

# 3

## Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y la Actividad Empresarial



FORD  
FOUNDATION

*Esta cartilla cuenta con el apoyo de Fundación Ford.  
Su contenido es de exclusiva responsabilidad de sus autores.*



2 0 1 8

# 1. Introducción

**Las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos tienen relación con su respeto y garantía, y la necesidad de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos dichos derechos.** Así se señala expresamente en el artículo 2 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (PIDCP), y en los artículos 1.1 y 2 de la **Convención Americana**. Dichas disposiciones son fundamentales para determinar si una violación de los derechos humanos puede ser atribuida a un Estado y, en ese caso, establecer la responsabilidad internacional del mismo por dichas violaciones.

**Sin embargo, ha sido aceptado por el derecho internacional de los derechos humanos que, en determinadas circunstancias, se puede generar responsabilidad internacional de un Estado por vulneraciones a los derechos humanos derivadas de actos cometidos por particulares u otros actores no estatales, lo que incluye a las empresas privadas.** Esta aproximación ha sido utilizada por la Corte IDH y la CIDH en la interpretación y aplicación de las normas del sistema interamericano, al conocer situaciones concernientes a la violación de derechos humanos por parte de terceros. Lo propio ha sucedido en el ámbito del sistema de Naciones Unidas, donde diversos organismos de supervisión de tratados han incorporado en sus observaciones los criterios bajo los cuales se puede generar responsabilidad internacional del Estado por vulneraciones a los derechos humanos derivadas de actos cometidos por particulares u otros actores no estatales.

A partir de lo anterior, tanto el sistema de Naciones Unidas como el sistema Interamericano de Derechos Humanos han comenzado hace ya varios años a abordar la temática de las empresas y los derechos humanos. Un hito importante en este sentido se dio el año 2005, cuando la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció un mandato para un “Representante Especial del Secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”, y solicitó al Secretario General que designara al titular del mandato, siendo nombrado John Ruggie. **El año 2010, el Representante Especial Ruggie presentó su informe sobre los Principios Rectores (PR) sobre las empresas y los derechos humanos al Consejo de Derechos Humanos** de esta entidad (Consejo de Derechos Humanos, 2011). El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos dichos PR a través de su resolución 17/4 de 16 de junio de 2011.

- 1) Obligación Los PR de las Naciones Unidas en esta materia se basan en tres pilares fundamentales: del Estado de proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia (Pilar 1).**
- 2) Obligación y responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que implica el deber de evitar vulnerar los derechos de las personas y reparar las consecuencias negativas de sus actividades, lo que se ha conceptualizado como “la debida diligencia” (Pilar 2).**
- 3) Necesidad de establecer mecanismos efectivos de reparación, lo que implica que tanto los Estados como las empresas deben garantizar que las víctimas de abusos a sus derechos humanos por parte de empresas tengan acceso a mecanismos efectivos para la reparación tanto judicial como extrajudicial (Pilar 3).**

Cabe destacar, como establecen expresamente los PR, que:

“En ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos” (Consejo de Derechos Humanos, 2011).

En cumplimiento del deber de protección de los Estados (Pilar 1), éstos tienen, entre otras obligaciones, las de:

- Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias.
- Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas.
- Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades.
- **Alentar y, si es preciso, exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.**

A su vez, en cumplimiento de su obligación de respetar los derechos humanos (Pilar 2) **las empresas 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” (Principio 11), para garantizar que sus actividades y relaciones no violan los derechos humanos.** Los Principios Rectores establecen claramente que esta responsabilidad es extensiva a todas las operaciones y relaciones de las empresas y que ésta es independiente de lo que el Estado haga o deje de hacer. De acuerdo con los PR, la responsabilidad de las empresas se refiere a “derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo” (Principio 12).

De acuerdo a los mismos PR, **la responsabilidad de las empresas, además, les obliga a “prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos” (Principio 13).** La debida diligencia en materia de derechos humanos, incluye una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. Se trata, de acuerdo a los PR, de “las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales” (Principio 17). Además, los mismos PR disponen que **si las empresas han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas, éstas “deben repararlos o contribuir a su reparación por medios legítimos” (Principio 22).**

Finalmente, en cuanto a los mecanismos de reparación (Pilar 3), los PR disponen que, como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, **“los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que**

**cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces” (Principio 25).** Junto a ello, los Estados deben facilitar el acceso a mecanismos de reclamación no estatales (Principio 28). Finalmente, las empresas “deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces” (Principio 30).

### **Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile**

El Estado chileno ha expresado su compromiso con los PR. Siguiendo las recomendaciones del grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas creado por Naciones Unidas el 2011, el gobierno de Chile anunció la elaboración de un **Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas** con el objeto de implementar los PR sobre la materia.

Si bien es valorable que Chile sea uno de los primeros países en la región de América Latina en contar con un Plan de acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas (PN), es necesario identificar sus limitaciones. Para ello, cabe mirar el proceso de la adopción del PN, sus contenidos, así como su implementación, monitoreo y seguimiento, lo que dará luces de las perspectivas futuras.

#### **Proceso**

Luego de que el Ejecutivo anunciara ante la ONU en 2014 el desarrollo del Plan Nacional, el mandato para su realización correspondió al Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible, del Ministerio de Economía. Se trata de un Consejo que tiene una integración esencialmente público-privada, con una fuerte integración de ministerios, con una casi nula participación de sociedad civil y con una importante presencia empresarial, y que no ha incorporado un enfoque de derechos humanos en su trabajo. La coordinación del PN radicó en dirección de DDHH de Cancillería y su elaboración radicó en el Grupo de Trabajo Interministerial en que participan 9 ministerios, mientras que el Punto de Contacto fue la OECD. La participación de la sociedad civil y de pueblos indígenas fue inexistente.

Entre los insumos con que se contó para el PN, se encuentran el estudio de línea de base sobre derechos humanos y empresas, elaborado por la Universidad Diego Portales (UDP) y la Guía País de Derechos Humanos y Empresas, elaborada por el INDH, que contiene un diagnóstico de los impactos de las empresas en los derechos humanos. Si bien el Plan fue enriquecido con diálogos que, con el apoyo del Instituto Danés de DDH, fueron desarrollados en diferentes ciudades del país en 2016, incluyendo instancias donde participó la sociedad civil y pueblos indígenas, los aportes que en ellos se hicieron no se ven en absoluto reflejados en el Plan. El Plan fue posteriormente sometido por el Ministerio a una consulta electrónica. Dichas consultas no son el mecanismo más idóneo y pertinente para lograr una participación real de la ciudadanía y, en particular, de los sectores rurales e indígenas, quienes son los más afectados por las empresas. En el caso de los pueblos indígenas, no se consideró una consulta específica de conformidad con el Convenio N°169, aun tratándose de una medida administrativa susceptible de afectarles. Esto no resulta menor, ya que tres cuartas partes de la actividad exportadora de Chile (minería, forestación, piscicultura) se realiza en territorios de ocupación tradicional indígena. Si bien podría discutirse que se consulte el plan, las leyes que les afecten deben ser consultadas.

#### **Contenidos**

En relación al contenido del PN, en primer lugar hay que señalar que éste no contiene un diagnóstico de los impactos que las empresas generan en los derechos humanos, respecto a lo cual existe documentación como la Guía País, el mapa de conflictos socio ambientales y los informes anuales que ha hecho el INDH sobre la materia. Menos aún considera la visión que la ciudadanía tiene del sector empresarial, tal como ha sido constatado por el informe del PNUD sobre Auditoría a la Democracia en Chile (2016), que señala que la confianza en las empresas privadas a ese año alcanzaba al 13% y que el 45% de la ciudadanía tenía la percepción de que las empresas privadas están involucradas en corrupción. Esto último en clara referencia a los casos de colusión de empresas y de financiamiento de la política, afectando severamente el derecho a la igualdad ante la ley y a la participación política.

Por otra parte, el contenido del PN ejecuta débilmente, y con importantes omisiones, los Pilares de los PR. Así, en cuanto al deber del Estado de proteger los derechos humanos (Pilar 1), el Plan pone énfasis en las capacitaciones en materia de derechos humanos y empresas, en lugar de cumplir con sus

obligaciones en materia de derechos humanos: respetar, proteger y realizar, por medio de la adopción de medidas de derecho interno, los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción. Sin perjuicio de la relevancias de las capacitaciones, éstas parecen estar orientadas, más que a mejorar las capacidades de los grupos afectados por la violación de derechos humanos para que conozcan sus derechos y los mecanismos de acceso a la justicia, a enseñar a los órganos del Estado y a actores empresariales a que conozcan y respeten los derechos humanos. Sin embargo, el PN no contiene propuestas orientadas a hacer cumplir las leyes domésticas y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, los que, de acuerdo al art. 5to inc. 2 de la Constitución Política de Chile, obligan a los poderes del Estado, y han sido interpretados por los tribunales como de jerarquía superior. Tampoco se hace en el PN una propuesta de reforma constitucional y legal para remediar las carencias de la legislación nacional en materia de derechos humanos. El PN desoye las conclusiones y recomendaciones que en este sentido hizo el centro de Derechos Humanos de la UDP en el estudio de la Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos, precisamente en el marco del proceso de elaboración del PN.

Entre estas están las reformas que dicen relación los DESC, el derecho a la huelga según estándares internacionales y el derecho a una negociación colectiva eficaz, tal como definidos en el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo las garantías de acceso a la justicia al respecto; la evaluación ambiental el derecho al agua, los derechos de pueblos indígenas. En cuanto al fortalecimiento de la coherencia internacional, el Plan propone incorporar en los preámbulos de los acuerdos comerciales un lenguaje que demuestre compromiso de respeto con los derechos humanos, sin considerar, por ejemplo, que se incorpore en el proceso de aprobación de acuerdos comerciales el desarrollo por parte del Estado de un estudio de impacto en derechos humanos antes de su suscripción. Finalmente, el PN no hace referencia al deber del Estado de actuar con la debida diligencia a través de sus empresas, cuando estas actúan fuera del país, tal como lo recomendó el Comité DESC a Chile el 2015.

En cuanto al deber de las empresas de respetar los derechos humanos (Pilar 2), el PN dice esperar que las empresas: 1) cumplan y respeten la legislación existente; 2) conozcan los instrumentos internacionales de responsabilidad social, tales como los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, las Líneas Directrices de la OCDE y la Declaración Tripartita de OIT; 3) apliquen la debida diligencia en materia de derechos humanos con el fin de identificar los potenciales riesgos de impactos en derechos humanos en el contexto de sus operaciones; y 4) establezcan mecanismos operacionales de reclamación que les permitan identificar potenciales impactos y repararlos en caso de que sucedan. Sin embargo, las medidas ofrece el PN para alcanzar estos objetivos son insuficientes. Así, el PN propone la generación por entidades del Estado de documentos para que estas comprendan los riesgos y potenciales efectos negativos de sus actividades sobre los derechos humanos. Junto a lo anterior, propone la elaboración por parte de las empresas de reportes de sostenibilidad en los que comuniquen sus riesgos en relación a los derechos humanos. No obstante, el PN no pone énfasis en la necesidad de que las empresas establezcan medios para la reclamación, así como para hacer frente y reparar las consecuencias negativas de sus actividades sobre derechos humanos. El PN tampoco contiene recomendación específica sobre mecanismos para prevenir o mitigar la responsabilidad de empresas por actos que resultan en la vulneración de derechos humanos en la cadena productiva, y no hace referencia alguna a la necesidad de que las empresas privadas domiciliadas en Chile tengan la debida diligencia en sus operaciones fuera de Chile.

Por último, en cuanto a los mecanismos de reparación (Pilar 3), el PN se limita a identificar cuáles son los distintos niveles de mecanismos de reparación, incluyendo los estatales judiciales, los estatales no judiciales, y los no estatales (de empresas y de entidades multilaterales). Además, establece algunas recomendaciones a cada instancia para su fortalecimiento, tales como las que hace, en el caso de los mecanismos estatales, a la Corte Suprema y el Ministerio del Medio Ambiente. Sin embargo, el PN no hace un análisis de la efectividad de los mecanismos judiciales o administrativos existentes para garantizar que los afectados por violaciones de derechos humanos por empresas puedan acceder a recursos efectivos para la reparación de dichas violaciones, que como se ha señalado corresponde a una obligación internacional que emana de tratados vinculantes para Chile en materia de derechos humanos. Por el contrario, las recomendaciones que se hacen el PN son muy generales y no se propone reformas o nuevos mecanismos para garantizar el acceso a la justicia y la reparación de los daños causados en derechos humanos por la actividad de empresas.

## Implementación, monitoreo y seguimiento

Finalmente, en lo que dice relación con la implementación del PN, se propone una duración de tres años. A su vez, respecto al monitoreo y seguimiento se establece que estará a cargo de una Comisión Interministerial que será creada para este efecto. Junto a lo anterior, como instrumento para monitorear el cumplimiento de las medidas e indicadores establecidos en el PN, se establece un Informe Anual elaborado por un Grupo Interministerial, y la creación de un comité con representantes de la sociedad civil, sindicatos, sector empresarial, pueblos indígenas, academia y del INDH, con el objeto de evaluar los avances contenidos del Informe, y proveer comentarios y recomendaciones en cuanto a la efectiva implementación del PN. Por último, se establece la emisión de un informe de avances a organismos internacionales.

Aunque el PN no señale nada al respecto, en este punto es importante destacar que, en el caso de pueblos indígenas y sociedad civil, es recomendable generar una convocatoria abierta para que éstos definan a sus representantes, en lugar de que lo haga el Estado, como ha sido la práctica. Sin embargo, la posibilidad de que los actores de sociedad civil y pueblos indígenas se involucren en el monitoreo del PN estará determinada por la capacidad de quienes elaboraran el informe definitivo de recoger las recomendaciones y visiones de esos actores. Asimismo, se debería considerar recursos para que organizaciones de sociedad civil y pueblos indígenas desarrollen un monitoreo del cumplimiento del PN y formación independiente en materia de empresas y derechos humanos.

## 2. La actividad empresarial y su impacto en los derechos de los pueblos indígenas

Dada los graves impactos que muchas actividades empresariales han ocasionado en los pueblos indígenas, **el grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos** (gT), establecido el 2011 como procedimiento especial para promover los PR, **elaboró uno de sus primeros informes temáticos en relación a las implicancias de estos PR para los pueblos indígenas**. Entre los aspectos más relevantes de dicho informe, **el gT dispone que de conformidad con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, los Estados tienen la obligación de consultar previamente, antes de aprobar o autorizar la ejecución de proyectos de explotación de recursos naturales que afecten a los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras, territorios y recursos, enfatizando que en determinadas circunstancias, el Estado está obligado a obtener el consentimiento de los pueblos indígenas**.

Asimismo, el antiguo Relator Especial de la Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, basado en el marco conceptual de los PR, intentó determinar el alcance de la debida diligencia de las empresas en relación con el deber de respetar los derechos de los pueblos indígenas. Tal como sostuvo Anaya en relación con la debida diligencia que le cabe a las empresas en materia de derechos humanos, éstas no pueden excusarse para desconocer los territorios de pueblos indígenas en la ausencia de un reconocimiento oficial de la propiedad indígena por parte del Estado.

Además, en relación con los procesos de consulta, aclaró que se trata de una obligación fundamental del Estado, y no de las empresas, sin perjuicio de que éstas pueden impulsar, con la supervisión del Estado, diálogos con las comunidades afectadas, en especial en relación con la realización de estudios de impacto social, la adopción de medidas de compensación y el reparto de beneficios derivados de los proyectos. En cuanto a los estudios de impacto, el ex Relator Especial sostuvo que éstos deben basarse en criterios de derechos humanos y estar enfocados a adoptar todas las medidas para prevenir los posibles impactos negativos de las actividades proyectadas sobre el medio ambiente y la vida económica, social y cultural de los pueblos indígenas. Además, en cuanto a la participación en los beneficios, señaló que ésta debe ser justa y equitativa, y su concreción corresponde al cumplimiento de un derecho y no a

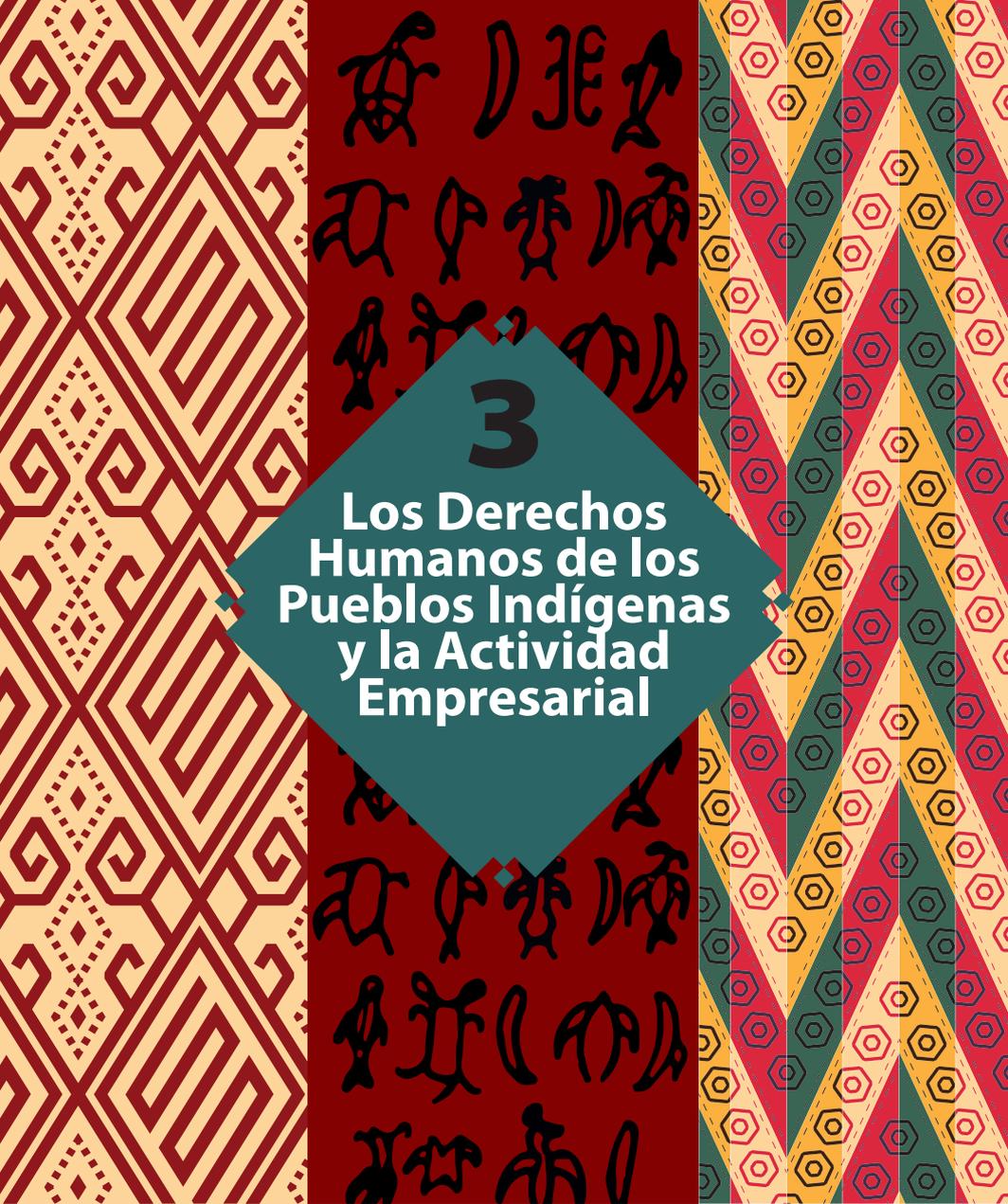
una concesión voluntaria o caritativa que busque el apoyo social del proyecto. Por último, el ex Relator Especial planteó la necesidad de superar los enfoques basados únicamente en pagos monetarios, los que pueden ser negativos y tener implicancias adversas para estos pueblos, e instó a explorar otros mecanismos de participación en los beneficios que fortalezcan la capacidad de estos pueblos de avanzar sus instituciones y prioridades de desarrollo.

En su último informe como Relator Especial (2013), que trata sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas, Anaya ahondó en esta materia señalando que, **como consecuencia del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, la regla general es que los proyectos extractivos llevados a cabo por terceros en territorios indígenas no se pueden desarrollar sin el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de dichos pueblos**. Sostiene, además, que los procesos de consulta y negociación, cuando hay consentimiento, deben ser justos y adecuados y que, en caso de haber acuerdos, éstos deben resultar en una verdadera asociación y participación en los beneficios.

Dada la gran cantidad de proyectos extractivos en la región y la cada vez mayor presión sobre los recursos naturales, a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la preocupación sobre esta materia ha llevado recientemente a la CIDH a presentar un informe temático sobre los derechos de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes afectados por actividades extractivas. **De acuerdo a la CIDH, organismo que durante las últimas décadas ha debido procesar una gran cantidad de denuncias debido a situaciones que dicen relación con violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales como consecuencia del proyectos de desarrollo o explotación, los Estados –además de las obligaciones generales en materia de derechos humanos (respetarlos y garantizarlos)– tienen obligaciones específicas tratándose de la ejecución de actividades de extracción, explotación y desarrollo por parte de empresas, públicas, privadas o mixtas, sean nacionales o extranjeras.**

Entre estas obligaciones destacan:

- **El deber de diseño, implementación y aplicación efectiva de un marco normativo adecuado.**
- **El deber de adoptar un marco jurídico que aborde de forma adecuada las compañías extranjeras.**
- **El deber de prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos.**
- **La obligación de supervisión y socialización en materia de actividades extractivas, de explotación y desarrollo.**
- **El deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información.**
- **El deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia contra la población en zonas afectadas por actividades extractivas, de explotación o desarrollo.**
- **El deber de garantizar el acceso a la justicia, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.**
- **El deber de asegurar que las restricciones al uso y goce de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas no impliquen una denegación de su supervivencia física y cultural.**
- **El deber de garantizar la participación efectiva, estudios de impacto socio ambiental y beneficios compartidos, entre otros.**



# 3

## Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y la Actividad Empresarial



FORD  
FOUNDATION



2018