

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

41

(2012)



GIUFFRÈ EDITORE

BARTOLOMÉ CLAVERO

¿GLOBALIZACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO?
TRANSNACIONALIDAD DE EMPRESAS
ENTRE PODERES Y DERECHOS
POR TIEMPOS POSTCOLONIALES (1947-2011)

The new international emphasis on morality has been characterized not only by accusing other countries of human rights abuses but also by self-examination.
Elazar Barkan, *The Guilt of Nations*, 2000

From a historical vantage point, postcolonial scholars are right on the mark when they argue that the legal problematics of colonialism did not end with the advent of nationalist or indigenous regimes in the wake of *decolonization*.
Marouf Arif Hasian, Jr., *Colonial Legacies*, 2002

If human rights has become one of the *linguae francae* of a globalized world, this certainly does not mean that local cultures are irrelevant. If human rights talk is a thin communicator across cultures, it also gathers thicker meaning within cultures.
Kenneth Cmiel, *The Recent History of Human Rights*, 2004

I. Introducción: ¿Hacia la globalización de un constitucionalismo integrado?. — II. Organizaciones mundiales y conocimientos tradicionales: II.1. Una pizca de prehistoria. — II.2. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Mundial del Comercio. — II.3. Conocimiento tradicional según el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. — II.4. Del Convenio sobre la Diversidad Biológica a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. — II.5. Primeras reflexiones interlocutorias: Bienes globales y conocimientos tradicionales. — III. Empresas transnacionales y pueblos indígenas: III.1. Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales. — III.2. Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales. — III.3. De los Diez

Principios del Pacto Mundial al Marco y los Principios para Proteger, Respetar, Remediar. — III.4. Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. — III.5. Principios sobre Derechos Humanos y Empresas contra Garantías de Derechos de los Pueblos Indígenas. — III.6. Segundas reflexiones interlocutorias: Responsabilidades y obligaciones: dogmática, políticas y derecho. — IV. Conclusiones: IV.1. Constitucionalismo y transnacionalidad; constituyencia y paradigma. — IV.2. ¿El rey sigue desnudo? (*).

I. *Introducción: ¿Hacia la globalización de un constitucionalismo integrado?*

Érase una vez el Estado. Ya no es lo que fue no tanto tiempo ha. Ni la sociedad internacional es lo que ha ido hasta hace bien poco. Tal vez sea mejor decir que los Estados ya no son lo que se han creído ni la sociedad internacional lo que los mismos Estados se han figurado. Los Estados nunca han sido los únicos creadores ni operadores del derecho como han llegado a pretender ni el derecho de la sociedad internacional se ha reducido en momento alguno a un orden dependiente de la voluntad o la tolerancia de los Estados como igualmente se ha pretendido por parte precisamente de los mismos. Lo que resulta cierto es que tamañas ficciones llegaron a entronizarse en el campo del derecho formalizado por los propios Estados y que, en este mismo terreno que se entiende jurídico por formal, las cosas están cambiando dramática y aceleradamente. El derecho ya no es ciertamente lo que era. Sus ficciones, por no decir

(*) *Siglas de uso reiterado* (de no coincidir con las iniciales del desglose es por formarse del inglés): CDB, Convenio sobre la Diversidad Biológica; DDPI, Declaración de las NNUU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; GATT, Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio; GR, recursos genéticos; IGC o IGC-GRTKF, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI; NNUU, Naciones Unidas; OIT, Organización Internacional del Trabajo; OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico; OMC, Organización Mundial del Comercio; OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; PNUD, Programa de las NNUU para el Desarrollo; TK, conocimientos tradicionales; TCE, expresiones culturales tradicionales; UNESCO, Organización de las NNUU para la Educación, la Ciencia y la Cultura; WB, Banco Mundial. *Directorio de Internet*: La revisión general se realiza a mediados de marzo de 2012.

sus ilusiones, ya no imperan a nuestras alturas tan fácil y cómodamente. Ya no cuentan ni con la apariencia ⁽¹⁾.

El constitucionalismo era en tiempos, hasta hace en efecto no tanto, cosa de Estados. Lo era la garantía institucionalizada de derechos y lo era el ejercicio regulado de poderes. Había derecho por encima de los Estados, pero no específicamente derechos ni estrictamente poderes en términos por igual de derecho. Hoy hay poderes y derechos supraestatales, incluso tendencialmente globales, no siempre, los unos como los otros, pasando por la venia implícita o por el reconocimiento explícito de los Estados, por su tolerancia o por su voluntad. Hay mecanismos de garantía de derechos y de ejercicio de poderes, éstos además tanto constituidos sobre los Estados como formados al margen de los mismos. Lo que es más, hoy el propio constitucionalismo estatal está penetrado y permeado por derechos y poderes que se desenvuelven en espacios internacionales, ya regionales, ya globales. Cabe incluso preguntarse si la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos tienen sentados los cimientos de un orden constitucional global en desarrollo desde entonces, desde 1945 la Carta y 1948 la Declaración. En todo caso, el constitucionalismo de Estados ya no es lo que era ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003; *Derecho, Sociedad, Estado (Una recuperación para el derecho)*, México, Escuela Libre de Derecho, 2004; *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006; *De la Codificación a la Globalización del Derecho*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2010, limitándome al registro de ediciones en castellano de sus puestas directas en evidencia no sólo de ilusiones actuales, sino también de cualidades pasadas y presentes del derecho.

⁽²⁾ Anne PETERS, *Global Constitutionalism Revisited*, en «International Legal Theory», 11, 2005, pp. 39-65; Ronald St. John MacDonald y Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Order of the World Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005; Bardo FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009; Jan KLABBERS, A. PETERS y Geir ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Ignacio GUTIÉRREZ, *De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional*, en A. Peters, Mariano J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*,

La repercusión de un novedoso constitucionalismo supraestatal sobre el constitucionalismo tradicional de los Estados se hace comúnmente radicar, por quienes lo aprecian, en el extremo genuinamente más constitucional, el de los derechos y sus garantías. No sólo se trataría de que a esta función ya también se atiende a niveles internacionales, el regional y el global, sino también de que así se genere una dinámica impulsando a los Estados a la recuperación, ampliación y fortalecimiento de su propio desempeño al respecto. Estaría de este modo ya integrándose un solo constitucionalismo bajo el protagonismo remozado de los Estados y con la participación de instancias internacionales más o menos escalonadas o incluso tendencialmente jerarquizadas ⁽³⁾. Es el escenario ante el que se están acuñando expresiones como la de *multilevel constitutionalism* o también, por cuanto que toma en cuenta la dimensión supraestatal que repercute en los Estados para beneficio en particular de los derechos, la de *neoconstitucionalismo* como constitucionalismo recuperado y renovado. Tampoco las Constituciones son ya lo que eran, aunque parezcan en ocasiones las mismas, puesto que han dejado de operar en solitario ⁽⁴⁾.

Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15-91; Christine E.J. SCHWOEBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011; Gunther TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁽³⁾ Anne F. BAYEFSKY, *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, La Haya, Kluwer, 2001 (para su desarrollo actual: obchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx); Nicholas Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Christof HEIYNS y Frans VIJJOEN, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, La Haya, Kluwer, 2002; Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.

⁽⁴⁾ La segunda expresión se aplica ahora mayormente al espacio latinoamericano: Regina Quaresma, Maria Lucia de Paula Oliveira y Farlei Martins Riccio de Oliveira (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 2009; Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2010, y Madrid, Trotta, 2010; la primera, al europeo: Neil WALKER, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, en Kaarlo Tuori y Suvi Sankari (eds.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 143-167. Respecto a la vertiente que aquí interesa, Eduardo MEIER GARCÍA, (*Ne-*

Los derechos se consideran la clave que conecta y articula constitucionalismo, especialmente desde un nivel global, el nivel de los derechos humanos como derechos constitucionales replicados y desarrollados por las Constituciones de Estados ⁽⁵⁾. Bien está, pero los derechos no son el único componente necesario de los sistemas constitucionales de un nivel o de varios. Para identificar la situación y situarnos en posición de abordarla, ¿no estamos concentrándonos demasiado en los derechos de forma que se nos puede escapar la perspectiva más o menos constitucional de conjunto, una perspectiva que no puede prescindir de los poderes menos que más constitucionales? La concurrencia de presuntos constitucionalismos supraestatales no siempre opera en la línea más genuinamente constitucional, la de los derechos ⁽⁶⁾. A nivel internacional, más que en el estatal, hay poderes no constituidos para el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos. En el escenario internacional, más que en el estatal, hay poderes concurrentes imprevistos en cuanto tales para el derecho modificando profundamente el panorama. Voy a ocuparme de este último aspecto en lo que concierne a las empresas transnacionales. Las empresas tampoco son lo que eran ⁽⁷⁾.

o) constitucionalismo e internacionalización de los derechos, en « Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política », 15, 2012, pp. 27-64.

⁽⁵⁾ B. FASSBENDER, *La protección de los derechos humanos como contenido central del bien jurídico internacional*, en A. Peters, M.J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, pp. 121-172 (original, *Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls*, en « Europäische Grundrechte Zeitschrift », 30, 2003, pp. 1-16); Alfonso DE JULIOS-CAMPUZANO, *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Dykinson, 2003; Stephen GARDBAUM, *Human Rights as International Constitutional Rights*, en « The European Journal of International Law », 19-4, 2008, pp. 749-768; el mismo, *Human Rights and International Constitutionalism*, en J.L. Dunoff y J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World*, pp. 233-257.

⁽⁶⁾ Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, con preguntas bien pertinentes de entrada, como la de Ulrich K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?* (cap. 2).

⁽⁷⁾ John H. DUNNING y Sarianna M. LUNDAN, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, edición actualizada, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; Alejandro TEITELBAUM, *La maduración del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Icaria, 2010; Grazia IETTO-GILLIES, *Transnational Corporations and International Production: Concepts, Theories and Effects*, edición ac-

Que, si no el constitucionalismo, el panorama donde el mismo se desenvuelve resulta nuevo podemos bien saberlo quienes nos dedicamos a la historia del derecho interesándonos en el tiempo contemporáneo, con el contraste cada vez más a la vista entre el mundo de Estados del siglo XIX y el universo de su desbordamiento a la entrada del siglo XXI. Soy historiador y jurista. Como historiador no me atrae el pensamiento que parece elevarse a las alturas en la medida en la que no se mueve con los pies a ras de tierra por el firme de los datos verificables. Como jurista me tienta el pensamiento normativo, el que tampoco se eleve como los aeroplanos por encima hasta de las nubes, sino que se maneje entre normas por comprenderlas, diseccionarlas y, en su caso, desafiarlas. Para reflexionar entonces acerca de derechos y poderes de vocación global y de su eventual relación de constitucionalidad, voy a ocuparme de un par de asuntos concretos, uno referente a las instituciones internacionales que inciden en el ámbito sensible del conocimiento humano y de su aprovechamiento económico mediante el mercado y el otro tocante a la cuestión más abarcadora del reto mismo que plantean las empresas transnacionales de cara a los derechos humanos. Hablo de global siempre en términos de tendencia o de vocación, no de consumación ni de logro ⁽⁸⁾.

tualizada, Cheltenham, Edward Elgar, 2012. El manual de Riad A. AJAMI, Karel COOL, G. Jason GODDARD y Dara KHAMBATA, *International Business: Theory and Practice*, edición actualizada, Armonk, M.E. Sharpe, 2006, habla de « mayoría de edad » de las empresas multinacionales desde finales de la segunda guerra mundial (p. 7), esto es desde el momento que nuestra historia de organizaciones internacionales tendrá por arranque.

⁽⁸⁾ Los dos capítulos, el de conocimientos tradicionales y el de empresas transnacionales, han sido respectivamente realizados para el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* y la *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, ésta del Perú, donde se publicarán por separado. Aquí los reviso, adapto y desarrollo. La convocatoria de un seminario (marzo, 2012) por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo de Madrid dedicado a un tema formulado, conforme a propuesta de Pierangelo Schiera, en términos de tránsito y problema, *Del Poder Legal a los Poderes Globales: Problemática de Legitimación*, me ha animado a integrar estos trabajos a fin de ocuparme de cuestiones en común entre poderes y legitimaciones. El impulso inicial se debió también a un seminario, éste a iniciativa de Carlos Espósito y Esther Gómez Calle, sobre *La protección de los bienes jurídicos globales*, proponiéndome el tema de *Los conocimientos tradicionales*, celebrado en el Aula Tomás y Valiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (noviembre, 2011).

Tienen ambos capítulos en común la problemática de lo que resulta una creciente apertura de espacio y una acelerada reserva de poderes a disposición de empresas fácilmente en conflicto y difícilmente en acuerdo con la predicación universal de los derechos humanos bajo la cobertura de una doctrina iusinternacionalista que toma ese escenario como dado para tratar de compaginar poderes y derechos, en este orden. Ante situación tan desafiante, sigo la guía de Francisco Tomás y Valiente: « No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizás invisible, pero condicionante »⁽⁹⁾. Más razón hay para acudir a la historia si la lógica por traer a la luz, pues no está a la vista, puede arrastrar desde el pasado una pesada e interesada hipoteca sobre el presente proyectando su sombra en dirección al futuro, a un tiempo no visible. Los tiempos no son lo que eran ni tampoco lo que serán.

Lo trataré todo secuencialmente como narrativa de historia por partida doble, para cada uno de los capítulos. Son sus cuestiones puntos de presente en las líneas entre pasado y futuro. Historia de presente con proyección, que no predicción, hacia el porvenir es lo que aquí pretendo producir⁽¹⁰⁾. Se dirá que así lo que me apresto

⁽⁹⁾ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, en sus *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, vol. III, pp. 2587-2630, trabajo de edición póstuma; párrafo de arranque. Con Tomás y Valiente como maestro inicié mi viaje de regreso de la historia al derecho aprendiendo a mirar y comprender, analizar y fiscalizar, el derecho desde la historia sin un ápice de la nostalgia que suele acompañar a este tipo de trayectos entre tiempos.

⁽¹⁰⁾ Timothy Garton ASH, *El presente como historia*, en « Claves de Razón Práctica », 102, 2000, pp. 22-26, que es introducción a la edición española de su *History of the Present: Essays, Sketches, and Dispatches from Europe in the 1990s*, Londres, Routledge, 1999; P. GROSSI, *El punto y la línea (Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo)*, en su *Derecho, Sociedad, Estado*, pp. 77-98, que fue lección de doctorado *honoris causa* en la Universidad de Sevilla, 1998. No sólo como miembro que he sido de una instancia de las NNUU, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas durante el trienio 2008-2010, sino también como observador y analista de actualidad jurídica (clavero.derechosindigenas.org), no me falta para la historia de presente del derecho internacional y su política el componente vivencial de testimonio

a hacer es discurso normativo, pero toda historiografía, cuánto más la del derecho, resulta normativa, dígame también moral, aunque no esté ciertamente entre sus costumbres la de asumir conciencia plena y reconocerlo con franqueza ⁽¹¹⁾. Hay más. Cuando en un momento de la vida se activa el interés por asuntos esenciales que además no son única o ni siquiera principalmente los intelectuales, pues la vida apura y porque asalta la sensación de no haberse aprovechado cabalmente, la obra propia de historia reclama no sólo más conciencia, sino también más normatividad, dígame también moralidad o incluso moralismo. Cuando la incertidumbre del futuro o la certidumbre de la finitud del tiempo personal agobian, la historia del presente apremia más todavía. El resto pareciera entonces que ni mereciera el nombre de historia, sino el de prehistoria, por no decir que el de arqueología. Quiere uno pensar que aferrarse a la historiografía para el abordaje de la actualidad no es una deformación profesional, sino el modo como se ha aprendido a alcanzar alguna comprensión de los puntos de presente situándolos en las líneas del tiempo en cuestión y así también localizando las limitaciones de la propia posición ⁽¹²⁾.

«periodístico» que T.G. Ash encarece. Lo digo también a los efectos de que a las fuentes que expresamente cito ha de añadirse mi corta experiencia en las NNUU.

⁽¹¹⁾ Para ejemplo de franqueza sobre temas bien sensibles (matrimonio entre personas del mismo sexo, crímenes motivados por odio de grupo, derecho racista por colonial o colonial por racista, costes de inclusión de la mujer en la ciudadanía masculina...), dejando de paso en evidencia la inconsciencia habitual, Amy Lucinda BRANDZEL, *Queering the Subject(s) of Citizenship: Beyond the Normative Citizen in Law and History*, trabajo de postgrado en la Universidad de Minnesota, 2006, disponible en google-books, con solo algún capítulo editado hasta el momento en revista (*Queering Citizenship? Same-Sex Marriage and the State*, en «GJQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies», 11-2, 2005, pp. 171-204).

⁽¹²⁾ Para conciencia aguda en situación extrema, Tony JUDT, *Ill Fares The Land: A Treatise On Our Present Discontents*, Londres, Allen Lane, 2011; *Thinking the Twentieth Century*, Londres, Allen Lane, 2012, libros póstumos de historia moral de presente, con propósito inequívocamente normativo, escrito el uno y ya dictado el otro, a Timothy Snyder, con urgencia cuando el acecho de una muerte prematura le incapacitaba. Judt ayuda a franquear conciencia a riesgo de dejar en evidencia las limitaciones de la propia localización cultural como académico finisecular de matriz europea, *mon semblable*. Por otra parte, Michel FOUCAULT, *La arqueología del saber* (1969), México, Siglo XXI (1970), 2010 (y su obra más historiográfica relacionada: *Naissance de la clinique*, 1963; *Surveiller et punir*, 1975...) enseña a leer sin las entrelíneas

Adopto un contrapunto que marca mi perspectiva, el contrapunto normativo de los derechos humanos naturalmente, pero concretando más. Tomo como referencia los derechos de los pueblos indígenas, un contrapunto que resulta incluso necesario, como podremos constatar, para la inteligencia de la historia que vamos a contemplar. En cuanto que derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas no difieren desde luego de los del resto de la humanidad, pero con una peculiaridad que les hace especialmente indicados al propósito de contraste con poderes transnacionales. Como no cuentan con Estado propio que ampare sus derechos en la práctica, dada esta razón de fondo aunque no suela así reconocerse, con lo que cuentan hoy en el orden internacional, desde hace poco, es con garantías específicas de sus derechos humanos, éstos los comunes, valga la insistencia para prevenir, ya de entrada, equívocos. Los pueblos indígenas no constituyen un poder global, pero son hoy una presencia global que puede asistir para movernos en el escenario, cuando no para bastante más. Con las garantías internacionales de los derechos de los pueblos indígenas como derechos comunes cabe decirse que los derechos humanos pueden comenzar a globalizarse (13).

La globalización de los derechos sólo es factible desde que las NNUU han corregido el rumbo extendiendo a las personas, las comunidades y los pueblos indígenas el derecho internacional de los derechos humanos que, por secuelas del colonialismo, no venía alcanzando a una humanidad sin amparo de Estado propio. Unos tiempos que entendemos como postconstitucionales, los nuestros, los de toda una historia de presente, tienen todavía un algo o quizás

de una localización hipotecada de cultura dominante, precisamente lo que me dispongo a aplicar al derecho internacional y a su doctrina operativa en el ámbito de las NNUU.

(13) Patrick THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; S. James ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005; Alexandra XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. El panorama se ha modificado sensiblemente con posterioridad por virtud de la DDPI, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de septiembre de 2007, que veremos. En todo caso, esta literatura toma en cuenta el proyecto de la Declaración que en lo sustancial ya se correspondía con lo que sería el texto final.

bastante de coloniales ⁽¹⁴⁾. El caso indígena resulta más que piedra de toque. Se coloca en el corazón de las posibilidades mismas de un constitucionalismo global, pues sin derechos globales, esto es humanos, malamente podrá haberlo. Mas adelantemos sólo cuestiones, no conclusiones. Vamos sin más preámbulo al grano. Al final ataremos cabos o haré al menos el intento.

II. *Organizaciones mundiales y conocimientos tradicionales.*

II.1. *Una pizca de prehistoria.*

Sea sumaria. Tras el Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial, 1883, y el de la Propiedad Intelectual, 1885, se puso en pie la primera organización internacional encargada de dichos menesteres, los de defensa de la propiedad intelectual en su sentido más amplio que integra conocimientos industriales y en general todo el que pudiera tener un valor comercial. No es tan sólo ni principalmente *copyright*, derecho de autor o autora. Se trataba de los *Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*, las oficinas internacionales constituidas en 1893 bajo la fórmula de asociación en una sola Unión de otras previas entre Estados con radio más limitado y estructura menos estable de lo que ahora intentaba alcanzarse. Limitada y potencialmente inestable seguía siendo la organización resultante pues congregaba sólo a Estados que se reconocían y relacionaban entre sí con reserva de su soberanía en un mundo de domino colonial ejercido sobre una buena parte de la humanidad a la que los mismos, los Estados, no le concedían pie de igualdad alguno ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Eve Darian-Smith y Peter Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2009; Vinayak Chaturvedi (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, Londres, Verso, 2000; Marouf A. HASIAN, JR., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, Nueva York, Peter Lang, 2002, de donde, p. 238, procede la segunda cita de encabezamiento.

⁽¹⁵⁾ El dato colonial prácticamente ha desaparecido de la visión convencional: Alexander STACK, *International Patent Law: Cooperation, Harmonization and an Institutional Analysis of WIPO and the WTO*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 65-96, que son de historia. WIPO: World Intellectual Property Organization, la Organización

Tal circunstancia repercute en la misma concretización de las categorías de bienes protegidos. Se trata no sólo de los propios, sino también solapadamente de bastantes ajenos, esto mediante la protección no sólo de la propiedad, sino también del poder colonial de acceso a los bienes y recursos de un resto amplio de la humanidad, por entonces una mayoría de la misma, para apropiación y explotación. Nada de esto, por supuesto, necesitaba que se especificase. Bastaba la reserva del derecho de admisión en el club de la organización bajo el principio de soberanía de los miembros, una soberanía no sólo metropolitana, sino también colonial, y mediante unas reglas de interestatalidad sustantiva, esto es de reciprocidad entre los Estados que implícitamente se reservaban los respectivos poderes sobre colonias o también sobre sectores internos de humanidad con patrimonio cultural distinto y propio. En este contexto marcado por un colonialismo que hipoteca fuertemente todo el terreno nace la organización internacional de protección de la propiedad intelectual en sentido abarcador ⁽¹⁶⁾.

Ahí que arrancamos en lo que puede considerarse una prehistoria, aunque la misma resulte que se sitúa en tiempos relativamente cercanos y que pudiera estar pesando todavía con severidad en la actualidad. Cuando, al cabo de unas cuantas décadas, la *World Intellectual Property Organization* u Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO u OMPI) que, procediendo en último término de aquellos *Bureaux* y guardando tracto, se formalizara en 1970, se integre en la constelación de las Naciones Unidas (NNUU) y así se constituya la actual agencia especializada suya, cuando esto acontece, los planteamientos de fondo no se revisan. A tales alturas, tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, y la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, 1960, esto es tras las adopción por NNUU de una política de descolonización que ahora, y no doce años antes, se entiende debida a imperativos del « derecho humano » de los pueblos « a la libre determinación », tras todo ello, podría esperarse

Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); WTO: World Trade Organization, la Organización Mundial del Comercio (OMC).

⁽¹⁶⁾ Laurelyn WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

otra cosa. Mas el caso es que la OMPI se integra en NNUU sin revisión de unas posiciones todavía procedentes de tiempos de colonialismo franco y pleno. Los derechos humanos, inclusive los de los pueblos como tales, parece que no tuvieran nada que ver con el asunto ⁽¹⁷⁾. Sé que se arrastra un largo debate sobre la posibilidad de derechos humanos de carácter colectivo, pero me estoy limitando en el caso a seguir el desarrollo habido por parte de NNUU ⁽¹⁸⁾.

Respecto a lo que aquí deba interesar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta norma global, establece sucintamente que « toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente » (art. 19). Dispone asimismo que « toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten » y « derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora » (art. 27). ¿No falta algo? Falta el derecho humano a la propia cultura, a la cultura en la que la criatura humana se individualiza y socializa, un derecho que, de haberse registrado, hubiera sencillamente requerido el fin del colonialismo ⁽¹⁹⁾.

Sería, habría de ser, derecho a una cultura, cualquiera de las múltiples humanas, en la que por supuesto se contienen conocimien-

⁽¹⁷⁾ Laurence R. HELFER, y Graeme W. AUSTIN, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, aps. 1.4: « Historical Isolation of the Human Rights and Intellectual Property Regimes » y, para lo que sigue, 1.5: « Catalysts for the Expanding Intersection of the Human Rights and Intellectual Property Regimes ».

⁽¹⁸⁾ Para una significativa recapitación, Jack DONNELLY, *International Human Rights: Universal, Relative or Relatively Universal?*, en Mashood A. Baderin y Manisuli Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 31-48. En la Fundación Coloquio Jurídico Europeo donde se han discutido estas páginas, su presidente, Ernesto Garzón Valdés, el acreditado pensador argentino (Miguel ÁLVAREZ, *La Filosofía del Derecho de Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Dykinson, 2008), manifestó su rotundo rechazo a la mera idea de derechos de carácter colectivo para el caso de los pueblos indígenas: « Ignoro qué son esos derechos ». Mi respuesta es la prueba del pudín, la de tenerlos en consideración como historia de presente, no como forma alguna de doctrina apriorística y desiderativa.

⁽¹⁹⁾ B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en « Revista Internacional de Estudios Vascos », 47, 2002, pp. 35-62.

tos, empíricos o elaborados, sobre recursos específicos del propio medio potencialmente beneficiosos para todo el conjunto de la humanidad. El régimen internacional imperante sobre propiedad intelectual suponía la situación diametralmente contraria de apropiación y explotación de recursos y conocimientos propios y ajenos por una parte de la humanidad en su beneficio exclusivo. El derecho a la cultura propia fue rechazado de forma más franca en los debates sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que corrió en paralelo a los de la Declaración Universal (20). Posteriormente, en 1960, la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales reconoció ciertamente, como expresión de la libre determinación, el derecho a la cultura propia (art. 2), pero esto con el problema de aplicársele a poblaciones comprendidas dentro de fronteras establecidas por el colonialismo y no a los pueblos mismos, como ya con anterioridad había ocurrido, en grado superior, a lo ancho y largo de las Américas. La primera negación de libre determinación ha sido la de proyección de fronteras (21).

Esa era sustancialmente la situación en 1970, cuando la OMPI se convierte en agencia de NNUU. El reconocimiento en 1966 del derecho de las llamadas minorías a la cultura propia por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27) no suponía cambio de fondo, pues su protección se encomendaba a los Estados, aun con cierta supervisión de NNUU, y además el Pacto no había recibido todavía las ratificaciones necesarias para entrar en vigor. En 1970 no había obstáculos sustanciales por parte de NNUU para la continuidad de un tracto colonial tras la descolonización. No existían en lo que toca a la propiedad intelectual en su sentido siempre

(20) Sigo acudiendo a la remisión a obra propia que por lo menos puede aquí ahorrarnos espacio y tiempo: B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008.

(21) Vrushali PATIL, *Negotiating Decolonization in the United Nations: Politics of Space, Identity, and International Community*, Nueva York, Routledge, 2008. Para América, dejándose una situación aún más lesiva para los pueblos precedentes al colonialismo, los realmente sometidos al mismo, B. CLAVERO, *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

más lato (22). Podía con todo seguir manteniéndose y desarrollándose un régimen internacional de la propiedad intelectual no gestado precisamente con miras a la protección de derechos no apropiables por individuos ni por Estados ni por personas jurídicas como las empresas (23).

Conviene ilustrar cómo precisamente a través de un régimen de protección de propiedad la expropiación, una expropiación realmente sistemática y masiva, podía operar. Baste el ejemplo de las especies vegetales con virtudes terapéuticas, el de estos concretos recursos genéticos. El régimen de patentes y registros internacional y estatal no reconocía el conocimiento empírico sobre virtudes terapéuticas de especies vegetales por parte de comunidades como un bien inscribible y protegible, sino tan sólo el principio activo extraído en laboratorio. La investigación antropológica financiada por los correspondientes intereses accedía al conocimiento empírico, la empresa farmacéutica se lo apropiaba sin dificultades al identificar el principio activo para embarcarse en su explotación no en beneficio exactamente de la humanidad entera y, aún menos, del sector cuyo conocimiento empírico así se expropiaba. Es la práctica a la que ahora con plena razón se le llama en su alcance más general *bicolonialismo* o también, más expresivamente todavía, *biopiratería global* (24).

(22) Para esto y lo que sigue de inmediato, B. CLAVERO, *Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos*, en estos « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », 40, 2011, pp. 1061-1098.

(23) A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, pp. 217-221.

(24) Ikechi MGBEOJI, *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 2006; David LEA, *Property Rights, Indigenous Peoples and the Development World: Issues from Aboriginal Entitlement to Intellectual Ownership Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008; Marceline Tonye MAHOP, *Intellectual Property, Community Rights and Human Rights: The Biological and Genetic Resources of Developing Countries*, Nueva York, Routledge, 2010; Tobias KIENE, *The Legal Protection of Traditional Knowledge in the Pharmaceutical Field: An Intercultural Problem in the International Agenda*, Münster, Waxman, 2011; Kelly BANISTER, Maui SOLOMON y Conrad G. BRUNK, *Appropriation of Traditional Knowledge: Ethics in the Context of Ethnobiology*, en James O. Young y C.G. Brunk (eds.), *The Ethics of Cultural Appropriation*, Chichester, Blackwell, 2012, pp. 140-171.

II.2. *La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Mundial del Comercio.*

Por aquellos años de la limitada descolonización presidida por NNUU, Estados procedentes de la misma se incorporan a la organización internacional y a sus agencias, también a sus agencias, con toda la experiencia acumulada de padecimiento de colonialismo no sólo directamente político, social, económico y cultural, sino también mediante mecanismos menos francos como el del régimen de propiedad intelectual representado por la OMPI. Un primer remedio se muestra, más que insuficiente, insidioso. Que los Estados nuevos se incorporasen en pie de igualdad a organizaciones de Estados viejos manteniéndose las reglas ya establecidas no resolvía el problema, para los primeros, ni atajaba el negocio, para los segundos, de la sistemática expropiación de conocimiento y recursos mediante el régimen internacional de propiedad intelectual imperante.

En esta tesitura, frente a las previsiones de su integración en la constelación de agencias de NNUU, la OMPI se convirtió en el foro al que ese problema se trajo y en el que el negocio se cuestionó. Los Estados nuevos defendían derechos propios y, en casos también, bastante más desigualmente, derechos de pueblos comprendidos dentro de sus fronteras. Por lo que depara el futuro de entonces, presente de hoy, tampoco olvidemos que los Estados surgidos de la descolonización no se identifican exactamente con pueblos en singular. Multitud de pueblos que no forman por sí Estados y que por regla general no se encuentran reconocidos como tales pueblos por los Estados establecidos tienen patrimonio propio de conocimientos, empíricos o elaborados, que pueden beneficiar por supuesto a toda la humanidad. No tenían dichos pueblos por entonces, hacia 1970, presencia alguna en el orden internacional ⁽²⁵⁾.

Desde finales de los años setenta la OMPI encontró la simpatía

⁽²⁵⁾ Para todo esto y lo que viene a continuación, sigue interesando lo ya citado, especialmente L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, y M.T. МАНОР, *Intellectual Property, Community Rights and Human Rights*.

y colaboración de alguna otra agencia de NNUU respecto a la puesta en cuestión, bien que todavía bastante tímida, del régimen internacional de propiedad intelectual. Fue sobre todo el caso precisamente de la Organización de las NNUU para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la UNESCO. Se adopta por ambas, por ésta y por la OMPI, el concepto de *folclore* para el patrimonio de sectores humanos con cultura propia y sin Estado propio confiándosele a los Estados existentes su protección. Así se acuerdan por estas dos agencias en 1982 unas *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* o Disposiciones-Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, en forma de recomendación dirigida a los Estados. Tímidamente y todo, era el comienzo de un efectivo cuestionamiento de las fronteras impuestas por unos principios de reciprocidad interestatal en el reconocimiento y garantía de la propiedad intelectual, principios de una interestatalidad ya notablemente ensanchada pero distando muchísimo de cubrir la totalidad de sujetos colectivos con cultura propia y funcionando además sobre supuestos de valor económico y explotación comercial u otro provecho relictivo de la propiedad inscrita. El *folclore* desbordaba este escenario. Tanto la OMPI como la UNESCO siguieron comprometiéndose conjuntamente y por separado en esta otra dirección ⁽²⁶⁾.

Los Estados que venían dominando en el orden internacional antes de la descolonización impulsada por NNUU, encabezados ahora por los Estados Unidos, reaccionaron ante la conversión de la OMPI y la UNESCO en foros donde se discutían cosas tan sensibles como el régimen de protección internacional de propiedad intelectual, industrial, comercial y demás. Esos Estados deciden llevarse el asunto a otra instancia internacional, la del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (AGAC) o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), que había sido constituida en 1947 al margen de NNUU e incluso en su contra, pues así se evitó que las mismas

⁽²⁶⁾ Sobre la evolución ulterior de la UNESCO al respecto, Laurajane Smith y Natsuko Akagawa (eds.), *Intangible Heritage*, Nueva York, Routledge, 2009. Para información actualizada en el sitio de la propia agencia: www.unesco.org/new/es/natural-sciences/priority-areas/links.

tuvieran una Organización Internacional del Comercio propia, y que en 1995 se convertiría en la Organización Mundial del Comercio (OMC) o *World Trade Organization* (WTO) acentuando su empeño por comprometer a todos los Estados en la elevación del mercado por sí mismo a especie de bien jurídico global por encima de la globalización misma de los derechos humanos promovida por NNUU. El comercio es lo que generaría un mundo en libertad. *Free Trade, Free World: comercio libre, mundo libre* (27).

En las vísperas de este relanzamiento, se adopta por la inminente OMC un instrumento que venía gestándose desde 1986, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) a fin de dar continuidad al régimen internacional que estaba poniéndose en cuestión por la OMPI y por la UNESCO. Naturalmente propiedad intelectual va siempre y ahora sobre todo en el sentido comprensivo de aquella de valor industrial o comercial. Es el régimen que seguía suponiendo la expropiación sistemática de conocimientos, prácticas, constructos y artefactos, de patrimonio en suma, de sujetos colectivos con culturas propias y sin Estado propio (28).

La OMPI y la UNESCO proseguían con cuestionamientos y con averiguaciones. Durante la década de los noventa organizaron misiones exploratorias por diversas latitudes para hacerse con información sobre culturas expuestas, dadas las insuficiencias de cober-

(27) Thomas W. ZEITLER, *Free Trade, Free World: The Advent of GATT*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1999. Aun sin destacar el tracto de adicción y dependencia, Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 161-177. Para visión histórica satisfecha que más se cultiva, John H. BARTON, Judith L. GOLDSTEIN, Timothy E. JOSLING y Richard H. STEINBERG, *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*, Princeton, Princeton University Press, 2006. Para ilustración de la incidencia de la OMC en un sector concreto, James WILEY, *The Banana: Empires, Trade Wars, and Globalization*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2008.

(28) El contexto del debate en dichas agencias de NNUU y el problema mismo, esto es lo que aquí importa, se tiende a eludir a conveniencia: Charles CLIFT, *Why IPR issues were brought to GATT: a historical perspective on the origins of TRIPS*, en Carlos M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, vol. I, pp. 3-21. IPR: Intellectual Property Rights, los derechos de propiedad intelectual en su sentido amplio.

tura del régimen internacional de la propiedad intelectual en su sentido siempre más general. Al tiempo y con ello van estallando las costuras de la categoría de folclore y cobrando pujanza otras como la formada por el tándem de conocimientos tradicionales y recursos genéticos, *traditional knowledge/genetic resources* (TK/GRs). He aquí una pareja, a primera vista extraña, hoy muy presente en el ámbito del derecho internacional ⁽²⁹⁾. En la OMPI es donde se produce el apareamiento.

En el año 2000, en el seno de la OMPI se constituye un órgano deliberativo y propositivo, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC-GRTKF) ⁽³⁰⁾. Es intergubernamental, compuesto por delegados de Estados, pero muy abierto desde un comienzo a organizaciones interesadas, inclusive las indígenas, esto es las de gentes con culturas propias en territorios propios sin acceso a la constitución de Estados pese a la descolonización habida y que recurren a la acción internacional por la falta de confianza en los respectivos Estados para proteger sus conocimientos y recursos. Entre las instancias de NNUU, es en este foro donde se ha producido una incisiva elaboración de la problemática, comprendida la definición de la categoría de conocimiento tradicional, no ciertamente por el desvelo de las delegaciones de Estados, sino por la aportación de organizaciones indígenas, de misiones sobre el terreno y de algún personal profesional del propio IGC ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Graham DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Sterling, Earthscan, 2004; *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries: Past, Present and Future*, edición actualizada, Londres, World Scientific, 2009. Ante la primera edición se le achacaron al autor prejuicios antiempresariales: Philip W. GRUBB, *A patently negative view of industry*, en «Nature Biotechnology», núm. 21-12, 2003, pp. 1439-1440. Que el prejuicio acuse de prejuicio suele ocurrir y así ocurrirá con estas páginas, las mías. Ya los he recibido durante mi trabajo en las NNUU.

⁽³⁰⁾ www.wipo.int/tk/es/index.html es el sitio del IGC-GRTKF.

⁽³¹⁾ Silke von Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Traditional Knowledge: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008.

II.3. *Conocimiento tradicional según el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.*

En dicho año, el 2000, al acordarse la formación del IGC, se le hace expresamente el encargo de aclarar las categorías mismas que le prestan nombre, las de *recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore*. Luego, en 2009, se le añadirá el encargo de preparar un proyecto o una serie de proyectos de instrumentos internacionales para asegurar la protección efectiva de GRs/TK/TCEs, *traditional knowledge, genetic resources, traditional cultural expressions*, « RRGG, los CCTT y las ECT », los recursos genéticos, conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales, pero aquí ante todo nos interesa la dimensión categorial. ¿A qué viene la categoría de *conocimientos tradicionales* y por qué aparece vinculada a los recursos genéticos? La respuesta más elaborada la ofrece la Secretaría del IGC en sus informes sobre *Cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore*, particularmente en el de 2002 acerca de *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*. Acudamos a su lectura ⁽³²⁾.

De entrada se nos dice que la categoría de conocimientos tradicionales hace referencia a « las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones, descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que procedan de la propiedad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico ». Sin embargo, lo del carácter *tradicional* debe enseguida comenzar a matizarse: « La expresión *basadas en la tradición* se refiere a los sistemas de conocimientos, las creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera general-

⁽³²⁾ www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_9.doc. Aparte artículos de normas, que se registran en el propio texto, no cito el lugar concreto de los pasajes reproducidos porque se buscan y hallan con facilidad en las ediciones de sitios oficiales u oficiosos de Internet a las que se remite.

mente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno ». El doble uso del adverbio *generalmente* ya está insinuando que no siempre la *tradición* es tradición, por lo que esta característica no puede ser la definitiva o exclusivamente definitoria. Lo que acto seguido se añade ha de resultar más decisivo. Se trata de conocimientos *que pertenecen a un pueblo en particular*, a un pueblo se sobrentiende que no constituye Estado. Como pertenencia viva de pueblos, los conocimientos dicho tradicionales *evolucionan constantemente* y se actualizan.

El documento de la Secretaría del IGC identifica conocimientos tradicionales: « los conocimientos agrícolas, los conocimientos científicos, los conocimientos técnicos, los conocimientos ecológicos, los conocimientos medicinales, incluidas las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica ». Son conocimientos empíricos de valor *científico* o *técnico* en general y desde luego, ante todo, para el propio pueblo. Entre conocimientos *agrícolas, ecológicos, medicinales y relacionados con la diversidad biológica*, ya tenemos indudablemente *recursos genéticos* como objeto de las pertenencias culturales de los pueblos sin Estado. Dentro de los conocimientos dichos tradicionales también se sitúa ahora el *folclore* « en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, cuentos y obras de arte ». La categoría que quiso ser comprensiva, ahora ha de reconocerse que representa un elemento más de otra más bastante amplia. Hay todavía otros: « elementos de los idiomas », como los nombres de personas y de sitios, símbolos y otros bienes culturales, comprendidos los muebles o más tangibles. « Quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se deriven de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del *patrimonio* en un sentido amplio ». La categoría de *conocimientos tradicionales* no se confunde con la de *patrimonio intangible* que estaba al tiempo elaborándose en el seno de la UNESCO ⁽³³⁾.

⁽³³⁾ En una literatura de abundancia creciente, baste con reiterar la remisión a L. Smith y N. Akagawa (eds.), *Intangible Heritage*.

Conforme avanza el informe, la característica definitoria de los conocimientos tradicionales deriva, desde su formación mediante tradición, a la pertenencia de pueblo: « Otra característica de los conocimientos tradicionales es el sentido de identidad que confieren a la comunidad. Los conocimientos tradicionales son para sus titulares un medio de identificación cultural, de manera tal que su preservación e integridad se vinculan con la preservación de las distintas culturas *per se* ». Se apunta entonces la posibilidad de que la definición misma se replantee en la dirección que reclaman las gentes afectadas: « Una definición de conocimientos tradicionales podría incluir asimismo un elemento que respondiera al derecho reivindicado por los grupos indígenas, las comunidades locales y otros titulares de conocimientos tradicionales, de determinar por sí mismos lo que constituyen sus propios conocimientos, innovaciones, y prácticas, y el modo en que deben definirse ». Se trata de patrimonio cultural de colectivos humanos, por lo que el entendimiento de éstos mismos no debiera soslayarse. Es derecho suyo, aunque haya dificultad para definirlo en las categorías dadas del orden internacional y de los Estados: « Si bien existe una resistencia a la noción de *titularidad* como tal, particularmente si es considerada como titularidad individual o privada, puede existir un sentido de conexión que incluya la titularidad comunitaria o colectiva, y la responsabilidad en relación con la protección y la custodia ». Por experiencia propia, esto es por conocimiento tradicional, los colectivos afectados en general rechazan que los Estados estén en condiciones de hacerse cargo de esa custodia y esa protección ⁽³⁴⁾.

Respecto a la cuestión tan problemática como decisiva de lo que se llama *titularidad*, la propuesta del informe es más bien elusiva: « La relación puede expresarse por medio de una identidad comunitaria que contribuye a definir la tradición en la que se generan y transmiten los conocimientos ». ¿Qué es la *identidad comunitaria* en términos operativos de reconocimiento, garantía y ejercicio de derechos? ¿En qué queda un concepto de *tradición* que

⁽³⁴⁾ Conocimiento tradicional y todo, no es un entendimiento en exclusiva: James C. SCOTT, *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, Yale University Press, 1998, quien en todo caso lo ha aprendido de pueblos indígenas del Sudeste de Asia.

dicho sujeto comunitario puede *definir*? Y la *generación y transmisión* de *conocimientos*, ¿cómo se reconoce, garantiza y ejerce? Los interrogantes intentan concretarse a los efectos prácticos de la protección internacional cualquiera que pudieran ser las respuestas teóricas. La situación dada no convence por el papel decisivo que le sigue confiriendo a los Estados: «La tendencia ha consistido en dejar en manos de las autoridades nacionales la determinación específica de los límites de la materia objeto de protección y que la terminología en el plano internacional se utilice principalmente para expresar una tendencia común en materia de política», no, cabe añadirse, en el campo del reconocimiento y la garantías de derechos, como si NNUU no se hubiera a estas alturas acreditado en dicho terreno. Intenta también el informe definir criterios posibles de la *tendencia común en materia política*, pero éstos no salen de la imprecisión ⁽³⁵⁾. En todo caso, la categoría de *conocimientos tradicionales* la tenemos.

II.4. *Del Convenio sobre la Diversidad Biológica a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.*

La OMPI no es el único espacio del orden internacional donde el asunto se trata. Tampoco lo es el trío desigual que forma al efecto con la UNESCO favorable y la OMC adversa. Ocurre en bastantes foros desde los años ochenta del siglo pasado, y esto tampoco porque de parte de los Estados constituyentes de NNUU vinieran iniciativas, sino por la presión constante de representantes indígenas ante cuantas instancias internacionales puedan entender de sus reclamaciones.

Desde dicha década, a partir de la creación de un ya extinto Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas para asesorar a la también ya desaparecida Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, se ha desarrollado una presencia creciente de organizaciones indígenas ante los foros internacionales

⁽³⁵⁾ Más interesante a estos efectos resulta que reúna información sobre las medidas tomadas por los Estados hasta el momento: *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*, Anexo II. Para normas de Estados más al día: www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html.

e incluso dentro de ellos, como sea el caso del Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas o del Mecanismo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Uno de los temas que así se han hecho vivos globalmente es el de las deficiencias del orden internacional sobre propiedad intelectual en su más amplio sentido a los efectos de garantía de los derechos de los pueblos indígenas y similares sobre su propia cultura, inclusive conocimientos que pudieran ser beneficiosos para la humanidad toda. Aunque las tendencias doctrinales todavía dominantes en el derecho internacional o también, por cuanto le afecta, en el constitucionalismo pretendan ignorarlo, desde los años noventa se viene produciendo un replanteamiento significativo de la posición jurídica de dichos pueblos en un escenario que sigue siendo de Estados ⁽³⁶⁾.

No es necesario que hagamos una visita a todos los foros internacionales donde cuestionamientos y propuestas de parte indígena se han hecho presentes interesando a la cuestión de la propiedad intelectual. Voy a ir directamente de un momento todavía bastante anclado en el pasado a otro que abre nuevas perspectivas de futuro. Me refiero, en primero lugar, al Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Convention on Biological Diversity*, que se acordara en Río de Janeiro en 1992 (CDB o CBD) y, en segundo lugar, a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, que se adoptara en Nueva York, por la Asamblea General de las NNUU, en 2007 (DDPI o DRIP). Por medio existen, interesando de diversa forma a la propiedad intelectual de conocimientos tradicionales, convenios y recomendaciones de la UNESCO, propuestas en la OMC, directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS o WHO), algún convenio de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO)...; de poco antes, de 1989, procede un convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT o ILO) que igualmen-

⁽³⁶⁾ Las principales referencias ya están también citadas: P. THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*; S.J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards*.

te le interesa ⁽³⁷⁾. Todo ello es por supuesto relevante, pero creo que puede bastarnos con ese par de miradas, una al pasado que es presente, la que se encierra en el CDB, y otra al futuro que debiera ser actualidad, la que augura la DDPI. Comencemos por el planteamiento del CDB acerca de TK/GRs, de los conocimientos tradicionales en su relación con los recursos genéticos con todo su valor para la humanidad y potencial para el mercado ⁽³⁸⁾.

El CDB se muestra de entrada apreciativo del papel de los colectivos indígenas en la conservación y custodia de la biodiversidad con todos los conocimientos y recursos que ello pueda deparar a la humanidad: «Las Partes Contratantes (...) Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes », proceden. Lo hacen al respecto sobre dicha base que considera los *conocimientos tradicionales* sobre unos *recursos biológicos* como un valor cuyos *beneficios* se deben *compartir equitativamente* por parte de las *comunidades locales* y las *poblaciones indígenas* que los poseen. Tal participación con el conjunto de la humanidad se contempla y regula en el cuerpo del CBD de esta guisa: «Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, (...) con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovacio-

⁽³⁷⁾ www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E.C.19.2010.9%20ES.pdf, un índice de referencias, aun no exhaustivo, para un trabajo en curso del Foro Permanente de las NNUU para las Cuestiones Indígenas: *Estudio sobre los pueblos indígenas y las empresas*. De interés por sí y para todo el contexto, LUÍS RODRÍGUEZ PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁽³⁸⁾ Miranda A. Schreurs y Elisabeth C. Economy (eds.), *The Internationalization of Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Philippe G. Le Prestre (ed.), *Governing Global Biodiversity: The Evolution and Implementation of the Convention on Biological Diversity*, Aldershot, Ashgate, 2002; E.N. Anderson, Deborah M. Pearsall, Eugene S. Hunn y Nancy J. Turner (eds.), *Ethnobiology*, Hoboken, Wiley-Blackwell, 2011.

nes y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente» (CDB, preámbulo y art. 8j) ⁽³⁹⁾.

En ningún momento se reconoce derecho alguno en sentido estricto a los grupos humanos que tienen conocimiento y manejo de los recursos biológicos del caso. Es en cambio el Estado quien ve ratificada su competencia de disposición tanto normativa como económica, ahora, de ratificar el Convenio, con el compromiso internacional, *en la medida de lo posible y según proceda*, de contar con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas y de procurar que estos sujetos colectivos, los que se dicen *indígenas y locales*, participen *equitativamente* de los *beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas*. Al escenario tradicional de un orden de concurrencia de Estados reservándose soberanía y poderes se añaden así, no reconocimiento y garantía de derechos, sino compromisos un tanto laxos para contrarrestarse los efectos de expropiación sistemática de *comunidades* humanas con cultura propia y sin Estado propio o ni siquiera, que el CDB contemple, algún régimen internacionalmente garantizado de autogobierno que capacite a las respectivas *comunidades* para la defensa de derechos propios y la representación de los propios intereses. Ni derecho comunitario de dominio ni algún derecho político se reconocen. En el foro periódico de las Conferencias de las Partes del CDB se ha desarrollado un fuerte cabildeo indígena que vigila las previsiones del artículo 8j, pero los planteamientos de derecho o de carencia del mismo son los dichos. El CDB no se enmienda ⁽⁴⁰⁾. Su último desarrollo, el Protocolo sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de

⁽³⁹⁾ www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf.

⁽⁴⁰⁾ Natalie P. Stoianoff (ed.), *Accessing Biological Resources: Complying with the Convention on Biological Resources*, La Haya, Kluwer Law International, 2004.

su Utilización de 2010, pone el acento más en lo primero, en « asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos », que en lo segundo, en la justicia y la equidad que ante todo requieren consentimiento indígena (art. 7) ⁽⁴¹⁾.

Entre los instrumentos internacionales, un planteamiento muy distinto encontramos al cabo de tres lustros del CDB, en 2007, gracias a la DDPI. Su texto se ha venido negociando en diversas instancias de NNUU durante más de dos décadas con representantes indígenas, lo cual redundará claramente en el resultado ⁽⁴²⁾. La DDPI reconoce ante todo el derecho de *los pueblos indígenas* al autogobierno como expresión de un derecho a la *libre determinación* respecto a los asuntos propios (arts. 3 y 4). A esto se añade que, para aquellos que les trascienden y les afectan, el Estado regularmente, y sobre todo en algunos casos como los tocantes a recursos, ha de contar con el *consentimiento, libre, previo e informado* de dichos pueblos (arts. 10, 11, 19, 28, 29 y 32). La DDPI tiene además para NNUU y para los Estados, según sus propios términos, un valor normativo en grado desconocido por otros instrumentos internacionales que reciben la denominación de *declaración*: « 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 »; « 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 » (arts. 38 y 42). Es un rasgo notable que se explica por la participación indígena a todo lo largo del proceso de debate y acuerdo ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf.

⁽⁴²⁾ www2.obchr.org/spanish/law/index.htm, sitio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos donde puede encontrarse la DDPI junto a los principales instrumentos internacionales de los derechos humanos, aun con la particularidad sintomática de catalogarse en compañía de los *Derechos de las Minorías* y no en la sección del *Derecho a la Libre Determinación*.

⁽⁴³⁾ Augusto WILLEMSSEN-DÍAZ, *Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU*, y Asbjørn EIDE, *Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la*

Entre los derechos de los pueblos indígenas registrados en la DDPI figura por supuesto, visto lo dicho, el referente a propiedad intelectual. El asunto hace acto de presencia desde el preámbulo: « La Asamblea General (...) Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente » declara en su cuerpo articulado que « Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales », por todo lo cual « conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos » (art. 31). Ya no se trata de un compromiso laxo, sino de una obligación estricta para los Estados dado que ahora de lo que se parte es del reconocimiento expreso del derecho de *propiedad intelectual* sobre *conocimientos tradicionales y recursos genéticos*, comprendidos los humanos (44).

Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Copenhague, IWGIA, 2010, pp. 16-32 y 34-49 respectivamente.

(44) Esta especificación se explica más inmediatamente porque en los años noventa se intentó desarrollar, con financiación estadounidense, un llamado Proyecto sobre la Diversidad del Genoma Humano con previsiones de extracción masiva de sangre indígena sin información ni consentimiento, sobre supuestos racistas de presumir su inevitable extinción y sin excluir la posibilidad de comercialización de resultados por vía de empresas farmacéuticas: M.A. HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts*, cap. 8: « Who Speaks for Colonial Futures?: Genetic Dreams and the Legalties of the Other Human Genome Project »; el mismo, *Transnational Genome Debates and the Return of Eugenics*, en Mehdi Semati (ed.), *New Frontiers in International Communication Theory*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2004, pp. 263-278; L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, parte II: « The Human Genome

La forma de llevar a la práctica tal reconocimiento en el ámbito internacional se encuentra en buena parte ya en manos de agencias especializadas de las NNUU, sobre todo si los Estados, como resulta usual, no lo asumen por sí mismos. El reto principal se le plantea a la OMPI, que habría además de recuperar competencias sustraídas por la OMC y, pues también es el caso, por el CDB. El encargo de preparar instrumentos internacionales para la protección de GRs/TK/TCEs, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, con la revisión a fondo del régimen internacional de la propiedad internacional que habría de implicar, ya se encuentra encomendado en el seno de la OMPI al IGC, como está dicho ⁽⁴⁵⁾. De parte indígena se ha fijado muy claramente la postura de no aceptar ningún instrumento que no parta del reconocimiento de los derechos de los pueblos y de la necesidad de *consentimiento libre, previo e informado* para el acceso a sus recursos. El rechazo del modelo CDB es inequívoco por parte indígena: « El (o los) instrumento(s) legal(es) internacional(es) no podrá(n) declarar ni de ninguna otra forma dar a entender que los Estados miembros de la OMPI sean titulares o beneficiarios de la utilización de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos » ⁽⁴⁶⁾.

A tenor del valor normativo de la DDPI con su efectivo requerimiento de *consentimiento libre, previo e informado*, debería adoptársele como base, pero no se está procediendo así en la OMPI

Diversity Project: A Case Study ». En medios indígenas es conocido como *Proyecto Vampiro*.

⁽⁴⁵⁾ www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/documents/pdf/decision_assemblies_2011.pdf es la renovación del mandato del IGC para el bienio presupuestario 2012-2013 con la indicación de que prosiga los trabajos para « la consecución de un acuerdo sobre el texto de un instrumento (o instrumentos) de carácter jurídico y de nivel internacional que aseguren la protección efectiva de los RRG, los CCTT y las ECT ». Para los textos en debate, www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html.

⁽⁴⁶⁾ www.coica.org.ec/sp/noticias/dnoticias.php?id=162: *Declaración de los Pueblos Indígenas al 18º Comité Intergubernamental*, 2011, principio quinto, en el sitio de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica. El documento no lo encuentro en el sitio de la OMPI.

por parte de su IGC. Las agencias de NNUU se resisten en general a atenerse al mandato contenido en el citado artículo 42 de la DDPI. Algunas, como la OMC y el Banco Mundial o *World Bank* (WB) ⁽⁴⁷⁾, lo que promueven es cierta extensión del régimen dado de la propiedad intelectual a los conocimientos que se dicen tradicionales, posibilitando así su participación global, sin enfrentarse con el problema de su inadecuación por la identidad que le prestan a pueblos determinados, ni con el de la resistencia de éstos, no tanto a que se compartan, como a que la globalización implique explotación comercial y, por ende, privatización aun compartiéndose beneficios. Naturalmente que existen grupos dispuestos ⁽⁴⁸⁾, pero esto no representa la posición general, como se refleja, sin ir más lejos, en la DDPI. El reto actual para las propias NNUU es el de reducir la ancha brecha de su inejecución, una brecha mantenida abierta por resistencia no sólo de los Estados y de las empresas, sino también del propio orden internacional como estamos constatando ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ J. Michael Finger y Philip Schuler (eds.), *Poor Peoples' Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Nueva York, Oxford University Press–World Bank, 2004.

⁽⁴⁸⁾ John L. y Jane COMAROFF, *Ethnicity, Inc.*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

⁽⁴⁹⁾ Lorie GRAHAM y Stephen M. MCJOHN, *Indigenous Peoples and Intellectual Property*, en «Washington University Journal of Law and Policy», 19, 2005, pp. 313-337, citando a G. Dutfield para poner el dedo en la llaga: «It seems highly unlikely that a new framework to protect TK will be inserted into TRIPS [WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights] anytime soon. And since the United States is determined to prevent a WIPO convention on TK that could then be incorporated in TRIPS, this is unlikely to happen even in the more distant future» (p. 327), esto es que los Estados Unidos, a través de la OMC, parece que seguirán prevaleciendo al respecto sobre las NNUU. Por la fecha, no manejan la DDPI, sino un proyecto avanzado cuyo texto, a lo que nos interesa, ya era prácticamente el actual. *Brecha de implementación*, la de inejecución, es una expresión que se ha generalizado en las NNUU como si el problema sólo ahora consistiera en la aplicación del derecho ya existente, sobre todo tras la DDPI, y no los hubiera tan de fondo como los que estamos viendo. A esta perspectiva responden los volúmenes inmediatos que se le han dedicado, como, con mi participación, C. Charters y R Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración*.

II.5. *Primeras reflexiones interlocutorias: Bienes globales y conocimientos tradicionales.*

En un planeta depredado, con mengua galopante de recursos, la existencia remanente de importantes espacios de diversidad biológica y natural constituye un precioso tesoro para la supervivencia digna y próspera de la humanidad. Es una riqueza cuyo valor se redobla por la razón de que en esos espacios no sólo existe bio y otra naturodiversidad, valga esta segunda expresión por añadir recursos minerales y energéticos, sino que también hay diversidad cultural, conocimiento y manejo humanos del conjunto y de buena parte de los elementos de la diversidad ⁽⁵⁰⁾. Es el conocimiento y el manejo que se dicen indígenas o también tradicionales por provenir generalmente de una larga experiencia de vida colectiva en el respectivo medio naturodiverso. Constituye una ciencia empírica de inestimable valor, constante para quienes la poseen y potencial para la humanidad toda.

Hay posiciones que pretenden convertir esa ciencia en bienes globales o *global commons* sin reconocer derecho estricto a sus generadores y sin ofrecer garantías de información ni autonomía para la entrada en negociación y eventual prestación de consentimiento condicionado, queriéndose poner así tal ciencia a disposición en teoría de la humanidad y en la práctica de empresas comercializadoras de todo lo patentable ⁽⁵¹⁾. La categoría de los bienes comunes globales no es tan inocente y bondadosa como, por la

⁽⁵⁰⁾ Johanna GIBSON, *Community Resources: Intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge*, Aldershot, Ashgate, 2005, cap. 6: « The Cultural Diversity in Biodiversity », lo que no habría de recordarse si no fuera por la facilidad con que se olvida incluso cuando se utiliza la cultura del caso para lograr acceso a recursos de la biodiversidad local: Jane E. ANDERSON, *Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law*, Chetelham, Edward Elgar, 2009.

⁽⁵¹⁾ Para estas posiciones, Michael F. BROWN, *Who Owns Native Culture?*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, con continuidad viva en Internet: web.williams.edu/go/native. Para contraste de visiones, Keith AOKI, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, en « Indiana Journal of Global Legal Studies », 6-1, 1998, pp. 11-58; Karen ENGLE, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham, Duke University Press, 2010, pp.

impresión de solidaridad que desprende, suele ahora presumirse⁽⁵²⁾. Ya hemos visto cómo, frente a agencias de las mismas NNUU, la OMC, que no lo es, quiere imponer el mercado cual si fuere bien jurídico global.

Subrepticamente se identifica el beneficio humano con el beneficio empresarial tal y como si el mercado mundial fuera, sin posibilidad de cuestionamiento, el bien global progenitor o tutor de otros bienes globales, de otros *global commons* tan sustanciales, aunque intangibles, como la paz, la justicia, la salud, el medioambiente, la seguridad y el desarrollo realmente humano sin depredación de la naturaleza. Así tiende hoy a entenderse que opera como bien global el mercado aun en el caso en el que como tal, como progenitor o tutor de bienes globales, no se le presente y aunque no dé muestras tangibles de que pueda por sí alcanzar tales bondades. Para sentarse la presunción, basta con que, como es usual, no se le cuestione ni se le intente someter a condiciones de fondo y a funciones de forma o más que de forma, o basta también con que se aborden los *global commons* como si sólo fueran los físicos no comercializables en su integridad, bien que lo sean parcialmente o también de forma indirecta, esto es la atmósfera, el espacio exterior, el ciberespacio, los océanos y no mucho más, entendiéndose como más mercantilizable todo el resto⁽⁵³⁾. Ampliando el concepto de

141-185. L. GRAHAM y S.M. MCJOHN, *Indigenous Peoples and Intellectual Property*, discuten directamente las posiciones representadas por M.F. Brown.

⁽⁵²⁾ Kathryn MILUN, *The Political Uncommons: The Cross-Cultural Logic of the Global Commons*, Farnham, Ashgate, 2011, pertinente desde la introducción: « An Emergent Global Commons: Biodiversity — A Case Study of How Culture becomes Law and Nature becomes Empty Space », haciendo justamente ver cómo el actual derecho internacional sobre *global commons* se ha formado en el pasado bajo la fantasía interesada de que territorios habitados eran *empty space* y *res nullius*, cosa desde luego sabida, pero que suele recluirse en la historia como si hoy careciera de efectos. « How Culture becomes Law and Nature becomes Empty Space »: *culture* que se hace *law* siendo, como es, una sola cultura singular en un mundo *cross-cultural*, de culturas plurales y cruzadas.

⁽⁵³⁾ John VOGLER, *The Global Commons: Environmental and Technological Governance*, edición actualizada, Chichester, John Wiley and Sons, 2000; Scott Jasper (ed.), *Securing Freedom in the Global Commons*, Stanford, Stanford University Press, 2010. Una categoría de bienes jurídicos globales —*Global Legal Goods* o *Global Public Goods*— que habría de ser más comprensiva tampoco (como la de *bienes globales*) tiene

bienes globales o *global goods*, hay agencias de las NNUU que, en la línea de la OMC, consideran el mercado bien jurídico global junto al conocimiento y la información sin cualificación alguna, esto como si toda la problemática que está debatiéndose en la OMPI no existiera en absoluto. A lo más, en relación a *public goods*, a lo *global* se suma lo *local*, pero identificándose esto con lo estatal como si los Estados representasen cada uno a un pueblo y entre todos a todos los pueblos suficiente y satisfactoriamente ⁽⁵⁴⁾.

Cuidando las formas, no se sitúa lejos de esa pretensión la posición del CBD de 1992. Ya parte en su preámbulo de la consideración de su objeto como *global common*, bien global, sin más mediación que la de los Estados que se conciertan: « Las Partes Contratantes (...) Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad. Reafirmando que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos »... Suele destacarse su aprecio por el valor de los conocimientos de comunidades sobre la biodiversidad propia y su recomendación de que se les compense con equidad la globalización de

especial acogida ni muy amplia circulación en la literatura de la koiné en inglés, aunque sea categoría que venga apadrinada desde las NNUU como enseguida vemos.

⁽⁵⁴⁾ William W. KELLER y Louis W. PAULY, *Globalization at Bay*, en Bruce Mazlish y Akira Iriye (eds.), *The Global History Reader*, Nueva York, Routledge, 2005, pp. 70-78; Nancy BIRDSALL y Robert Z. LAWRENCE, *Deep Integration and Trade Agreements. Good for Developing Countries?*, y Joseph E. STIGLITZ, *Knowledge as a Global Public Good*, ambos, el primero en una sección sobre *Market Efficiency*, en Inge Kaul, Isabelle Grunberg y Marc A. Stern (eds.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Nueva York, Oxford University Press–United Nations Development Programme, 1999, pp. 128-151 y 308-325 respectivamente. El UNDP o PNUD, Programa de las NNUU para el Desarrollo, es agencia de NNUU de primera línea que, aun pretendiendo de continuo lo contrario, se sitúa cerca de las posiciones de la OMC, las menos atentas a derechos. En estos asuntos el doble lenguaje de las agencias internacionales es cosa común. Para la debida disociación entre lo local y lo estatal así como más en general para la reivindicación de los *commons* frente al desprestigio provocado con tópicos bien eficaces como el de su tragedia y maldición (*the tragedy of the commons, the curse of the commons...*), ha sido sin duda relevante la concesión del Premio Nobel de Economía de 2009 a Elinor Ostrom, cuya obra esencial versa más sobre *commons* comunales, valga la aparente redundancia, que sobre los globales, más sobre *local commons* que sobre *global commons*. Entre otros escritos que les dedica a estos segundos, suyo es el breve prólogo de Susan J. BUCK, *The Global Commons: An Introduction*, Island Press, Washington, 1998.

los mismos, pero todo esto se hace en el escenario de un derecho internacional o, mejor dicho, interestatal cuyos principios y reglas sustanciales no se alteran. Es al Estado al que se le asigna el poder de disposición sobre dicho conocimientos y la capacidad para compartirlos con el conjunto de la humanidad e incluso la obligación de hacerlo (55).

El escenario del mercado opera en la trastienda. En ningún momento se plantean reglas para que la disposición por el Estado del conocimiento de comunidades no caiga finalmente en manos de empresas que, digámoslo así, los reprivaticen y esto ahora para la explotación de valor en el mercado. Es un contexto en el que las posiciones de la OMC acerca de la propiedad intelectual en su sentido amplio prevalecen netamente sobre las que intenta abrirse paso en la organización específica de las NNUU, la OMPI (56). Y están notoriamente prevaleciendo ante la DDPI. Todo esto es lo que define el paradigma imperante, un paradigma generado por el derecho internacional tradicional y mantenido por su persistencia (57). No lo cambia que se abran posibilidades de patentar conocimientos tradicionales como vía para su comercialización,

(55) www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf, en el sitio oficial ya citado que, como suele ocurrir con los sitios oficiales no sólo internacionales, se ocupa también de hacer la propaganda del producto.

(56) Es una evidencia ultranormativa para la que no hace falta recurrir a Joost PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Como la OMC nació y se ha desarrollado al margen de NNUU, o incluso a la contra pues se creó para evitar que las mismas estableciesen una Organización Internacional del Comercio, y no se encuentra en sintonía con agencias de NNUU como la OMPI y la UNESCO, se plantea el reto de su incardinación regular en el mismo orden internacional: Deborah Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005; J.L. DUNOFF, *The Politics of International Constitutions: The Curious Case of the World Trade Organization*, en el mismo y J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World*, pp. 178-205; Krista Nadakavukaren SCHEFER, *Social Regulation in the WTO: Trade Policy and International Legal Development*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

(57) Es el estado actual del llamado *Property Rights Paradigm* por Susan J. BUCK, *The*

como tampoco que se arbitren otras fórmulas para la participación en beneficios ⁽⁵⁸⁾.

Si se reconocen los conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos y ponen en marcha mecanismos para su salvaguardia y aprovechamiento con participación en beneficios de quienes los han heredado y tienen actualizados, ¿dónde reside el problema? Reside en el paradigma precisamente. Por mucho que llegaran a reconocerse los conocimientos tradicionales en todos los casos, por mucho que todos los Estados aceptasen en serio el reconocimiento, por mucho que se estuviera sin excepción practicando la participación de las comunidades en beneficios, aun con todo esto de lo que se estamos hoy ciertamente lejanísimos, el problema seguiría residiendo en el paradigma ⁽⁵⁹⁾. Es el paradigma del derecho internacional dado, no diré del vigente porque presta oídos sordos a la DDPI pese cuanto pese a todo su valor normativo ⁽⁶⁰⁾.

El paradigma que puede llamarse indígena es otro. Regresemos

⁽⁵⁸⁾ Sarah A. Laird (ed.), *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnership in Practice*, Sterling, Earthscan, 2002; Evanson C. Kamau y Gerd Winter (eds.), *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing*, Sterling, Earthscan, 2009. Es la posición que hoy suele tenerse por propia del derecho internacional, como si la DDPI no supusiera nada: Jonathan CURCI, *The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Daphne ZOGRAFOS, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

⁽⁵⁹⁾ Darrell A. POSEY y G. DUTFIELD, *Beyond Intellectual Property: Towards Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996 (*Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, misma editorial, 1999), reflejando una situación que, pese a la DDPI, impera.

⁽⁶⁰⁾ glossary.uis.unesco.org/glossary/en/home es un léxico de la UNESCO en el que la voz *Conocimiento tradicional* presenta una definición tomada del Secretariado del Convenio sobre la Diversidad Biológica cuya autoridad expresa es el citado artículo 8j. Tras más de cuatro años de la DDPI, no creo que se trate de un simple descuido. Mientras fui miembro del Foro Permanente de las NNUU para las Cuestiones Indígenas, indicábamos continuamente a las agencias esos dudosos descuidos, generalmente con poco éxito. El de esa definición sólo lo he advertido ahora. El sitio de la OMPI ofrece varios glosarios que dicen basarse « en los instrumentos vigentes de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales », pero que tampoco en rigor responden al Estado de derecho actual.

al informe del IGC-GRTKF de la OMPI acerca de *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*. El mismo no nos sitúa ante comunidades que se aferren a la propia tradición por distinguirse de una forma insolidaria respecto a todo el resto de la humanidad o que así, por decirlo de este otro modo, se nieguen a participarle *global commons*, bienes globales. El mismo calificativo *tradicional* que parece caracterizarlas se relativiza de observarse su forma de entender y manejar la tradición. Se mantiene actualizada según requiere la propia experiencia a la par que, para evitarse su quiebra, se cuida el tracto. La propia identidad se juega en ello, una identidad que sustenta la aspiración de mantener una autonomía hacia dentro y una capacidad de decisión hacia el exterior. A ello ha de sumarse que, por regla general, la identidad se extiende a la naturaleza en términos de simbiosis. Por decirlo también de ese otro modo, el paradigma indígena entiende que los recursos genéticos y otros naturales no pueden ser objeto de apropiación puesto que forman parte de la misma naturaleza que comprende a la humanidad y que, por lo tanto, no cabe que su participación o conversión en *global commons* se haga de forma que acabe tornando sus conocimientos sobre recursos en bienes empresariales produciendo beneficios en el sentido económico. No hay oposición a participar en beneficios, sino a la producción de beneficios a través del mercado ⁽⁶¹⁾.

La DDPI traduce pasablemente a términos de derechos el paradigma indígena. En este lenguaje jurídico resulta que cada *pueblo indígena* es sujeto de derecho sobre sus *conocimientos tradicionales* respecto a *recursos genéticos*. Para el acceso exterior a los mismos, el sujeto es el árbitro. Los pueblos indígenas podrán exigir garantías no sólo del respectivo Estado, sino también internacionales, para la subsistencia y el desarrollo material y cultural propios según las propias necesidades y aspiraciones. Y podrán poner condiciones sobre la forma de participación de sus conocimientos y recursos, sobre el modo de su globalización en suma. El poder de decisión ya no radica de derecho en el Estado, ni siquiera con el

(61) www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E.C.19.2010.4%20ES.pdf; Carlos MAMANI y B. CLAVERO, *Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra*, que es informe de 2009 para el Foro Permanente de las NNUU para las Cuestiones Indígenas.

añadido de la obligación de participar beneficios. Ahora los Estados están obligados a reconocer y garantizar dicha autonomía indígena hacia el interior y hacia el exterior de cada pueblo ⁽⁶²⁾.

¿Son los conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos *global commons*, bienes globales? Según y como, sería mi respuesta, o bien, como decían los escolásticos vetustos, *secundum quid et non simpliciter*. La simpleza generalizada según la cual, porque deban ser bienes globales por su potencial beneficioso para toda la humanidad, han de globalizarse por las buenas, nadie en el mundo del derecho dice que por las malas, es una posición interesada, una posición que responde a intereses de Estados y de empresas, no de pueblos o comunidades o ni siquiera de humanidad. Ni en teoría ni en la práctica la globalización mediante la complementariedad de Estado y mercado en exclusiva garantiza justicia ni equidad. Como sujetos de derechos y no como objetos de políticas, han de concurrir otros agentes, entre ellos y en primer lugar los pueblos y las comunidades con la riqueza de esos conocimientos que se califican de tradicionales. Sobre paradigmas, volveremos en las conclusiones.

Como historiador, he tenido la tentación de resaltar la importancia jurídica de la historia para el caso por la calificación como *tradicionales* de los conocimientos en cuestión. La tradición es al fin y al cabo una forma no profesional de representación del pasado en relación con el presente. Evito caer en la trampa. Aunque la historia propia legitime y fortalezca el derecho a los propios conocimientos ⁽⁶³⁾, el calificativo *tradicional* no significa al efecto exactamente tradicional, sino actual, de una actualidad cualificada por su pertenencia a pueblo o comunidad sin acceso expedito para la ciencia

⁽⁶²⁾ En el ámbito latinoamericano hay ya un par de Constituciones, la de la República del Ecuador de 2008 y la del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, que responden a tales planteamientos aplicándose en concreto a los conocimientos llamados *tradicionales* o también dichos por las mismas *ancestrales*, pero encontrándose con fuertes resistencias incluso de las propias instituciones constitucionales renovadas. Vengo siguiendo replanteamientos y vicisitudes: *clavero.derechosindigenas.org*. Valga el recordatorio como evidencia de que el Estado, si se *plurinacionaliza*, puede representar a pueblos y no seguir siendo agente o cómplice de la expropiación y extinción de culturas.

⁽⁶³⁾ Donald L. FIXICO, *The American Indian Mind in a Linear World: American Indian Studies and Traditional Knowledge*, Nueva York, Routledge, 2003.

venal y el negocio consiguiente. Desde el IGC-GRTKF se nos ha explicado con harta claridad.

Hay una expresión más bien cínica que he escuchado en medios académicos de Estados Unidos para referirse a la serie de nuevas categorías en el campo de la propiedad intelectual y especialmente a la trinidad GRs/TK/TCEs, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales: « the field formerly known as folklore », el campo antes conocido como folclore, parafraseándose evidentemente, no voy a negar que con gracia, el nombre póstumo en vida de un famoso cantante: « the Artist Formerly Known as Prince », el artista antes conocido como Prince.

Hay todavía quienes añoran viejos tiempos, esos tiempos de un colonialismo resistente con fuerza a la descolonización, cuando se quería encerrar en la categoría de *folclore* una materia e incluso, con ella, a una parte entera de la humanidad que desborda el espacio del nicho y provoca el cuarteamiento del panal ⁽⁶⁴⁾.

III. *Empresas transnacionales y pueblos indígenas.*

III.1. *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 1977 ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, con tal subtítulo tan rotundo en terminos justamente de moralidad.

⁽⁶⁵⁾ 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.

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 actualización ⁽⁶⁶⁾. *Tripartita* es cualificación referente al dato importante de constituir una declaración formal conjunta de las tres partes constituyentes de la OIT, 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 OIT 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 Estados ⁽⁶⁷⁾. 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 OIT, 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 interna-

⁽⁶⁶⁾ www.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang-es/index.htm.

⁽⁶⁷⁾ L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*. Para visión oficiosa, Daniel MAUL, *Human Rights, Development and Decolonization: The International Labour Organization*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, volumen de la serie del *ILO Century Project* (www.ilo.org/century), el proyecto de celebración del centenario de la OIT en 2019.

cional en el seno de la constelación hoy constituida por las NNUU, por esta organización sustancialmente intergubernamental, esto es entre Estados. Pese a la peculiaridad de ser una agencia tripartita, la OIT 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. Resulta 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 NNUU lo propio ocurre.

III.2. *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 NNUU, 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 las 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 rescatarse (68).

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 NNUU 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: «Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales garantizarán la igualdad de oportunidades y de trato, como

(68) www.unbchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?OpenDocument.

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 modo ⁽⁶⁹⁾. 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 DDPI, la 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 NNUU.

(69) David WEISSBRODT y Muria KRUGER, *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.

En las NNUU 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 citado ⁽⁷⁰⁾, se cuidaba de fundamentarlas en el derecho de los derechos humanos. Las personas cuentan.

III.3. *De los Diez Principios del Pacto Mundial al Marco y los Principios 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 o *Global Compact*, porque estaba ya introduciendo otro planteamiento bien distinto. El Pacto Mundial se lanza por las NNUU en el año 2000 respondiéndose a la misma preocupación ante los efectos del desbordamiento de los Estados por la transna-

⁽⁷⁰⁾ Añádase D. WEISSBRODT, *Human Rights and the Responsibilities of Individuals and Non-State Entities*, en Gudmundur Alfredsson y Maria Stavropoulou (eds.), *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes. Essays in Honour of Erica-Irene A. Daes*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 239-262; *Business and Human Rights*, en «The University of Cincinnati Law Review», 74, 2005, pp. 55-73 (reproducido en David Kinley, 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; *UN Human Rights Law for Business*, en «Journal of Business Ethics», 87, sup. 2, 2009, pp. 290-297, que es también número monográfico sobre corporaciones multinacionales y derechos humanos.

cionalización de las empresas en relación con los derechos humanos (71). La clave está dicha: *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, y esto a los efectos ante todo de crear un « marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de las corporaciones y los mercados », de legitimar internacionalmente lo uno y lo otro, la empresa y el mercado, de lograr este sintomático objetivo (72). Es la vía por la que el Pacto Mundial pretende estar construyendo nada menos que una *ciudadanía corporativa* de ese alcance global. El objetivo paladino es el de la *legitimación* de la transnacionalidad empresarial. *Voluntariamente* respecto a todo compromiso en el ámbito internacional es el término modal que más se repite (73). 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 corrupción (74).

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

(71) www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html.

(72) Georg KELL y John Gerard RUGGIE, *Global markets and social legitimacy: The case of the Global Compact*, en « Transnational Corporations », 8-3, 1999, pp. 101-120. Retengamos también el nombre del segundo, el de John Ruggie.

(73) D. WEISSBRODT y M. KRUGER, *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.

(74) www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

que los dos primeros principios cubren los derechos de los pueblos indígenas en especial tras la DDPI, la Declaración pertinente que ya conocemos y a la que habremos de retornar: « 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 rango y de su vigor en cuanto que tales. La categoría de dudoso valor normativo de derecho débil, dúctil o flojo —*soft law*— se colaciona a favor de dicha *voluntariedad* no vinculante ⁽⁷⁵⁾. No nos dejemos llamar a engaño. A efectos prácticos 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 sí ⁽⁷⁶⁾, el Secretario General

⁽⁷⁵⁾ J.G. RUGGIE, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*, en « American Journal of International Law », 101-4, 2007, pp. 819-840, con las empresas por delante para que no se espanten, igual que en la dirección de su sitio que ahora visitaremos (www.business-humanrights.org).

⁽⁷⁶⁾ J.G. RUGGIE, *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 Malcolm McIntosh, Sandra Waddock y G. Kell (eds.), *Learning to Talk: Corporate Citizenship and the Development of UN Global Compact*, Sheffield, Greenleaf, 2004, pp. 32-42, con prólogo de Kofi Annan; *Protect,*

de las NNUU, 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 2011 (77). La iniciativa de creación de esta instancia procedía de la Comisión de Derechos Humanos, no encauzándose por la vía más regular de la propia Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, descartada previsiblemente por mantener su propuesta de las Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, y no dejando así el asunto en manos de los procedimientos ordinarios (78).

El año recién pasado, 2011, Ruggie culminó su mandato trayendo ante el organismo sucesor de la Comisión, el Consejo de Derechos Humanos, encargo mediante (79), 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 Humanos (80).

Respect, and Remedy: The UN Framework for Business and Human Rights, en M.A. Baderin y M. Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*, pp. 519-538.

(77) 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*.

(78) www2.obchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm. Para la documentación de aquel proceso en castellano, los anejos de Malik ÖZDEN, *Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos. Situación actual y desafíos de los debates de la ONU en torno a las « Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos »*, CETIM (Centre Europe - Tiers Monde), 2006, accesible en Internet: www.cetim.ch/es/documents/bro2-stn-A4-es.pdf.

(79) www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate.

(80) clavero.derechosindigenas.org/?p=9951.

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 cuidadosamente ⁽⁸¹⁾. 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 DDPI, 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 ⁽⁸²⁾.

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 NNUU 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

(81) En el sitio de Ruggie hay página con información muy incompleta al respecto: www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Materialsbytopic/Groupsaffected/Indigenouspeoples

(82) *Protect, Respect, Remedy* se publica en dosieres 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 a conjunto de documentos y selección de comentarios sobre *Protect, Respect, Remedy*: www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework; 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.

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 NNUU 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 Humanos ⁽⁸³⁾, 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 aún 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 indígenas ⁽⁸⁴⁾, marca hoy la perspectiva de las NNUU

⁽⁸³⁾ *clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/08/DDHH-y-transnacionales-resolucion.pdf*.

⁽⁸⁴⁾ 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: Ciaran O'Faircheallaigh y Saleem Ali (eds.), *Earth Matters: Indigenous Peoples, the Extractive Industries and Corporate Social Responsibility*, Sheffield, Greenleaf, 2008; L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Las agresiones del desarrollo: Pueblos indígenas, normas internacionales e industrias extractivas*, en « Relaciones Internacionales » (revista electrónica: *www.relacionesinternacionales.info*), 11, 2009, pp. 43-78. Aparte lo que aún veremos, puede de entrada contrastarse A. TEITELBAUM y M. ÖZDEN, *Sociedades transnacionales, actores mayores en las violaciones de los derechos humanos*, CETIM (Centre Europe — Tiers Monde), 2011, accesible en Internet: *www.cetim.ch/es/documents/cuaderno_10.pdf*.

en el capítulo más general de los derechos y las empresas. Ya se toma como el escenario dado ⁽⁸⁵⁾. A ello habrá de volverse para discutirlo con el conocimiento de causa que aún falta y ahora procuro que siga.

III.4. *Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 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 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 NNUU un paradigma distinto en atención precisamente a los pueblos indígenas y sus derechos. El impulso principal ha venido de un Convenio de la OIT, su Convenio 169, un tratado que desde 1989 propone a los Estados una agencia especializada de las NNUU 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 humanos ⁽⁸⁶⁾.

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 NNUU ha venido luego a considerar, con la DDPI, a la que acto seguido volveremos, 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

⁽⁸⁵⁾ Radu Mares (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

⁽⁸⁶⁾ L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas*, en Mikel Berraondo (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.

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 Estado ⁽⁸⁷⁾.

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

⁽⁸⁷⁾ www.ilo.org/ilolex/spanish/convidisp1.htm, en su número de orden entre Convenios el 169.

el derecho de decidir sus propias prioridades en lo 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 DDPI sigue en esa misma línea abierta por el Convenio 169 potenciando tanto derechos como, lo que no es menos importante o

lo resulta bastante más, procedimientos de garantía ⁽⁸⁸⁾. Lo que comienza potenciando es a los mismos pueblos como sujetos de derecho internacional en su virtud. La DDPI es una norma de derechos humanos. Fue adoptada bajo tal concepto en septiembre de 2007 por la Asamblea General de las NNUU conteniendo disposiciones vinculantes para ellas mismas y para los Estados, como ya nos consta: « 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 DDPI, 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 DDPI califica repetidamente al *consentimiento* como *libre, previo e informado*: « Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de 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

⁽⁸⁸⁾ daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement.

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 DDPI 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 DDPI 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 inte-

resados, 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 DDPI (art. 27).

No puede decirse que, entre Convenio y DDPI, 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 supuestos ⁽⁸⁹⁾.

III.5. *Principios sobre Derechos Humanos y Empresas contra Garantías de Derechos de los Pueblos Indígenas.*

Quien haya leído atentamente hasta este punto imagino que no dará crédito a sus ojos. ¿Cómo las NNUU 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

⁽⁸⁹⁾ *acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Final-version-Guidelines-on-isolated-indigenous-peoples-february-2012.pdf*, Directrices (de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) *de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay*, bajo la óptica que se deduce de la DDPI, la de respeto a la libre determinación y a sus territorios y recursos por ende. Para publicaciones sobre pueblos aislados por dichas regiones americanas, *www.iwgia.org/publicaciones/publicaciones-por-idioma/publicaciones-en-castellano*.

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 NNUU especialmente atenta y sensible con los derechos, la OIT, y llegó a culminarse por las instancias de derechos humanos hasta la aprobación de la DDPI por la Asamblea General en septiembre de 2007 ⁽⁹⁰⁾. 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 NNUU 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 DDPI 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 Comerciales ⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ C. Charters y R Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*; Stephen Allen y A. Xanthaki (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011; en éste se contiene un buen capítulo sobre el valor normativo de la DDPI y su trascendencia potencial para el orden internacional de los derechos humanos, pp. 304-326: Jérémie GILBERT y Cathal DOYLE, *The Requirement to Obtain Free, Prior and Informed Consent: Natural Evolution or Groundbreaking Development?*

⁽⁹¹⁾ 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

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 resaltan tanto ni de tal modo ⁽⁹²⁾. 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 DDPI 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 NNUU 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 vinculante ⁽⁹³⁾. Mas con todo esto no se recorre otro camino hacia un mismo fin, sino que se abre una senda

resultado, R. Mares (ed.), *Business and Human Rights: A Compilation of Documents*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. En su aplicabilidad a las empresas seguiría insistiendo D. Weissbrodt, *International Standard-Setting*, pp. 376-379. Radu Mares es de la posición contraria además de asesor consecuente de empresas extractivas, como todavía comprobaremos.

⁽⁹²⁾ Nina SEPPALA, *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 ya citado; Scott JERBI, *Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?*, en «Human Rights Quarterly», 31-2, 2009, pp. 299-320; Patricia FEENEY, *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.

⁽⁹³⁾ R. MARES, *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.

hacia un horizonte bastante más incierto y, con toda seguridad, distinto ⁽⁹⁴⁾.

La hoja de ruta marcada por *Proteger, Respetar, Remediar* es todavía otra diversa, pues ni siquiera utiliza la brújula de la DDPI. 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 DDPI, *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 prácticos ⁽⁹⁵⁾.

Como hemos visto reiteradamente, todas las instancias de las NNUU están obligadas al cumplimiento de la DDPI, 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

⁽⁹⁴⁾ L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La 'implementación' de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42*, en Natalia Álvarez, J. Daniel Oliva y Nieves Zúñiga (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Catarata, 2009, con mi crítica y su réplica, todo esto anticipado en Internet: clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2008/10/articulo-adidpi-def.pdf.

⁽⁹⁵⁾ Fergus MAC KAY, *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; Galit A. SARFATY, *The World Bank and the Internalization of Indigenous Rights Norms*, en « Yale Law Journal », 114-7, 2005, pp. 1791-1818. Para las posiciones del WB-BM sobre los pueblos indígenas, go.worldbank.org/IBZABS9UU0.

de los Pueblos Indígenas, y la tercera, la del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Las tres han asumido expresamente el compromiso con la DDPI 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 DDPI ⁽⁹⁶⁾. 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 indígenas ⁽⁹⁷⁾. 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 NNUU el poderoso lobby empresarial que no es difícil adivinar detrás de la iniciativa del Pacto Mundial ⁽⁹⁸⁾.

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 DDPI ⁽⁹⁹⁾. En el de 2009 se produce una aparente

⁽⁹⁶⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/docsonu/2010_brc_res_15_13_sp.pdf. Para el Foro y para el Mecanismo, www.un.org/esa/socdev/unpfii/es y www.obchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP.

⁽⁹⁷⁾ S.J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, cuya traducción es de L. Rodríguez Piñero y Pablo Gutiérrez Vega; la presentación, de B. Clavero; las edición, conforme a la segunda original actualizada de 2004. La primera es de 1996.

⁽⁹⁸⁾ Subhabrata Bobby BANERJEE, *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 cualificada (www.buffingtonpost.com/paul-finkelman/parents-children-and-citi_b_687223.html).

⁽⁹⁹⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2008_brc_annual_report_sp.pdf.

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 derechos ⁽¹⁰⁰⁾.

El Relator Anaya pone como ejemplos de *buenas prácticas* las de autorregulación empresarial que realmente se encuentran bajo mínimos en lo que toca en concreto a derechos de los pueblos indígenas ⁽¹⁰¹⁾. 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 el *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 pueblos ⁽¹⁰²⁾. 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

⁽¹⁰⁰⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_brc_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 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.

⁽¹⁰¹⁾ 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 WB, que apenas alcanzan unos mínimos y que igualmente desnaturalizan la DDPI con ocurrencias como la de sustituir *consentimiento libre, previo e informado* por *consulta libre, previa e informada*.

⁽¹⁰²⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_ga_annual_report_sp.pdf.

garantías con las que cuentan los pueblos indígenas, vinculando a los Estados, para que esa responsabilidad empresarial pueda en la práctica 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 ulterior ⁽¹⁰³⁾. 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 DDPI ⁽¹⁰⁴⁾.

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 DDPI pese al propio mandato de promocionarla. La minusvaloración personal de la segunda le facilita la sobrevaloración institucional, como Relator, de lo primero ⁽¹⁰⁵⁾. No hay precedentes en

⁽¹⁰³⁾ clavero.derechosindigenas.org/?p=7420; clavero.derechosindigenas.org/?p=10241, junto con la entrada ya citada clavero.derechosindigenas.org/?p=9951.

⁽¹⁰⁴⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2011-brc-annual-report-a-brc-18-35_sp.pdf. La expresión original, literalmente traducida al castellano, parece igual de fuerte: *basic normative structure* (unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-brc-annual-report-a-brc-18-35-en.pdf).

⁽¹⁰⁵⁾ unsr.jamesanaya.org/docs/data/sja-cv-01-2011.pdf, currículo 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

las NNUU para un paso de tamaño alcance, un paso que otorga valor normativo a un mero informe de un relator, dígamele representante, por encima de un instrumento de derechos humanos adoptado como tal por la Asamblea General ⁽¹⁰⁶⁾. 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 serlo 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 NNUU ante la DDPI, 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 derechos ⁽¹⁰⁷⁾.

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

resultó concurrida y polémica, así como su publicación: S.J. ANAYA, *¿Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?*, en N. Álvarez, J.D. Oliva y N. Zúñiga (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, pp. 37-50. No es que se opusiera a la DDPI, sino que la entiende seriamente como innecesaria por la razón de que su contenido sustancial ya se tendría en el derecho internacional previo, lo que sigo pensando que era un buen argumento, aunque forzado, antes de la DDPI, no definitivamente después. No parece del todo cierto que todos los derechos que en ella se registran ya estuvieran reconocidos como derecho humano y esto, no por exceso de la DDPI, sino por deficiencia del resto de los instrumentos internacionales de derechos humanos (brcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf), con lo cual resulta 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 DDPI se cuida de especificar la obligación consiguiente del Estado, lo que con anterioridad no existía en el derecho internacional.

⁽¹⁰⁶⁾ www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate, el mandato citado del Representante Especial en el que tampoco hay base para conferirle un valor normativo al Marco y los Principios.

⁽¹⁰⁷⁾ A. Peters, Lucy Koechlin, Till Förster y Gretta Fenner Zinkernagel (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Andreas Rasche y G. Kell (eds.), *The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, prólogo de Ban Ki-moon.

constituir una violación de los derechos inmanentes enunciados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas » (108). 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 aprecia (109). 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 DDPI, a los pueblos indígenas y sus organizaciones (110). El adelanto se incluye en el mismo Informe del 2011 en el que adopta *Proteger, Respetar, Remediar* como término normativo de referencia (111).

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 hablado (112). ¿Es así? El Relator Anaya no se ha planteado ciertamente rescatarlas. En ninguno de sus informes de los tres años que

(108) 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 DDPI recién adoptada y con la urgencia de hacerla valer respecto a las cuestiones más graves y desreguladas. La prórroga para un segundo trienio, que España propuso, no me fue concedida por el Consejo Económico y Social.

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

(110) clavero.derechosindigenas.org/?p=10241; clavero.derechosindigenas.org/?p=9094.

(111) www2.obchbr.org/english/bodies/brcouncil/docs/18session/A-HRC-18-35_sp.pdf, el mismo Informe ya citado de 2011.

(112) Sascha-Dominik Oliver Vladimir BACHMANN y Pini Pavel MIRETSKI, *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.

median entre el Marco y los Principios plantea cuestión a su respecto ⁽¹¹³⁾. 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 haciéndose ⁽¹¹⁴⁾, cuando así se elimina la presencia activa de sujetos de derecho internacional como lo son, tras la DDPI, los pueblos indígenas, no en cambio, ni antes ni ahora, las empresas. Entre Representante Ruggie y Relator Anaya las cosas funcionan tal y como si la DDPI no existiera ni siquiera a los efectos de considerarles *parte* en el asunto neurálgico de los derechos humanos y las

⁽¹¹³⁾ Weissbrodt no ha dejado de criticar el planteamiento de Ruggie como Representante Especial, lo que hubiera podido ayudar al Relator 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: D. WEISSBRODT, *International Standard-Setting*, pp. 382-390. Añádase David BILCHITZ, *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.

⁽¹¹⁴⁾ Deborah LEIPZIGER, *The Corporate Responsibility Code Book*, Sheffield, Greenleaf, edición revisada, 2010, concluyendo con *An emerging consensus*.

empresas, algo que, como vimos, estaba claro, incluso antes de la DDPI, para 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.

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 atiende ⁽¹¹⁵⁾. 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 Estado ⁽¹¹⁶⁾. Bien que un mínimo para una instancia de las NNUU, 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 DDPI, más o menos junto a los Estados, como sujetos de derecho en el ámbito internacional ambos, también los pueblos indígenas después de la DDPI, 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 DDPI ⁽¹¹⁷⁾. Hay más. Entre las garantías frente a posibles atropellos de derechos vitales de los pueblos indígenas por parte de industrias extractivas se tiene tam-

⁽¹¹⁵⁾ 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.

⁽¹¹⁶⁾ unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-ga-annual-report-sp.pdf.

⁽¹¹⁷⁾ S.J. ANAYA, *The Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era*, en C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009, pp. 184-198 (está citada la traducción al castellano, *El Desafío de la Declaración*), reiterando el argumento que le caracteriza, el de que la DDPI 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).

bién la de un derecho penal internacional que el Relator Anaya también viene eludiendo ⁽¹¹⁸⁾.

¿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 NNUU. 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 superior ⁽¹¹⁹⁾. Aun con 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 terciado ⁽¹²⁰⁾.

Los aportes de dos de los tres tenores resultan influyentes,

⁽¹¹⁸⁾ *clavero.derechosindigenas.org/?p=8791*, impresa la versión íntegra en B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011, pp. 250-262. En Informe sobre Colombia (*unsr.jamesanaya.org/esp/docs/countries/2010_report_colombia_sp.pdf*) hay alusión a que podía estar cometándose 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 NNUU.

⁽¹¹⁹⁾ D. WEISSBRODT y M. KRUGER, *Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors*, en Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-349; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 76-80 y 195-270 (con ulterior información y diverso tratamiento sobre los documentos aquí vistos con anterioridad a *Proteger, Respetar, Remediar*); Lisbeth SEGERLUND, *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: New Construction in a Globalizing World*, Londres, Routledge, 2010; Darryl Reed, Peter Utting y Ananya Mukherjee-Reed (eds.), *Business Regulation and Non-State Actors: Whose Standards? Whose Development?*, Londres, Routledge, 2012.

⁽¹²⁰⁾ J.G. RUGGIE, *Business and Human Rights*; D. WEISSBRODT, *International Standard-Setting*.

representativos y complementarios. Las instancias mayores de desarrollo, como el WB, el Banco Mundial, y el Programa de las NNUU para el Desarrollo (PNUD), están rindiendo tributo retórico a la DDPI al tiempo que acuñan fórmulas y arbitran mecanismos para viscerarla reproduciendo un escenario que sigue seriamente afectando a los derechos de los pueblos indígenas y sus garantías ⁽¹²¹⁾. 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 Anaya ⁽¹²²⁾.

Hay todavía una diferencia entre los dos tenores respecto a los pueblos indígenas. Ruggie ignora 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

⁽¹²¹⁾ www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7374: Grupo de las NNUU 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 OIT forma parte del Grupo para el Desarrollo y se ha mostrado activa en el intento de devaluar la DDPI. El PNUD contribuye con políticas y con teorías; modifica las medidas del *desarrollo*, como desarrollo *humano*, que no acaban de adoptar un enfoque consecuente de derechos, y aún menos de derechos de pueblos sin Estados, por no reducirse a indicadores económicos; también impulsa la categoría de *governance* o gobernanza que ha sido acuñada en medios del WB y que, si algo aporta, es el desplazamiento solapado de los derechos como base común del derecho internacional y del doméstico. Para exposiciones propagandísticas: Richard Jolly, Louis Emmerij, Dharam Ghai y Frédéric Lapeyre, *UN Contributions to Development Thinking and Practice*, Bloomington, Indiana University Press, 2004; Craig N. MURPHY, *The United Nations Development Programme: A Better Way?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; el primero pertenece a una serie de las propias NNUU, el *United Nations Intellectual History Project*, y el segundo está financiado por el propio PNUD. Confróntese Claus OFFE, *Governance, an 'Empty Signifier'?*, en « Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory », 16-4, 2009, pp. 550-562.

⁽¹²²⁾ 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 que 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.

plausibilidad de cara a los pueblos indígenas de la que por sí solos originalmente carecerían. 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 internacional ⁽¹²³⁾. A este respecto, la relatoría sobre derechos humanos y empresas, si puede funcionar, será gracias a la relatoría sobre derechos de los pueblos indígenas. Esto juegos de prestidigitación no son extraños en el derecho internacional con sus movimientos descompensados entre derechos humanos y poderes globales.

III.6. *Segundas reflexiones interlocutorias: Responsabilidades y obligaciones; dogmática, políticas y derecho.*

« He elegido 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 entrevista ⁽¹²⁴⁾. Es el punto de partida del Pacto Mundial o

⁽¹²³⁾ *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, Margarita BENAVIDES, *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; Javier AROCA MEDINA, *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; Alberto CHRIF, *Pueblos indígenas amazónicos e industrias extractivas*, Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-Comisión Episcopal de Acción Social, 2011.

⁽¹²⁴⁾ « 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* (« I chose the word responsibility, rather than duty, because for the most part international law doesn't apply directly to companies »). Véase también su prólogo a un volumen de la referida serie de autopromoción *United Nations Intellectual History Project*: Thomas G. WEISS y Ramesh THAKUR, *Global Governance and the UN: An Unfinished Journey*, Bloomington, Indiana University Press, 2010, pp. XV-XX, insistiendo en la imagen del orden internacional vinculante como intergubernamental sin alcance directo a actores como las empresas salvo en lo que respecta al acceso a litigiosidad en defensa propia y a iniciativas de compromisos voluntarios. A dicha misma serie pertenece Tagi SAGAFI-NEJAD y J.H. DUNNING, *The UN*

Global Compact y, ahora, 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, gracias a los derechos humanos, lo somos todos los individuos y además, junto a los Estados, los pueblos indígenas, muy dudosa y condicionadamente, si acaso, las empresas ⁽¹²⁵⁾.

Antes que las empresas, lo soy yo mismo. Como sujeto internacional de derechos humanos, ¿tengo sólo la responsabilidad y no el deber de respetarlos de cara a todo el resto de la humanidad? Si cuento con capacidad y 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? Puesto ya a preguntar, ¿no es un mensaje de impunidad lo que se envía a las empresas transnacionales cuando desde las NNUU no se les requiere que afronten sus responsabilidades como las deberes estrictos que son, sino que, como hemos visto, se muestra

and *Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*, Bloomington, Indiana University Press, 2008.

⁽¹²⁵⁾ Patrick DUMBERRY, *L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements*, en « *Revue Générale de Droit Internationale Public* », 108-1, 2004, pp. 103-122, aceptándolo limitada y condicionadamente. Aunque actores de políticas y sujetos de derechos no sean lo mismo, títulos renovadores como el de A. CLAPHAM, *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 por ahora y 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 DDPI (Alan BOYLE y Christine CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 48-50; A. EIDE, *Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*).

comprensión ofreciéndoles generosamente asesoramiento como si no tuvieran capacidad y obligación de tener sus propios equipos legales para ajustar sus proyectos y actividades al derecho? Por lo demás, ¿qué sentido tiene distinguir en tal forma entre responsabilidad y deber u obligación? ¿No es la responsabilidad premisa y la obligación corolario? En otro caso, ¿no resulta la invocación a la responsabilidad una forma de «ratificación retórica de la impunidad»? (126).

Tampoco distingamos, para la reacción internacional, entre actividades transnacionales legales o ilegales, lícitas o ilícitas, según lo fuere la empresa. No sentemos presunciones salvo la de inocencia del individuo. Si atenta contra derechos humanos, es ilícita cualquier actividad de empresa por muy legal que sea ésta. La biopiratería global no es sólo ni principalmente práctica de empresas ilegales. Si el mercado mismo puede intervenir por defensa de los derechos humanos frente a los Estados (127), ¿por qué no cabe actuarse de igual modo frente a las empresas? La ilegitimidad nada ocasional de la legalidad empresarial suele hoy encubrirse con el mantra de un desarrollo que se entiende no depredatorio sólo porque se le adjetive como sostenible y al que se le tiene por conforme a derechos sólo porque se le califique como humano y además se le declare como constitutivo él mismo de derecho, el derecho al desarrollo, un derecho humano ciertamente, pero no a costa del sacrificio completo

(126) La expresión pertenece a Sebastián Martín, compañero en la Universidad de Sevilla, quien, con sus notas de lectura de estas páginas, me ha prestado realmente ayuda para una última revisión.

(127) Anthony E. CASSIMATIS, *Human Rights Related Trade Measures under International Law: The Legality of Trade Measures Imposed in Response to Violations of Human Rights Obligations under General International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007. 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 (B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*), 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.

de otros derechos humanos o del conjunto de los derechos humanos de sectores determinados como el indígena ⁽¹²⁸⁾.

En 2011 se ha culminado en las NNUU un proceso que arrancó hace una década larga con el establecimiento del Pacto Mundial y con el rechazo de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Sustancialmente, usos retóricos aparte, el punto de llegada de las NNUU en 2011 es el punto de partida de la *Organisation for Economic Cooperation and Development* u Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD u OCDE) en 2000, un club exclusivo de Estados, con reserva rigurosa del derecho de admisión, que intenta establecer condiciones en defensa del mercado como valor prioritario no sólo para sus miembros, sino también para el resto de la humanidad, dotado de unas *Guidelines for Multinational Enterprises*, Directrices para Empresas Multinacionales, que registran el respeto a los derechos humanos en términos precisamente de recomendaciones no vinculantes ⁽¹²⁹⁾. A estas alturas, en la edición de 2011, ya se encuentra introducida la referencia a derechos de los pueblos indígenas con la consiguiente falta de compromiso efectivo ⁽¹³⁰⁾. La OCDE no es una organización

⁽¹²⁸⁾ Gilbert RIST, *The History of Development from Western Origins to Global Faith*, edición corregida y actualizada (Zed Books, 2008), Nueva Delhi, Academic Foundation, 2009, con tratamiento de dichas construcciones del PNUD, lo que es decir del referido Grupo de las NNUU para el Desarrollo, particularmente de la categoría de *desarrollo humano* (pp. 205-210); añádase C.A. Boyly, Vijayendra Rao, Simon Szreter y Michael Woolcock (eds.), *History, Historians and Development Policy: A necessary dialogue*, Manchester, Manchester University Press, 2001. Contrástense, por ejemplo, Daniel AGUIRRE, *The Human Right to Development in a Globalized World*, Aldershot, Ashgate, 2008, o, para mayor contraste todavía, Jean-Pierre CHAUFFOUR, *The Power of Freedom: Uniting Development and Human Rights*, Washington, Cato Institute, 2009.

⁽¹²⁹⁾ D. WEISSBRODT y M. KRUGER, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations, no dejan de colacionar estas Guidelines a los efectos comparativos que interesan; añádase A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 201-211. La OCDE, establecida como tal en 1961, procede de la Organización Europea para la Cooperación Económica, lo que significa que del Plan Marshall (1947). Intenta mejorar la imagen sobrevalorando el pasado Richard WOODWARD, *The Organization for Economic Cooperation and Development*, Abingdon, Routledge, 2009.

⁽¹³⁰⁾ www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf.

global, pero quiere tener un alcance global. Igual que la OMC, no guarda relación orgánica constitutiva ni sobrevinida con las NNUU. Comparten actualmente la pretensión de atenerse por adhesión voluntaria al derecho internacional de los derechos humanos, el mismo homenaje de la hipocresía a la virtud que ahora caracteriza al Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* de las NNUU.

La falacia común a las posiciones de la OMC, la OCDE y del Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* es la de confundir interesadamente entre ser miembro de las NNUU y contraer obligación con el derecho internacional de los derechos humanos que las mismas declaran; entre asumir el compromiso de garantizar estos derechos y estar vinculado a los mismos. Lo primero compete a los Estados; lo segundo alcanza a todas y todos, individuos y entidades de todo tipo, las empresas naturalmente no exclusive. Con tamaña falacia, está creándose en el mismísimo seno de las NNUU un régimen de exención a favor de intereses empresariales. 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 OIT y la DDPI de las NNUU 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 contraponerse y colisionar.

La cuestión está abierta. Tampoco es que vaya a resolverse entre tenores y por mayoría de dos contra uno, Ruggie y Anaya contra Weissbrodt. Por mucho que se tienda entre quienes tienen la voz cantante a operar como si la doctrina prevaleciese sobre el derecho habiendo de ser la primera la que imprima sentido al segundo y no a la inversa, por mucho que este supremacismo académico tenga hoy fuerza, las normas mismas resultan suficientes para desautorizarles (baste con recordar artículos citados como el 38 y el 42 de la DDPI). En cuanto a John Ruggie, si se repasa su obra iusinternacionalista, se advertirá cómo realmente pesan o se hacen empeñadamente pesar dogmas añejos, cual el de soberanía exclusiva del los Estados o cual el concomitante del valor normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos sólo respecto a ellos y tan sólo si son tratados suscritos por ellos. Tal es la base y tal

es el escenario para el empeño por parte de Ruggie de incrustar el mercado global en el derecho internacional. De un mercado se trata que, por chocar fácilmente con derechos humanos, necesita del respaldo de los Estados y de las institucionales intergubernamentales. Es lo que Ruggie denomina *embedded liberalism* o, equivaliendo a efectos prácticos, *embedded market*, ese mercado incrustado con poderes internacionales propios entre Estados apoderados. Con la necesidad siempre del respaldo institucional, la agenda antepone negocio a derecho, los negocios a los derechos. Esta es la voz cantante ahora en las NNUU ⁽¹³¹⁾.

No hace falta asumir la agenda de la incrustación del mercado en el derecho internacional para adoptar su corolario de neutralización de garantías internacionales de derechos humanos. Hemos tenido el ejemplo bien expresivo de las posiciones de James Anaya, también profesor universitario y actualmente Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Es la fuerza de la doctrina como forma de verdadero prejuicio. Se antepone y superpone al juicio, al juicio ante todo del propio derecho. ¿Qué vale entonces la evidencia de que tales no son los supuestos de un orden internacional de derechos humanos en general y de las garantías de los derechos de los pueblos indígenas en particular? Aunque no suela ya denominársele así y aunque haya medios jurídicos donde la expresión sea exótica, es la fuerza de la *dogmática*, de una dogmática procedente de tiempos anteriores al derecho internacional de los derechos humanos y que ahora se recicla con cierta continuidad de intereses económicos más que políticos. En tiempos de colonialismo abierto, los Estados podían ser agentes empresariales ellos mismos.

⁽¹³¹⁾ John Ruggie propugna un multilateralismo no reducido a las NNUU que comprende la justificación del GATT, luego WTO (OMC), frente al intento de establecer la Organización Internacional del Comercio de las NNUU (J. RUGGIE, *Constructing the World Polity: Essays on International Institutionalization*, Londres, Routledge, 1998, p. 75), y que se concreta en la agenda de *embedment* del mercado global como un *legitimate social purpose* del orden internacional: J. Ruggie (ed.), *Embedding Global Markets: An Enduring Challenge*, Aldershot, Ashgate, 2008. El dato más sintomático de la agenda no exactamente oculta ya está advertido: mientras que la expresión de las NNUU suele ser la de *derechos humanos y empresas*, el uso sistemático de Ruggie es el de *empresas y derechos humanos, business and human rights*, negocios y derechos humanos, por este orden.

En tiempos de colonialismo encubierto, son las empresas las que intentan poner a los Estados a su servicio, tanto por separado como conjuntados en las NNUU, en una constelación de organizaciones internacionales que predica derechos humanos. Hablo de continuidad de colonialismo entre Estados y pueblos indígenas, no de neocolonialismo entre Estados postcolonialistas y postcolonizados (132).

No todo se debe a las NNUU en su vertiente, que fuera fundacional, de agencia de mantenimiento de colonialismo. La doctrina iusinternacionalista, esta dogmática, contribuye. La dogmática se caracteriza por no construir el estado normativo actual partiendo de las novedades, sino por neutralizarlas a partir de la ficción rampante de prejuicios establecidos en forma de paradigma. Sé que la subordinación del acto normativo a la doctrina o jurisprudencia establecida cuenta con solera en medios jurídicos de tradición británica, pero porque esta tradición no había experimentado y se resistía a admitir intervenciones legislativas de alcance constituyente. Luego se han sumado las pretensiones científicas de la doctrina jurídica sobre el derecho establecido. El caso es que el comportamiento prepotente ha resistido e incluso se ha fortalecido en tiempos precisamente de constitucionalismo (133).

Hoy, tal modo de actuar de la doctrina frente al derecho tiende a imperar en las propias NNUU por vía, más que de diplomacia, de

(132) Laurence FRECH y Magdaleno MANZANÁREZ, *NAFTA and Neocolonialism: Comparative Criminal, Human and Social Justice*, Lanham, University Press of America, 2004 (NAFTA: *North American Free Trade Agreement* o Tratado de Libre Comercio de América del Norte, esto es Canadá, Estados Unidos y México), tomándose en cuenta la presencia de pueblos indígenas. La política de tratados de libre comercio se sitúa en la línea de la OMC y, en general, del multilateralismo no reducido a las NNUU.

(133) Allan C. HUTCHINSON, *The Province of Jurisprudence Democratized*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 2: « This books contributes to a developing tendency to expose the dirty little secret that contemporary jurisprudence is at odds with the unsettling demands of an uncompromising democratic project », *jurisprudence* en el sentido de « science of jurisprudence », la doctrina. Lo propio o quizás mejor podría decirse respecto al proyecto de los derechos que comprende democracia sin agotarse en ella y potenciándola más allá de la representación y la responsabilidad. El término de referencia es por supuesto John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832 (edición de Sarah Austin, su viuda, 1861, disponible en google-books), pero la exposición dilata el campo de la doctrina analizada.

comités de expertas y expertos afectando a derechos humanos. Contribuye la misma Oficina del Alto Comisionado (hoy Alta Comisionada) para los Derechos Humanos, una oficina llevada por gentes expertas ⁽¹³⁴⁾. No estoy con todo esto planteando el asunto del desarrollo o de la suplencia de derecho por la doctrina, sino el de la suplantación del uno por la otra. Contribuir, incluso decisivamente, a lo primero no previene de poderse incurrir en lo segundo ⁽¹³⁵⁾. En la dogmática iusinternacionalista se conserva más viva la mentalidad supremacista de una cultura sobre otras y de la doctrina misma sobre el derecho, fuertemente vinculados ambos rasgos, sin disposición alguna con todo a cobrar conciencia de las limitaciones de la propia localización cultural de raigambre colonial ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁴⁾ www2.obchcr.org/spanish/law/index.htm, donde ya hemos acusado el detalle de que la DDPI se recluya en un apartado junto a los *Derechos de las Minorías* y no se incluya en la sección del *Derecho a la Libre Determinación*. La dicotomía dogmática entre pueblos-estados y minorías-pueblos indígenas opera, degradando la DDPI, prácticamente por todo el sistema de NNUU, no sólo por sus instancias intergubernamentales. Hay quienes se niegan a distinguir a los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, diga lo que diga el propio derecho internacional, con los peregrinos argumentos de que así lo que se produce es discriminación de las minorías y de que éstas, en espacios como el europeo, se cualifican mejor a efectos constitucionales que los pueblos indígenas por doquier: Will KYMLICKA, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007; *The Internationalization of Minority Rights*, en «International Journal of Constitutional Law», 6-1, 2008, pp. 1-32. Que *minoría* sea una categoría del tracto colonial enquistada en el derecho internacional con efectos por sí misma discriminatorios de los grupos humanos a los que se aplica no es cuestión que quepa en una perspectiva multicultural que sigue siendo de Estados.

⁽¹³⁵⁾ En el caso de los comités de tratados de derechos humanos, tiende a destacarse más el desarrollo que, llegado el caso, la suplantación; así, interesando a pueblos indígenas, Dominic MCGOLDRICK, *Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, edición actualizada, Oxford, Clarendon, 2004. El Comité de Derechos Humanos se resiste ahora a hacerse cargo del giro marcado por la DDPI respecto a derechos sobre los que tiene sin género de dudas competencia y que antes ha ejercido: clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/01/comite-de-derechos-humanos-y-pueblos-indigenas.pdf, además de clavero.derechosindigenas.org/?p=3040 y otro par con los sufijos =2745 e =2711.

⁽¹³⁶⁾ Ahora, para lo primero, lo del desarrollo o lo de la suplencia, estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 40, 2011, *Giudici e Giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, interesando también de los mismos «Quaderni», 33-34, 2004-2005, *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto*

Respecto al derecho internacional de los derechos humanos, p \acute{o} rtico para la suplantaci \acute{o} n es el argumento visto que lo caracteriza como no derecho a efectos pr \acute{a} cticos, como *soft law* o derecho d \acute{e} bil contrapuesto a *hard law* o derecho fuerte, a derecho propiamente dicho o en rigor, con lo cual se abre el espacio para superponer interpretaciones complacientes con poderes e intereses, interpretaciones que no responden al tenor de las propias normas. El ejemplo m \acute{a} s elocuente resulta el de la recepci \acute{o} n pr \acute{a} cticamente nugatoria de la DDPI. Rep \acute{a} rese adem \acute{a} s en la descompensaci \acute{o} n del juego entre derecho d \acute{e} bil y derecho fuerte cuando opera en el \acute{a} mbito internacional a favor de la discrecionalidad de unos sujetos y no de otros, as $\acute{\i}$ de los Estados y de las empresas transnacionales, no en cambio, en caso alguno, de los pueblos ind \acute{i} genas. Porque dicha distinci \acute{o} n est \acute{e} en boga y sea v \acute{a} lida a algunos otros efectos, no vamos a ignorar que su empleo comienza por afectar negativamente al derecho internacional de los derechos humanos ⁽¹³⁷⁾. Desde posiciones de *soft law* se est \acute{a} n eviscerando incluso los mandatos m \acute{a} s imperativos del derecho internacional de los derechos humanos, como sea el caso del art \acute{i} culo 42 citado de la DDPI. No se trata por supuesto de

coloniale fra Otto e Novecento, abri \acute{o} camino P. Grossi (ed.), *Giuristi e Legislatori. Pensiero giuridico e innivazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Mil \acute{a} , Giuffr \acute{e} , 1997. Lo segundo, lo de la suplantaci \acute{o} n, con todo cuanto afecta al derecho internacional, est \acute{a} por estudiar o incluso por identificar como tal, pero v \acute{e} anse Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Anthony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Onuma YASUAKI, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, La Haya, Academy of International Law, 2010 (=Recueil des Cours, 342, 2009, pp. 77-418). Abre camino sobre la suplantaci \acute{o} n A.C. HUTCHINSON, *The Province of Jurisprudence Democratized*. La hipoteca de la localizaci \acute{o} n cultural de una doctrina que se pretende global tambi \acute{e} n es asunto que est \acute{a} no s \acute{o} lo por estudiar, sino incluso por identificar en cuanto que problema tanto historiogr \acute{a} fico como jur \acute{i} dico.

⁽¹³⁷⁾ Nicholas BAYNE, *Hard and Soft Law in International Institutions: Complements, Not Alternatives*, en John J. Kirton y Michael J. Trebilcock (eds.), *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate, 2004, pp. 347-352. Respecto a los intereses empresariales, en vez de cuestionarse la categor $\acute{\i}$ a misma de la desregulaci \acute{o} n con nombre de derecho, de derecho d \acute{e} bil, la \acute{u} ltima crisis financiera internacional quiere saldarse con su reclamo: Chris BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial Crisis: Rule Making in the 21st Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

una consecuencia automática, pues media la libertad y la responsabilidad de la doctrina ⁽¹³⁸⁾.

En este escenario, los pueblos indígenas están pugnando no sólo sobre el propio terreno, sino también con los Estados y por los mismos ámbitos internacionales, intergubernamentales o no ⁽¹³⁹⁾, aun sin contar con instancias que realmente les representen en todo el despliegue de la constelación de las NNUU. Las hay abiertas a participación, ninguna basada en representación estricta salvo la de los Estados. NNUU sigue siendo constitutivamente intergubernamental. Es organización formada por Estados y con peso creciente de intereses económicos transnacionales convertidos con todo en poderes globales. 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, tal y como si tuvieran la representación de una ciudadanía global, la *ciudadanía corporativa* cual estado formal de transnacionalidad que postula el Pacto Mundial, una ocurrencia que, al igual que la de responsabilidad social, cosecha éxito desde luego por los mismos medios de intereses empresariales ⁽¹⁴⁰⁾. Bajo unos bonitos conceptos se encubre la

⁽¹³⁸⁾ L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La 'implementación' de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42*, con el debate que mantuvimos, disponible, como está dicho, en Internet: clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2008/10/articulo-adidpi-def.pdf; el mismo término de *implementación* (de políticas discrecionales se entiende) rehuye el más propio de *aplicación* (de derecho estricto). Las versiones del *soft law* no adversas al valor normativo de los derechos se plantean desde el ámbito menos problemático del Estado constitucional con apertura a órdenes tanto internacional como no estatales: Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Madrid, Trotta, 2011.

⁽¹³⁹⁾ 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 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.es-cr-net.org/news/news_show.htm?doc_id=871981&attribLang_id=13441.

⁽¹⁴⁰⁾ Andreas Georg Scherer y Guido Palazzo (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; Jesús Conill, Christoph Luetge y Tatjana Shönwälder-Kuntze (eds.), *Corporate Citizenship, Contractarianism and*

evasión corporativa de la vinculación común a ordenamiento y, más particularmente, a las garantías de derechos, lo que no figura, aunque se pregone, entre las prioridades ⁽¹⁴¹⁾. Igualmente se vela el modo de erigir subrepticamente a empresas transnacionales a la posición de sujetos del orden internacional en el marco del Pacto Mundial, lo que es en el seno de las NNUU, suplantando y defraudando a otros, como a los pueblos indígenas. Son políticas que la propia organización internacional acoge y fomenta.

¿Es éste, el de suplantación y defraudación, el modelo de *asesoramiento* encarecido desde instancias de las NNUU competentes en materia indígena? No necesariamente desde luego. Hay ejemplos a la vista en tal dirección ⁽¹⁴²⁾, pero no tienen por qué marcar la pauta. En todo caso, ese es el mensaje que reciben las empresas sin verse contradichas por pregonarlo en forma incluso de propaganda comercial ⁽¹⁴³⁾. Por su parte, para fortalecerlo, John

Ethical Theory: On Philosophical Foundations of Business Ethics, Farnham, Ashgate, 2008; Ingo Pies y Peter Koslowski (eds.), *Corporate Citizenship and New Governance: The Political Role of Corporations*, Dordrecht, Springer, 2011.

⁽¹⁴¹⁾ Juan Hernández Zubizarreta y Pedro Ramiro (eds.), *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria, 2009; A. TEITELBAUM, *La armadura del capitalismo*, pp. 237-268; Thøger CHRISTENSEN, Mette MORSING y Ole THYSEN, *The Polyphony of Corporate Social Responsibility: Deconstructing Accountability and Transparency in the Context of Identity and Hypocrisy*, en Georges Cheney, Steve May y Debashish Munshi (eds.), *The Handbook of Communication Ethics*, Nueva York, Routledge, 2011, pp. 457-473. Lo dicho puede fácilmente comprobarse, si es que hiciera todavía falta, en el sitio del *Center for Corporate Citizenship* del Boston College, en el que la prioridad neta es sencillamente la de ofrecer una plataforma de incremento de negocios mediante la *ciudadanía corporativa*: www.bccc.net.

⁽¹⁴²⁾ 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 de la Amazonía, entre 2008 y 2009, considerándolo además como un dato positivo para su currículo: www.rwi.lu.se/institute/staff/cv/rmcv.pdf.

⁽¹⁴³⁾ Véase el ejemplo de General Electric mediante su buscador: www.ge.com/search/index.jsp. La entradilla de la entrevista citada con Ruggie se congratula de la

Ruggie, como está visto, viene presentando una visión del derecho internacional que incrusta los intereses empresariales bien vivos en un cuadro obsoleto de prevalencia de Estados ⁽¹⁴⁴⁾. Por la suya, las NNUU y los mismos Estados por separado se muestran conniventes. Éstos, los Estados, siguen asumiendo mediante el voto o mediante la ratificación, instrumentos internacionales de derechos humanos con reservas implícitas compartidas en la práctica por las mismas NNUU. Baste, sin ir más lejos, el ejemplo de la DDPI. 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 constitucional. Las instancias de NNUU y especialmente las agencias de desarrollo suelen aplaudir, dado el caso, esas políticas ordinarias sin suscitar cuestión respecto a la inadecuación de un orden constitucional de valor normativo superior dentro de los Estados, como tampoco en relación al propio derecho internacional de derechos humanos en la medida en que plantean retos

buena acogida de su trabajo por empresas transnacionales significadas, comenzándose por Coca Cola y prosiguiéndose por General Electric. Tras su paso por las NNUU, John Ruggie ha sido contratado por un bufete transnacional con fuerte carga de intereses empresariales (www.foleyhoag.com). El papel de los despachos transnacionales como empresas con capacidad de crear al fin y al cabo derecho (*Non-State Standard Setters*) merecería también atención: Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.

⁽¹⁴⁴⁾ Para otra imagen, Ole WÆVER, *John G. Ruggie: transformation and institutionalization*, en Iver B. Neumann y O. Wæver, eds, *The Future of International Relations: Masters in the Making*, Londres, Routledge, 1997, pp. 170-204; Andrew LANG, *Reconstructing Embedded Liberalism: John Gerard Ruggie and Constructivist Approaches to the Study of the International Trade Regime*, en J.G. Ruggie (ed.), *Embedding Global Markets*, pp. 13-45. Hay casos en los que se hace difícil mantener la presunción de buena fe que se debe estrictamente a las personas individuales (extenderla sin más a los Estados, a las empresas o a las mismas NNUU es un estorbo serio para los debidos controles de constitucionalidad y garantías). John Ruggie, pese a la denominación susodicha de sus tareas docentes, habrá de convenirse en que, al contrario que James Anaya, ni siquiera se encontraba por su trayectoria claramente cualificado para confiarse derechos humanos. En todo caso, ambos operan, como se habrá apreciado, presumiendo buena fe de las empresas, de los Estados y de las propias NNUU, no tanto, significativamente, de los pueblos sin Estados.

constituyentes a los Estados ⁽¹⁴⁵⁾. Y no hay mecanismos en las NNUU para corregir desviaciones tales entre políticas y derecho, entre las políticas y el derecho de la propia organización internacional.

El tiempo importa. En otra época, en tiempos de un derecho internacional abiertamente colonial, antes por ejemplo de la Declaración de las NNUU sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, tales políticas de Estado hubieran tenido un valor superior. Antes por ejemplo de la propuesta de las Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos por parte de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* hubieran podido tener un valor del que hoy carecen. Después de la DDPI, su valencia sólo puede ser netamente negativa. Para una valoración positiva ha de hacerse abstracción de la propia historia. Dicho de otra forma, ha de ocultarse información. La historia de presente la recupera para cobrar conciencia.

Tal y como están las cosas, alguna conclusión al menos vamos logrando. 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 además las obligaciones esta-

(145) Es justo consignar de nuevo los casos, en América Latina, de las actuales constituciones del Ecuador y de Bolivia, de 2008 y 2009, conformándose con la DDPI, aunque luego son los respectivos gobiernos los que tienden a seguir operando sobre la reservas implícitas: B. CLAVERO, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, a publicarse en Rafael Rojas (ed.), *De Cádiz al Siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica*, México, Taurus; *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, a publicarse en «Revista Española de Derecho Constitucional», 94, 2012. Para algunos otros casos constitucionales en la región, inclusive los del constitucionalismo precedente en Ecuador y en Bolivia, B. CLAVERO, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008, y capítulos suplementarios accesibles en www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf. Lo de las instancias internacionales lo digo por mi experiencia como miembro el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Cabe comprobarse sin mayor problema entre los materiales de su sitio web citado.

blecidas en el derecho internacional de los derechos humanos, esto es al respecto la DDPI, la Declaración que las instancias específicas de las NNUU —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 indígenas.

Frente a confusión, Declaración, la DDPI por supuesto. Frente a suplantación, derecho, no su tergiversación por intérpretes. Cierto 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 DDPI en el caso. La confusión es en definitiva superable, pero no sin los pueblos.

IV. Conclusiones.

IV.1. *Constitucionalismo y transnacionalidad; constituyencia y paradigma.*

¿Hay un constitucionalismo internacional rigiendo el despliegue de derechos y poderes que venimos contemplando? Lo visto tan sólo es una cicatera muestra de toda la constelación de instituciones que hoy forman las NNUU y otras organizaciones concurrentes en un ámbito internacional presuntamente sujeto a ordenamiento jurídico, pero puede que sea una muestra, si no representativa, al menos significativa. NNUU no abarca todo el entramado de orden internacional, pero constituye indudablemente el astro rey de este firmamento. He ahí entonces las preguntas. ¿Tiene NNUU Constitución, una constitución que además abarque el orden internacional? ¿Puede plantearse un constitucionalismo de derechos global al tiempo que se enquistan, reproducen e incluso fortalecen poderes del colonialismo en el derecho internacional?

Son preguntas que guardan una estrecha relación desde que la primera no se formula en el sentido de que NNUU cuente o no cuente con normas que la funden y rijan, sino en el de si tenga o no

tenga un ordenamiento que defina principios y establezca a su luz instituciones, unos principios que sólo pueden ser de derechos y unas instituciones que han de mirar al objetivo de promocionarlos y garantizarlos si es que estamos hablando realmente de constitucionalismo. Si tratamos de constitucionalismo, los principios han de ser registros de derechos a los que sirvan las instituciones ⁽¹⁴⁶⁾. Lo reitero porque sigue imperando la mentalidad de que las exigencias constitucionales se tienen con los Estados por separado, no con sus asociaciones, como con la mayor de todas, las NNUU, donde poderes globales se ejercen por Estados reunidos, los Estados mismos al cabo pudiendo actuar sin ajustarse a los respectivos controles internos.

Así concretada la pregunta sobre un constitucionalismo internacional, parece excesiva, no digo que improcedente. Es ciertamente prematura, más propia de la siempre problemática prospección jurídica que de la historia del derecho por muy de presente que ésta sea ⁽¹⁴⁷⁾. El constitucionalismo global integrado no está a la vista ni,

⁽¹⁴⁶⁾ Una concepción más dilatada de *constitución* como base o estructura normativas permite el acercamiento de *lo internacional a lo constitucional* y facilita sin duda la consideración de normas internacionales como normas *constitucionales*: B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, pp. 52-76 y 159-172.

⁽¹⁴⁷⁾ U.K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood*, p. 25: « [I]t seems that the idea of constitutionalism as a pattern of order is only meaningful within states, rendering any concept of constitutional order beyond the states' internal sphere, let alone of a global constitution, futile from the very outset », bien que apreciando luego elementos incipientes o embriones de una comunidad internacional constitucional por efecto de la relativa desterritorialización y transfronterización del derecho, de la responsabilidad política y de la acción ciudadana en curso. Donde los más visionarios contemplan un constitucionalismo tan supraestatal como de alcance incluso global, lo que otros observan es el desbordamiento del constitucionalismo: Nico KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Para propuestas y debates sobre alternativas al constitucionalismo en la integración de órdenes plurales, Christian Joerges, Inger-Johanne Sand y G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Portland, Hart, 2004. Para la reconducción de la problemática al pluralismo del constitucionalismo de derechos mismo: Gavin W. ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, Portland, Hart, 2005. Sobre limitaciones culturales específicas de la matriz europea, B. CLAVERO, *¿Constitucionalismo multicultural europeo para un mundo pluriverso?*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 88, 2010, pp. 373-380.

por ahora, se le espera, pero, con esto y todo, la constitucionalización internacional es un imperativo indeclinable desde que los derechos humanos son parte integrante, aunque no sea fundacional, del derecho internacional (148). Cuando sea fundacional, podrá haber constitucionalismo internacional. Constitucionalismo global en rigor no puede haberlo mientras persista alguna forma de colonialismo de vocación no menos globalizante como la de empresas transnacionales frente a pueblos indígenas y al conjunto de la humanidad, frente a los derechos humanos y sus garantías en suma. No habrá integración entre constitucionalismos de diversos niveles aunque a estas alturas, por virtud precisamente de los derechos, ya no haya Constitución que opere en solitario (149).

(148) G TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, cap. 5: «Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect», como elemento relevante para la formación de un *constitucionalismo societario*, más que institucional, que pueda ser un constitucionalismo internacional con capacidad para superar la actual fragmentación. Discute y rechaza este planteamiento Thomas VESTING, *Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner*, en C. Joerges, I.J. Sand y G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, pp. 29-39. Por mi parte, el riesgo que veo en categorías laxas como la de *constitucionalismo societario* es que crean un escenario en el que limpiamente, por vía de sociedad civil junto a las organizaciones no gubernamentales (G TEUBNER, *Constitutional Fragments*, pp. 56-58), se cuele el contrabando de la *ciudadanía corporativa* con todas sus implicaciones nada constitucionales por adversas para con los derechos: Larry Catá BACKER, *Transnational Corporate Constitutionalism: The UN Global Compact, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the Emergence of a Constitutional Order for Economic Enterprises*, contribución a *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere?*, Copenhagen Business School, 2009, disponible el *paper* en Internet: lcbackerblog.blogspot.com/2009/09/transnational-corporate.html.

(149) Rafael BUSTOS GISBERT, *La Constitución red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005. En la Fundación Coloquio Jurídico Europeo donde estas páginas, como está dicho, fueron debatidas, se encareció el diálogo institucional entre tribunales superiores de Estado y jurisdicciones supraestatales de derechos humanos como cauce de integración constitucional. Por mi parte aduje que esto puede operar en espacios regionales, como el interamericano o el europeo, pero que más difícilmente cabe que lo haga a escala global por la falta de autoridad judicial del sistema de comités de tratados de derechos humanos de las NNUU y por las limitaciones de acceso y de competencia de las Cortes radicadas en La Haya, la Internacional de Justicia y la Penal Internacional. Con algo de exceso a mi entender, Juan Antonio Xiol, magistrado del Tribunal Supremo, presentó ese diálogo judicial como forma de *constitucionalismo participativo*. Para un caso de *democracia*

Los derechos humanos, derechos que, desde la DDPI, ya cabe que sean globales, derechos con los que han de sintonizar los de las Constituciones de Estados, pugnan hoy por el constitucionalismo y contra el colonialismo mas no cuentan con una base apropiada y suficiente en los diversos niveles como para impulsar un proceso de integración constitucional entre ámbitos internacional y estatal, aunque sólo fuera, pues también habría de contarse con pueblos sin Estados. El propio constitucionalismo europeo difícilmente puede decirse que merezca en rigor el nombre y más difícilmente todavía que esté en proceso de franca integración con los constitucionalismos de los Estados interesados ⁽¹⁵⁰⁾. Los derechos mismos no pueden sustentar un sistema constitucional integrándose hacia la escala global en las condiciones de persistencia solapada de colonialismo y de secuelas que afectan no sólo a los Estados postcolonizados, sino también a los postcolonialistas. Las visiones usuales sobre el constitucionalismo dizque global ignoran sintomáticamente tal detalle ⁽¹⁵¹⁾.

deliberativa con participación ciudadana en sede judicial de Estado y cierta influencia doctrinal, no tanto jurisprudencial, por América Latina, César Rodríguez GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010.

⁽¹⁵⁰⁾ Pedro Cruz Villalón (ed.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, Fundación BBVA, 2006. El mismo director de este estudio colectivo le había colocado un título bien expresivo a una recopilación de trabajos suyos sobre el particular: Pedro CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

⁽¹⁵¹⁾ A. PETERS, *Constitutionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales*, en la misma, M.J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, pp. 207-261 (original, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Law and Structures*, en «Leiden Journal of International Law», 19, 2006, pp. 579-610), plantea la integración en términos de compensación del proceso de desconstitucionalización del Estado por otro paralelo de constitucionalización del derecho internacional. C.E.J. SCHWOEBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, contempla unas tendencias o dimensiones de constitucionalismo global — social, orgánica y normativa, ésta la de derechos — para acabar planteando una cuarta *analógica* de tan parco presente como incierto futuro. Por ninguna parte se afrontan al efecto constitucional los problemas de la persistencia del colonialismo y del reto consiguiente de los derechos de los pueblos no constituyentes de Estados.

En el caso de NNUU, sólo con cierto abuso de lenguaje se puede hoy por hoy decir de la Carta fundando instituciones y la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableciendo principios que integren una Constitución, que sienten entre ambas las bases de un orden constitucional o que juntas contribuyan a un constitucionalismo de la humanidad. A nuestros efectos baste con señalar que los desenvolvimientos institucionales contemplados no traen causa de la Carta y que las garantías de derechos humanos vistas, las referentes a pueblos y, por supuesto, también a personas indígenas, tampoco tienen su fundamento en la Declaración Universal, sino en una rectificación que, aun no reconociéndose como tal, comenzó si acaso con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Es un giro que marca la entrada internacional en una era de postcolonialismo todavía, en sus entrañas, colonial. En tales condiciones, ni la Carta ni la Declaración, la Universal, operan como instrumentos constitucionales. No pueden hacerlo. Ni fue lo suyo cuando se adoptaron ni, con todo lo que la segunda, la Declaración Universal, se ha desarrollado e incluso enmendado, han cobrado hasta el momento tal carácter ⁽¹⁵²⁾.

No sólo es cuestión de que al margen e incluso a espaldas de la Carta y de la Declaración Universal pueda producirse el desenvolvimiento tanto de instituciones internacionales como de derechos humanos por parte de las NNUU. El problema de partida ya reside en que la Carta no los mira porque los invoque. Dicho de otra forma, la erección de unas instituciones internacionales como poderes globales no se destina constitutivamente a la garantía de los derechos humanos. Luego se hacen intentos de vincular lo uno con lo otro incluso en serio, no sólo a efectos de legitimación de instituciones por invocación de derechos, pero, si ya en origen hay poderes internacionales en la misma órbita de las NNUU que no responden ni indirectamente a función de promoción y garantía de derechos, el juego ulterior del derecho supraestatal permite la salida a escena de más poderes globales, si no por entero sobrevenidos, finalmente

⁽¹⁵²⁾ Volvamos a ahorrar tiempo y espacio: B. CLAVERO, 'No Distinction Shall Be Made'. *Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Naciones Unidas, 1945-1966*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 38, 2009, pp. 1547-1620.

legitimados y entronizados en el ámbito internacional. La ciudadanía global o transnacionalidad formal generada por las NNUU es el simulacro corporativo que sirve para evadir obligaciones internacionales para con los derechos. Siguiendo a la peor doctrina y seguida a su vez por la doctrina más servil o quizás más ilusa, el Pacto Mundial de las NNUU ha creado ese engendro de ciudadanía sin fronteras y sin vinculaciones con la pretensión de que tal es precisamente la forma de asumirse y atenderse responsabilidades por parte de las empresas transnacionales ⁽¹⁵³⁾.

Ahí está ante todo el caso tan elocuente de la OMC, la Organización Mundial del Comercio flanqueando a las NNUU. Nació a su margen para impedir que las mismas se hicieran cargo. Cuando, conforme avanzaba una descolonización ciertamente limitada, nuevos Estados iban incorporándose a las NNUU, aquellos que habían dominado en tiempos plenamente coloniales reciclan su posición de dominio marcando distancias de algunas de sus agencias, como la OMPI y la UNESCO, e imponiendo sus reglas desde organizaciones que no se integran en las mismas, como la OMC. A continuación, cuando los derechos humanos van tomándose progresivamente en serio con la amenaza que este desarrollo normativo supone para el dominio de origen colonial ahora crecientemente solapado, esos mismos sectores crean un espacio de excepción en el seno de las NNUU para blindaje de las empresas transnacionales, las que también ven protegidos sus intereses por mano de la OMC y de la OCDE. Se trata del *Global Compact* o Pacto Mundial con su continuidad a través de la instancia especial sobre *Derechos Humanos y Empresas* que persigue la desvinculación encubierta de las segundas respecto a los primeros, de las empresas transnacionales para con los derechos humanos. Si se mira no sólo a los poderes estatales e interestatales, sino también a los intereses empresariales tendencialmente globales, se entiende mejor una historia que pro-

(153) Para recordatorio de muestrario, A.G. Scherer y G. Palazzo (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*; J. Conill, C. Luetge y T. Schönwälder-Kuntze (eds.), *Corporate Citizenship, Contractarianism and Ethical Theory*; I. Pies y P. Koslowski (eds.), *Corporate Citizenship and New Governance: The Political Role of Corporations*.

cede de tiempos anteriores a las NNUU, de unos tiempos netamente coloniales.

Conviene mirar a esta prehistoria para medir el alcance del asalto de las empresas transnacionales al orden internacional y, desde dicha posición, a los Estados por separado y a las mismas NNUU. Del colonialismo directamente procede, si no el mismo transnacionalismo empresarial, su vocación transfronteriza respaldando o impulsando la de los Estados. Con los derechos humanos ahora por bandera, considerando derecho humano incluso el derecho al desarrollo en singular, a una forma de desarrollo cuyo fondo no se cuestiona porque se le añadan bastante gratuitamente, sin mayor evidencia para quienes sufren las consecuencias, cualificaciones como la de sostenible o la de humano, con tal enseña de enganche, a su sombra, hay empresas transnacionales que siguen comportándose como si el derecho internacional todo debiera estar a su servicio, en lo cual, tal y como están en la actualidad las cosas, no puede decirse que se equivoquen mucho.

Baste observar a Estados cuyas Constituciones están ahora a la altura e incluso por delante del derecho internacional de los derechos humanos, inclusive respecto a las garantías internacionalmente requeridas para los derechos de los pueblos indígenas, como sea el caso del Ecuador y el de Bolivia por América Latina y cuyas políticas económicas se desvían de la dirección constitucional por la presión continua de poderes empresariales principalmente transnacionales, unos poderes que en la práctica desbordan no sólo a los Estados, sino también a las instancias de las NNUU, inclusive las competentes en derechos humanos en general y en derechos de los pueblos indígenas en particular. Los Estados de base de las empresas transnacionales no es raro que pongan su política exterior a su servicio. A menudo, las propias agencias de desarrollo de la órbita de las NNUU, como lo sean el WB y el PNUD, sirven de cauce más que de enderezamiento a los mismos poderes empresariales de carácter transnacional ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Ya he venido indicando que observo y escudriño algunos de estos desenvolvimientos de la historia jurídica del presente más vivo en mi sitio de Internet: *clavero.derechosindigenas.org*. Para caso de declaración de derecho humano por las NNUU, el

Cuando nos interrogamos sobre un constitucionalismo global, si no nos concentramos en derechos, sino en poderes, el panorama se oscurece. Ocurre no sólo que un derecho supraestatal, sea regional o general, está incidiendo positivamente en los constitucionalismos de Estado por lo que interesa a derechos, sino también y quizá principalmente que un orden internacional está minando e incluso subvirtiendo tales mismos sistemas constitucionales por lo que toca al ejercicio de poderes con repercusión negativa en la garantía de derechos, de los mismos derechos que el sistema de las NNUU promociona. Las NNUU mismas no son ajenas al minado y la subversión. En el ámbito internacional, los gobiernos encuentran vías para sortear limitaciones y controles interiores frente a otros poderes del propio Estado. El Estado mismo puede seguir siendo poder no constitucional en el ámbito internacional ⁽¹⁵⁵⁾. En el doméstico, las empresas transnacionalizadas se encuentran con posibilidades de ejercicio de poderes escapando al control del derecho interno inclusive en lo que interesa a la garantía de derechos. Qué dinámica vaya a prevalecer, si la de derechos controlando poderes o la de poderes subvirtiendo derechos, es algo sobre lo que cabe influir ⁽¹⁵⁶⁾, pero no acerca de lo que quepa predecir nada. Es historia de futuro, no factible ni para la historiografía ni, aunque otras ilusiones a menudo se haga, para la doctrina jurídica.

derecho al agua potable y al saneamiento, anticipado por el constitucionalismo del Ecuador y de Bolivia: clavero.derechosindigenas.org/?p=6987.

⁽¹⁵⁵⁾ El caso extremo, por no resultar representativo, no deja de ser, dada tanto su posibilidad constitucional como su viabilidad internacional, significativo. Me refiero al del poder que la Presidencia de los Estados Unidos de América ha acabado por atribuirse, pues originalmente no lo tenía, de actuar en el exterior sin los controles constitucionales del interior que miran a la garantía de derechos (*Reining in the Imperial Presidency: Lessons and Recommendations Relating to the Presidency of George W. Bush*, House Committee of the Judiciary Majority Staff Report, 2009, disponible en google-books). Y no es sólo cuestión de acción militar o policial sin limitación constitucional bajo una determinada presidencia. Más a nuestro asunto, hemos visto cómo el Marco y los Principios sobre Derechos Humanos y Empresas, los de *Proteger, Respetar, Remediar*, se plantean de modo que las empresas estadounidenses puedan quedar sin mucha dificultad exoneradas de responsabilidad por violaciones de derechos humanos.

⁽¹⁵⁶⁾ Están citados desde un inicio intentos plausibles más directos en la línea de los derechos: B. FASSBENDER, *Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls*; S. GARDBAUM, *Human Rights as International Constitutional Rights*; J. KLABBERS, A. PETERS y G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of Inter-*

La OIT, la Organización Internacional del Trabajo, cuenta, desde sus orígenes en 1919, con una Constitución, con una norma constitutiva de esta determinada denominación. Ya nos consta su peculiaridad como organización tripartita, formada por tercio estatal, tercio empresarial y tercio sindical. Desde tiempos plenamente coloniales, pues la OIT se fundó en 1919, viene ocupándose de asuntos concernientes a indígenas. En ningún momento, ni siquiera tras la adopción del Convenio 169, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Coloniales en Países Independientes, se plantea un cambio de Constitución a los efectos de sumar a sus tres constituyentes originarios la constituyencia indígena sobrevenida por virtud, más que del Convenio 169, de la DDPI. Requiere la OIT a los Estados que cuenten con los pueblos indígenas no aplicándose a sí misma la regla. Por mucho que se hable, ya desde el Convenio, en términos de derechos, sigue aplicándose un criterio de ascendencia colonial y, desde luego, nada constitucional, el de definirse y aplicarse políticas desde instancias internacionales sin la participación debida de los pueblos afectados, de unos pueblos ya reconocidos como sujetos internacionales en un grado que no comparten ni empresas ni sindicatos. La constituyencia indígena no es en sí por supuesto nada sobrevenida. Ahí estaba, sólo que la OIT, como el derecho internacional en general, había venido contemplándola como humanidad a colonizar. Que puedan ignorarse los derechos de los pueblos indígenas en el momento de considerarse responsabilidades de las empresas transnacionales, como hemos visto que también ocurre en el seno de la OIT, no va entonces a extrañar. Por doquier encontramos ininterrumpido y solapado el tracto colonial ⁽¹⁵⁷⁾.

Los propios derechos humanos han venido sufriendo el lastre colonial. Su descolonización puede decirse que en rigor se produce

national Law; A. Peters, M.J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*.

⁽¹⁵⁷⁾ www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm, la Constitución de la OIT con sus sucesivas reformas incorporadas, ninguna ampliando su constituyencia. Un estudio clave para la respectiva continuidad de signo colonial se encuentra reiteradamente citado: L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*.

o, mejor, arranca, no con la adopción de una política descolonizadora limitada por NNUU en 1960, sino con la DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en 2007. La misma se encuentra con una situación en la que hay poderes globales blindados que afectan neurálgicamente a la factibilidad de las garantías de esos determinados derechos. Más que intereses políticos, son económicos los que priman, no todos los intereses económicos ni todos los intereses empresariales por supuesto, sino aquellos de alcance transnacional que se resisten a plegarse a derechos humanos y, muy particularmente, en todo lo que toca a pueblos indígenas por cuanto que éstos les estorban para el acceso a recursos inexplorados y a conocimientos sobre los mismos. No se trata de intereses legítimos, sino de los que, al lesionar derechos humanos, resultan ilegítimos por mucho que las empresas concernidas sean legales. La misma dicotomía radical imperante entre tráfico transnacionales ilícitos y lícitos dificulta sumamente el planteamiento del problema internacional de las actividades ilegítimas de empresas legales. En momentos, por cuanto hemos visto, puede pensarse que esa ha sido exactamente la finalidad de la instancia irregular de las NNUU sobre *Derechos Humanos y Empresas*. No creo estar imputando intenciones, sino constatando evidencias ⁽¹⁵⁸⁾.

No es cuestión de poderes globales de hecho, sino de poderes

⁽¹⁵⁸⁾ En correspondencia privada sobre estas páginas, James Anaya, el actual Relator Especial de las NNUU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, insiste en que mi visión entera del derecho internacional de los derechos humanos está sesgada por no atender como debiera los planteamientos de la mejor doctrina iusinternacionalista, una doctrina que ponderaría más equilibradamente entre derechos, Estados y empresas y que, según me subraya, sería verdaderamente internacional, procedente no sólo de Estados Unidos, pero aquí precisamente entiendo que radica el problema, en superponer doctrina a derecho, doctrina que puede ser supremacista a derecho que es internacional, no sólo hoy interestatal. Comienza por situarse en un escenario que ignora el enquistamiento del colonialismo adverso a derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas frente al cual cobra todo su valor la DDPI. Si se implica que es mi posición la que responde a prejuicios, el antiestadounidense y el antiempresarial, esto sí me parecería una imputación de intenciones, pero no soy yo, sino la lectora o el lector, quien ha de juzgarlo. Con otras y otros colegas he mantenido sobre estas páginas correspondencia y conversaciones privadas o también, como en el Aula Tomás y Valiente de la Facultad de Derechos de la Universidad Autónoma de Madrid o en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, debates públicos. A todos guardo agradecimiento.

globales de derecho, como ahora, para las NNUU, las empresas transnacionales y su mismo estado de transnacionalidad. Global entiéndase siempre como tendencia operante, no como meta lograda o ni siquiera de momento al alcance sin más ⁽¹⁵⁹⁾. Con la institucionalización de la ciudadanía corporativa transnacional por arte del Pacto Mundial, las empresas adquieren la capacidad de globalizar al verse convertidas en sujetos internacionales incluso por encima y, de llegar el caso, en contra de sujetos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, como los pueblos indígenas. Acaban imponiendo hasta una visión del mundo como si la ciudadanía humana fuera la ciudadanía corporativa y ninguna otra ⁽¹⁶⁰⁾. Ni para los sujetos natos de derechos, los individuos por supuesto, todos y cada uno de los individuos de la humanidad, se ha concedido por las NNUU una ciudadanía global ⁽¹⁶¹⁾. También sería

⁽¹⁵⁹⁾ Debato este extremo en trabajo de homenaje a António Hespanha: *Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización*, que se publica en esta misma entrega, 41, 2012, de los «Quaderni Fiorentini». Hay algún elemento más de contacto. Hoy cabe plantearse el problema de que la economía del don resulte internacionalmente invisible afectando a la calidad de estadísticas y proyectos de agencias de las NNUU (G. RIST, *The History of Development from Western Origins to Global Faith*, p. 206), asunto que se trata en el trabajo sobre Hespanha tanto en sí, por la evidencia de gracia condicionante para el derecho, como en cuanto que factor de limitación de la globalización. Ahí también me ocupó del viaje de regreso de la historia al derecho con el problema de la nostalgia de por medio, así como de la experiencia personal de la finitud del tiempo.

⁽¹⁶⁰⁾ He aprendido de Tony Judt, cuya obra última de historia normativa está citada, a aquilatar los límites de planteamientos que confrontan la visión empresarial del mundo como los representados por la *Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, que es entidad privada, ni intergubernamental ni interempresarial, en la medida en la que se sigue sin lograr construir una categoría integrada de buen-vivir, mejor que bien-estar, humano: J.E. Stiglitz, Amartya Sen y Jean-Paul Fitoussi (eds.), *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, 2009, disponible en Internet (www.stiglitz-sen-fitoussi.fr). En términos del constitucionalismo del Ecuador y de Bolivia que he venido encareciendo, la categoría se tiene en la expresión quechua de buen vivir, *sumak kawsay*: C. MAMANI y B. CLAVERO, *Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra*. En todo caso, con los derechos humanos de por medio y así con unos principios, no se trata de la contraposición entre posturas proempresariales y antiempresariales como las primeras maniqueamente se figuran para negar su tendenciosidad.

⁽¹⁶¹⁾ PAUL KENNEDY, *The Parliament of Man: The Past, Present, and Future of the United Nations*, Nueva York, Vintage, 2007, cap. 6: «*We the Peoples: Democracy*,

improcedente, pues su constituyencia no es universal, faltando sujetos colectivos distintos a los Estados, como los pueblos indígenas, y careciendo de capacidad para ser responsable ante el conjunto de la humanidad, pero la ocurrencia de la ciudadanía corporativa o transnacionalidad empresarial es aún más deletérea. No olvidemos que el Pacto Mundial se constituyó expresamente con los derechos humanos no como objetivo, sino como instrumento para la legitimación internacional de empresas y así del mercado cual bien global por sí mismo. De esto por lo visto se trata. La legitimación de las empresas transnacionales sin someterlas a los derechos humanos sigue siendo el objetivo ⁽¹⁶²⁾.

Respecto a la ciudadanía de base para la construcción de un orden internacional más integrado, de un constitucionalismo global si prefiere más ambiciosamente decirse, parece claro que se necesita un constitucionalismo de pueblos que complete y corrija al de los Estados, integrándolos. Sin constituyencia indígena en particular no habrá constitucionalismo integrado ni regional ni global ⁽¹⁶³⁾. Tanto

Governments, and Nongovernmental Actors ». Planteándolo a propósito precisamente de la ciudadanía corporativa, Berta Esperanza HERNÁNDEZ-TRUYOL y Stephen J. POWELL, *Just Trade: A New Covenant Linking Trade and Human Rights*, Nueva York, New York University Press, 2009, cap. 5: « Who Belongs, Who Rules: Citizenship —Voice and Participation in the Global Market »; donde también en especial interesa el cap. 11: « First Peoples First: Indigenous Populations ». Respecto a la ciudadanía internacional más en general, J. KLABBERS, A. PETERS y G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, cap. 5: « Membership in the Global Constitutional Community », perteneciente a la segunda, Anne Peters.

⁽¹⁶²⁾ A. LANG, *World Trade Law after Neoliberalism: Re-imaginig the Global Economic Order*, Oxford, Oxford University Press, 2011, atendiendo la historia de cuestionamientos de la legitimidad empresarial transnacional desde perspectivas de derechos humanos y considerando que, tras la preponderancia del neoliberalismo, estamos en un nuevo tiempo de crisis de tan necesaria legitimidad, necesaria entiende que en los términos de John Ruggie.

⁽¹⁶³⁾ Incluso desde enfoques voluntariosamente críticos, si alguna atención se presta a la presencia de los pueblos indígenas, resulta por completo insuficiente: Susan MARKS, *The Riddle of all Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 114; *Exploitation as an International Concept*, pp. 297-300, en la misma (ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 281-307; *Human Rights and Root Causes*, p. 62, en « Modern Law Review », 74-1, 2011, pp. 57-78. Hay propuestas críticas de reconducción de fondo del orden internacional sin espacio propio

el derecho internacional de los derechos humanos como el constitucionalismo de Estado arrastran un lastre colonial, que aún pesa, por cuanto que se plantearan sin la concurrencia de los pueblos indígenas ⁽¹⁶⁴⁾. De cara a los mismos, en las NNUU el problema reside no sólo en que no cuenten con instancias propiamente representativas, sino también en que no puedan así hacerse vivos con su cultura propia por otras vías como sujetos de derechos junto a otros pueblos, constituyan o no Estados ⁽¹⁶⁵⁾.

El requerimiento elemental de pie de igualdad en derechos entre todas las personas, entre todas las comunidades y entre todos los pueblos hoy se plantea en consideración a la constituyencia indígena, pero no sólo en su beneficio exclusivo ⁽¹⁶⁶⁾. La posibilidad

para los pueblos indígenas: P. Fitzpatrick y Patricia Tuitt (eds.), *Critical Beings: Law, Nations and the Global Subject*, Aldershot, Ashgate, 2004; Sundhya PAHUJA, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

⁽¹⁶⁴⁾ B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005; Bioko, 1837-1876: *Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 35, 2006, pp. 429-556. Los capítulos que componen *Freedom's Law and Indigenous Rights* se editaron originalmente en estos mismos «Quaderni Fiorentini» (30, 2001, pp. 81-124, y 32, 2003, pp. 175-290).

⁽¹⁶⁵⁾ Ronald NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 2003; *The Rediscovered Self: Indigenous Identity and Cultural Justice*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2009; *Public Justice and the Anthropology of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. XI: «Legal anthropology in the era of human rights thus faces the challenge of determining how global concepts of rights and identity are navigated and shaped in practice by those who see themselves as the subjects of rights», precisamente, añadido, porque son los mismos sujetos, y no la antropología ventrilocua como tampoco las agencias internacionales, quienes tienen el derecho humano a la propia determinación.

⁽¹⁶⁶⁾ James TULLY, *Strange multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; Robert A. WILLIAMS, Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Nueva York, Routledge, 1999, cap. 5: «Treaties as Constitutions»; Eve Darian-Smith y Peter Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1999; B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007; Vicki HSUEH, *Under Negotiation: Empowering Treaty Constitutionalism*, en Jacob T. Levy y Iris Marion Young (eds.), *Colonialism and its Legacies*, Lanham, Lexington, 2011, pp. 53-77.

de globalización efectiva de derechos humanos abierta por la DDPI es también eventualidad factible no sólo de descolonización definitiva, sino también de constitucionalismo integrado. No se trata de que se sustituya por el paradigma indígena el paradigma imperante del derecho internacional, el que se concreta en el paradigma OMC sobre el mercado como bien global o en el paradigma Pacto Mundial y Ruggie-Anaya sobre absolución de derecho a las empresas. No se trata de que los pueblos indígenas cuenten con derechos distintos a los de otros pueblos.

Se trata de que todos los pueblos, formen o no Estados, tengan garantías de valor y eficacia equivalentes. Se trata de que el paradigma indígena tenga cabida en el nuevo paradigma del derecho internacional que está requiriendo la DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y cortocircuitando la dogmática imperante ⁽¹⁶⁷⁾. He aquí la suplantación del derecho por la doctrina, algo, como ya sabemos, bien distinto al desarrollo o a la suplencia del primero por la segunda. Tampoco nos va a extrañar que allí donde se anuncia el nuevo paradigma en términos normativos se vea dispuestísima a la doctrina para el cortocircuito y la suplantación ⁽¹⁶⁸⁾.

El cambio de paradigma habría de ser global para el orden jurídico de la humanidad, no meramente sectorial para los pueblos indígenas. Así deberían ya estarse cancelando o es así como habrán de cancelarse « las problemáticas jurídicas del colonialismo » ⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Me consta hasta qué punto el planteamiento de Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), México, Fondo de Cultura Económica (1971), 2007, es controvertido en su terreno de historia de las ciencias, pero no me cabe duda acerca de que su noción de *paradigma* resulta útil para la historia del derecho y su doctrina, bien entendido que, como está visto, ésta última, la doctrina, no siempre es presa inconsciente del paradigma establecido, sino combatiente encubierta. En cuanto a la categoría de *constituyencia*, la acuñé en B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁽¹⁶⁸⁾ Respecto al caso ya señalado del nuevo constitucionalismo boliviano, B. CLAVERO, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 94, 2012, pp. 29-60, especialmente, para el intento de suplantación, nota 52.

⁽¹⁶⁹⁾ Cita segunda de encabezamiento procedente, como ya está dicho, de M.A. HASIAN, JR., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts*, p. 238. Sobre la historiografía de

Sólo entonces, tras un cambio semejante de paradigma, podrá plantearse un constitucionalismo global. Como todo lo que queda para el futuro, su posibilidad no está en absoluto garantizada. A la vista ahora se tiene. Los tiempos no son desde luego lo que eran ni son tampoco de seguro lo que serán.

IV.2. *¿El rey sigue desnudo?*

En las NNUU, por la vía regular de desenvolvimiento del derecho internacional de los derechos humanos, había venido a afrontarse el reto de las empresas transnacionales que desbordan a los Estados afectando a tal categoría de derechos y a las mismas posibilidades de la ciudadanía no recluida en Estados, lo que se había a su vez cortocircuitado por la vía menos regular del Pacto Mundial y su pretensión de una llamada ciudadanía corporativa transnacional generando el espacio para poderes globales de carácter económico al abrigo de obligaciones estrictas con los derechos. Esta otra vía menos regular, Representante Especial del Secretario General de las NNUU mediante, conduce a la suspensión de hecho del valor normativo de instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo sea no sólo la DDPI, a favor de intereses empresariales transnacionales. Para todo constitucionalismo, por garantía de los principios y prevención de la arbitrariedad, las formas son importantes. Que la DDIP haya seguido la trayectoria regular de elaboración de normas de derechos humanos en las NNUU y que el proceso de entronización de las empresas transnacionales haya sido más expeditivo, evitando en particular la deliberación colegiada de instancias de expertos y expertas como la antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, no es un dato meramente formal.

referencia para esta cita, la que se presenta como postcolonial sabiendo que no puede serlo del todo, B. CLAVERO, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 33-34, 2004-2005, pp. 509-607. Respecto a las otras citas de encabezamiento sobre postcolonialismo, la de Elazar Balkan y la de Kenneth Cmiel, de cuya procedencia exacta diré enseguida, tanto la referencia del uno a «autoexamen» del derecho internacional de los derechos humanos como la del otro al «significado denso dentro de cada cultura» de la respectiva tópica cobran su significación más potente en relación a la constituyencia indígena.

En 2006 se produjo en NNUU una reforma institucional en materia de derechos humanos. Su organismo intergubernamental específico se eleva de rango. Lo que había sido una Comisión de Derechos Humanos subsidiaria del Consejo Económico y Social se transforma en Consejo de Derechos Humanos ya no subordinado. Más capacitado, sigue siendo una instancia puramente intergubernamental, formada en exclusiva por representantes de Estados. Al tiempo se instituye como organismo técnico, de expertas y expertos, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, con un perfil en cambio bastante inferior al de la instancia precedente, esto es la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que a su vez había sucedido a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. La instancia que así desaparece había sido el organismo más dinámico en el desarrollo del derecho internacional de derechos humanos ⁽¹⁷⁰⁾. Ahora el nuevo Consejo de Derechos Humanos se encuentra más apoderado que su antecesora, la Comisión. Puede hacer más fácilmente cosas como dar el espaldarazo a la DDPI para a continuación cortocircuitar su corriente de energía con el respaldo al programa de derechos humanos y empresas transnacionales. Entre todo esto hay todavía por hacer, desde 1945, toda una historia de reajustes de instituciones que no acaban de superar el desajuste con derechos. Ni hay instancia en las NNUU con capacidad para reconducir la cuestión a unos términos sustancialmente constitucionales, los de vinculación de poderes con derechos.

Toda esta historia, la vista, la que comienza en 1947 con el acuerdo del GATT, esto es con el origen de la OMC, impidiendo que las NNUU constituyesen una Organización Internacional del Comercio propia (de por entonces, de 1947, también data la Organización Europea para la Cooperación Económica que fuera antecesora de la OCDE ⁽¹⁷¹⁾), es historia que basta para poner de

⁽¹⁷⁰⁾ Entre la expectación crecida y la frustración precoz, Bertrand G. RAMCHARAN, *The UN Human Rights Council*, Abingdon, Routledge, 2011, no deja de señalar, pp. 66-72 y 128, la incertidumbre sobre métodos y resultados de la función normativa en materia de derechos humanos tras la reforma.

⁽¹⁷¹⁾ Michael W. Osborne, *A History of the Château de la Muette*, París, OECD Publications Service, 1999, pp. 120-123. Adquirida a la familia Rothschild, La Muette

manifiesto la fragilidad del presunto constitucionalismo internacional aunque fuere en ciernes. No es sólo ni principalmente débil por la reserva de soberanía en manos de los Estados como si ellos todavía constituyesen los principales poderes globales; tampoco porque las NNUU naciesen presididas por Estados vencedores de una guerra prácticamente mundial con intereses coloniales y empeño por mantener el colonialismo, arrastrando un lastre hasta hoy, hasta en tanto que no se extraigan en su totalidad las implicaciones descolonizadoras de la DDPI ⁽¹⁷²⁾. Nada de ello parece que constituya el factor esencial al menos para la aparición de poderes globales en manos de empresas transnacionales desbordando tanto

es la sede de la OCDE prácticamente desde su fundación. Esta historia oficiosa es de estilo turístico, propaganda de resabio eurocéntrico o incluso francocéntrico inclusive; p. 3: «La Muette, home of the Organisation for Economic Co-operation and Development has a long and rich history. Its present-day use is a fitting continuation (...)».

⁽¹⁷²⁾ Como arranque resuelto de esa historia por hacer, Mark MAZOWER, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009; Samuel MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010; Stefan-Ludwig Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; A. Iriye, Petra Goedde y William I. Hitchcock (eds.), *The Human Rights Revolution: An International History*, Oxford, Oxford University Press, 2012, donde se tiene un incisivo capítulo historiográfico con criterio más amplio que el mío, pp. 27-51; Kenneth CMIEL, *The Recent History of Human Rights* (a su fecha, procedente de «The American Historical Review», 109-1, 2004, pp. 117-135, de donde, p. 126, procede la tercera cita de encabezamiento; K. Cmiel falleció al poco tiempo prematura y repentinamente, cuando avanzaba en su investigación sobre la historia de los derechos humanos: historyofcommunicationresearch.org/2010/11/papers-of-kenneth-j-cmiel). Como historiador del derecho, entro en la conclusión del aparato de notas reiterando este deseo de historia frente a sucedáneos. Ya he registrado la existencia de programas de desarrollo de historiografía serviciales de las propias NNUU, la del *United Nations Intellectual History Project* (www.unhistory.org) y la del *ILO Century Project* (www.ilo.org/century), proyectos que resultan tan inapropiados como la promoción de historias nacionales por instancias de Estados, universitarias u otras. Llevan publicados el de las NNUU cerca de veinte volúmenes y el de la OIT media decena, a los que han de sumarse los que promueven por su cuenta otras agencias internacionales como, por ejemplo, el PNUD, por su historia citada, la del subtítulo *A Better Way?* No para la historiografía. Su *worst way* más bien. Junto a sus inapreciables servicios documentales, los sitios oficiales u oficiosos de Internet abundan a ese uso del delfín, como quedó advertido y no creo que, desde perspectiva constitucional, tenga por qué tenerse por algo natural.

a los Estados como al orden internacional. Hay condiciones y causas más recientes, más directas y más decisivas. Entre la OMC o la OCDE que escapan a las NNUU y el espacio confluyente abierto en éstas mismas a partir del Pacto Mundial, se han generado condiciones para la entronización de poderes globales de carácter directamente económico bajo la cobertura de un orden internacional que predica derechos humanos.

Fragilidad patente en el funcionamiento orgánico de las NNUU lo resulta desde luego el espectáculo visto de un individuo creando, como arconte universal, derecho sobre las relaciones entre derechos humanos y empresas transnacionales a favor además en teoría de los primeros y de hecho de las segundas. Sin embargo, esto mismo no tiene explicación sino en función de los intereses empresariales transnacionales que mueven el Pacto Mundial y su prosecución por vía menos regular o realmente irregular de desarrollo normativo de los derechos humanos en el seno de las NNUU. Que el Consejo de Derechos Humanos, organismo en exclusiva intergubernamental, revalide la operación puede llamar la atención, pero tampoco extrañar mucho. Aunque no haya constitucionalismo internacional, hay ordenamiento jurídico de instituciones internacionales. ¿Cómo puede tan fácilmente sortearse y hasta burlarse en nombre, encima, de los derechos humanos? ¿Y cómo las evidencias parece que no lo son? ¿Cómo es que puede ofrecerse la impresión de estar actuándose conforme a derecho, a un derecho internacional? A través de los procedimientos regulares de desarrollo del derecho de los derechos humanos por las NNUU se alcanza la DDPI; ¿cómo se puede en el propio seno de la misma organización producirse su neutralización? Si renunciamos a la pregunta acerca del constitucionalismo global, podremos al menos interrogarnos sobre la carencia, incluso, de regla de derecho.

Ahí que despliega su juego la dogmática a la que se refería Tomás y Valiente como teoría que debe explicarse por historia y reducirse a historia. Es en el caso doctrina que suplanta derecho tendiendo a prevalecer sobre la que lo desarrolla incluso en las instancias no intergubernamentales de derechos humanos, las de expertas y expertos, en las NNUU, no digamos del resto. Permea el sistema. Y no es que los dogmas cieguen. Aunque siempre pueda haber quienes contribuyan, incluso decisivamente, sin estar en el

secreto, la operación de la dogmática resulta tan deliberada como interesada. Sólo la historia, una historia de presente, nos muestra el peso y el alcance de la deliberación y de los intereses. De este modo se aprende a no hacer tabla rasa del pasado en lo que concierne al reconocimiento de derechos así como a no conceder crédito a ninguna doctrina atemporal, ni siquiera a la que postule, incluso con empeño, derechos. La historia no es maestra, pero enseña ⁽¹⁷³⁾.

Todo o poco menos se hace hoy a nombre de los derechos humanos, aunque sea en su contra, más todavía, por supuesto, si es a favor. Hasta hay tiranías que se justifican en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales como si pudieran contraponerse a los derechos civiles y políticos. También se da la inversa. En el seno de las NNUU, el énfasis en derechos suele ser inversamente proporcional a su toma en serio, pronunciado si se actúa de hecho a su contra y sólo corriente de guardarse consecuencia. Con todo, el tránsito entre las NNUU predicando derechos y las empresas globales ejercitando poderes dista mucho de haberse consumado ni tiene trazas de conseguirse expeditivamente. ¿Concluimos con nuevas máximas? Contra globalización de poderes, no

⁽¹⁷³⁾ Sobre el origen más inmediato de los derechos humanos de las NNUU en el supremacismo colonial de la cultura europea por África, M. MAZOWER, *No Enchanted Palace*, caps. 1 (« Jan Smuts and Imperial Internacionalism ») y 4 (« Jawaharlal Nehru and the Emergence of the Global United Nations »); para evidencias concurrentes, Carol ANDERSON, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; sobre precedentes, Bonny IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007. Sobre la magnitud del reto, B. CLAVERO, *Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos*, pp. 1080-1098. Y a propósito, en la línea desde el pasado hacia el futuro hipotecando el presente, esto es en la línea de una historia normativa prácticamente por hacer por lo que toca a la sustanciación de responsabilidades no sólo estatales ni tan sólo respecto a los Estados sobre las de otros agentes, el mismo B. IBHAWOH, *Rethinking Corporate Apologies: Business and Apartheid Victimization in South Africa*, en Mark Gibney, Rhoda E. Howard-Hassmann, Jean-Marie Coicaud y Niklaus Steiner (eds.), *The Age of Apology: Facing Up to the Past*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2008, pp. 271-284; respecto a responsabilidades de Estados, incluyendo el caso de los pueblos indígenas, Elazar BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and negotiating historical injustices*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000, part II: « Colonialism and its Aftermath »; de esta obra, p. xvii, procede la primera cita de encabezamiento.

antiglobalización, sino globalización de derechos, globalización de derechos humanos que ya de por sí contienen los contrapesos precisos, los contrapesos de derechos de pueblos no necesariamente identificados con Estados.

Contra globalización todavía limitada de poderes, globalización ya íntegra de derechos. Las corporaciones transnacionales han conquistado un espacio de exención al costo de aceptar los derechos humanos como ideario, manteniéndolos por ahora a raya. Los derechos humanos tomados en serio y no como cobertura legitimadora son hoy posición más genuina de las NNUU, posición que puede y debe contrarrestar poderes y reconducir procesos. En fin, en estos tiempos de constitucionalismo de derechos, es el rey quien sigue desnudo bajo nuevos ropajes ⁽¹⁷⁴⁾. ¿Lo cubrimos o lo exponemos?

¿Contribuimos a prestar legitimación o a poner en evidencia? Otra no hay. Tras todo lo visto, no creo que quepan dudas sobre cual sea la respuesta conforme a derecho o, mejor dicho, a derechos. Esta historia de un punto de presente en el cruce de líneas entre pasado y futuro ya advertí que iba a resultar moralista a fuer de normativa.

(174) Hans Christian ANDERSEN, *El traje nuevo del emperador* (*Cuentos de hadas contados para niños*, 1837): « (...) ¡Pero si no lleva nada! — exclamó de pronto un niño. Dios bendito, ¡escuchen la voz de la inocencia! — dijo su padre. Y todo el mundo se fue repitiendo al oído lo que acababa de decir el pequeño: *No lleva nada; es un chiquillo el que dice que no lleva nada.* Al fin gritó el pueblo entero: ¡Pero si no lleva nada! Aquello inquietó al Emperador, pues barruntaba que el pueblo tenía razón, mas pensó: *Hay que aguantar hasta el final.* Y siguió más altivo que antes. Los ayudas de cámara continuaron sosteniendo la inexistente cola ». Exactamente, me permito apostillar al cuento. La imagen ronda: Ekkehard STRAUSS, *The Emperor's New Clothes? The United Nations and the Implementation of the Responsibility to Protect*, Baden-Baden, Nomos, 2009.