instancias de tratado de la Naciones Unidas, incluyendo el Comité de Derechos Humanos (2007), el Comité Contra la Tortura (2006) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2009), así como los Relatores Especiales de la ONU para los derechos indígenas Rodolfo Stavenhagen (2003) y James Anaya (2009). (Observatorio Ciudadano, 2009).

### **Lineamientos del derecho internacional**

La relación entre la actividad empresarial y los derechos humanos ha sido objeto de análisis y preocupación desde el derecho internacional en las últimas décadas. Los avances existentes en este ámbito son, sin embargo, muy insuficientes. A contar de la década del setenta se han impulsado diversas iniciativas tendientes a regular el desarrollo de esta actividad desde la perspectiva de los derechos humanos. Una de ellas fue la iniciativa de la ONU para elaborar un **Código de Conducta para las Empresas Transnacionales**. La oposición de los países industrializados, sin embargo, determinó que tal Código no haya sido aprobado a la fecha. En el artículo 14 de la propuesta de Código se sostenía que: *“las empresas transnacionales deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los países en los que realizan sus actividades.”*

En años posteriores diversas instancias multilaterales han elaborado algunos lineamientos relativos a esta materia: la Declaración de la OCDE sobre inversión internacional y compañías multilaterales de 1976 (revisada en 1991 y 2000) y la Declaración Tripartita de la OIT sobre los Principios relativos a las Compañías Transnacionales y la Política Social de 1977. Más tarde la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías estableció un Grupo de Trabajo encargado de examinar los **métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales** para analizar los impactos que estas tienen en el disfrute de los derechos humanos. El preámbulo del Proyecto reconocía que *“aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en su calidad de órganos de la sociedad, también tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”*

Dicho reconocimiento de la co-responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la protección de los derechos humanos, sin embargo, no fue aceptado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU la que el 2004 señaló que esta propuesta carecía de “autoridad legal”. (Gómez, 2008)

El 2005, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas solicitó al Secretario General la designación de un **Representante Especial sobre Empresas y Derechos Humanos**. Tal designación recayó sobre John Ruggie. Su mandato era el de identificar y aclarar las normas de derechos humanos relativas a la responsabilidad y rendición de cuentas de las empresas, ampliar detalles sobre el rol de los Estados en la regulación y evaluación de las empresas, aclarar las implicancias de conceptos como “complicidad” y “esfera de influencia” respecto de las empresas, desarrollar metodologías para realizar evaluaciones de los impactos de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos, y llevar a cabo un compendio de mejores prácticas de Estados y empresas.

En consonancia con dicho mandato, concebido más como una investigación académica que como un proceso orientado a la identificación de lineamientos que pudiesen servir para la definición de normas vinculantes sobre la relación entre empresas y derechos humanos, el Representante Especial Ruggie ha emitido varios informes cuyo foco ha sido, más que de derechos exigibles, el de la responsabilidad social corporativa.

En su último informe **“Proteger, Respetar y Reparar: Un Marco para las Empresas y los Derechos Humanos”** presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2008, el Representante Especial propuso tres líneas de trabajo para enfrentar las implicancias de derechos humanos del actuar empresarial, al sostener:

*(i) Los Estados tienen la obligación de brindar protección contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluyendo a las empresas, mediante políticas, regulación y sistemas de exigibilidad adecuados.*

*(ii) Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que el Representante Especial definió como algo que, en esencia, implica manejar el riesgo de daño a los derechos humanos con vistas a evitarlo.*

*(iii) Las víctimas deben tener mayor acceso a recursos efectivos. (Red Desc, 2009)*

La propuesta del representante Ruggie no considera de manera particular a los pueblos indígenas. La misma fue duramente cuestionada por organizaciones de derechos humanos y de pueblos indígenas, las que la consideran insuficientes como marco para avanzar en la definición de normas vinculantes de derecho internacional que establezcan la responsabilidad de las empresas frente a las violaciones de derechos humanos. También cuestionan que en su elaboración no se ha consultado ni tenido presente la visión de los pueblos indígenas y comunidades locales (Reunión de Consulta con Sociedad Civil, Buenos Aires, mayo de 2009)

### **El Convenio N° 169 de la OIT**

La regulación desde el derecho internacional de la relación entre la actividad empresarial y los derechos humanos de los pueblos indígenas ha tenido mayor desarrollo en las últimas dos décadas, en especial con la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.<sup>2</sup>

El principio fundamental del Convenio en la materia es el de la autonomía. Es así como en su artículo 7 se reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. En esta misma línea se establece el derecho de los pueblos interesados a participar en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente.

A ello se agrega lo dispuesto en el artículo 6 que requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles, en instancias legislativas y administrativas. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

---

<sup>2</sup> Ello sin perjuicio del desarrollo que esta materia ha tenido por los órganos de tratado de la ONU, en especial el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en algunos casos sometidos a su conocimiento.

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe. El alcance del principio de buena fe supone que los mecanismos de consulta deben implementarse de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad precisa de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La OIT ha establecido que las consultas con los pueblos indígenas y tribales, además, son obligatorias antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos; o cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y o antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos.

La jurisprudencia de los órganos de la Conferencia de la OIT con competencia para analizar las reclamaciones presentadas por las partes por el incumplimiento de un convenio como el 169, es de sumo interés. Un caso relevante en la región es el de Bolivia, donde las organizaciones de pueblos indígenas han presentado, por intermedio de organizaciones sindicales, diversas reclamaciones relativas a la explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, sin procesos de consulta adecuados conforme al Convenio 169, y sin participación en los beneficios. Una de estas reclamaciones fue la presentada por la Central Obrera Boliviana (COB) en relación a la emisión de resoluciones administrativas por la Superintendencia Forestal Nacional, que establecen 27 concesiones madereras por una duración de 40 años, renovables, que se sobreponen a seis territorios indígenas tradicionales; sometidos a un proceso de saneamiento con el fin de determinar los derechos de terceras personas al interior de los mismos, sin que haya habido un proceso de consulta previa.

En su informe la CEACR señaló que las acciones de saneamiento de tierras solicitadas y las expropiaciones y concesiones para fines de explotación pueden afectar directamente los intereses de los pueblos indígenas, subrayando que el artículo 15 del Convenio 169 (derechos sobre recursos naturales) debe leerse en concordancia con los artículos 6 y 7 del Convenio (derecho a la consulta). Por ello, la CEACR solicitó al gobierno información sobre la adopción de medidas para garantizar el derecho a la consulta en forma previa al desarrollo de estas actividades extractivas en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas, así como garantizar su participación en los beneficios o compensación por daños causados<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En su informe el Consejo de Administración solicitó al Gobierno que: “a) informe detalladamente a la Comisión de Expertos, sobre las medidas adoptadas o previstas para dar cumplimiento a las disposiciones del Convenio mencionadas en los párrafos anteriores; b) aplique plenamente el artículo 15 del Convenio y que considere establecer consultas en cada caso concreto, en especial cuando aquéllas afectan a extensiones de tierra como las tratadas en la presente reclamación, así como estudios de impacto ambiental, cultural, social y espiritual,

Otra reclamación fue la presentada el 2004 por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), referida a la comunidad indígena guaraní de *Tentayapi* del Departamento de Chuquisaca, con un territorio de 20.000 hectáreas, legalmente tituladas, donde una empresa petrolera (MAXUS-REPSOL) pretendía desarrollar actividades de exploración y explotación sin consulta ni aprobación de las comunidades. En su informe de 2005 la CEACR da cuenta que la empresa tuvo una reunión de información con la comunidad, pero que dicha reunión no satisface los requerimientos del Convenio 169 en materia de consulta. Tales requerimientos implican, según la CEACR, el establecimiento de un diálogo genuino caracterizado por la comunicación y entendimiento, el respeto mutuo, y la buena fe, obligación que corresponde desarrollar a los gobiernos y no a las empresas privadas<sup>4</sup>. Por lo mismo, constata la falta de consulta adecuada respecto de las concesiones forestales y de explotaciones de hidrocarburos, e insta al gobierno adoptar todas las medidas necesarias para dotarse de un mecanismo de consulta que responda a las disposiciones del Convenio.

---

*conjuntamente con los pueblos concernidos, antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas; c) informe sobre el proceso de saneamiento en curso en las tierras comunitarias de origen y sobre el establecimiento o sostenimiento de procedimientos adecuados de consultas que deben llevarse a cabo antes de iniciar cualquier actividad de prospección y de explotación de los recursos naturales, tal como lo dispone el Convenio; d) informe sobre los avances alcanzados en la práctica con relación a las consultas a los pueblos interesados, en la medida de lo posible de su participación en los beneficios de las concesiones y su recepción de una indemnización equitativa por los daños que puedan experimentar como resultado de esa explotación; además, que preste especial atención en su memoria a la situación específica de las comunidades indígenas que sufrirían un mayor impacto por los efectos de las concesiones madereras dentro de sus territorios, y e) pidió a los reclamantes que informen a la Comisión de Expertos si harán uso del derecho de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, y si es el caso, que informe del resultado del mismo, y sobre el recurso incoado ante el Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE).” OIT, CEACR, 2004, disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?ost=status01&textbase=ilospa&document=7623&chapter=6&query=Bolivia40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>*

<sup>4</sup>En el informe el CEACR sostiene que: “Los artículos 6, 7 y 15 del Convenio establecen, entre otros criterios aplicables a este tipo de consulta que la misma constituye un proceso y no un acto informativo, con un tipo de procedimiento y con la finalidad de llegar a un acuerdo con los pueblos afectados, y en el caso de recursos naturales hay además otras exigencias. Como ya lo estableciera el Consejo de Administración en su informe sobre otra reclamación (documento GB 282/14/2, párrafo 38) «el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la exploración o explotación de los recursos naturales comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto con el Convenio». Además, la Comisión hace notar que la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, es una obligación a cargo de los gobiernos y no de personas o empresas privadas”. CEACR; 2005, disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=8248&chapter=6&query=Bolivia40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>

En el informe anual 2009 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), esta ahonda en la definición de los requisitos necesarios para que esta sea aceptable. Así sostiene:

*“La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión — con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas — de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”<sup>5</sup>.*

### **La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Desde los años setenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recibido y procesado centenares de peticiones sobre situaciones que afectan a personas y comunidades indígenas en el ejercicio de sus derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En respuesta a estas peticiones la Comisión ha emitido numerosos informes, instando a los Estados a respetar sus derechos humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. A contar de los noventa, y con más frecuencia durante la presente década, estos casos han sido presentados por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) para su conocimiento y resolución.

A través de sus sentencias, la Corte ha sentado una importante jurisprudencia en materia de derechos de pueblos indígenas, reconociéndolos en su especificidad y en su naturaleza, muchas veces colectiva, haciendo extensivo hacia ellos los derechos humanos contenidos en la Declaración y Convención Americana de Derechos Humanos, así como en convenciones de derechos humanos posteriormente aprobadas por la OEA.<sup>6</sup> Aunque esta jurisprudencia ha tratado sobre materias de diversa naturaleza, incluyendo entre ellas la identidad cultural de los pueblos indígenas, la participación política de los mismos pueblos, y su personería jurídica, aquella relativa a sus derechos sobre las tierras, territorios, y recursos naturales, ha sido muy relevante. Esta última jurisprudencia ha definido lineamientos relativos a los derechos de pueblos indígenas frente a la actividad de empresas en sus tierras y territorios.

<sup>5</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, *op.cit.*, 2009, pág. 731.

<sup>6</sup> De especial relevancia en ese sentido ha sido el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)



En efecto, el derecho de propiedad privada consagrado por la Declaración y la Convención ha dado fundamento a uno de los desarrollos jurisprudenciales más innovadores de la Corte en relación a los pueblos indígenas. Ello resulta particularmente relevante, toda vez que a pesar de su reconocimiento explícito como un derecho de carácter individual, la Corte lo ha considerado en el caso de los pueblos indígenas, atendiendo a sus identidades y culturas, como un derecho de naturaleza comunal, por lo mismo de carácter colectivo. Así en el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, la Corte reconoció el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas, y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

Lo interesante de este caso para el tema que nos ocupa, es que la petición de la comunidad estuvo originada en la concesión, por parte del Estado de Nicaragua, de una concesión de explotación forestal, sin el consentimiento de la comunidad, a una empresa transnacional, de capitales asiáticos, sobre tierras y recursos de propiedad ancestral de la comunidad mayagna de Awás Tingni de la Costa Atlántica de ese país.

En años posteriores la Corte ratificó su interpretación sobre el alcance del derecho de propiedad de los pueblos indígenas reconociendo los derechos de carácter comunal sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaka* en Paraguay. Lo relevante de estos casos, es que a diferencia del caso Awás Tingni en que las tierras reclamadas por los indígenas estaban en poder del Estado, aquí eran de propiedad de terceros privados. No obstante aquello, y tomando en cuenta las implicancias que estas tierras tienen para las culturas y supervivencia de estos pueblos, la Corte se dio prioridad al derecho de propiedad comunal indígena por sobre la propiedad privada, sin perjuicio de la indemnización al propietario de buena fé. Igualmente relevante, la Corte sostuvo que los derechos de propiedad indígena sobre sus tierras ancestrales no se extinguen mientras estas mantengan su relación con sus tierras, ya sea material o espiritual, persista. En los mismos casos la Corte establece que los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos naturales que han usado tradicionalmente en sus tierras.

Más explícito en relación a los recursos naturales es la decisión adoptada por la Corte en el año 2007 caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam*. Estableciendo nuevos estándares, la Corte concluyó, siempre al amparo del artículo 21 de la Convención, que los pueblos indígenas tienen derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentren en las tierras ancestrales que tradicionalmente ocupan y que son necesarios para su propia sobrevivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida. La Corte se pronuncia además de

manera expresa en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios de este pueblo, sosteniendo, en una interpretación progresiva, que los Estados tienen la obligación no solo de consultarlo, sino también de obtener su consentimiento libre previo e informado, según sus costumbres y tradiciones. Al amparo del artículo 21.2 de la Convención,<sup>7</sup> dispone que este pueblo tiene derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia.

Al respecto la Corte señaló en este caso sobre las características de la información y consulta frente a planes de desarrollo:

*“La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. “ (supra párr. 129).*

Y agrega:

*“Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”. (Par 134)*

Más adelante agrega en relación al consentimiento:

*“Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas,*

---

<sup>7</sup> *“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.” Art 21.2 Convención Americana.*

*sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. (Par. 135)*

Finalmente, en este caso la Corte se pronuncia sobre la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de los planes de desarrollo:

*“La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención...”. (par. 139)*

Al respecto concluye:

*“En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka”. (par 141)*

## **La Declaración de la ONU sobre los Derechos de Pueblos Indígenas**

La Declaración de la ONU sobre derechos de pueblos indígenas (2007) avanza de manera importante en la definición de los derechos de los pueblos indígenas frente a proyectos de empresas para la explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios.

Desde luego reconoce a estos pueblos indígenas un derecho fundamental, que hasta ahora les había sido negado; el derecho a la libre determinación en sus dimensiones políticas económicas, sociales y culturales, en igualdad de condiciones que a otros pueblos<sup>8</sup>.

Como una derivación de ello, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía en asuntos internos y locales.<sup>9</sup> Igualmente establece su derecho a determinar sus prioridades en materia de desarrollo.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (Artículo 3)*

<sup>9</sup> *“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.” (Artículo 4)*

Consecuentemente con el derecho de libre determinación, los Estados tienen la obligación de recabar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de que adopten decisiones que les afectan. Entre las decisiones que de acuerdo a la Declaración requieren del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, se encuentran su traslado desde sus tierras y territorios (Artículo 10), aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (Artículo 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con “...el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.” (Artículo 32.2)

A ello agrega el derecho a la reparación justa por tales actividades, y a la adopción de medidas de mitigación por las consecuencias adversas que estos generan.<sup>11</sup>

La Declaración, finalmente, establece el derecho de los pueblos indígenas a que la propiedad ancestral sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, sea reconocida y protegida, y a que cuando esta haya sido confiscada sin su consentimiento, sea restituida, y/o compensada<sup>12</sup>.

Como sabemos, la Declaración no tiene el mismo status de una convención o tratado internacional. Formalmente, sus disposiciones no tienen, por si mismas, efectos jurídicos vinculantes, como las de los primeros. Sin embargo, existen argumentos poderosos que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración.

Por de pronto, de acuerdo a lo dispuesto en su articulado, tanto las Naciones Unidas, sus órganos de tratado, los órganos especializados, así como los Estados, deben promover el respeto y plena aplicación de sus disposiciones (Artículo 42).<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo.” (Artículo 23)

<sup>11</sup> “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”. (Art. 32.3)

<sup>12</sup> “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 28.1)

<sup>13</sup> “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados,

Ello es particularmente relevante en el caso de América Latina donde, salvo Colombia, que se abstuvo en la votación de la Declaración en la Asamblea general, esta fue aprobada con el voto favorable de todos los Estados de la región.

El carácter vinculante de esta Declaración ha sido argumentado por diversos analistas. Uno de ellos es jurista español Bartolomé Clavero, quien sostiene que más allá de los aspectos teóricos y doctrinales de este instrumento, ello se desprende en forma inequívoca de sus artículos 38 y 42.<sup>14</sup> Igualmente relevante, Clavero sostiene además, que la Declaración viene a elevar el perfil del Convenio 169 de la OIT en virtud del artículo 35 de este último instrumento<sup>15</sup>. De este modo sostiene Clavero, “...*el Convenio puede constituir un instrumento realmente valioso para la recepción efectiva de la DDPI en el caso de los Estados que son parte del mismo o que lo vengan a ser en el futuro*”<sup>16</sup>.

El propio Foro Permanente de la ONU sobre Cuestiones Indígenas reafirma que la Declaración en su conjunto es parte del derecho internacional vinculante. Ello en razón de diversos motivos, incluyendo entre ellos, el que la Declaración es parte de las normas universales de derechos humanos, el que es un instrumento que se elaboró con un procedimiento que le confirió su condición especial de declaración, y el que diversos artículos pueden ser parte de normas internacionales vinculantes basadas en otros instrumentos o costumbres, independientemente de su inclusión en la Declaración<sup>17</sup>.

---

*promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.” (Artículo 42)*

<sup>14</sup> Al respecto Clavero señala: “*Es en todo este contexto donde cobran pleno sentido los artículos de la DDPI que, aun perteneciendo a una declaración, se refieren a su propio valor vinculante respecto a Estados, a pueblos indígenas y, desde luego, a Naciones Unidas en todo su despliegue de órganos y agencias tanto a nivel de sedes centrales como sobre el terreno.*” Clavero, Bartolomé, *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4, disponible en internet en [www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM\\_Art\\_42\\_Clavero.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM_Art_42_Clavero.doc)

<sup>15</sup> “*La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales*” (artículo 35 Convenio 169).

<sup>16</sup> Clavero, Bartolome, *op cit.*

<sup>17</sup> Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, *Comentario General aprobado por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*, en su VIII

### **Las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los derechos indígenas, James Anaya, sobre el deber de celebrar consultas y la responsabilidad de la empresa privada (2009)**

En un reciente informe sobre la Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo (2009), el Relator de la ONU para los derechos de los indígenas, James Anaya, se refiere a las implicancias del deber de consulta para las empresas privadas que actúan en tierras y territorios indígenas.

En su informe el Relator Anaya identifica, en base a los avances normativos del derecho internacional, los fundamentos del deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas en el sistema de la ONU, y las situaciones en que estas consultas deben realizarse. Al respecto llama la atención y manifiesta su preocupación por cuanto algunos Estados no consideran necesaria esta consulta frente a proyectos de inversión que se realizan en tierras que no han sido reconocidas como indígenas por el derecho interno. Al respecto el Relator sostiene;

*“Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.” (Par. 44)*

En el mismo informe el relator Anaya delinea las características que esta consulta debe tener, señalando que ella, además de celebrarse de buena fe, debe realizarse con miras a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. A ello agrega la obligación de los Estados de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que permita un dialogo productivo.

Para el caso de los proyectos de desarrollo o explotación de recursos que afectan a las tierras indígenas, el Relator sostiene:

---

período de sesiones, 29 de mayo 2009, publicado en el Informe sobre el Octavo Período de Sesiones, 18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14, disponible en internet en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/foro-permanente/documentos-fp/338-valor-normativo-ddpi.html>

*“... para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno.”*

Y luego agrega:

*“A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración.” (par. 53)*

En relación a las empresas privadas a las que los Estados generalmente otorgan concesiones para extraer recursos naturales o construir presas en tierras indígenas o sus inmediaciones, el Relator Anaya sostiene que el Estado mantiene la responsabilidad de realizar debidamente las consultas con los pueblos afectados. Al respecto manifiesta su preocupación por cuanto en muchos casos los Estados transfieren a las empresas privadas esta obligación:

*“De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad. Además, al igual que en otros contextos, las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a pueblos indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas.” (par. 54)*

Respecto a la obligación de las empresas que desarrollan actividades extractivas o productivas en tierras indígenas, el Relator sostiene que si bien el derecho internacional no les impone directamente responsabilidad de respetar los derechos humanos, existe una creciente expectativa de que estas los respeten:

*“Si bien en términos estrictamente jurídicos, salvo en ciertas circunstancias, el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos, de hecho cada vez más se evalúa a las empresas privadas según su acatamiento de las normas internacionales de derechos humanos. Es cada vez más generalizada la expectativa de que las empresas observen esas normas en sus respectivas esferas de influencia, expectativa que ha sido manifestada por la sociedad civil internacional, las instituciones internacionales de derechos humanos, los Estados y las propias empresas” (par 56)*

Las obligaciones para las empresas privadas y para los Estados en este caso son identificadas por el Relator Anaya al señalar:

*“Para que las empresas privadas observen realmente las normas de derechos humanos pertinentes en sus respectivas esferas de influencia es necesario que identifiquen, incorporen plenamente y apliquen efectivamente las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas en cada uno de los aspectos de su labor relacionados con los proyectos que emprendan. Además, como parte de la diligencia debida a la que están obligadas, todas las empresas privadas que operen en las inmediaciones de pueblos indígenas deben asegurarse de que, con su comportamiento, no contribuyan a ninguna actuación u omisión del Estado que pudiera infringir los derechos humanos de las comunidades afectadas ni acepten dicha actuación u omisión, como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto. Por su parte, el Estado deberá siempre vigilar de cerca el comportamiento de las empresas para garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas”. (par. 57)*

En sus conclusiones el Relator recomienda a las empresas privadas:

*“Las empresas privadas que operen o se propongan operar en tierras indígenas o en sus inmediaciones deben adoptar códigos de conducta por los que se obliguen a respetar los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con los instrumentos internacionales pertinentes, en particular la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”. (Par. 73)*

Recomienda finalmente a los Estados en relación a estas empresas:

*“Los Estados deben elaborar mecanismos específicos para vigilar de cerca el comportamiento de las empresas a fin de garantizar que se respeten plenamente*



*los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas.” (Par 73)*

Y agrega:

*“ Los Estados deben adoptar medidas para mejorar la capacidad de mediación de los organismos gubernamentales, en colaboración con las empresas si procede, para tratar los posibles conflictos de intereses en relación con las tierras y recursos indígenas y trabajar con todas las partes interesadas para aplicar dichos mecanismos y garantizar a ese respecto a los pueblos indígenas la igualdad de oportunidades y la protección contra la discriminación”. (par. 74)*

### **Comentario final**

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos relativo a los pueblos indígenas, tanto en el sistema de la ONU –incluyendo aquí a la OIT- como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha establecido un nuevo escenario jurídico para la actividad de las empresas, sean estas nacionales o transnacionales, privadas o públicas, en tierras y territorios indígenas, y territorios contiguos.

Tal actividad no puede, en primer término, vulnerar los derechos propietarios de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, los que incluyen no solo aquellos que emanan de la propiedad inscrita, sino también de la ocupación tradicional. La misma actividad debe ser desarrollada previo proceso de información y consulta, de buena fe, en un clima de confianza, y con el consentimiento previo libre e informado de los pueblos indígenas. Tales procesos, si bien involucran a las empresas, tienen como responsable fundamental a los estados, los que son los garantes de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Se discute sobre el establecimiento en el derecho internacional de la responsabilidad directa de las empresas por sus violaciones a los derechos humanos, dentro o fuera de sus países de origen, pero no hay aún consensos en la materia. Finalmente, las actividades empresariales desarrolladas en tierras y territorios de los pueblos indígenas deben considerar su participación equitativa en los beneficios, o en caso de provocar lesión o daño, una compensación por los perjuicios que estos causen en sus comunidades.

## BIBLIOGRAFÍA

Anaya, James, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/HRC/12/34 15 de julio de 2009

Clavero, Bartolomé, *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4, disponible en internet en [www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM\\_Art\\_42\\_Clavero.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM_Art_42_Clavero.doc)

Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, Informe III (Parte 1ª) Informe General y observaciones referidas a ciertos países*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009.

Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, *Comentario General aprobado por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*, en su VIII período de sesiones, 29 de mayo 2009, publicado en el Informe sobre el Octavo Período de Sesiones, 18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14, disponible en internet en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/foro-permanente/documentos-fp/338-valor-normativo-ddpi.html>

Gómez, Felipe, “Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas”, en Bello, Álvaro y José Aylwin, comp., *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, editor, IWGIA- Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, Temuco, 2008, pp.100-137.

Observatorio Ciudadano, *INFORME AL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDIGENAS*, JAMES ANAYA, Santiago – Temuco, 3 de abril 2009, disponible en [www.observatorio.cl](http://www.observatorio.cl)

OIT, CEACR, 2004, disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?ost=status01&textbase=ilospa&document=7623&chapter=6&query=Bolivia40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>

OIT, CEACR; 2005, disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=8248&chapter=6&query=Bolivia40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>

(Reunión de Consulta con Sociedad Civil, Buenos Aires, mayo de 2009)

Red Internacional por los Derechos económicos, sociales y culturales, *Guía para la incidencia en temas de empresas y derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas, Parte 1, El mandato del Representante Especial*, 2009.

Ruggie, John, Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, *“Proteger, Respetar y Reparar: Un Marco para las Empresas y los Derechos Humanos” Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, John Ruggie, ONU, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008