



Asamblea General

Distr. general
7 de agosto de 2013
Español
Original: inglés

Sexagésimo octavo período de sesiones

Tema 69 b) del programa provisional*

**Promoción y protección de los derechos humanos:
cuestiones de derechos humanos, incluidos otros
medios de mejorar el goce efectivo de los derechos
humanos y las libertades fundamentales**

Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos.

* A/68/150.



Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas

Resumen

En el presente informe se examinan los problemas con que se tropieza para hacer frente a los efectos adversos de las actividades empresariales sobre los derechos de los pueblos indígenas a través del prisma de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. El informe se centra en cómo los Principios Rectores pueden arrojar luz sobre las funciones y responsabilidades de los Estados, las empresas y los pueblos indígenas a la hora de abordar estos efectos. En él se determinan las deficiencias en la aplicación y los retos con respecto al deber del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales y la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, así como las correspondientes obligaciones en materia de acceso a mecanismos de reparación eficaces. Por último, el Grupo de Trabajo formula recomendaciones a los Estados, las empresas y los pueblos indígenas para la aplicación efectiva de los Principios Rectores en lo que respecta a los derechos de los pueblos indígenas.

I. Introducción

1. La cuestión de los efectos adversos de las actividades empresariales sobre los derechos de los pueblos indígenas ha sido tratada por diversos mecanismos de las Naciones Unidas, incluidos los órganos creados en virtud de tratados¹, el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas (véase A/HRC/EMRIP/2012/CRP.1 y A/HRC/21/55) y el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas (véase A/HRC/24/41 y A/HRC/FBHR/2012/CRP.1). En dichos estudios se han destacado las características específicas de las culturas indígenas, a saber, su arraigada relación espiritual y cultural especial con las tierras, los territorios y los recursos ocupados o utilizados tradicionalmente por los pueblos indígenas. En ellos se ha señalado su marginación social y económica global, que merma su capacidad de hacer valer sus derechos. También se ha documentado que los pueblos indígenas figuran entre los grupos más gravemente afectados por las actividades de los sectores extractivo, agroindustrial y energético². Los impactos adversos denunciados van desde efectos sobre el derecho de los pueblos indígenas a mantener el modo de vida tradicional que han elegido³, con su identidad cultural propia⁴, la discriminación en el empleo y el acceso a los bienes y servicios (incluidos los servicios financieros), el acceso a la tierra y la seguridad de su tenencia (véase A/65/281), hasta el desplazamiento mediante reasentamiento forzoso o económico y los graves atropellos conexos de los derechos civiles y políticos, incluidos los efectos sobre los defensores de los derechos humanos (véase A/HRC/19/55), y los derechos a la vida y a la integridad física⁵.

2. Dado que los pueblos indígenas están más expuestos al riesgo de marginación socioeconómica global, algunos de ellos son aún más vulnerables a los abusos de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales y se les excluye de los procesos de concertación y otras consultas que influyen de forma permanente en sus vidas. Entre estos abusos se cuentan la calificación de las mujeres indígenas como ciudadanas de tercera categoría y las múltiples formas de discriminación que experimentan con frecuencia por razones de género y etnia (véanse, entre otros, E/2004/43-E/C.19/2004/23, párr. 3, y E/C.19/2012/3). Aun cuando el desarrollo

¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: observaciones generales No. 7 (1997) sobre el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto); los desalojos forzados, párr. 10, y No. 15 (2002) sobre el derecho al agua, párrs. 7 y 16; Comité sobre los Derechos del Niño, observaciones generales No. 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, párr. 16, y No. 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.

² Véase A/HRC/18/35; A/HRC/22/43; A/HRC/FBHR/2012/4; y Cathal Doyle and Jill Cariño, “Making free prior & informed consent a reality: indigenous peoples and the extractive sector” (Philippine Indigenous Peoples Links, Middlesex University School of Law, Ecumenical Council for Corporate Responsibility, 2013).

³ Véase E/CN.4/2006/97, párr. 25; y Rights and Resources Initiative, “Impact of the extractive industry on the collective land and forest rights of peoples and comunidades: a summary”, disponible en www.rightsandresources.org/documents/files/doc_5915.pdf.

⁴ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, comunicación No. 511/1992, *Länsmän y otros c. Finlandia*, dictamen aprobado el 26 de octubre de 1994; y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de agosto de 2008).

⁵ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre las Defensoras y los Defensores de los Derechos Humanos en las Américas* (Washington, D.C., 2011), y A/HRC/16/51/Add.3, párr. 34.

económico puede brindar oportunidades a las mujeres indígenas, es posible que las prive de sus actuales medios de subsistencia, aumente su vulnerabilidad a los abusos y la violencia y menoscabe su condición social⁶. Otros grupos que pueden sufrir discriminación múltiple son los niños indígenas, las personas de edad, los jóvenes, las personas con discapacidad, así como las lesbianas, los gays, los bisexuales y los trans.

3. Además, los pueblos indígenas sienten el efecto acumulativo de las vulnerabilidades que afectan individualmente a otros grupos expuestos a un riesgo mayor de violaciones de los derechos humanos, como los campesinos, los trabajadores estacionales, las personas sin tierra y las minorías étnicas. Estos grupos suelen ser objeto de discriminación racial, están marginados política y económicamente, carecen de títulos oficiales de propiedad sobre sus tierras y con frecuencia se les excluye del mercado de trabajo legal. Las mujeres indígenas a menudo sufren formas específicas de discriminación o malos tratos, como la violencia sexual.

II. Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos

4. En su resolución 17/4, el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos por unanimidad los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (los “Principios rectores”), la primera norma mundial completa sobre las empresas y los derechos humanos, que ha recibido un amplio apoyo político (véase A/HRC/17/31, anexo).

5. Con arreglo a su mandato de prestar especial atención a las personas que se encuentran en situación vulnerable (véase resolución 17/4, párr. 6 f)), el Grupo de Trabajo decidió poner de relieve la repercusión de las actividades empresariales en los derechos de los pueblos indígenas y demostrar el valor de emplear los Principios rectores en ese contexto específico. El Grupo de Trabajo llevó a cabo una consulta abierta durante su cuarto período de sesiones y recibió una serie de comunicaciones escritas y sugerencias de todas las partes interesadas (véase A/HRC/WG.12/4/1). Se prestó especial atención al intercambio y el diálogo con los pueblos indígenas y sus organizaciones y se recabaron las opiniones de la comunidad empresarial y de representantes de empresas determinadas a través de reuniones y seminarios en varios foros internacionales. Los informes elaborados por los órganos de las Naciones Unidas encargados de proteger los derechos de los pueblos indígenas fueron examinados como fuentes principales de interpretación y aplicación de esos derechos. El Grupo de Trabajo manifiesta su sincero agradecimiento a todos aquellos que colaboraron con él durante la elaboración del presente informe.

⁶ El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo señala que el uso de las leyes de lucha contra el terrorismo para reprimir las reivindicaciones de los grupos indígenas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales tiene efectos adversos particulares para las mujeres en esas comunidades, incluidos, en algunos casos, asesinatos de mujeres dirigentes indígenas (véase A/64/211, párr. 28.).

III. Deber del Estado de proteger los derechos de los pueblos indígenas

6. En el comentario al Principio Rector 1 se reafirma que en tanto que partes en los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados son los principales sujetos de obligaciones en materia de derechos humanos y tienen el deber de respetar, proteger y realizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio y/o su jurisdicción. El deber de protección implica que los Estados han de tomar medidas para prevenir o poner fin a la infracción al disfrute de un determinado derecho humano causado por terceros. En el contexto de los derechos de los pueblos indígenas, esos terceros son con frecuencia empresas.

7. El deber de protección se deriva de las obligaciones vigentes en materia de derechos humanos o los compromisos asumidos por los Estados y que son ampliamente reconocidos por la comunidad internacional. Los instrumentos internacionales más importantes en la esfera de los derechos de los pueblos indígenas son la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio núm. 169 (1989) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes⁷. En los últimos años, se han realizado progresos significativos y los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras han sido objeto de reconocimiento constitucional o legal⁸. No obstante, los pueblos indígenas siguen enfrentándose a numerosos obstáculos al pleno disfrute de sus derechos, más allá de las limitaciones a los derechos prescritas por la ley y necesarias para proteger los derechos y libertades de otros y en interés, por ejemplo, de la seguridad nacional o la seguridad y el orden públicos⁹. En algunos países, la legislación relativa a los pueblos indígenas o los derechos humanos es inconsistente con otras leyes sectoriales, en particular las relacionadas con la minería o la explotación de los recursos naturales que, con frecuencia, no incluyen disposiciones que garanticen el respeto de los derechos de propiedad tradicionales de los pueblos indígenas. Por último, la brecha de la implementación entre los avances en la legislación y la práctica administrativa, política o jurídica de los Estados, sigue siendo preocupante, en particular con respecto a los programas de tierras (véase E/CN.4/2006/78).

8. El deber de los Estados de proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros es una norma de conducta. Por consiguiente, los Estados no son en sí mismos responsables de las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas cometidas por agentes privados. Sin embargo, los Estados pueden estar incumpliendo sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando es posible atribuirles esas violaciones o cuando no adoptan las medidas adecuadas para

⁷ Véase asimismo el Convenio núm. 107 (1957) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes.

⁸ Constitución de Nicaragua; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 151; *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 276/2003 (4 de febrero de 2010), párr. 209.

⁹ Las limitaciones se expresan de varias formas en las normas internacionales de derechos humanos y son en sí mismas objeto de interpretación restrictiva.

prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados¹⁰. Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades y, entre otras medidas, deben asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo hacerlo¹¹. Como se indica en el comentario al Principio Rector 3, los Estados deben considerar una combinación inteligente de medidas para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas. Una medida básica podría ser la exigencia de que en las actividades de las empresas se consideren específica y efectivamente los riesgos de que afecten a los derechos de los pueblos indígenas y prestar asesoramiento al efecto.

A. El consentimiento libre, previo e informado y el deber del Estado de proteger

9. El consentimiento libre, previo e informado es un elemento fundamental de los derechos de los pueblos indígenas en el que descansa la capacidad de ejercer y disfrutar de diversos otros derechos. Los Estados tienen la obligación de consultar y cooperar de buena fe a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado antes de aprobar medidas legislativas o políticas administrativas que afecten a los pueblos indígenas (artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas) y ejecutar proyectos que afecten a los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras, territorios y recursos, en particular la extracción de recursos minerales y la utilización o explotación de otros recursos (artículos 19 y 32 de la Declaración). En determinadas circunstancias, existe la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento (artículos 10 y 29 de la Declaración).

10. La Declaración vincula el disfrute de muchos derechos específicos de los pueblos indígenas, como los derechos en materia de tierras, cultura, desarrollo y subsistencia, que suelen verse afectados por las actividades de las empresas, al requisito de procurar el consentimiento libre, previo e informado. Este consentimiento es pues tanto un indicador de si el Estado ha cumplido su deber de proteger, como un instrumento para evitar efectos adversos sobre los derechos humanos. Para los pueblos indígenas, el consentimiento libre, previo e informado es una expresión de su derecho a la libre determinación y, por consiguiente, a controlar sus territorios, recursos y destinos. Como tal, todo proceso de consentimiento, libre e informado debe, en la medida de lo posible, ser determinado y controlado por la comunidad indígena de que se trate¹².

11. Los componentes del consentimiento libre, previo e informado han generado muchos debates e investigaciones a nivel nacional y regional¹³ y los organismos

¹⁰ Véase el comentario al Principio Rector 1.

¹¹ Principios Rectores 2 y 3 c). Véase el Principio Rector 7 relativo a la asistencia estatal en las zonas afectadas por conflictos.

¹² Véase Doyle y Cariño, pág. 17.

¹³ Un ejemplo a nivel nacional es el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica (véase A/HRC/18/35/Add.8). En el plano regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó en el *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam* que, en el contexto de planes de desarrollo a gran escala dentro de los territorios ancestrales de pueblos indígenas y tribales que pueden afectar significativamente sus derechos de propiedad y el aprovechamiento y

internacionales de derechos humanos han proporcionado orientaciones útiles¹⁴. Aunque dicho consentimiento no requiere necesariamente unanimidad y puede brindarse incluso cuando miembros o grupos de la comunidad se oponen expresamente (véase, por ejemplo, norma de desempeño 7 de la Corporación Financiera Internacional, párr. 12), la supuesta dificultad para la identificación de los legítimos representantes de los pueblos indígenas reviste especial importancia, al igual que la definición de consentimiento en el contexto de las instituciones consuetudinarias de esos pueblos. Otros problemas son obtener el consentimiento libre, previo e informado mediante procesos consuetudinarios de toma de decisiones (por ejemplo, si éstos excluyen a una proporción importante de la comunidad, como las mujeres) y saber si el consentimiento dado al inicio de una inversión puede ser retirado posteriormente. Se recomienda a los Estados y empresas que entablen un diálogo abierto e inclusivo prestando atención a hombres y mujeres, en el que se dé cabida, cuando proceda, a las federaciones nacionales y las organizaciones coordinadoras de los pueblos indígenas. Cuando se adopta este enfoque, los propios pueblos indígenas designarán a sus representantes legítimos. Del mismo modo, los pueblos indígenas afectados deben determinar de forma autónoma cómo definir y establecer el consentimiento, a cuyo respecto se ha de prestar especial atención a garantizar que se incluya en el proceso a las mujeres y otros grupos potencialmente marginados. Se deben establecer mecanismos y procedimientos para verificar que se ha procurado el consentimiento libre, previo e informado. Con ello no daría la impresión de que las empresas siembran la división en las comunidades en relación con una actividad propuesta. Para que estos mecanismos funcionen debidamente, los pueblos indígenas deben ser incluidos en su elaboración. Si se determina que no se han respetado los elementos del consentimiento libre, previo e informado, puede llevar a que se revoque del consentimiento dado. Puede haber casos en que se cuestione la legitimidad de los representantes de la comunidad o en que las comunidades no logren el consentimiento informado según sus propias modalidades de toma de decisiones. En tales casos, hacen falta más tiempo y esfuerzos de todas las partes y las respuestas deben guiarse por el principio de consentimiento libre, previo e informado dimanante de los derechos de los pueblos indígenas y, cuando la Declaración lo exige, no puede ser sustituido por modos aparentemente más fáciles para obtener el consentimiento.

B. El nexo entre el Estado y las empresas

12. Las empresas propiedad o bajo control del Estado parecen estar desempeñando un papel cada vez mayor en las actividades empresariales que afectan negativamente a los pueblos indígenas, incluso en África, América Latina y Asia¹⁵. Muchas de estas empresas están invirtiendo en la extracción de recursos (mineros, forestales o

disfrute de esos territorios, los Estados tiene la obligación de consultarlos y obtener su consentimiento libre, informado y previo según sus costumbres y tradiciones.

¹⁴ Véase, por ejemplo, A/HRC/18/35/Add.8, A/HRC/12/34 y A/HRC/24/41, párrs. 26 a 36; recomendación general No. 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativa a los pueblos indígenas; y Comité de Derechos Humanos, comunicación No. 1457/2006, *Ángela Poma Poma c. el Perú*, dictamen aprobado el 27 de marzo de 2009.

¹⁵ Véase Przemyslaw Kowalski y otros, "State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications", OECD Trade Policy Paper, No. 147 (París, OCDE, 2013).

petrolíferos) o en proyectos de infraestructura (represas, carreteras, oleoductos, etc.) que afectan a tierras y territorios indígenas.

13. Los grandes programas de desarrollo impulsados por los estados se inician y planifican con frecuencia en las altas instancias gubernamentales y se ejecutan en estrecha interacción entre órganos públicos y grandes empresas privadas o estatales. En muchos casos, tales programas afectan a territorios habitados o utilizados por comunidades indígenas y conllevan un alto riesgo de repercutir adversamente en ellas. Cuando un Estado asigna importancia estratégica a la ejecución de un proyecto determinado, las comunidades indígenas corren mayor riesgo de marginación política y económica.

14. En las situaciones en que las empresas son propiedad del Estado o están bajo su control o reciben importantes apoyos de organismos estatales, el Principio Rector 4 estipula que los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por esas empresas¹⁶ para cumplir con su deber de proteger los derechos de los pueblos indígenas. Esto se podría lograr elaborando un marco normativo general antes de la planificación y preparación de tales programas. Entre otras cosas, dicho marco debería garantizar el pleno reconocimiento y operacionalización del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y a participar en la toma de decisiones que afecten a sus derechos; su derecho a “determinar y a elaborar [...] estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo” y “para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”¹⁷ y el principio de consentimiento libre, previo e informado que se deriva de estos derechos (artículos 23 y 32 de la Declaración). Además, el marco debería establecer mecanismos de reparación eficaces, que deberían ser vinculantes para las autoridades estatales y las empresas privadas o estatales involucradas (véase más adelante la sección V).

C. Garantizar la coherencia normativa

15. Los acuerdos de libre comercio y los acuerdos bilaterales de inversión concertados por los Estados con el fin de promover el comercio y la inversión tienen un efecto significativo en los pueblos indígenas¹⁸. Se ha informado de que tales acuerdos han sido concertados en numerosas ocasiones sin consultas apropiadas. Con frecuencia se refieren a inversiones en la extracción de recursos naturales situados en tierras y territorios indígenas, con el riesgo de afectos adversos en los derechos de las comunidades indígenas, que repercutan en los medios de subsistencia, la cultura y la capacidad de los pueblos indígenas de decidir sus propias vías para alcanzar el desarrollo. Además, las leyes que se promulgan y las políticas que se aplican en cumplimiento de estos acuerdos pueden debilitar la protección de las tierras y recursos indígenas. En algunos casos, los Estados han penalizado las protestas indígenas contra tales acuerdos enjuiciando a los dirigentes indígenas o reprimiendo a las comunidades que se han manifestado en contra de ellos (véase A/HRC/16/51/Add.3, párr. 34).

¹⁶ Principio Rector 4.

¹⁷ Artículos 23 y 32 de la Declaración.

¹⁸ El número de acuerdos bilaterales y multilaterales de inversión aumentó de 300 en 1990 a 3000 en 2010 (véase Anthony Aust, *Handbook of International Law*, 2nd ed. (New York, Cambridge University Press, 2010).

16. Aun cuando una de las finalidades de los acuerdos de libre comercio y los acuerdos bilaterales de inversión es aumentar el crecimiento económico promoviendo y protegiendo el comercio y las inversiones internacionales, pueden debilitar la capacidad de los Estados de regular en el plano interno y, por consiguiente, limitar su capacidad de adherirse a nuevas obligaciones internacionales de derechos humanos o a nuevas normas¹⁹.

17. Al respecto, en el Principio Rector 9 se estipula que los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para dar cumplimiento a sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos y contratos de inversión. Al hacerlo, los Estados deben tener en cuenta las necesidades y vulnerabilidades concretas de los pueblos indígenas que son sensibles a las cuestiones de género, para evitar restringir su capacidad de cumplir sus obligaciones para con ellos. El Principio Rector 8 se centra en la necesidad de coherencia política entre los programas seguidos por los Estados en materia empresarial y de inversiones y sus políticas de derechos humanos²⁰, lo cual es sumamente importante para los pueblos indígenas, cuyos derechos se ven afectados con frecuencia por las actividades empresariales y las inversiones. Para mayor orientación, los Estados deben remitirse también al marco de políticas de inversión para el desarrollo sostenible²¹ y a los principios de contratación responsable (A/HRC/17/31/Add.3) de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

IV. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos de los pueblos indígenas

18. El Principio Rector 11 dispone que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. El Principio Rector 22 estipula que si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos. Las empresas pueden asumir otros compromisos, como garantizar que las comunidades locales se beneficien de oportunidades de empleo, que pueden contribuir al disfrute de derechos²². Sin embargo, esto no compensa el incumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos en el desempeño de sus actividades.

¹⁹ Los riesgos conocidos de las cláusulas de estabilización llevaron al Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas a alentar a los Estados a velar por que los nuevos modelos de acuerdo comercial “compaginen una firme protección de los inversores con un margen suficiente para las medidas de interés público de buena fe, con inclusión de los derechos humanos, aplicadas de forma no discriminatoria” (A/HRC/14/27, par.23).

²⁰ En el Principio rector 10 se hacen observaciones similares con destino a los Estados que actúan en calidad de miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas.

²¹ Se pueden consultar en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf.

²² Véanse los acuerdos sobre impactos y beneficios firmados por los inuit de Nunavik y la empresa minera Raglan antes del inicio de la explotación de la mina de Raglan, Canadian Centre for Community Renewal, *Aboriginal Mining Guide* (Puerto Alberni, 2009).

19. Aunque las empresas no tienen generalmente obligaciones jurídicas directamente relacionadas con los derechos humanos derivadas de instrumentos internacionales, suelen tener obligaciones jurídicas dimanantes de leyes estatales que incorporan normas internacionales u obligaciones contractuales relativas al respecto de las normas internacionales. En el Principio Rector 12 se especifica que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos²³ y que las actividades de las empresas pueden tener un impacto sobre prácticamente todo el espectro de estos derechos, que incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. De acuerdo con las circunstancias, es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas, como la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio núm. 169 de la OIT, cuando puedan provocar consecuencias negativas en los derechos de hombres y mujeres pertenecientes a grupos o poblaciones específicos a los que se ha de prestar especial atención, como los pueblos indígenas²⁴.

20. Existe una creciente conciencia entre las empresas de la necesidad de hacer frente al legado de los males infligidos en el pasado a las comunidades indígenas de resultas de actividades empresariales, lo que puede plantear dificultades adicionales a la hora de procurar evitar posibles efectos adversos en el futuro²⁵. La iniciación de un diálogo sobre las cuestiones relativas al legado y el desarrollo de la comprensión de cualesquiera efectos persistentes pueden ser aspectos importantes del establecimiento de una relación con las comunidades indígenas que garantice el respeto de sus derechos y permita la aplicación efectiva de los Principios Rectores.

21. Con vistas al futuro y en consonancia con el principio de consentimiento libre, previo e informado, las consultas de buena fe y la participación son fundamentales, en particular respecto de las decisiones empresariales que vayan a tener efectos considerables en los derechos de los pueblos indígenas, en particular los proyectos de gran envergadura que repercutan en el perfil comunitario, como los de minería, agroindustria e infraestructura. En la práctica, para evitar efectos adversos, así como riesgos empresariales, es necesario que las empresas se cercioren de que el proceso de consentimiento libre, previo e informado dirigido por el Estado sea adecuado. A falta de ello, es preciso que la empresa de que se trate considere atentamente si puede ejecutar el proyecto sin correr el riesgo de causar o contribuir a causar efectos adversos sobre los derechos de los pueblos indígenas; el hecho de no informar, colaborar y consultar con los pueblos indígenas, incluidos hombres y mujeres, no solo socava la capacidad de la empresa de respetar los derechos (toda vez que tal vez desconozca sus efectos potenciales o reales), sino que también fomenta la desconfianza entre las comunidades y las empresas y puede llevar a trastornos de las actividades.

²³ En el comentario al Principio rector 23 se indica que en las zonas afectadas por conflictos, las empresas deben tratar el riesgo de complicidad en violaciones graves de los derechos humanos cometidas por otros actores (las fuerzas de seguridad, por ejemplo) como una cuestión de cumplimiento de la ley.

²⁴ Véase la guía de referencia de próxima aparición del pacto mundial sobre la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, disponible en (http://www.unglobalcompact.org/Issues/human_rights/indigenous_peoples_rights.html).

²⁵ Véase Doyle y Cariño, pág. 47.

A. Compromiso político

22. El Principio Rector 15 indica que para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias. Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso de cumplir esa responsabilidad mediante una declaración pública de alto nivel que haga que esa intención se convierta en una política general clara que sea determinante en la forma de llevar a cabo sus actividades. El compromiso político es diferente de las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa y que puede contribuir a convertir el compromiso de alto nivel en medidas operacionales²⁶.

23. En el Principio Rector 16 se aclara cómo se debe asumir este compromiso político. En el caso de los posibles efectos en los pueblos indígenas, las empresas deben traducirlo y ponerlo al alcance de los grupos indígenas potencialmente afectados, por ejemplo mediante reuniones informativas y consultas. Al dar a conocer el compromiso político y ponerlo al alcance de los pueblos indígenas potencialmente afectados, las empresas deben tener en cuenta las diferencias idiomáticas, los niveles de alfabetización (en particular entre las mujeres y los grupos vulnerables) y las preferencias culturales en cuanto a la forma en que la información se transmite y recibe. Es posible que en circunstancias particulares deba alentarse también a las empresas a que incluyan disposiciones concretas sobre la relación con los pueblos indígenas, a fin de reconocer los aspectos específicos de sus situaciones. En tales casos, las cláusulas deben elaborarse mediante un proceso participativo que incluya a representantes indígenas y expertos en derechos humanos y, al igual que todos los compromisos políticos, han de aprobarse al más alto nivel.

24. El respeto de los derechos específicos de los pueblos indígenas, en particular los derechos colectivos sobre tierras y recursos en consonancia con sus propias leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias, debe ser un elemento clave de este compromiso. Todo compromiso que se refiera específicamente a pueblos indígenas debe enunciar también principios para la participación de las comunidades indígenas, incluso en materia de consultas de buena fe, y acerca de cómo y cuándo la empresa procurará garantizar el respeto del principio de consentimiento libre, previo e informado derivado de los derechos de los pueblos indígenas²⁷.

25. Varios organismos intergubernamentales e instituciones financieras internacionales han incorporado el principio de consentimiento libre, previo e informado en sus políticas y programas relativos a los pueblos indígenas. Algunos ejemplos son la estrategia para el desarrollo indígena y la política operativa sobre

²⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, Guía para la interpretación* (Ginebra, 2012), pág. 30.

²⁷ Véase el artículo 18 de la Declaración. Véase asimismo el fallo del Tribunal supremo del Canadá de que, en el contexto de un título aborigen, la obligación de la Corona de celebrar consultas con el grupo o los grupos aborígenes afectados supone celebrarlas “de buena fe y con la intención de tener en cuenta realmente las preocupaciones de los pueblos aborígenes cuyas tierras están en juego”; y que la “Corona tiene la obligación moral, si no jurídica, de entablar esas negociaciones [con los pueblos aborígenes] de buena fe” (*Delgamuukw v. British Columbia* [1997] 3 S.C.R. 1010).

pueblos indígenas adoptadas por el Banco Interamericano de Desarrollo en 2006 y la nota de orientación sobre pueblos indígenas aprobada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento en 2010. En mayo de 2013, el Consejo Internacional de Minería y Metales adoptó una declaración política sobre los pueblos indígenas, con el compromiso de trabajar para obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para los proyectos nuevos (y los cambios en los proyectos en curso) situados en tierras poseídas tradicionalmente u objeto de utilización consuetudinaria por pueblos indígenas que puedan tener consecuencias importantes para ellos²⁸.

26. Un estudio de las mejores prácticas empresariales sugiere que, además de la elaboración del compromiso político, los enfoques para incorporarlo en las políticas y procedimientos que se indican a continuación, propician el cumplimiento efectivo del compromiso.

27. En primer lugar, las empresas deben tratar de valerse de su compromiso político para crear un entorno de trabajo sensible a la cultura y las cuestiones de género, así como incluyente, e insistir en que los empleados y contratistas entiendan adecuadamente las especificidades de los pueblos indígenas, y en que se respeten los derechos, así como las culturas y costumbres de los pueblos indígenas en las comunidades donde estén situados los proyectos. Al respecto, las empresas deben organizar capacitaciones específicas como parte obligatoria del proceso de contratación.

28. Además, las empresas deben reconocer en su compromiso político que los derechos de propiedad y tenencia de tierras, incluidos los derechos de uso y propiedad de tierras basados en las leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias, pueden dar origen a controversias entre las empresas y los pueblos indígenas. Deben determinar la forma de prevenir tales controversias y participar en esfuerzos razonables para evitarlas y, en caso de suscitarse, resolverlas a través de mecanismos culturalmente adecuados de mediación, recurriendo a terceros en los que los pueblos indígenas confíen.

29. En lo que respecta a la consulta (véase el artículo 18 de la Declaración), las empresas deben incluir en su declaración de política el requisito de velar por que la información se transmita de una forma que resulte comprensible tanto para hombres como para mujeres. Las empresas han de ser conscientes del desequilibrio de poder y tomar medidas concretas para corregirlo, de forma que ellas y la comunidad se puedan encontrar en pie de igualdad.

B. La debida diligencia en materia de derechos humanos

30. En los Principios Rectores 17 a 21 se definen los parámetros de la debida diligencia en materia de derechos humanos con que las empresas han de proceder a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En los comentarios a los Principios Rectores se señala que las empresas deben prestar especial atención a las consecuencias concretas sobre los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación, como los pueblos indígenas, y que deben tratar de comprender las

²⁸ Se puede consultar en www.icmm.com/publications/icmm-position-statement-on-indigenous-peoples-and-mining.

preocupaciones de las partes interesadas potencialmente afectadas consultándolas directamente. En el Principio Rector 19 se indica que para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de las evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas. Estas medidas variarán en función de que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una relación comercial, así como de su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.

31. Habida cuenta de las especificidades de las consecuencias adversas sobre los pueblos indígenas, es posible que las evaluaciones generales del impacto ambiental, social y sanitario no sean suficientes para determinar y hacer frente a los posibles riesgos en materia de derechos humanos, sobre todo con respecto a sus derechos colectivos a la tierra y los recursos y a la libre determinación enunciados en la Declaración (véase A/66/288, párrs. 93 a 102). Los derechos de los pueblos indígenas pueden verse afectados adversamente por acciones y omisiones. También puede haber consecuencias imprevistas que no siempre son fáciles de determinar mediante evaluaciones de impacto estándar. Por consiguiente, es posible que el requisito de celebrar consultas sustantivas con los pueblos indígenas en el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos sea particularmente importante para que las empresas puedan identificar toda la gama de consecuencias reales y potenciales y, en particular, para determinar y hacer frente a las consecuencias diferenciadas en función del género. Las empresas deben garantizar que los procesos de evaluación del impacto prevean un examen con base empírica y desglosado por género de las cuestiones socioantropológicas relacionadas con cualesquiera consecuencias adversas sobre los pueblos indígenas residentes en zonas afectadas por un proyecto. Además, las empresas deben garantizar que las evaluaciones de impacto sean lo bastante profundas para detectar los efectos diferenciados sobre los grupos potencialmente vulnerables y susceptibles de sufrir en mayor grado las consecuencias adversas de la misma actividad a causa de la marginación económica o social dentro de la comunidad indígena.

V. Acceso a mecanismos de reparación eficaces

32. En el Principio Rector 25 se aclara que los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan esos abusos de ese tipo en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces. Esto incluye considerar formas de limitar los obstáculos jurídicos y prácticos y otros obstáculos importantes, como los basados en el género. Las disposiciones sobre reparación que figuran en varios artículos de la Declaración y en los Convenios núms. 169, 29 (1930) sobre el trabajo forzoso y 111 (1958) sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la OIT son particularmente pertinentes para los pueblos indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹ ha

²⁹ La Corte ha afirmado que los pueblos indígenas tienen derecho a que haya mecanismos administrativos eficaces y expeditivos para proteger, garantizar y promover sus derechos sobre territorios ancestrales. Los Estados deben establecer procedimientos administrativos para solucionar las reivindicaciones de tierras de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Tales procedimientos deben ser accesibles y simples y los mecanismos deben contar con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna

reconocido la necesidad de que los Estados garanticen el acceso de los pueblos indígenas a la justicia de forma colectiva, con arreglo a su cultura. Al hacerlo, destacó que los recursos judiciales que solo están disponibles para las personas que alegan que han sido violados sus derechos individuales a la propiedad privada no son adecuados ni eficaces para reparar las supuestas violaciones del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales y otras formas de discriminación que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación³⁰.

A. Mecanismos judiciales estatales

33. En el Principio Rector 26 se estipula que los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación. En el comentario a este Principio Rector se reconoce que los obstáculos legales de acceso a los mecanismos de reparación pueden darse cuando los derechos humanos de ciertos grupos, como los pueblos indígenas y los migrantes, no reciben el mismo nivel de protección jurídica que los de la población mayoritaria; y que las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestas a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación enfrentan a menudo obstáculos adicionales para utilizar tales mecanismos.

34. Por consiguiente, puede resultar necesario que se adopten nuevas medidas para garantizar que no se discrimine contra los pueblos indígenas en la esfera judicial mediante la identificación y eliminación de los obstáculos para la igualdad de acceso, incluso en el uso de los idiomas indígenas. Los Estados deben garantizar que su ordenamiento jurídico reconozca a los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional y tenga en cuenta la realidad social de su condición específica. Esto puede requerir que los Estados permitan y exijan que los tribunales reconozcan las leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas, así como la tenencia consuetudinaria de sus tierras y recursos naturales en los procedimientos judiciales (véase A/HRC/24/50).

B. Mecanismos extrajudiciales del Estado

35. En los Principios Rectores se reconoce que los mecanismos extrajudiciales del Estado pueden desempeñar un papel esencial para complementar y completar los mecanismos judiciales. Ni siquiera los sistemas judiciales eficaces y dotados de suficientes recursos pueden asumir la carga de tratar todas las denuncias de violaciones de derechos³¹. Los mecanismos extrajudiciales pueden ser más accesibles, implicar costos significativamente menores y aplicar un enfoque

respuesta a las solicitudes (véase *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, párr. 102).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párr. 179.

³¹ Comentario al Principio Rector 27.

orientado al diálogo, lo que puede agilizar la resolución de una controversia. Para garantizar la efectividad de los mecanismos extrajudiciales, es preciso que cumplan los criterios del Principio Rector 31 (esto es, que sean legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos y una fuente de aprendizaje continuo). Aun cuando los mecanismos descritos en este informe pueden desempeñar un papel muy importante a los fines de la rendición de cuentas, debería estudiarse con más detenimiento si cumplen plenamente con los criterios enunciados en el Principio Rector 31.

36. Las instituciones nacionales de derechos humanos o las oficinas de ombudsman desempeñan funciones importantes en el examen de las reclamaciones de los pueblos indígenas sobre violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular las relativas a la explotación de recursos naturales. Al igual que en el caso de los mecanismos judiciales, los Estados deben estudiar la forma de equilibrar la relación de fuerzas entre las partes en las causas de derechos humanos relacionadas con empresas y eliminar cualquier otro obstáculo enfrentado por los pueblos indígenas. Estos obstáculos pueden surgir, por ejemplo, cuando los mecanismos no son capaces, por falta de financiación o recursos humanos, de llegar con eficacia a todos los afectados en todo el territorio del Estado, lo que dificulta el acceso de los pueblos indígenas al mecanismo, o cuando los obstáculos lingüísticos dificultan el acceso. Los mecanismos deben ser dotados de recursos humanos, financieros y técnicos suficientes (inclusive capacitación y conocimientos sobre las consecuencias de la actividad empresarial) y debe aumentarse su capacidad de vigilar eficazmente los efectos en los derechos humanos de los pueblos indígenas, en particular los que se deriven de actividades empresariales. Deberían tener el mandato de investigar denuncias; verificar la veracidad de la información facilitada por las partes, incluso, cuando sea necesario, realizando visitas sobre el terreno; determinar si se han violado derechos; y hacer públicas sus decisiones. Los mecanismos deberían tener asimismo el mandato de formular recomendaciones más allá de un caso particular, como instar a que se modifiquen políticas estatales o empresariales. Además, deberían tener el mandato de dar seguimiento a sus decisiones y los Estados deberían realizar campañas de concienciación sobre estos recursos entre los pueblos indígenas. Por último, debería exigirse que los mecanismos se guíen por los Principios Rectores al investigar denuncias individuales relacionadas con las consecuencias de la actividad empresarial en los derechos de los pueblos indígenas.

C. Actividades extraterritoriales de las empresas

37. En los comentarios a los Principios Rectores se reconoce que en la actualidad las normas internacionales de derechos humanos³² no exigen generalmente que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción³³. Ahora bien, tampoco se les prohíbe hacerlo. Muchos Estados han reconocido las razones políticas de peso que excitan para que los

³² El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general No. 15, y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus observaciones finales (CERD/C/CAN/CO/19-20 y CERD/C/NOR/CO/19-20), han pedido que se ejerza jurisdicción extraterritorial sobre las empresas.

³³ Véanse asimismo los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Estados de origen expongan claramente que esperan que las empresas respeten los derechos humanos en el extranjero y han adoptado varios enfoques en ese sentido. Esto es particularmente importante en las zonas afectadas por conflictos, donde el Estado del país receptor puede verse impotente para proteger adecuadamente los derechos humanos, al carecer de verdadero control. Si hay empresas transnacionales involucradas, sus Estados de origen tienen un papel que desempeñar asistiendo tanto a esas empresas como a los Estados receptores a evitar que dichas empresas se vean implicadas en violaciones de los derechos humanos³⁴. Estos enfoques han ido dirigidos en parte a hacer frente a los retos enfrentados por las víctimas para acceder a recursos eficaces en su país de origen. Al igual que en el caso de todos los mecanismos de reclamación, los Estados deben tener en cuenta las especificidades de los pueblos indígenas y garantizar que se enfrenten y eliminen todos los obstáculos que impidan su acceso a los mecanismos. En el comentario al Principio Rector 26 se señalan algunos de los obstáculos legales, prácticos y de procedimiento para tener acceso a la reparación, entre los que figuran las situaciones en que los demandantes son víctimas de una denegación de justicia en un Estado de acogida y no pueden acceder a los tribunales del Estado de origen, independientemente del fundamento de la reclamación.

38. Las medidas que se han adoptado van desde acuerdos internacionales que exigen que los Estados ejerzan jurisdicción extraterritorial sobre las empresas³⁵ y leyes y medidas nacionales con efectos extraterritoriales³⁶, hasta mecanismos extrajudiciales de Estados, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

39. Las Líneas Directrices de la OCDE son recomendaciones de los gobiernos que abarcan los principales ámbitos de la ética empresarial, como la adopción de medidas por parte de las empresas para acatar la ley y respetar las normas internacionalmente reconocidas. Las Líneas Directrices se actualizaron en 2011 e incluyen un capítulo sobre los derechos humanos que guarda correspondencia con los Principios Rectores. Están respaldadas por un mecanismo de puntos nacionales de contacto³⁷ establecidos por los Estados adherentes a las Líneas Directrices con objeto de promoverlas y aplicarlas y ayudar a las empresas y sus partes interesadas a adoptar medidas apropiadas para fomentar su observancia. Los puntos nacionales de contacto proporcionan una plataforma de mediación y conciliación que ha sido

³⁴ Comentario al Principio Rector 7. Véase asimismo el Principio General 3.2 de las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (Roma, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, 2012).

³⁵ Artículo 3 del 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; artículos 5, párrafo 2, y 8 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y artículo 9, párr. 2, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

³⁶ Por ejemplo, el requisito de información impuesto a la empresa matriz respecto de los efectos globales de las actividades de la empresa en los derechos humanos, que puede incluir los de sus filiales en el extranjero. Los requisitos en materia de informes sobre inversión responsable de Birmania exigen que toda empresa estadounidense que invierta más de 500.000 dólares en Myanmar informe sobre sus efectos en los derechos humanos en consonancia con los Principios Rectores.

³⁷ También incluyen una disposición nueva sobre la participación de los interesados. La OCDE está explorando la posibilidad de elaborar una guía del usuario para la participación de los interesados y la industria extractiva en el marco de las Directrices.

utilizada por pueblos indígenas para resolver cuestiones de carácter práctico que pueden surgir en la aplicación de las Líneas Directrices³⁸.

40. En la actualidad, las empresas pueden decidir voluntariamente si participar o no en una mediación. Algunos interesados han expresado la opinión de que los puntos nacionales de contacto deberían tener más instrumentos a su disposición para alentar a las empresas a recurrir a la mediación en los casos que se le sometan con arreglo al procedimiento para “casos específicos”, así como para formular recomendaciones apropiadas sobre la aplicación de la Líneas Directrices cuando concurren hechos que involucren a pueblos indígenas.

D. Mecanismos de reclamación no estatales y mecanismos de reclamación de nivel operacional

41. En el Principio Rector se 28 estipula que los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales que se ocupan de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas. En el Principio rector 29 se indica que las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas. Dada la exigencia de que se facilite el acceso a mecanismos de reparación *eficaces*, es necesario evaluar debidamente el funcionamiento de los mecanismos de reclamación de nivel operacional. La elaboración de indicadores de resultados que las partes interesadas puedan utilizar para fomentar el funcionamiento apropiado de los mecanismos de reclamación es importante y pueden ser utilizados por las partes interesadas para entender cómo funcionan los mecanismos de reclamación de nivel operacional y pedir cuentas a las empresas.

42. La experiencia también indica que la elaboración de mecanismos de reclamación no puede desvincularse del diálogo y la interacción más amplios con las comunidades indígenas³⁹. Dicha interacción debe basarse en el reconocimiento

³⁸ Véase, por ejemplo la denuncia presentada por Survival International ante el punto nacional de contacto del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra la empresa minera británica Vedanta Resources. En sus declaraciones, el punto nacional de contacto confirmó el fundamento de las alegaciones y dijo que Vedanta Resources había incumplido las Líneas Directrices de la OCDE. El punto nacional de contacto recomendó que la empresa explorara alternativas al reasentamiento en colaboración con el pueblo dongria kondh e incluyera una evaluación de los efectos para los derechos humanos en el proceso de gestión del proyecto. El Tribunal Supremo de la India dictó recientemente un fallo que prohíbe a Vedanta Resources construir la mina sin el consentimiento de los dongria kondh.

³⁹ Tras muchas protestas, la Compañía de inversiones en energía de Sajalín S.A. negoció un plan de desarrollo para los indígenas de Sajalín, que incluye un mecanismo diferente de reclamación para la comunidad a fin de complementar el mecanismo de reclamación existente. Esto fue resultado de consultas en que se destacó el carácter específico de las reclamaciones de los pueblos indígenas, que suelen estar relacionadas con daños ambientales y repercusiones en sus medios de subsistencia tradicionales. También establece una red de enlace con la comunidad, en cuyo marco se designa a una persona con la tarea concreta de actuar de enlace con los indígenas para asegurar una comunicación cotidiana con las comunidades, en particular respecto de las reclamaciones. Véase Natalya Novikova y Emma Wilson, “ The Sakhalin-2 project grievance mechanism, Russia”, en Emma Wilson y Emma Blackmore, eds., *Dispute or Dialogue? Community Perspectives on Company-led Grievance Mechanisms* (Londres, International Institute for Environment and Development, marzo de 2013), pág. 88.

de la condición de los pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos y, cuando la Declaración lo exige, ha de enmarcarse en un proceso de consentimiento libre, previo e informado. Al respecto, el propio proceso puede representar un mecanismo de reparación importante (véanse en particular los artículos 28 y 32 de la Declaración). Dado que en la Declaración se reconocen las especificidades de las leyes y costumbres de los pueblos indígenas, las empresas deben considerar la posibilidad de determinar mecanismos de reparación adecuados y apropiados en función de la cultura y el género, como parte integral de toda relación contractual con los pueblos indígenas.

43. Los Principios Rectores exigen que los mecanismos de reclamación de nivel operacional respondan a los criterios enunciados en el Principio 31 para resultar más eficaces en la práctica. Además, tales mecanismos deben basarse en la interacción y el diálogo, lo que supone consultar a los grupos de interesados para cuyo uso se han previsto, con énfasis en el diálogo como medio de abordar y resolver los agravios. Un mecanismo de reclamación solo puede cumplir su función si las personas a las que debe servir lo conocen, confían en él y son capaces de utilizarlo. En este sentido, es importante que los mecanismos de reclamación se elaboren teniendo en cuenta las especificidades de cada género.

44. Se están impulsando diversas iniciativas de empresas, asociaciones, asociaciones de la industria y grupos de múltiples interesados para seguir promoviendo las buenas prácticas. El Grupo de Trabajo recuerda su proyecto en curso destinado a fomentar la capacidad de mejorar el acceso a los mecanismos de reparación judiciales y no judiciales en la esfera de las empresas y los derechos humanos (véase A/HRC/23/32, párr. 64). Los elementos que a continuación se indican han surgido como buenas prácticas empresariales de gestión de las reclamaciones de los pueblos indígenas. Los mecanismos deben elaborarse en el contexto de un proceso de consulta con la comunidad indígena y debe prestarse atención especial a garantizar la accesibilidad, la receptividad y la implicación local en el mecanismo. Esto puede contribuir a garantizar que responda a las necesidades de los pueblos indígenas, se utilice en la práctica y exista un interés compartido en asegurar su éxito. Esto es particularmente importante para los pueblos indígenas, que siguen sufriendo debido a los desequilibrios de poder y para quienes la legitimidad de cualquier mecanismo de reclamación será esencial. Debe impartirse capacitación para desarrollar los conocimientos y aptitudes legales pertinentes y el registro de reclamaciones debe ser accesible a las partes, lo que asegura que se parta de un principio favorable a la transparencia, sin dejar de tener debidamente en cuenta la protección de las víctimas en los casos en que puedan ser objeto de represalias o presiones. Por último, para garantizar la independencia y la legitimidad de los mecanismos de reclamación, todos los exámenes periódicos del mecanismo deben incorporar las opiniones de las comunidades indígenas.

E. Las instituciones consuetudinarias como mecanismos de reclamación extrajudiciales

45. Los pueblos indígenas han elaborado numerosos mecanismos de arreglo de controversias y sistemas judiciales basados en sus respectivas leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias. Aunque los mecanismos indígenas de arreglo de controversias se utilizan sobre todo para resolver disputas y reclamaciones entre miembros de la misma comunidad, se han documentado casos en que tales

mecanismos se han aplicado con éxito para reparar abusos de derechos de pueblos indígenas cometidos por empresas. En la práctica y la jurisprudencia internacionales en materia de derechos humanos se reconoce cada vez más la importancia de las leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias como instrumentos de reparación. Hay estudios que indican que su utilización es más eficiente para examinar las reclamaciones de los pueblos indígenas que recurrir únicamente a los mecanismos de reparación de los sistemas jurídicos nacionales u otros mecanismos de reparación extrajudiciales⁴⁰.

46. Este enfoque ha sido descrito a menudo como participativo y orientado al diálogo y podría resultar útil como mecanismo adicional para que las empresas se ganen la confianza de los pueblos indígenas reconociendo la importancia que sus leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias conceden al restablecimiento de la paz y relaciones armónicas. Un arreglo basado en leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias tiene el potencial para asegurar resultados sostenibles y más duraderos aceptables para todas las partes concernidas, incluidas las empresas, lo cual es menos probable que resulte de un proceso judicial. Además, a menudo es mucho más fácil acceder a los mecanismos de reclamación consuetudinarios y estos no conllevan los costos inherentes al sistema judicial.

47. Para los pueblos indígenas, utilizar las leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias como instrumento de reparación en relación con las empresas que realizan actividades en sus territorios les ofrece la posibilidad de sentir que son dueños de su propio destino y que participan de lleno en la toma de decisiones relativas a sus recursos y territorios. Al mismo tiempo, este tipo de enfoque otorga una responsabilidad sustancial a las comunidades indígenas, que incluye asegurar que el mecanismo cumpla los criterios de eficacia enunciados en el Principio Rector 31.

F. Mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos

48. Como se indica en el comentario al Principio Rector 28, el procedimiento de reclamación previsto en la Constitución de la OIT⁴¹, los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas⁴² y los mecanismos regionales de derechos humanos, también se consideran mecanismos de reclamación

⁴⁰ Véase Maria Roda L. Cisnero, “Rediscovering olden pathways and vanishing trails to justice and peace: indigenous modes of dispute resolution and indigenous justice systems” en *A Sourcebook on Alternatives to Formal Dispute Resolution Mechanisms* (Philippines, Justice Reform Initiatives Support Project, 2008).

⁴¹ Los pueblos indígenas se han valido del artículo 24 de la Constitución de la OIT en casos de incumplimiento por los Estados de las obligaciones que les incumben con arreglo a varios artículos del Convenio núm. 169 (como los artículos 6, 14 y 15) en el contexto de actividades empresariales.

⁴² Además de los ejemplos señalados en este documento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha adoptado observaciones finales en las que ha reconocido la discriminación racial contra los pueblos indígenas como consecuencia de las políticas relativas a la tierra y las actividades de las industrias extractivas; exhortado a los Estados a que adopten políticas y leyes para poner fin a esa discriminación; y señalado la necesidad de que los Estados propicien consultas y obtengan el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en caso de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios (CERD/C/CHL/CO/15-18; CERD/C/PER/CO/14-17; CERD/C/ARG/CO/19-20; CERD/C/PAN/CO/15-20; y CERD/C/RUS/CO/19).

no estatales. En particular, el examen de las comunicaciones individuales por los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas ha ofrecido una vía de reparación a los pueblos indígenas, a pesar de los desafíos que esto ha planteado a dichos órganos. Los Estados deberían aumentar la conciencia sobre tales órganos internacionales y regionales de vigilancia o facilitar el acceso a ellos, a la par con los mecanismos proporcionados por el propio Estado.

G. Mecanismos de rendición de cuentas de los bancos multilaterales de desarrollo

49. Los bancos multilaterales de desarrollo ofrecen a los pueblos indígenas la posibilidad de acceder a sus mecanismos de rendición de cuentas a fin de plantear preocupaciones o presentar reclamaciones sobre proyectos respaldados por los bancos que les afectan o afectan a su entorno⁴³. Estos mecanismos han demostrado ser un medio para pedir a los bancos que se hagan responsables por sus actos que causen o amenacen causar daños a los denunciantes afectados o al medio ambiente, así como por aquellos que sean incompatibles con las políticas y procedimientos operacionales de los propios bancos⁴⁴, en particular las políticas de salvaguardia elaboradas para evitar daños a los pueblos indígenas⁴⁵.

H. La eficacia del recurso y los pueblos indígenas

50. El Principio Rector 31 establece criterios para evaluar si un recurso judicial o extrajudicial en particular puede considerarse eficaz.

51. En primer lugar, para cumplir el requisito de legitimidad, los mecanismos de reparación deben establecerse de tal manera que se reconozca plenamente la condición de los pueblos indígenas como titulares del derecho al disfrute pleno, en cuanto colectivo o personas, de todos los derechos humanos y libertades reconocidos en la normativa internacional de derechos humanos y que se tengan en cuenta los derechos y normas relacionados con dicha condición. En segundo lugar, los mecanismos de reparación deben conceder el debido reconocimiento al papel de las leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas y a la autoridad de sus instituciones de gobernanza, por razones sustantivas y de procedimiento, garantizando al mismo tiempo que respeten los derechos y libertades de terceros. En este sentido, debe reconocerse que los actuales mecanismos internos de reclamación de los pueblos indígenas pueden ser facultados para ocuparse de las violaciones cometidas en los territorios comprendidos en su ámbito de competencia

⁴³ Véase Leonardo A. Crippa, "Multilateral development banks and the human rights responsibility", *American University International Law Review*, vol. 25, No. 3 (2010).

⁴⁴ Véase Daniel D. Bradlow, "Private complainants and international organizations: a comparative study of the independent inspection mechanisms in international financial institutions", *Georgetown Journal of International Law*, No. 36 (2005).

⁴⁵ La Corporación Financiera Internacional nombró un ombudsman con un mandato de asesoramiento en materia de cumplimiento y arreglo de controversias respecto de sus Normas de Desempeño, incluida la Norma de Desempeño 7 relativa a los pueblos indígenas. El Banco Interamericano de Desarrollo estableció un mecanismo independiente de consulta e investigación con un mandato similar y añadió una "cláusula judicial" que prohíbe la admisibilidad de reclamaciones si plantean cuestiones que estén siendo examinadas ante órganos arbitrales o judiciales nacionales, supranacionales o afines.

tradicional. Al respecto, el Grupo de Trabajo subraya que los mecanismos de reclamación extrajudicial, incluidos los mecanismos tradicionales de los pueblos indígenas, deben ser compatibles con los derechos (en cuanto al procedimiento y el resultado).

52. Además, en consonancia con el requisito de accesibilidad previsto en el Principio Rector 31, los mecanismos de reclamación deben ser accesibles de manera específica a los pueblos indígenas, incluidos hombres y mujeres. Esto abarca su accesibilidad física, es decir, que el lugar y las fechas de las actuaciones deben elegirse de forma que los representantes indígenas puedan estar físicamente presentes. Dado que los pueblos indígenas se asientan a menudo en regiones remotas y periféricas de sus respectivos Estados, suelen hacer falta medidas especiales para garantizar la accesibilidad física de los mecanismos de reparación. También incluye la accesibilidad lingüística, cultural y de género.

53. En términos más amplios y pese a que en los Principios Rectores no se aborda la cuestión del contenido de la reparación *per se*, según el planeamiento hecho en el artículo 28 de la Declaración los mecanismos de reparación redundarían en un resultado para los pueblos indígenas que podría considerarse compatible con los derechos cuando sus tierras hayan sido confiscadas, tomadas, ocupadas o dañadas sin su consentimiento libre, previo e informado. En el artículo 11 de la Declaración se indica que los pueblos indígenas tienen asimismo derecho a una reparación con respecto a los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado.

VI. Conclusiones y recomendaciones

A. Conclusiones

54. Los Principios Rectores proporcionan una guía autorizada para los Estados, las empresas y los pueblos indígenas sobre cómo cumplir las normas internacionales y mejorar sus prácticas dirigidas a prevenir y hacer frente a las repercusiones adversas de la actividad empresarial sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, a fin de lograr resultados tangibles. Como se subraya en ellos, debe prestarse especial atención en todo momento a los derechos, necesidades y desafíos enfrentados por quienes corren un mayor riesgo de volverse vulnerables o ser marginados. Esto es fundamental para los pueblos indígenas, que a menudo sufren en forma desproporcionada los efectos adversos de las actividades empresariales. Por consiguiente, los Estados y las empresas deben ocuparse de los derechos de los pueblos indígenas a la hora de cumplir sus respectivas obligaciones de Estado de proteger contra los abusos de los derechos humanos y la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos. El Grupo de Trabajo insta a los organismos e interesados pertinentes a llevar a cabo nuevos estudios sobre la eficacia de los mecanismos de reparación con que cuentan los pueblos indígenas, incluidos los mecanismos judiciales y extrajudiciales, las vías de recurso extraterritoriales y las modalidades indígenas de arreglo de controversias, con el fin de elaborar orientaciones basadas en hechos para los Estados, las instituciones internacionales, las empresas y los pueblos indígenas.

B. Recomendaciones

55. Los Estados deberían:

a) Considerar la posibilidad de ratificar el Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y adoptar varias medidas para aplicar plenamente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en particular los Estados donde tienen su sede principal las empresas multinacionales que operan en territorios utilizados o habitados por pueblos indígenas, incluso si ningún pueblo indígena reside dentro de sus fronteras;

b) Utilizar los Principios Rectores para aclarar los deberes y responsabilidades de las partes de prevenir y hacer frente al impacto de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas;

c) Enunciar que se espera que todas las empresas domiciliadas en el territorio de un Estado respeten los derechos humanos en todas sus actividades; fijar las expectativas y obligaciones de las empresas y otras partes en lo que respecta a encarar el impacto de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, sobre todo en las zonas afectadas por conflictos; alentar a las empresas a comunicar y comprometerse con sus políticas y procedimientos para encarar los efectos de sus actividades en los derechos humanos y a ponerlas al alcance de todos, incluidos hombres y mujeres;

d) Garantizar que se establezcan mecanismos reforzados de vigilancia y cumplimiento para prevenir y encarar todo impacto adverso de la actividad empresarial sobre los derechos humanos, en particular integrando y aplicando consideraciones de derechos humanos con perspectiva de género en las leyes, políticas, reglamentaciones y contratos internos pertinentes, como tratados de inversión bilaterales y acuerdos con los gobiernos anfitriones, así como en el otorgamiento de concesiones de exploración y extracción de recursos naturales;

e) Garantizar que se mantenga un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas cuando concluyan tratados o contratos de inversión, teniendo en cuenta las necesidades y vulnerabilidades específicas de los pueblos indígenas;

f) Garantizar que los pueblos indígenas real o potencialmente afectados por actividades empresariales tengan acceso pleno y oportuno a toda la información pertinente para asegurar que puedan participar de manera efectiva en las decisiones clave que les afecten y que las consultas significativas con perspectiva de género con los pueblos indígenas se conviertan en un componente esencial de todos los contratos celebrados con inversores internacionales;

g) Considerar los efectos particulares de las actividades empresariales sobre los pueblos indígenas y las medidas correctivas necesarias al elaborar un plan de acción nacional para la aplicación de los Principios Rectores;

h) Remitirse al marco de políticas de inversión para el desarrollo sostenible y a los principios de contratación responsable de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo para orientación sobre los contratos de inversión e integrar la gestión de los riesgos para los derechos humanos en las negociaciones contractuales entre Estados e inversionistas, en particular si es pertinente para los derechos de los pueblos indígenas;

i) Garantizar, si son Estados miembros de la OCDE, que los puntos nacionales de contacto sean independientes, imparciales y estén dotados de todos los recursos necesarios para abordar las reclamaciones de los pueblos indígenas. Esto supone, entre otras cosas, conocer los derechos de los pueblos indígenas, en particular el derecho al consentimiento libre, previo e informado, y estar familiarizados con las modalidades de toma de decisiones y las leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias indígenas, así como formular recomendaciones apropiadas sobre la aplicación de las Líneas Directrices de la OCDE en los casos que involucren a pueblos indígenas;

j) Estudiar, en el caso de que empresas multinacionales tengan su sede principal en su territorio, el modo de asegurar que los pueblos indígenas afectados por las actividades de esas empresas en el extranjero tengan acceso a una reparación eficaz;

k) Elaborar un amplio marco normativo antes de planificar y ejecutar proyectos en los que participen empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, estableciendo medidas adicionales para proteger los derechos de los pueblos indígenas;

l) Considerar el modo de asegurar que las políticas y reglamentaciones en vigor permitan la aplicación eficaz de los requisitos para obtener el consentimiento libre, previo e informado en el contexto de las actividades empresariales;

m) Examinar y modificar los mecanismos de reparación existentes, según proceda, para asegurar su adecuación con los Principios Rectores, y evaluar su pertinencia y eficacia con miras a la protección de los derechos de los pueblos indígenas;

n) Reforzar la capacidad de los jueces, abogados y fiscales de ocuparse de las reclamaciones presentadas por los pueblos indígenas en relación con actividades empresariales y garantizar que la formación obligatoria de los jueces y abogados incluya las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que incorporan la perspectiva de género, sin olvidar las normas relativas a las empresas y los derechos humanos y los pueblos indígenas;

o) Dedicar recursos humanos, financieros y técnicos suficientes a las instituciones nacionales de derechos humanos e incrementar su capacidad de vigilar y hacer frente de manera efectiva a los efectos sobre los derechos de los pueblos indígenas;

p) Llevar a cabo campañas de concienciación, junto con los interesados pertinentes, a fin de que los pueblos indígenas sometidos a su jurisdicción

puedan aprovechar los recursos jurídicos y no jurídicos disponibles para asistirles;

q) Fomentar la capacidad de los pueblos indígenas de elaborar sus propias estructuras representativas, para garantizar que puedan participar de manera eficaz en las decisiones que les afectan.

56. Las empresas deberían:

a) Cumplir con la responsabilidad de respetar los derechos humanos, en particular adoptando una política de derechos humanos que tenga en cuenta la perspectiva de género, entre otras cosas realizando evaluaciones de los efectos para los derechos humanos en relación con sus actividades en curso y previstas y haciendo frente a los efectos adversos que causen o contribuyan a causar o con los que estén vinculados, incluso ejerciendo influencia en sus relaciones empresariales para encarar los efectos negativos y prestando especial atención a las actividades en los territorios y tierras de pueblos indígenas;

b) Responsabilizarse de respetar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio núm. 169 de la OIT en sus compromisos normativos, los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos y los procesos de reparación;

c) Garantizar que los mecanismos de reclamación a nivel operacional reflejen los criterios enunciados en el Principio Rector 31 y se basen en la colaboración y el diálogo teniendo en cuenta las cuestiones de género, mediante la consulta de los pueblos indígenas, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios;

d) Consultar y hacer participar de forma periódica y directa a hombres y mujeres de las comunidades en que realizan actividades e informarles acerca de cómo pueden verse afectados sus estilos de vida, sus medios de subsistencia y los derechos humanos, prestando la debida atención a los diferentes métodos de información y consulta que puedan hacer falta, debido a la cultura y el idioma, a diferencia del resto de la población;

e) Compartir ampliamente dentro de cada sector y entre ellos sus experiencias en el cumplimiento de su deber de respetar los derechos de los pueblos indígenas y alentar a todos los sectores a elaborar orientación en sus industrias.

57. Los pueblos indígenas deberían:

a) Garantizar que sus protocolos de toma de decisiones respecto de cualesquiera procesos de consentimiento libre, previo e informado se elaboren, describan y refuercen en el marco de sus propias instituciones representativas y con arreglo a sus propios procedimientos y, cuando sea posible, se codifiquen, de forma que aporten mayor especificidad para facilitar su aplicación, que tales normas sean comprensibles y accesibles para las empresas y los Estados y que esos procesos y normas estén en plena conformidad con las normas internacionales de derechos humanos;

b) Considerar la posibilidad de fortalecer sus instituciones, mediante sus propios procedimientos de toma de decisiones, a fin de establecer estructuras representativas que incluyan a hombres y mujeres y faciliten su

relación con las actividades empresariales, en particular respecto de los procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado, cuando esas actividades puedan afectarles o repercutir directamente en ellos o sus tierras y recursos, y de quienes se ocupen de su derecho a reparación y/o indemnización y/o participación en los beneficios de dichas actividades.
