

**PRINCIPIOS CONTRA GARANTÍAS:
EMPRESAS TRANSNACIONALES Y PUEBLOS INDÍGENAS
EN EL ORDEN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS TRAS 2011**

Bartolomé Clavero
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

Resumen: Desde las Naciones Unidas está transmitiéndose un doble mensaje en relación a las actividades empresariales transnacionales lesivas para con los derechos humanos, un mensaje a las empresas mismas y otro diferente a los estados. Mientras que resulta hoy evidente que este segundo es de fuerte y creciente vinculación al cuerpo normativo internacional de los derechos humanos, en cambio el primero, el dirigido a las empresas transnacionales, es comparativamente de relajación. La contradicción se despejaría de atenderse en serio otro mensaje de las mismas Naciones Unidas a su vez distinto, éste dirigido a los pueblos indígenas. Es lo que se intenta en este trabajo frente a un giro aciago que aparentemente se ha consumado durante el año recién pasado, el de 2011*.

Sumario: I. Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales.- II. Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales.- III. De los Diez Principios del Pacto Mundial a los Principios Rectores para *Proteger, Respetar, Remediar*.- IV. Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.- V. Principios sobre Derechos Humanos y Empresas contra Derechos y Garantías de los Pueblos Indígenas: Contribución del Relator Anaya.- VI. Conclusión de urgencia tras 2011: Naciones Unidas, Empresas, Estados, Pueblos.

* Vaya por delante que no hubiera podido concebir este artículo ni sabido captar sus claves sin mi experiencia en las Naciones Unidas como miembro del Fondo Permanente para las Cuestiones Indígenas (trienio 2008-2010) y sin el seguimiento de las políticas entreguistas a intereses empresariales en la Amazonía peruana indiferentes a la gravísima afectación a pueblos indígenas y al correspondiente derecho, un derecho internacional y peruano. Agradezco a la asociación DAR (Derecho, Ambiente y Recursos Naturales) la invitación para publicarlo en órgano peruano, en el número segundo de la *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*. Se anticipa aquí en clavero.derechosindigenas.org, donde también pueden encontrarse jalones de dicho seguimiento a políticas peruanas.

I. Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales.

“En los decenios de 1960 y 1970, las actividades de las empresas multinacionales (EMN) fueron objeto de grandes debates. A raíz de ellos, se desplegaron esfuerzos para establecer instrumentos internacionales destinados a reglamentar la conducta de las EMN y a fijar las condiciones que han de regir las relaciones de las EMN con los países huéspedes, sobre todo en el mundo en desarrollo”, así arranca la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1977¹. Fue elaborada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo aprobándose a finales de noviembre de dicho año y manteniéndose desde entonces con sus propios mecanismos de supervisión y actualización². *Tripartita* es cualificación referente al dato importante de constituir una declaración formal conjunta de las tres partes constituyentes de la Organización Internacional del Trabajo, la gubernamental, la empresarial y la sindical. Participación indígena no hay a pesar de que esta agencia ya venía ocupándose de asuntos indígenas.

Nada se decía por entonces, en 1977, sobre la incidencia de dichas actividades empresariales multinacionales respecto a pueblos indígenas, pese a ser en efecto asunto de preocupación para la propia Organización Internacional del Trabajo desde tiempo atrás, conduciéndole finalmente a la adopción, en 1989, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), un tratado que se abre a la ratificación de los estados³. Es un instrumento que registra derechos de tales pueblos, pueblos a los que pueden fácilmente afectar las actividades empresariales contempladas por la Declaración Tripartita. No obstante, las sucesivas actualizaciones de ésta, la última de 2006, siguen sin atender el caso. Cabría entender que, por ser partes constitutivas de la Organización Internacional del Trabajo, empresas y sindicatos habrían de quedar vinculados al Convenio 169 aunque el respectivo compromiso no se formalice mediante el procedimiento de ratificación propio de los estados, pero tal no es la lógica del orden internacional. Tampoco se efectúa la conexión entre derechos de pueblos del Convenio 169 y responsabilidades de empresas de la Declaración Tripartita. Ésta, en su versión actual, toma entre sus términos de referencia la 169, pero no el 169, una Recomendación sobre política de empleo de 1984, pero no el Convenio sobre pueblos indígenas de 1989.

Estamos ante duplicidades características del sistema internacional en el seno de la constelación hoy constituida por las Naciones Unidas, por esta organización sustancialmente intergubernamental, esto es entre estados. Pese a la peculiaridad de ser una agencia tripartita, la Organización Internacional del Trabajo ha adoptado la óptica de las instituciones en exclusiva intergubernamentales, en cuya virtud se entiende que son tan sólo los estados quienes se comprometen en el ámbito internacional y que es a través de los mismos y por los mismos como debe comprometerse a otras entidades.

¹ Con enmiendas efectuadas en 2000 y 2006: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf, sigla del original, que no adoptaré. No cito el lugar concreto de los pasajes reproducidos porque se buscan y hallan fácilmente en las ediciones de sitios oficiales de Internet a las que se remite.

² www.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang--es/index.htm.

³ RODRÍGUEZ PIÑERO, Luís, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Resultas de esto es la opacidad o el punto ciego que se produce respecto a la acción transnacional de las empresas que desbordan a los estados. Con todo ello, las instituciones internacionales pueden mantener un doble discurso para caras distintas de un mismo asunto; en el caso, sobre las responsabilidades empresariales de una parte y sobre derechos respecto a las actividades de las empresas de otra. Veremos que en el mismo seno de las instituciones centrales de las Naciones Unidas lo propio ocurre.

II. Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales.

En 2003, la entonces Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que era organismo formado por expertos y expertas y en consecuencia, para la óptica de las Naciones Unidas, subordinado a instancias intergubernamentales, en concreto a la Comisión de Derechos Humanos, que era a su vez por entonces subsidiaria del Consejo Económico y Social, elaboró unas Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, entendiendo que esto formaba parte de su cometido que con anterioridad, antes de 1999, más particularmente se había definido como de *prevención de discriminaciones y protección a minorías* y ahora, en 2003, era de *promoción de derechos*. No lo entendieron así las instancias intergubernamentales pues se abstuvieron de darle curso ulterior a la propuesta impidiendo que ascendiera hasta la Asamblea General y fuera adoptada como una norma internacional de derechos humanos. En todo caso, aunque abortadas de raíz, dichas Normas merecen un recordatorio. Ayudan al menos a seguir situándonos. Luego consideraremos si merecerían hoy rescatarse⁴.

De corporaciones *transnacionales* y de *otras* empresas más se habla. Las hay no transnacionales que siguen la misma pauta de desbordamiento del marco de los derechos humanos con la connivencia en su caso de los respectivos estados. Se trataba de comprometer a aquellas y a éstos. La propuesta de Normas tomaba como punto de partida una constatación elemental: las empresas tienen “la obligación de respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales”. En su virtud, esto es lo que establece el artículo primero: “Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar”.

Los miembros de las Naciones Unidas son los estados y ellos son quienes contraen primariamente obligaciones y responsabilidades cuando se adoptan instrumentos normativos de derechos humanos, pero los derechos humanos, si son derechos, valen frente a cualquier agente, como en el caso frente a las empresas, igualmente obligadas a respetarlos; y si son humanos, corresponden a todos, como a *los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables*, según especifica dicho mismo artículo primero para recalcar la especial obligación que tienen entonces, por esa vulnerabilidad, tanto los estados como, desde luego, las empresas. En el artículo segundo se abunda:

⁴ www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?Opendocument.

“Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales garantizarán la igualdad de oportunidades y de trato, como se dispone tanto en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes como en las normas internacionales de derechos humanos, con el fin de eliminar toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, condición social, pertenencia a un pueblo indígena, discapacidad, edad...”. Por decirlo brevemente, las empresas tienen responsabilidades de respeto a los derechos humanos; a los estados corresponde la obligación de exigir esas responsabilidades. Porque sean transnacionales y desborden a los estados, no por ello las empresas pueden escapar a sus consiguientes obligaciones.

Aquellas normas abortadas intentaban abrirle un espacio no meramente pasivo, no sólo como objeto de protección, a la humanidad indígena entre otros agentes: “Además de las partes directamente afectadas por las actividades de las empresas comerciales, podrán ser *partes interesadas* aquellas partes que resulten afectadas indirectamente por las actividades de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales como son los grupos de consumidores, los clientes, los gobiernos, las comunidades vecinas, los pueblos y las comunidades indígenas, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones crediticias públicas y privadas, los proveedores, las asociaciones comerciales y demás” (art. 22). No parece que pudiera haber sido de otro modo⁵. En el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la que recibe en 1999 el apellido de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, ya se había elaborado el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que comenzaba por considerarles como sujetos de derecho. La Subcomisión no se sustraía a esta consideración. Quienes se sustrajeron y defraudaron fueron las instancias intergubernamentales de las Naciones Unidas.

En las Naciones Unidas ya se estaba promocionando otro planteamiento frente a la propia noción de los derechos humanos como derechos y como humanos, como títulos de validez consiguientemente universal o, como suele decirse entre juristas, *erga omnes*, vinculantes para todas y todos, empresas incluidas junto a los estados. Las mismas Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos hacían referencia: “Teniendo en cuenta las normas enunciadas en la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales (...). Conociendo también la iniciativa de las Naciones Unidas denominada Pacto Mundial en que se reta a los dirigentes empresariales a *adoptar y promulgar* nueve principios básicos en la esfera de los derechos humanos...”, proceden a su propuesta. Frente a posiciones más débiles, como ésta del Pacto Mundial que enseguida tratamos, el inspirador y principal impulsor de las Normas, David Weissbrodt, profesor de derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de Minnesota, a quien ya hemos citado⁶, se cuidaba de fundamentarlas en el derecho de los derechos humanos. Las personas cuentan.

⁵ WEISSBRODT, David, y KRUGER, Muria, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, en *American Journal of International Law*, 97-4, 2003, pp. 901-922. Retengamos el nombre de David Weissbrodt, miembro de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos desde 1996 a 2003.

⁶ Añádase WEISSBRODT, D., *Business and Human Rights*, en *The University of Cincinnati Law Review*, 74, 2005, pp. 55-73 (reproducido en Kinley, David, ed., *Human Rights and Corporations*, Londres, Ashgate, 2009, pp. 103-121); *International Standard-Setting on the Human Rights Responsibilities of Businesses*, en *Berkeley Journal of International Law*, 26-2, 2008, pp. 373-391, que es la amplia *address* de un número monográfico sobre el particular.

III. De los Diez Principios del Pacto Mundial a los Principios Rectores para *Proteger, Respetar, Remediar*.

De las referencias citadas de las Normas, ya conocemos la Declaración Tripartita. Conviene ahora ocuparse de la otra, la del Pacto Mundial, porque estaba ya introduciendo un planteamiento bien distinto. El Pacto Mundial se lanza por las Naciones Unidas en el año 2000 respondiéndose a la misma preocupación ante los efectos del desbordamiento de los estados por la transnacionalización de las empresas en relación con los derechos humanos⁷. La clave se nos acaba de decir: *adoptar y promulgar* por parte de *los dirigentes empresariales* sus propios *principios* respecto a *los derechos humanos*, entendiéndose desde luego que van a responder a los patrones del derecho internacional. No se trata de declarar la vinculación de las empresas al cuerpo normativo de los derechos humanos, responsabilizando al efecto a los estados, sino de proponer a las primeras que, según pautas y modos que las mismas empresas acuerden, se comprometan con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Es la vía por la que el Pacto Mundial pretende estar construyendo nada menos que una *ciudadanía corporativa* de ese alcance global. *Voluntariamente* respecto al compromiso internacional es el término modal que más se repite⁸. Entre los mencionados *nueve principios básicos*, en realidad diez, no hay nada en absoluto sobre derechos de pueblos indígenas. El decálogo se completó con un compromiso contra la corrupción⁹.

Un principio que en algo pudiera colateralmente interesar a los pueblos indígenas es el octavo: “Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental”, caso por supuesto de que tales pueblos se resignasen a ser elementos del medioambiente y no sujetos de derecho. Pudiera interpretarse que los dos primeros principios cubren los derechos de los pueblos indígenas en especial tras la Declaración al respecto que luego veremos: “Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia”; “Las Empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos”. Sin embargo, lo de *universalmente* se entiende en estos medios de intereses corporativos como excluyentes de garantías no universales de derechos universales, como las que precisan los pueblos, las comunidades y las personas indígenas. Y esos *deben* se formulan siempre en este contexto bajo la clave de la *voluntariedad*, lo que basta para privar ya de entrada a los *derechos humanos*, a todos ellos, de su categoría y de su vigor en cuanto que tales¹⁰. No nos dejemos llamar a engaño. A efectos prácticos

⁷ www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html, presentándose como “marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de las corporaciones y los mercados”, con este sintomático objetivo de interés empresarial en busca de legitimidad: KELL, Georg, y RUGGIE, John Gerard, *Global markets and social legitimacy: The case of the Global Compact*, en *Transnational Corporations*, 8-3, 1999, pp. 101-120. Retengamos también el nombre de John Ruggie.

⁸ WEISSBRODT, D., y KRUGER, M., *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations*, tras repasar otras iniciativas, las vistas y más, para el abordaje internacional de la responsabilidad empresarial, subrayan justamente que la procedente de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se singularizaba por ser la primera en plantearse en los términos debidos de obligatoriedad, vinculación o no-voluntariedad para las empresas.

⁹ www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

¹⁰ RUGGIE, J.G., *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*, en *American Journal of International Law*, 101-4, 2007, pp. 819-840, con dicha interpretación radicalmente debilitadora de los derechos humanos bajo la ocurrencia hoy habitual de presentarlos como *soft law*, derecho dúctil, a fin de seguirlos tratando, ahora más disimuladamente, como no si no fueran ni pudieran ser en rigor derecho.

poco importa que la operación se haga de buena fe, para ir encauzando a las empresas por la senda de los derechos humanos, o de mala fe, para ayudarles a eludirlos. El caso es que no se admite la vinculación estricta y que cabe que se facilite el fraude solapado. No se trata de meras suspicacias, como todavía veremos.

En este punto conviene volver a personalizar. John Ruggie, a quien se viene citando, profesor de derechos humanos y asuntos internacionales en la Universidad de Harvard, jugó un papel relevante en el planteamiento del Pacto Mundial. Con posterioridad, viéndose lo que el invento podía dar de sí¹¹, el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan a la sazón, le eligió como su Representante Especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, cargo que ha desempeñado entre 2005 y 2011¹². El año pasado, 2011, Ruggie culminó su mandato trayendo ante el Consejo de Derechos Humanos, encargo mediante¹³, unos Principios para la puesta en práctica de su Informe, de 2008, *Proteger, Respetar, Remediar: Marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*. Entre los verbos del título no se dice que reconocer derechos ni, aún menos, garantizarlos o, todavía mucho menos, repararlos conforme estrictamente todo ello, tanto el reconocimiento como la garantía y como la reparación, a la entidad de su categoría en cuanto que derechos humanos. Contribuía al cortocircuito del enfoque de las Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos¹⁴.

No obstante, algún detalle ha tenido el Representante Especial Ruggie con los pueblos indígenas, pues hace en ocasiones mención a su existencia, esto que el decálogo del Pacto Mundial evita cuidadosamente¹⁵. Los ha venido ubicando entre los sectores vulnerables de la sociedad a fin de reducirlos a objeto de protección, no tratándolos nunca, ni siquiera tras la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como sujetos de derecho. En el Informe *Proteger, Respetar, Remediar* los pueblos indígenas sólo comparecen incidentalmente en una nota sin mayor efecto. En su último Informe ya aludido, el de 2011, normativamente titulado *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar, Remediar”*, ha de prestar a los pueblos indígenas una atención más específica. Lo hace impidiendo hasta el final la posibilidad de que se les tome en consideración como sujetos de derechos propios que puedan obligar a las empresas. El abuso de título lo da el Consejo de Derechos Humanos por bueno¹⁶.

¹¹ RUGGIE, J.G., *global_governance.net: The Global Compact as Learning Network*, en *Global Governance*, 7, 2001, pp. 371-378; *Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices*, en *European Journal of International Relations*, 10-4, 2004, pp. 499-531; *The theory and practice of learning networks: Corporate social responsibility and the Global Compact*, en McIntosh, Malcolm, Waddock, Sandra, y Kell, G. (eds.), *Learning to Talk: Corporate Citizenship and the Development of UN Global Compact*, Sheffield, Greenleaf, 2004, pp. 32-42, con prólogo de Kofi Annan.

¹² www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home, con portal en español que quedó durante su mandato en blanco. Su propósito resulta paladino en el artículo citado, *Business and Human Rights*.

¹³ <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate>.

¹⁴ clavero.derechosindigenas.org/?p=9951.

¹⁵ En el sitio de Ruggie hay página con información muy incompleta al respecto: <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Materialsbytopic/Groupsaffected/Indigenouspeoples>

¹⁶ *Protect, Respect, Remedy* se publica en dossieres con títulos de entrada tan engañosos como “poniendo en práctica los derechos”: *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, 3-2, 2008, *Realizing Rights*, pp. 189-212. Para enlaces al conjunto de documentos y a selección de comentarios sobre *Protect, Respect, Remedy*: www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy

En concreto, Ruggie plantea que, por vía de *asesoramiento*, se ha de *aconsejar* a las empresas sobre “los métodos adecuados, incluida la debida diligencia en materia de derechos humanos” para “tratar eficazmente las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo los problemas específicos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias”. Registra la existencia de instrumentos de las Naciones Unidas sobre “los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias”, pero sin especificar ni distinguir y para regresar a términos de protección sin derechos específicos. Señala que hay casos de “obstáculos legales” que pueden afectar a las empresas: “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”, como si no pudieran tener más derechos ni más garantías que los reconocidos y las suministradas por el estado. Los unos y las otras de sujetos indígenas brillan por su ausencia en el *Marco* y los *Principios* de las Naciones Unidas sobre *Derechos Humanos y Empresas*, en los definidos por el Representante Especial.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos no sólo ha recibido el último Informe del Representante Ruggie dando por concluido el ejercicio de su mandato, sino que también ha resuelto instituir un Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales para que, ante todo, “promueva la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores”. Dicho Grupo, según la misma resolución del Consejo de Derechos Humanos¹⁷, ha de organizar y dirigir un Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos, foro abierto a “representantes de los pueblos indígenas” entre otros agentes, lo cual, especialmente lo de la representación indígena, por sí y por cuanto todavía hemos de considerar sobre derechos de estos pueblos, puede que todavía cambie significativamente la suerte del Marco y de los Principios. En todo caso, el planteamiento de Ruggie, con su efecto nugatorio para los derechos de los pueblos indígenas¹⁸, marca hoy la perspectiva de las Naciones Unidas en el capítulo más general de los derechos y las empresas. Ya se toma como el escenario dado¹⁹. A ello habrá de volverse para discutirlo con el conocimiento de causa que aún falta y ahora sigue.

IV. Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El futuro del orden internacional sobre las relaciones entre derechos humanos que vinculan a los estados y empresas transnacionales que los desbordan no está sin

[Framework](http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Commentaries/2008); www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Commentaries/2008. Para prontitud de acogida europea, www.sweden.gov.se/content/1/c6/13/86/36/99521cd3.pdf.

¹⁷ clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/08/DDHH-y-transnacionales-resolucion.pdf.

¹⁸ Por lo general entre medios informados y conscientes hay en cambio algo de optimismo expectante en relación a los derechos versus las empresas inclusive respecto a pueblos indígenas: O'Faircheallaigh, Ciaran, y Ali, Saleem (eds.), *Earth Matters: Indigenous Peoples, the Extractive Industries and Corporate Social Responsibility*, Sheffield, Greenleaf, 2008; RODRÍGUEZ PIÑERO, L., *Las agresiones del desarrollo: Pueblos indígenas, normas internacionales e industrias extractivas*, en *Relaciones Internacionales* (revista electrónica: www.relacionesinternacionales.info), 11, 2009, pp. 43-78.

¹⁹ Mares, Radu (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

embargo definitivamente marcado por la obra de Ruggie gracias a otra razón de peso. Paralelamente a todo lo visto viene desarrollándose en el seno de la constelación de las Naciones Unidas un paradigma distinto en atención precisamente a los pueblos indígenas y sus derechos. El impulso principal ha venido de un Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, su Convenio 169, un tratado que desde 1989 propone a los estados una agencia especializada de las Naciones Unidas y que en principio sólo vincula a aquellos determinados que lo ratifican, pero Convenio que ha logrado y mantiene un valor bastante superior. Comienza a definir resueltamente ese otro paradigma en términos normativos, lo que además, para el caso de las Américas, viene siendo potenciado por el sistema interamericano de derechos humanos²⁰.

El Convenio 169 no es en rigor un tratado de derechos humanos, pero lo es sobre derechos de los pueblos indígenas, derechos que las propias Naciones Unidas ha venido luego a considerar, con la Declaración que acto seguido veremos, derechos estrictamente tales, humanos. Y compromete a los estados en unos determinados procedimientos a guisa de garantías para los propios derechos sustantivos que el Convenio registra. Se trata del procedimiento de consulta y el procedimiento de participación, el uno como el otro constituyendo derechos en sí mismos para el pueblo y deberes por ende para el estado. ¿Y para las empresas? También para éstas el Convenio 169 trae directrices en conformidad con los derechos sustantivos y los derechos procedimentales. Para las relaciones de los pueblos indígenas con empresas interesan ante todo, como garantías, los procedimientos, el de consulta y el de procedimiento, unos procedimientos que en principio sólo conciernen a los pueblos y al estado, dejándose a las empresas para un momento ulterior, tras evacuarse la consulta. La primera y ya importante garantía es la de excluir de entrada que aquellas empresas que buscan acceso a recursos de territorios indígenas se relacionen con los correspondientes pueblos directamente, sin mediación y garantía de consulta por parte del estado²¹.

El Convenio 169 cuida la concreción de requisitos para las garantías. Los estados deben practicar la consulta con los pueblos indígenas respecto a todas las “medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”; tienen que hacerlo con “sus instituciones representativas”, con las que los pueblos tengan o con las que se doten autónomamente, no con las que los estados decidan o instituyan; así como han de “establecer los medios” y “proporcionar los recursos necesarios” a dicho fin, esto es “para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”, los indígenas. La consulta ha de conducirse “mediante procedimientos apropiados” y “de buena fe”, debiendo responder a “la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Los estados quedan obligados no sólo a *consultar* a las *instituciones representativas* de los pueblos indígenas y a proveer los recursos necesarios para su mantenimiento, sino también a “establecer los medios” para que “puedan participar libremente” y “a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (art. 6).

Respecto a lo que pueda más específicamente interesar a actividades empresariales en territorios indígenas, el Convenio registra un principio esencial: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo

²⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, L., *El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas*, en Berraondo, Mikel (ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203, disponible también en Internet: www.ibcperu.org/doc/isis/9002.pdf.

²¹ www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm, en su número de orden entre Convenios el 169.

que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”, a cuyo efecto estos pueblos, los pueblos indígenas que tienen *el derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo* en cuanto que tales pueblos, “deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”; más aún, “en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan” pueblos indígenas, “el mejoramiento” de sus “condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación (...) deberá ser prioritario”, esto mismo de *prioritario* en conformidad ha de entenderse con las *prioridades* propias, no con las del estado (art. 7).

El Convenio todavía especifica más: “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”; “los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (art. 7 también). Por una parte, los estudios de impacto social, cultural, espiritual y ambiental, no sólo sobre esto último, de los proyectos de desarrollo, como por ejemplo para las concesiones de acceso a recursos en territorios indígenas a favor de empresas extractivas, han de realizarse *en cooperación con los pueblos* respecto a todo lo que pueda interesarles. Adicionalmente, las políticas medioambientales en cuanto afecten a pueblos indígenas habrán de plantearse y llevarse a cabo *en cooperación* con los mismos. ¿Se necesita por parte indígena asesoramiento técnico para participar en estudios de impactos y políticas de desarrollo? Ya está dicho que los estados han de proveer los medios sin interferir en las decisiones de los pueblos indígenas.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sigue en esa misma línea abierta por el Convenio 169 potenciando tanto derechos como, lo que no es menos importante, procedimientos de garantía²². Lo que comienza potenciando es a los mismos pueblos como sujetos de derecho internacional en su virtud. La Declaración es una norma de derechos humanos. Fue adoptada bajo tal concepto en septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas conteniendo disposiciones vinculantes para ellas mismas y para los estados: “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración” (art. 38); “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, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia” (art. 42). *En consulta y cooperación con los pueblos indígenas* debe ponerse en práctica la Declaración, un instrumento de derechos humanos que especialmente potencia el *derecho al consentimiento* de los pueblos indígenas en cuanto que *derecho a la libre determinación* en general y, en particular, *a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos*, de las tierras, territorios y recursos indígenas (arts. 3 y 32.1).

Reforzándolo siempre, la Declaración califica repetidamente al *consentimiento* como *libre, previo e informado*: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de

²² daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement.

buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo” (art. 32.2); “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (art. 19). Es el estado quien debe garantizar respecto a la consulta su carácter previo a cualquier decisión que pueda afectar a pueblos indígenas, su ejercicio por los mismos en condiciones de libertad, lo que significa *autonomía* (art. 4), y con plena información a disposición de la parte indígena.

El *consentimiento* es exigencia que la Declaración reitera por activa y por pasiva, por reflexiva y por perifrástica (arts. 10, 11, 19, 28, 29, 32...), detallando casos en los que el mismo ha de ser absolutamente imprescindible; así, por ejemplo, algunos en los que fácilmente pueden incurrir las empresas extractivas como el de *desplazamiento o traslado*, o el de almacenamiento o eliminación de *materiales peligrosos* (arts. 10 y 29.2). El requerimiento es en todo caso de carácter, por principio, general. Los pueblos indígenas tienen *derecho a la reparación* siempre que “las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma (...) hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado” (arts. 28.1). El consentimiento es por ende necesario. Y la participación no es una obligación, sino igualmente un derecho y, como tal derecho, optativo por principio: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (art. 5). *Si lo desean* es por supuesto la clave de *libre determinación* que fundamenta para la Declaración todos los derechos de los pueblos indígenas que registra (art. 3 citado).

¿Qué ocurre si se trata de *recursos* en territorios indígenas que los pueblos indígenas no hayan *poseído u ocupado o utilizado*? ¿Y si son los del subsuelo, aquellos en los que se interesan las empresas extractivas? ¿Y si los mismos se encuentran reservados constitucionalmente al estado? El Convenio 169 admite este supuesto: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos...”, procede lo dicho, la *consulta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento*: “Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”, dice el Convenio (art. 15.2); “Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”, dice la Declaración (art. 27).

No puede decirse que, entre Convenio y Declaración, el derecho internacional sobre derechos de los pueblos indígenas tenga previstos todos los supuestos. Falta por

ejemplo uno tan sensible ante la presión de las empresas como el de los pueblos que ejercen su derecho a la libre determinación manteniéndose en aislamiento voluntario. En todo caso, hay principios y reglas suficientes para abordar todos los supuestos²³.

V. Principios sobre Derechos Humanos y Empresas contra Derechos y Garantías de los Pueblos Indígenas: Contribución del Relator Anaya.

Quien haya leído atentamente hasta este punto imagino que no dará crédito a sus ojos. ¿Cómo las Naciones Unidas pueden llevar al mismo tiempo e impasiblemente dos agendas tan contradictorias sobre el mismo asunto y ninguna de ellas oculta, ambas abiertas, bien a la vista? Ciertamente es que han discurrido por cauces distintos. La agenda de los pueblos indígenas se lanza y desarrolla en instancias de derechos mientras que la agenda de las empresas se plantea y progresa por otras vías. También es cierto que en momentos decisivos los caminos confluyen sin que colisionen y sin que se miren a la cara. E igualmente resulta cierto que a estas alturas andan las agendas confundidas en detrimento precisamente de la propia de los pueblos indígenas, la de sus derechos.

La agenda de los derechos de los pueblos indígenas comenzó a fraguarse en el ámbito de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, vino a concretarse por una agencia de las Naciones Unidas especialmente atenta y sensible con los derechos, la Organización Internacional del Trabajo, y llegó a culminarse por las instancias de derechos humanos hasta la aprobación de la Declaración por la Asamblea General en septiembre de 2007²⁴. La agenda de las empresas se cocinó en otras instancias menos específicas de derechos e incluso en momentos a espaldas no sólo de las unas, sino también de los otros, de los derechos mismos. Fue en el ámbito de la Secretaría General de las Naciones Unidas donde se organizó el Pacto Mundial y donde se situó al Representante Especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales. Ni lo uno ni lo otro se ubicaron en el ámbito propio de este tipo de instancias, especialmente de la segunda, el de, en tiempos, la Comisión o, luego, el Consejo de Derechos Humanos. En todo caso ha sido éste, el Consejo de Derechos Humanos, el que, por una parte, da el definitivo espaldarazo al proyecto de Declaración en su ascensión final hacia la Asamblea General y, por otra parte, respalda el Marco y los Principios de *Proteger, Respetar, Remediar* erigiéndolos en guía directiva para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales²⁵.

Sobre la profundidad de la contradicción entre las agendas no creo que quepan muchas dudas, aunque cierto es que usualmente, aun de apreciarse diferencias, no se

²³ <http://www.iwgia.org/publicaciones/publicaciones-por-idioma/publicaciones-en-castellano>, para noticia de una serie de informes sobre pueblos aislados por América, inclusive el Perú, bajo la óptica que se deduce de La Declaración, la de respeto a la libre determinación y a sus territorios y recursos por ende.

²⁴ Charters, Claire, y Stavenhagen, Rodolfo (eds.), *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA (International Work Group for Indigenous Affairs), 2010; Allen, Steve, y Xanthaki, Alexandra (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011.

²⁵ Para sopesarse el monto y alcance de instrumentos internacionales que comprometían a las empresas a las alturas del encargo de Annan a Ruggie que lleva a este resultado, Mares, R. (ed.), *Business and Human Rights: A Compilation of Documents*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. En su aplicabilidad a las empresas seguiría insistiendo WEISSBRODT, D., *International Standard-Setting*, pp. 376-379. Radu Mares es de la posición contraria además de asesor consecuente de empresas extractivas, como comprobaremos.

resaltan tanto ni de tal modo²⁶. Basta sin embargo con observar objetivos. Una agenda, la de derechos humanos y empresas, intenta neutralizar a la otra, la de los derechos de los pueblos indígenas. No se trata de que ésta sea desiderativa y aquella, operativa, pudiendo la segunda, según pretende, ir preparando el terreno para que la primera resulte factible. Cabe pensarse por supuesto de buena fe que, ante las resistencias tanto de los estados como las empresas a la hora de las políticas y los proyectos, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas debe rebajar su perfil de norma imperativa y reducirse a una formulación de objetivos finales abriéndose pacientemente paso a través de la constelación de las Naciones Unidas antes de llegar al mundo a ras de tierra, el de las víctimas. Si la buena fe se le presume a las empresas, a los estados y a las instancias internacionales como si así además se cubriera, sin los pueblos indígenas, la totalidad de los sujetos principales concernidos, la política comprensiva y gradual parece desde luego preferible al derecho riguroso y vinculante²⁷. Mas con todo esto no se recorre otro camino hacia un mismo fin, sino que se abre una senda hacia un horizonte bastante más incierto y, con toda seguridad, distinto²⁸.

La hoja de ruta marcada por *Proteger, Respetar, Remediar* es todavía otra diversa, pues ni siquiera utiliza la brújula de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La agenda de los derechos de los pueblos indígenas se formula en términos normativos vinculantes con las garantías bien efectivas de la consulta y la participación bajo la regla del consentimiento. Los Principios Rectores de *Proteger, Respetar, Remediar* enseñan en cambio a hacer oídos sordos a los derechos de los pueblos indígenas: pues son vulnerables, todo lo que necesitan es protección por parte del estado y no en modo alguno derechos ni, aún menos, garantías o, todavía menos, determinación propia sobre *prioridades y estrategias para el desarrollo*. Para esto, el desarrollo, están las empresas a las que, según *Proteger, Respetar, Remediar*, se les debe asesorar, y no obligar, a fin de que respeten derechos universales de forma que les sirva para ignorar garantías específicas de derechos como los propios de los pueblos indígenas. Tras la Declaración, *Proteger, Respetar, Remediar* representa el desafío más frontal contra tales garantías. Otras instancias internacionales están buscando mecanismos todavía más sutiles para obviar los derechos de los pueblos indígenas o más bien, pues nominalmente los aceptan, sus garantías, lo decisivo desde luego a efectos prácticos²⁹.

²⁶ SEPPALA, Nina, *Business and the International Human Rights Regime: A Comparison of UN Initiatives*, en *Journal of Business Ethics*, 87, sup. 2, 2009, pp. 401-417, que es número monográfico sobre corporaciones multinacionales y derechos humanos; JERBI, Scott, *Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?*, en *Human Rights Quarterly*, 31-2, 2009, pp. 299-320; FEENEY, Patricia, *Empresas y derechos humanos. La lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agencia de incidencia*, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 11, 2009, pp. 177-193.

²⁷ MARES, R., *Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations*, en *The George Washington International Law Review*, 40-4, 2009, pp. 1157-1217; *Business and Human Rights after Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress*, en el mismo (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 169-192.

²⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO, L., *La 'implementación' de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42*, en Álvarez, Natalia, Oliva, J. Daniel, y Zúñiga, Nieves (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Catarata, 2009, con mi comentario crítico y su réplica, disponible todo ello en Internet: clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2008/10/articulo-adidpi-def.pdf.

²⁹ MACKAY, Fergus, *The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same?*, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 22-1, 2005, pp.65-98; SARFATY, Galit A., *The World Bank and the Internalization of Indigenous Rights Norms*, en *Yale Law*

Como hemos visto, todas las instancias de las Naciones Unidas están obligadas al cumplimiento de la Declaración, pero hay tres específicas para esta materia, dos del Consejo de Derechos Humanos y una del Consejo Económico y Social. Las primeras son la del Relator Especial y la del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la tercera, la del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Las tres han asumido expresamente el compromiso con la Declaración y las tres están abiertas a aportación indígena, pero hay una que se singulariza porque es la única instancia a la que explícitamente se le encomienda la promoción de la Declaración³⁰. En este punto conviene volver a personalizar. Quien recibe dicho encargo, el actual Relator Especial, es James Anaya, profesor de derecho y políticas de derechos humanos en la Universidad de Arizona, una primera autoridad internacional en esta materia de derechos de los pueblos indígenas³¹. Se encuentra en las mejores condiciones para afrontar la contradicción entre agendas a favor lógicamente de los derechos de los pueblos indígenas en este apartado tan neurálgico y problemático de las actividades empresariales. Resulta difícil pensar en alguien más capacitado que James Anaya para contrarrestar desde dentro de la constelación de las Naciones Unidas el poderoso lobby empresarial que no es difícil adivinar detrás de la iniciativa del Pacto Mundial³².

La cuestión de *las empresas transnacionales* la plantea el Relator Anaya desde su primer Informe ante el Consejo de Derechos Humanos en 2008 “debido al impacto que tienen en las actividades y la vida cotidiana de los pueblos indígenas”, señalando que las mismas, las empresas, “tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración”, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³³. En el de 2009 se produce una incongruencia. Remite confiadamente, como testimonio positivo de “la expectativa de que las empresas observen esas normas (de derechos humanos) en sus respectivas esferas de influencia”, al “Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*”, asumiendo incluso que “el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos”. Entiende que son ellas mismas, las empresas, quienes por iniciativa propia, mediante la adopción de *códigos de conducta*, han de asumir el compromiso con los derechos³⁴.

Journal, 114-7, 2005, pp.1791-1818. Para las posiciones sobre los pueblos indígenas del WB-BM, go.worldbank.org/IBZABS9UUU.

³⁰ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/docsonu/2010_hrc_res_15_13_sp.pdf. Para el Foro y para el Mecanismo, www.un.org/esa/socdev/unpfi/es y www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP.

³¹ ANAYA, S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, trad. de Rodríguez Piñero, L., y Gutiérrez Vega, Pablo, presentación de Clavero, B., edición conforme a la segunda original actualizada de 2004. La primera es de 1996.

³² BANERJEE, Subhabrata Bobby, *Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly*, en *Critical Sociology*, 34-1, 2008, pp. 51-79. En cuanto a James Anaya, ha de recordarse que, como abogado, dio un impulso decisivo al referido posicionamiento del sistema interamericano de derechos humanos en línea favorable a los pueblos indígenas: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19-1, 2002. Rasgo también positivo era su *locus fronterizo* de descendencia indígena y formación académica (www.huffingtonpost.com/paul-finkelman/parents-children-and-citi_b_687223.html).

³³ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2008_hrc_annual_report_sp.pdf.

³⁴ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf. De la cuestión no se había ocupado en *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. En la edición actualizada de 2004 ni

El Relator Anaya pone ejemplos de autorregulación empresarial que se encuentran realmente bajo mínimos en lo que toca a derechos de los pueblos indígenas³⁵. Entendiendo además que a las empresas lo que les falta es *comprensión* del derecho y no voluntad de respetarlo, en Informe del mismo año 2009 a la Asamblea General reitera el Relator Anaya que se ofrece para *asesoramiento* tanto a las mismas empresas como a los estados y también a los pueblos indígenas u otros agentes. A efectos prácticos, el enfoque ha dejado de ser el de los derechos de estos pueblos³⁶. Que las empresas “tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración”, la de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es principio que ha seguido también reiterando el Relator Anaya, pero la cuestión no reside ahí, sino en los medios para alcanzarse el objetivo y, principalmente, dado su mandato, en las garantías con las que cuentan los pueblos indígenas, vinculando a los estados, para que esa responsabilidad empresarial pueda realmente sustanciarse.

Entre el primer y el segundo Informe al Consejo de Derechos Humanos, en las posiciones del Relator Anaya se produce, si no un giro, una clarificación de postura por influencia directa del Representante Ruggie y en su dirección. No hay recapacitación ulterior³⁷. En su último Informe hasta el momento ante el Consejo de Derechos Humanos, el de 2011, un giro de tuerca se produce. Su alineamiento ya es inequívoco: “La labor del Representante Especial de Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que ha culminado en el establecimiento del marco para *proteger, respetar y remediar* y de los Principios Rectores para su aplicación, ha contribuido aún más a fomentar la sensibilización respecto de las repercusiones de las operaciones comerciales en los derechos humanos. El marco y los Principios, que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos (...), proporcionan una base aún más firme para seguir avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades empresariales”. Y la tuerca se aprieta. Tales Marco y Principios constituyen para el Relator Anaya la *estructura normativa básica*, el orden jurídico fundamental, al propósito. No lo sería definitivamente entonces la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁸.

A aquellos, el Marco y los Principios, les acaba así confiriendo el Relator Anaya un valor normativo que no le reconoce en cambio a la Declaración pese al propio mandato de promocionarla. La minusvaloración personal de la segunda le facilita la sobrevaloración institucional, como Relator, de lo primero³⁹. No hay precedentes en las

siquiera registra referencia a las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

³⁵ www.icmm.com/document/293; International Council on Mining and Metals, *Mining and Indigenous Peoples*, 2008. También viene reiterando su aprecio de las posiciones del Banco Mundial, que apenas alcanzan unos mínimos y que igualmente desnaturalizan la Declaración, en su caso en base a la sustitución de *consentimiento libre, previo e informado por consulta libre, previa e informada*.

³⁶ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_ga_annual_report_sp.pdf.

³⁷ clavero.derechosindigenas.org/?p=7420; clavero.derechosindigenas.org/?p=10241, junto con la entrada ya citada clavero.derechosindigenas.org/?p=9951.

³⁸ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35_sp.pdf. La expresión original, literalmente traducida al castellano, parece igual de fuerte: *basic normative structure* (unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35-en.pdf).

³⁹ unsr.jamesanaya.org/docs/data/sja-cv-01-2011.pdf, currículum donde se registra una conferencia impartida en la Universidad de Sevilla en 2006 con ocasión de un magno Congreso de Americanistas: *Why There Should not Have to Be a Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, en la que me correspondió las presentaciones y que resultó concurrida y polémica, así como su publicación: *¿Por qué*

Naciones Unidas para un paso de tamaño alcance, un paso que otorga valor normativo a un mero informe de un relator, dígasele representante, por encima de un instrumento de derechos humanos adoptado como tal por la Asamblea General⁴⁰. El acuerdo del Consejo de Derechos Humanos asumiendo el Informe de Ruggie y erigiéndolo en término de referencia para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales no parece que justifique el paso. Puede ser un paso en falso para el Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero con todos los visos de que, en la coyuntura actual de reticencias de los estados, reservas de las empresas e incluso resistencias de las agencias de desarrollo de las propias Naciones Unidas ante la Declaración sobre los Derechos sobre los Pueblos Indígenas, puede de momento asentarse. Por ahora, es el triunfo del Pacto sobre las Normas, de la política sobre el derecho, de las empresas sobre los derechos⁴¹.

En 2008, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se dirige al Representante y al Relator para que estudiaran “cuáles son las actividades de las empresas transnacionales que pueden constituir una violación de los derechos inmanentes enunciados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”⁴². Ha de decirse que el segundo, Anaya, y no el primero, Ruggie, respondió con diligencia poniendo pronto en marcha un estudio sobre el impacto humano de las *Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*. Hasta hoy no se ha concluido, pero se cuenta con algún anticipo comprometido, que con razón se aprecia⁴³. Sin embargo, no se anuncia un cambio de fondo porque se observe más específicamente el asunto, incluida para su estudio una encuesta que se dirige por igual a todas las partes concernidas, ni siquiera principalmente, conforme a protocolo acorde con la Declaración, a los pueblos

no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?, en Álvarez, N., Oliva, J. D., y Zúñiga, N. (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, pp. 37-50. No es que el profesor Anaya se opusiera a la Declaración, sino que la entiende seriamente como innecesaria por la razón de que su contenido sustancial ya se tenía en el derecho internacional previo, lo que sigo pensando que era un buen argumento, aunque forzado, antes de la Declaración, no definitivamente después. No parece del todo cierto que todos los derechos que en ella se registran ya estuvieran reconocidos como derecho humano (<http://hrcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf>) y parece que ahora la cuestión esencial es de garantías, en manos de los pueblos indígenas (autonomía, participación, consulta, consentimiento...) tanto como ajenas, pues para cada derecho la Declaración se cuida de especificar la obligación consiguiente del Estado, lo que con anterioridad no existía en el derecho internacional.

⁴⁰ <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate>, el mandato ya citado del Representante Especial en el que tampoco hay base para conferirle un valor normativo al Marco y los Principios.

⁴¹ Peters, Anne, Koechlin, Lucy, Förster, Till, y Zinkernagel, Gretta Fenner (eds.), *Nos-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Rasche, Andreas, y Kell, G. (eds.), *The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, prólogo de Ban Ki-moon.

⁴² daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/338/84/PDF/N0833884.pdf?OpenElement. Es el año en el que me incorporé como miembro del Foro para lo que sería sólo un trienio, con la Declaración recién adoptada y con la urgencia de hacerla valer respecto a las cuestiones más graves y desreguladas. La prórroga para un segundo trienio no me fue concedida por el Consejo Económico y Social.

⁴³ Por ejemplo, otramerica.com/radar/anaya-proyectos-extractivos-socavan-la-libre-determinacion-de-los-pueblos-indigenas/624.

indígenas y sus organizaciones⁴⁴. El adelanto se incluye en el mismo Informe del 2011 en el que adopta *Proteger, Respetar, Remediar* como término normativo de referencia⁴⁵.

Las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos parecen definitivamente desahuciadas. Resultan suplantadas por el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar*. De *requiem* se ha hablado⁴⁶. ¿Es así? El Relator Anaya no se ha planteado ciertamente rescatarlas. En ninguno de sus informes de los tres años que median entre el Marco y los Principios plantea cuestión a su respecto⁴⁷. En el futuro puede hacerlo, pues el Consejo de Derechos Humanos ha dirigido el mandato de *promover la divulgación y aplicación* de los mismos al nuevo Grupo de Trabajo, no al Relator Especial, como tampoco al Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, igualmente dependiente de dicho Consejo. Y, como está dicho, el Grupo habrá de trabajar con un Foro en el que pueden participar representantes indígenas. Por su parte, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas no tiene por qué adoptar las posiciones del Relator Especial. Es en este contexto tan abierto en el que se ha llegado a esa precipitada conclusión de que el Marco y los Principios constituyen la *estructura normativa básica* en lo que interesa a los pueblos indígenas ante las actividades empresariales que les afectan.

En su último Informe ante la Asamblea General, de 2011, el Relator Anaya pretende que se está en vías de alcanzar un “consenso en torno a la responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos” sobre las bases de *Proteger, Respetar, Remediar*. Al menos tiene el detalle de no mencionar a los pueblos indígenas como partícipes en ese presunto consenso. Un tal *consensus* es fácil de presumirse y figurarse, según viene de hecho haciéndose⁴⁸, cuando así se elimina la presencia activa de sujetos de derecho internacional como lo son, tras la Declaración, los pueblos indígenas. Las empresas no lo son. Entre Representante Ruggie y Relator Anaya las cosas funcionan tal y como si la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no existiera ni siquiera a los efectos de considerarles *parte* en el asunto neurálgico de los derechos humanos y las empresas transnacionales, algo que, como vimos, estaba claro, incluso antes de la Declaración, para el planteamiento de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales elaboradas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que se están queriendo dar por irremisiblemente desahuciadas.

⁴⁴ clavero.derechosindigenas.org/?p=10241; clavero.derechosindigenas.org/?p=9094.

⁴⁵ www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-35_sp.pdf, el mismo Informe ya citado de 2011.

⁴⁶ BACHMANN, Sascha-Dominik Oliver Vladimir, y MIRETSKI, Pini Pavel, *Global Business and Human Rights: The UN 'Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights' – A Requiem*, 2011, disponible en ssrn.com/abstract=1958537.

⁴⁷ Weissbrodt no ha dejado de criticar el planteamiento de Ruggie como Representante Especial, lo que hubiera podido ayudar a Anaya, pues ahí tiene buenos argumentos jurídicos, para distanciarse de *Proteger, respetar, remediar* a favor de la recuperación de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales: WEISSBRODT, D., *International Standard-Setting*, pp. 382-390. Añádase BILCHITZ, David, *El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?*, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 12, 2010, pp. 209-241; *Do Corporations Have Fundamental Rights Obligations?*, en *Theoria. Journal of Social and Political Theory*, 125, 2010, pp. 1-35.

⁴⁸ LEIPZIGER, Deborah, *The Corporate Responsibility Code Book*, Sheffield, Greenleaf, 2ª ed. revisada, 2010, concluyendo con *An emerging consensus*.

La comunicación con los pueblos indígenas no se tiene como preferente caso de plantearse. En el mandato del Relator Especial se comprende naturalmente dicha comunicación, que atiende⁴⁹. En su último Informe a la Asamblea General el Relator Anaya concede a los pueblos indígenas entrada tras la referencia al consenso, a aquel consenso para el que no los toma en cuenta. Los considera objeto obligado de reconocimiento por parte de las empresas conforme al derecho internacional y no al derecho de cada estado⁵⁰. Bien que un mínimo para una instancia de las Naciones Unidas, es un tanto positivo, como otros que vienen a continuación, pero siguen los pueblos indígenas sin aparecer en la posición que les corresponde según la Declaración, más o menos junto a los estados, como sujetos de derecho en el ámbito internacional ambos, también los pueblos indígenas después de la Declaración, pero en todo caso, sin lugar a dudas, por delante de las empresas. A la hora de la verdad, el derecho internacional de referencia para el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es el representado por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵¹. Hay más. Entre las garantías frente a posibles atropellos de derechos vitales de los pueblos indígenas por parte de industrias extractivas se tiene también la de un derecho penal internacional que el Relator Anaya también viene eludiendo⁵².

¿Todo anda entre dos profesores o, mejor dicho, tres, como los tenores? Son David Weissbrodt, John Ruggie y James Anaya: Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales; *Proteger, Respetar, Remediar*, y Derechos de los Pueblos Indígenas. Las Normas partían de que las empresas han de estar vinculadas a los derechos humanos y los estados ser los garantes de esa vinculación. Cuando entró en funciones de Representante Especial, Ruggie distorsionó el planteamiento de las Normas por descargar del peso de sus obligaciones a las empresas. Presentó a las primeras como si pretendieran convertir a las segundas en sujetos de derecho internacional sindicables ante las Naciones Unidas. En vano ha insistido Weissbrodt en que Ruggie ha construido un maniqueo falseando el planteamiento de las Normas. De poco igualmente vale que las empresas transnacionales de hecho actúen como sujetos internacionales sin las responsabilidades correspondientes de grado superior⁵³. Aun con

⁴⁹ unsr.jamesanaya.org/esp/list/informes-de-paises, para sus informes sobre visitas a países. El mismo sitio sirve a la comunicación: unsr.jamesanaya.org/esp/comm/procedimiento-de-comunicaciones.

⁵⁰ unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-ga-annual-report-sp.pdf.

⁵¹ ANAYA, S.J., *The Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era*, en Charters, C., y Stavenhagen, R. (eds.), *Making the Declaration Work*, pp. 184-198 (está citada la traducción al castellano, *El Desafío de la Declaración*) reitera el argumento que le caracteriza, el de que la Declaración no tiene un alcance sustantivo por razón de que su contenido de derechos ya se encuentra en el derecho internacional anterior. Ambas versiones están disponibles en Internet (www.iwgia.org).

⁵² clavero.derechosindigenas.org/?p=8791, impresa la versión íntegra en CLAVERO, B., *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011, pp. 250-262. Está En Informe sobre Colombia (unsr.jamesanaya.org/esp/docs/countries/2010_report_colombia_sp.pdf) hay alusión a que podía estar cometiéndose genocidio, a lo que no ha dado seguimiento. Mi tratamiento de este caso figura en la versión impresa en dicho volumen, no en la publicada por las Naciones Unidas.

⁵³ WEISSBRODT, D., y KRUGER, M., *Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors*, en Alston, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-349; CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 76-80 y 195-270 (con ulterior información y diverso tratamiento sobre los documentos aquí vistos con anterioridad a *Proteger, Respetar, Remediar*); SEGERLUND, Lisbeth, *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: New Construction in a Globalizing World*, Londres, Routledge, 2010; Reed, Ananya, Reed, Darryl, y Utting, Peter (eds.), *Business Regulation and Non-State Actors: Whose Standards? Whose Development?*, edición anunciada en Routledge, 2012.

el falseamiento de partida o precisamente por el mismo, la agenda de Ruggie se impone. En el ámbito académico de este debate clave entre profesores, Anaya no ha terciado⁵⁴.

Los aportes de dos de los tres tenores resultan influyentes, representativos y complementarios. Las instancias mayores de desarrollo, como el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, están rindiendo tributo retórico a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al tiempo que acuñan fórmulas y arbitran mecanismos para eviscerarla reproduciendo un escenario que sigue seriamente afectando a los derechos de los pueblos indígenas y sus garantías⁵⁵. A estos mismos efectos, el paradigma Ruggie resulta insuficiente, pues no cubre el flanco del registro de los derechos de los pueblos indígenas neutralizándose al tiempo sus garantías, como la del consentimiento, no ignorándose por supuesto los derechos sustantivos en el caso del Relator Anaya⁵⁶.

Hay todavía una diferencia entre los dos tenores respecto a los pueblos indígenas. Ruggie ignora llanamente derechos mientras que Anaya afirma derechos y relaja garantías. Con esto, su respaldo al Marco y los Principios de *Proteger, Respetar, Remediar* les imprime una plausibilidad de cara a los pueblos indígenas de la que por sí solos originalmente carecen. La sintonía del dueto es lo que puede imprimir operatividad al Marco y a los Principios por encima y a pesar de las garantías de los derechos de los pueblos indígenas acuñadas por el propio derecho internacional⁵⁷.

VI. Conclusión de urgencia tras 2011: Naciones Unidas, Empresas, Estados, Pueblos.

“Elijo la voz de responsabilidad en lugar de la de deber porque la mayor parte del derecho internacional no se aplica directamente a las empresas”, manifiesta John Ruggie en una reciente entrevista⁵⁸. Es el punto de partida del Pacto Mundial y, ahora,

⁵⁴ RUGGIE, J.G., *Business and Human Rights*; WEISSBRODT, D., *International Standard-Setting*.

⁵⁵ www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7374: Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre las Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, que se ha reeditado desatendiendo la rectificación requerida por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. La Organización Internacional del Trabajo forma parte del Grupo para el Desarrollo y se ha mostrado activa en el intento de devaluar la Declaración.

⁵⁶ unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2009_report_chile_sp.pdf, Apéndice I, Informe sobre *consulta*, a propósito de una fallida reforma constitucional en Chile, en el que, sin base normativa, reduce la garantía de consentimiento a *derecho de veto* para denegarlo, a lo cual se añade un énfasis en la conveniencia de una relación de *partnership* mediante participación en beneficios empresariales como si pudiera ser razón para el consentimiento. No hay que decir que Ruggie no toma en consideración ni siquiera la consulta.

⁵⁷ clavero.derechosindigenas.org/?p=11142, sobre el caso actual del Perú, donde está cobrando fuerza de posición oficial sustancialmente, aunque así no se presente, el paradigma Ruggie en su versión Anaya. Para recientes introducciones a la situación peruana, BENAVIDES, Margarita, *Industrias extractivas, protesta indígena y consulta en la Amazonía peruana*, en *Anthropologica. Revista del Departamento de Ciencias Sociales* (Pontificia Universidad Católica del Perú), 28, suplemento 1, *Industrias extractivas y sociedad rural*, 2010, pp. 263-287; AROCA MEDINA, Javier, *El dilema de los pueblos indígenas frente a las industrias extractivas*, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, 1-1, 2011, pp. 175-195; CHIRIF, Alberto, *Pueblos indígenas amazónicos e industrias extractivas*, Lima, CAAAP-CEAS (Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-Comisión Episcopal de Acción Social), 2011.

⁵⁸ *Business Ethics. The Magazine of Corporate Responsibility*, entrevista con John Ruggie, octubre 2011: business-ethics.com/2011/10/30/8127-un-principles-on-business-and-human-rights-interview-with-john-ruggie. Véase también su prólogo a un volumen de la serie propagandística *United Nations Intellectual History Project*: WEISS, Thomas G., y THAKUR, Ramesh, *Global Governance and the UN: An Unfinished Journey*, Bloomington, Indiana University Press, 2010, pp. XV-XX, insistiendo en la imagen del orden

del Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* que han rehabilitado la regla anterior a los derechos humanos de que sólo los estados son sujetos de derecho internacional cuando hoy lo somos todos los individuos y además, junto a los estados, los pueblos indígenas⁵⁹. ¿Es que, como sujeto internacional de derechos humanos, yo tengo sólo la responsabilidad y no el deber de respetar los de todo el resto de la humanidad? Si me dedico a actividades que desbordan a los estados atropellando derechos humanos, ¿no se me deberá someter, en la medida que así sea, a mecanismos internacionales? Pongamos que se trate de empresa transnacional afectando a pueblo indígena, en cuyo caso no admitir otra posibilidad de protección de los correspondientes derechos que la de remitirse al estado, ¿no equivale a enervar garantías sustrayéndoles la principal, la del derecho a la autonomía reconocido internacionalmente como forma de libre determinación con requerimiento consiguiente de consulta y consentimiento? Y no distingamos, para la reacción internacional, entre actividades transnacionales legales o ilegales, lícitas o ilícitas, según lo fuere la empresa. Si atenta contra derechos humanos, es ilícita cualquier actividad de empresa por muy legal que sea ésta⁶⁰.

Con dicha falacia de partida para permitir que las empresas transnacionales escapen al derecho estricto está creándose en las Naciones Unidas un régimen de excepción a favor de los correspondientes intereses. Mejor sería decir por supuesto que se está intentado crear ese estado de excepción. Ni Principios del Representante Especial ni Informes del Relator Especial constituyen derecho. El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sí lo hacen. Estos y no aquellos son derecho. Aquí y no allí se tiene el régimen internacional de unos derechos de pueblos frente a unos intereses de empresas dado el caso usual de que se contrapongan y colisionen. La cuestión está abierta. Tampoco es que vaya a resolverse entre tenores y por mayoría de dos contra uno, Ruggie y Anaya contra Weissbrodt. Los pueblos indígenas pugnan sobre el propio terreno, con los estados y por ámbitos internacionales⁶¹, aun sin contar con instancias que realmente les representen en

internacional como estatocéntrico o intergubernamental sin alcance directo a actores como las empresas salvo éstas respecto al acceso a litigiosidad en defensa propia y a iniciativas de compromisos voluntarios. A dicha misma serie pertenece SAGAFI-NEJAD, Tagi, y DUNNING, John H, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*, Bloomington, Indiana University Press, 2008.

⁵⁹ Aunque actores de políticas y sujetos de derechos no sean lo mismo, títulos renovadores como el citado de CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, siguen alimentando, por el prefijo de negación que ya es una expresión hecha, el estereotipo del estado como sujeto por excelencia del derecho internacional, tal y como si el resto hubiera de ser siempre excepcional. La literatura sobre *non-State actors*, inclusive la obra de Andrew Clapham, no suele incluir a los pueblos indígenas en cuanto tales como actores internacionales que también son con logros como el del pulso durante años por la Declaración (BOYLE, Alan, y CHINKIN, Christine, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 48-50; EIDE, Asbjørn, *The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, en Charters, C., y Stavenhagen, R., eds., *Making the Declaration Work*, pp. 32-46).

⁶⁰ En la entrevista referida, John Ruggie entiende que esa *mayor parte del derecho internacional* inaplicable directamente a las empresas se encuentra la de los derechos humanos con una excepción, la de obligación estricta ante el derecho internacional de no incurrir en graves violaciones de derechos humanos por crímenes contra la humanidad, un supuesto que Ruggie no es el único en soslayar precisamente respecto a pueblos indígenas (CLAVERO, B., *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008), aparte esto de que los Estados Unidos, cuyo derecho pone Ruggie de ejemplo, no reconoce la correspondiente jurisdicción penal internacional. Por lo pronto, las compañías estadounidenses transnacionales quedan exentas.

⁶¹ www.gobernabilidaddemocratica-pnud.org/archivos/ponencia_indigenas_e_industrias_extractivas.pdf, por ejemplo: Caucus de Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, *Seguimiento de*

la constelación de las Naciones Unidas. Las hay abiertas a participación, ninguna basada en representación estricta salvo la de los estados. Naciones Unidas sigue siendo constitutivamente intergubernamental. Es organización formada por estados y con peso creciente de intereses económicos transnacionales.

Por si fuera poco, los pueblos indígenas se encuentran con que también han de pugnar con expertos y expertas internacionales comprometidos con la defensa de intereses empresariales invocando de continuo y en vano los derechos humanos no raramente además en nombre de los mismos, como si tuvieran la representación de una ciudadanía global, la *ciudadanía corporativa* que predica el Pacto Mundial. Hay ejemplos⁶². ¿Es éste, el de suplantación y defraudación, el modelo de *asesoramiento* encarecido desde instancias de las Naciones Unidas competentes en materia indígena? No necesariamente desde luego, pero tal es el mensaje que reciben las empresas sin verse contradichas por pregonarlo en forma incluso de propaganda comercial⁶³. Y los estados siguen asumiendo instrumentos internacionales de derechos humanos con reservas implícitas compartidas en la práctica por las mismas Naciones Unidas. Baste, sin ir más lejos, el ejemplo de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Para defraudar sus promesas, por mucho que pretenda atenderseles a niveles de políticas ordinarias, basta con la impasibilidad habitual de las constituciones de estados ante compromisos internacionales que alcanzan al orden constitucional⁶⁴.

Tal y como están las cosas, alguna conclusión al menos logramos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen por supuesto las responsabilidades definidas en el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar*, quién lo duda, pero no con las implicaciones que ahí, en esos informes, se presumen. Respecto a los pueblos indígenas, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen

Recomendaciones sobre los Pueblos Indígenas y las Industrias Extractivas del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, 2011. Para el planteamiento de una Red Global de Pueblos Indígenas e Industrias Extractivas: www.escri-net.org/news/news_show.htm?doc_id=871981&attribLang_id=13441.

⁶² Radu Mares, el autor de *Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations* y de *Business and Human Rights after Ruggie*, y editor de *Business and Human Rights: A Compilation of Documents* y de *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, uno de los principales voceros de *Protect, Respect, Remedy*, ha sido asesor de compañías mineras operantes en el Perú en los tiempos de las políticas más agresivas contra los derechos de los pueblos indígenas, entre 2008 y 2009, considerándolo además como un dato positivo para su currículo: www.rwi.lu.se/institute/staff/cv/rmcv.pdf.

⁶³ Véase el ejemplo de General Electric mediante su buscador: www.ge.com/search/index.jsp. La entrada de la entrevista citada con Ruggie se congratula de la buena acogida de su trabajo por empresas transnacionales significadas, comenzándose por Coca Cola y prosiguiéndose por General Electric. Tras su paso por las Naciones Unidas, John Ruggie ha sido contratado por un bufete transnacional con fuerte carga de intereses empresariales (www.foleyhoag.com). Hay casos en los que se hace difícil mantener la presunción de buena fe que se debe estrictamente a las personas individuales. Si se conoce la obra internacionalista de John Ruggie y aparte la denominación actual de su docencia, habrá de deducirse que, al contrario que James Anaya, no estaba especialmente cualificado para confiársele derechos humanos.

⁶⁴ Es justo consignar las excepciones en América Latina de las actuales constituciones del Ecuador y de Bolivia, de 2008 y 2009, conformándose con la Declaración, aunque luego son los respectivos gobiernos los que tienden a seguir operando sobre las reservas implícitas: CLAVERO, B., *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, a publicarse en Rojas, Rafael (ed.), *De Cádiz al Siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica*, México, Taurus. Para algunos otros casos constitucionales en la región, inclusive los del constitucionalismo precedente tanto del Ecuador como de Bolivia, CLAVERO, B., *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008, y los capítulos suplementarios accesibles en www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf.

además las obligaciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos, esto es al respecto la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la que las instancias específicas de las Naciones Unidas –Foro Permanente, Mecanismos de Expertos y Relator Especial– deben hacer valer frente a la operación del Marco y los Principios atentatoria contra derechos no sólo de los pueblos indígenas⁶⁵.

Frente a confusión, Declaración. Frente a suplantación, derecho. Ciertamente es que el desorden internacional y los desórdenes locales no están comunicados entre sí; que el orden internacional es un universo tan conflictivo como el del orden doméstico; que el derecho internacional no puede suplir las deficiencias de los ordenamientos de estados. Puede asistir desde luego, sobre todo si el derecho internacional de los derechos humanos lo hacen suyo sus sujetos reconocidos, los pueblos indígenas tras la Declaración en el caso. La confusión es en definitiva superable, pero no sin los pueblos.

⁶⁵ Para una operación similar en materia que también afecta neurálgicamente a derechos de los pueblos indígenas y que debiera ahora por igual afrontarse en lo que les respecta con la Declaración en la mano, CLAVERO, B., *Conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos, ¿bien jurídico global?*, a publicarse en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011. Versión abreviada y sin aparato en clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/12/OMPI-TK1.pdf. Gratitud guardo a colegas que han conocido y discutido primeras versiones de ese trabajo y del actual, tan relacionados. Agradezco en especial al profesor James Anaya su lectura crítica del presente, que, con la discrepancia, me ha ayudado a perfilar más cuidadosamente posiciones, tanto la propia como las ajenas.