

Colección de Monografías

Cristobal Gonzalo Carmona Caldera

LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO
A PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS DE LA
EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN
SUS TERRITORIOS



LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO A PARTICIPAR
EN LOS BENEFICIOS DE LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS
NATURALES EN SUS TERRITORIO

CRISTOBAL GONZALO CARMONA CALDERA

2025 RUBICÓN EDITORES

www.rubiconeditores.cl

contacto@rubiconeditores.cl

ISBN: 978-956-6341-03-9

1ª edición agosto de 2025

Tiraje: 400 ejemplares

Impreso en Chile / Printed in Chile

Ninguna parte de este libro puede ser reproducida, transmitida o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos o químicos, incluidas las fotocopias, sin permiso escrito del editor.

A Janito, Tom y Blacky

A Constanza

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo es una se basa en la tesis doctoral desarrollada en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Por tanto, los agradecimientos se centran en todas aquellas personas que hicieron posible terminar dicho proceso. Me gustaría comenzar agradeciendo a mis padres, Janet y Patricio. Imposible haber pensado en realizar y terminar esta etapa sin su apoyo y cariño. Agradecer también a los otros animales humanos y no humanos de la familia Carmona-Caldera, que me acompañaron y ayudaron de múltiples formas durante este proceso. A los/as doctorandos/as UDP, por su compañía y soporte emocional. Doctores/andas más allá de la UDP: a Juan Jorge Faundes, por las lecturas, y críticas; a Loreto Quiroz, por las ayudas metodológicas; y a Francisca Vergara, por hacerme creer que existiría al menos alguien que querría leer mi tesis. Agradecer a amigos/as varios/as que hicieron soportable el doctorado. Agradecer también a Jenny Ruedlinger y Sofía Sanhueza, con quienes (y en cierto sentido, gracias a quienes) empecé este proyecto. A la profesora Milka Castro, con quien me inicié en estas temáticas, por su apoyo y confianza desde el comienzo. A las/os profesoras/es del claustro de doctorado UDP, por sus observaciones, críticas y enseñanzas a lo largo de cursos y seminarios de avance, especialmente a Dominique Hervé. A René Urueña, co-tutor extranjero, por sus lecturas y comentarios. A Nigel Bankes, de la Universidad de Calgary, por su apoyo, comentarios y amistad en Canadá. En la edición final de este libro fue esencial el trabajo de Aimee Garland, a quien agradezco su labor. Finalmente, quisiera agradecer a Judith Schönsteiner, tutora de la tesis. Sus sugerencias, aportes y críticas constituyeron un aporte fundamental no solo para la tesis, sino para mi formación como académico. Asimismo, su generosidad intelectual y su acompañamiento emocional fueron esenciales para llevar adelante el proceso y terminar esta tesis. Obviamente, todos los errores del presente documento son de mi exclusiva responsabilidad.

Los estudios doctorales y la tesis fueron financiados gracias a la Beca de Doctorado Nacional de ANID N°21170530.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO

INTRODUCCIÓN	21
---------------------------	-----------

CAPÍTULO N°1.

LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS RIESGOS: EL ENFOQUE “DUAL” DE LOS DERECHOS TERRITORIALES	39
---	-----------

1.1. INTRODUCCIÓN	39
--------------------------------	-----------

1.2. EL ENFOQUE ECO-CULTURAL Y LA RESTRICCIÓN A LA AUTONOMÍA INDÍGENA	47
--	-----------

1.2.1. NATURALEZA E IDENTIDAD CULTURAL INDÍGENA: EL ENFOQUE ECO-CULTURAL	47
---	-----------

1.2.2. LAS CONSECUENCIAS NORMATIVAS DE UN ENFOQUE ECO-CULTURAL	50
---	-----------

1.2.3. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y LA LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA INDÍGENA	56
---	-----------

A. EL ENFOQUE ECO-CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH SOBRE DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	57
--	-----------

B. DERECHOS TERRITORIALES, PARTICIPACIÓN EN LOS BENE- FICIOS Y LA LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA INDÍGENA	60
---	-----------

1.2.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	67
1.3. EL ENFOQUE PROCEDIMENTAL Y EL RIESGO DE LA DESPOSESIÓN TERRITORIAL	64
1.3.1. ENFOQUE PROCEDIMENTAL Y EL ABORDAJE PROCESAL DE LA CONSULTA	65
1.3.2. CONSULTA, CONSENTIMIENTO Y DESPOSESIÓN TERRITORIAL: REPRODUCIENDO DINÁMICAS COLONIALES ..	68
A. DESPOSESIÓN POR CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES INTERÉTNICAS	70
B. PROYECTOS EXTRACTIVOS, PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS Y EL CONSENTIMIENTO A LA DESPOSESIÓN TERRITORIAL	73
1.3.3. EL ABORDAJE PROCESAL DE LA CONSULTA EN AMÉRICA LATINA	75
1.3.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	78
1.4. PROTECCIÓN DE LA CULTURA Y LIBRE DETERMINACIÓN: EL ENFOQUE DUAL DE LOS DERECHOS TERRITORIALES.....	79
1.4.1. CULTURA Y LIBRE DETERMINACIÓN: LAS BASES CONCEPTUALES DE UN ENFOQUE DUAL	81
1.4.2. MITIGANDO RIESGOS: DESARROLLO INDÍGENA, PROTECCIÓN DE FORMAS DE VIDA Y DECISIÓN ESTATAL	87
A. BALANCEANDO LA PROTECCIÓN CULTURAL CON EL DERECHO AL DESARROLLO: EL ENFOQUE DUAL DE LOS DERECHOS TERRITORIALES	88
B. ENFOQUE DUAL Y LA REPRODUCCIÓN DEL PATERNALISMO .	91
1.4.3. RECURSOS NATURALES, TERRITORIO Y PARTICIPACIÓN: EL ART. 15Nº2 DEL CONVENIO Nº169	94

A. EL ART. 15Nº2 Y LA PROTECCIÓN DE LAS FORMAS DE VIDA INDÍGENA	96
B. EL ART. 15Nº2 Y LA DEFINICIÓN DE PRIORIDADES DEL DESARROLLO	99
1.4.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	101
1.5. CONCLUSIONES GENERALES.....	102
CAPÍTULO Nº2.	
LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO Nº169: CONFIGURANDO UN MARCO HERMENÉUTICO	105
2.1. INTRODUCCIÓN	105
2.2. LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO Nº169 COMO NORMAS DE DERECHOS HUMANOS.....	109
2.2.1. LA REVISIÓN DEL CONVENIO Nº107 Y LA CONFIGURACIÓN DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	110
2.2.2. EL DIDH Y LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR EL CONVENIO Nº169: NO DISCRIMINACIÓN, LIBRE DETERMINACIÓN Y PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL INDÍGENA	113
A. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN	115
B. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN	116
C. PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD Y FORMAS DE VIDA INDÍGENA	120
2.2.3. CONCLUSIONES PRELIMINARES	122
2.3. LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO Nº169 COMO PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	123

2.3.1. LA INTERPRETACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSENSUAL MODERADA DEL DERECHO INTERNACIONAL	128
A. POSITIVISMO CONSENSUAL MODERADO E INTERPRETACIÓN DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	125
B. CONSENSUALISMO, NO-CONSENSUALISMO Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS	127
2.3.2. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA Y EL CONVENIO N°169	135
A. BREVEMENTE SOBRE EL OBJETIVO DE LA INTERPRETACIÓN EN LAS REGLAS DE LA CVDT	136
B. LA REGLA GENERAL DE INTERPRETACIÓN (ART. 31)	137
I. PRÁCTICA ULTERIOR Y LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ÓRGANOS INTERNACIONALES	140
II. EL PRINCIPIO DE “INTEGRACIÓN SISTÉMICA” Y LA UTILIZACIÓN DE FUENTES NO VINCULANTES DE DERECHO INTERNACIONAL	145
C. LOS MEDIOS COMPLEMENTARIOS DE INTERPRETACIÓN (ART. 32)	161
I. TRABAJOS PREPARATORIOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO	167
2.3.3. REGLAS DE INTERPRETACIÓN EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS: ALCANCES Y LÍMITES DE SU APLICACIÓN RESPECTO DEL CONVENIO N°169	165
A. INTERPRETACIÓN PRO PERSONA	166
B. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA	168
C. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD (“EFFET UTILE”)	171
2.3.4 CONCLUSIONES PRELIMINARES	173
2.4. CONCLUSIONES GENERALES	174

CAPÍTULO N°3.	
DESARROLLO Y PROPORCIONALIDAD: LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS	177
3.1. INTRODUCCIÓN	177
3.2. LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: REVISIÓN Y ANÁLISIS	180
3.2.1. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	181
A. <i>LOS TRAVAUX PRÉPARATOIRES</i> DEL CONVENIO N°169	182
B. ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LA OIT	187
3.2.2. SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	189
A. DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	189
B. ÓRGANOS DE TRATADO Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES	194
3.2.3. SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS ...	298
A. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	199
I. DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	199
II. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	203
III. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .	204
B. SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS	211
3.2.4. LA DOCTRINA INTERNACIONAL SOBRE LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS	213

3.2.5. CONCLUSIONES PRELIMINARES	218
3.3. DESARROLLO Y PROPORCIONALIDAD: LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS	218
3.3.1. DERECHOS SOBRE TIERRAS, TERRITORIOS Y RECUR- SOS EN EL CONVENIO N°169	219
3.3.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO A PAR- TICIPAR EN LOS BENEFICIOS: DERECHO AL DESARROLLO Y PROPORCIONALIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE CARGAS ...	223
A. PUEBLOS INDÍGENAS, DESARROLLO Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS	225
B. PROPORCIONALIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE CARGAS Y BENEFICIOS DE LOS PROYECTOS EXTRACTIVOS	232
I. LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS COMO MEDIDA ORIENTADA A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS	233
II. “MEDIDAS DE MEJORA” EN LA EVALUACIÓN AMBIENTAL Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS	235
III. LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS DEL ART. 15N°2 COMO MEDIDA DE MEJORA.	239
IV. EL FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENE- FICIOS EN SU DIMENSIÓN ADJETIVA	244
3.3.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	245
3.4. CONCLUSIONES	247
CAPÍTULO N°4. REPARTO “JUSTO Y EQUITATIVO” DE BENEFICIOS: DETERMINANDO EL ESTÁNDAR DE IMPLEMENTACIÓN	249

4.1. INTRODUCCIÓN	249
4.2. LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE COMPARTIR BENEFICIOS DEL CONVENIO N°169.....	252
4.2.1. ¿“SIEMPRE QUE SEA POSIBLE”?	254
4.2.2. LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS COMO OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA	260
4.2.3. CONCLUSIONES PRELIMINARES	266
4.3. PRECISANDO LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO AL MOMENTO DE COMPARTIR BENEFICIOS	266
4.3.1. OBLIGACIONES SUSTANTIVAS.	268
A. MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE VIDA.	269
B. PROPORCIONALIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS Y BENEFICIOS DE UN PROYECTO EN RELACIÓN CON LAS COMUNIDADES AFECTADAS	270
4.3.2. OBLIGACIONES PROCESALES: PARTICIPACIÓN, DISTRIBUCIÓN EFECTIVA Y EQUITATIVA Y EVALUACIÓN DE IMPACTOS.	272
A. PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .	272
I. PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS Y EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO.	277
B. DISTRIBUCIÓN EFECTIVA Y EQUITATIVA AL INTERIOR DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS	285
I. ABORDANDO LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES: UNA PROPUESTA METODOLÓGICA	288
II. PROCEDIMIENTOS INDÍGENAS Y REGULACIÓN ESTATAL DE LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL INTERIOR DE LOS PUEBLOS/COMUNIDADES.	294
C. EVALUACIÓN DE IMPACTOS	296

4.3.3. CONCLUSIONES PRELIMINARES	299
4.4. BENEFICIARIOS Y BENEFICIOS: PRECISIONES CONCEPTUALES	300
4.4.1. ¿QUIÉNES SON LOS BENEFICIARIOS?	300
4.4.2. ¿QUÉ TIPO DE BENEFICIOS?	304
4.4.3. CONCLUSIONES PRELIMINARES	307
4.5. CONCLUSIONES	307
CAPÍTULO N°5	
¿COMPARTIENDO BENEFICIOS EN LA PRÁCTICA? UN ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS DOMÉSTICAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS	311
5.1. INTRODUCCIÓN	311
5.2. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS DEL ART. 15N°2: ESTÁNDAR DE IMPLEMENTACIÓN	311
5.2.1. CARACTERIZANDO EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS	313
A. CRITERIO DE PROCEDENCIA	314
B. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y FINALIDAD	315
C. OBLIGACIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES PARA SU IMPLEMENTACIÓN	316
D. SUJETOS ACTIVOS DE LA OBLIGACIÓN	317
E. CLASES DE BENEFICIOS ADMISIBLES	318
5.2.2. UNA ESTRUCTURA DIFERENCIADA: IMPLEMENTANDO EL DERECHO EN DOS DIMENSIONES	319
5.2.3. CONCLUSIONES PRELIMINARES	320

5.3. LA EXPERIENCIA DOMÉSTICA DE COMPARTIR LOS BENEFICIOS DE LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES	321
5.3.1. MECANISMOS ESTATALES	322
A. FONDOS DE BENEFICIOS COMPARTIDOS	323
B. INVERSIÓN ESTATAL DIRECTA EN BENEFICIOS DE COMUNIDADES INDÍGENAS	328
C. PAGO DE UNA CUOTA MAYOR EN FUNCIÓN DE LA PRO- PIEDAD DE LA TIERRA	330
5.3.2. MECANISMOS PRIVADOS: ACUERDOS EMPRESAS-COMUNIDADES INDÍGENAS	332
5.3.3. CONCLUSIONES PRELIMINARES	335
5.4. EXPERIENCIA DOMÉSTICA Y ESTÁNDAR INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS CRÍTICO.....	336
5.4.1. ESTRUCTURA DE IMPLEMENTACIÓN: LA NECESIDAD DE UNA APROXIMACIÓN EN DOS NIVELES.	336
5.4.2. CUMPLIMIENTO DE LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIA- LES DEL DERECHO	338
A. MECANISMOS ESTATALES.	339
B. ACUERDOS EMPRESAS-COMUNIDADES	343
I. IBA: CANJEANDO CONSENTIMIENTO POR BENEFICIOS ..	345
II. IBA Y LA PROPORCIONALIDAD DE LOS COSTOS Y BENEFICIOS DE UN PROYECTO	350
5.4.3. CONCLUSIONES PRELIMINARES	359
5.5. CONCLUSIÓN	356
CONCLUSIONES	363
UNA PROPUESTA HERMENÉUTICA	366

POSIBLES ÁREAS DE INVESTIGACIÓN FUTURA	367
BIBLIOGRAFÍA CITADA	369
JURISPRUDENCIA CITADA	405
A) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .	405
B) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	408
C) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	409
D) CORTE SUPREMA DE CANADÁ	409
E) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	410
F) CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL	410
G) OTROS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y REGIONALES	411
DOCUMENTOS, INFORMES Y OBSERVACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES CITADOS	412
A) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) .	412
B) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA)	418
C) SISTEMA DE NACIONES UNIDAS	419
D) OTROS DOCUMENTOS CITADOS	426
NORMATIVA CITADA	427
COMUNICADOS DE PRENSA	429

INTRODUCCIÓN

PROYECTOS EXTRACTIVOS Y DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

La explotación de recursos naturales ha estado en la base de las economías productivas en América Latina desde la colonia. La minería de plata en Potosí (Bolivia) y Zacatecas (México), la extracción de caucho en la Amazonía peruana y de yerba mate en el este paraguayo, la explotación del salitre en la costa sur del pacífico, son ejemplos claros de ello. En las últimas tres décadas, esta realidad se ha intensificado¹. Estructurada sobre políticas neoliberales de fines del siglo XX e impulsada por el “*commodities boom*” de los primeros años del siglo XXI, la explotación intensiva de minerales e hidrocarburos predomina hoy en la economía política de diversos países de la región². A su vez, la dependencia de las energías renovables en este tipo de materias primas³ hace prever que su demanda no disminuirá

1 Ver WALTER (2016).

2 Ver MERINO (2020).

3 DUNLAP (2021) p. 87 (“Renewable energy requires immense amounts of mineral and fossil fuel resources, both in the construction of machinery necessary for extraction and for the manufacturing, transportation, construction and operation of industrial-scale ‘renewable energy’ systems”).

en el corto plazo⁴ y, por consiguiente, que las industrias extractivas podrían seguir jugando un rol relevante en los modelos de desarrollo de los estados latinoamericanos.

Ahora bien, la opción por una economía basada en la explotación intensiva de recursos naturales trae, por supuesto, costos ambientales, sociales y de salud de relevancia. Deforestación; contaminación de aguas; desecación de humedales y bofedales; alteración de economías locales; pérdida de identidades; desplazamiento; enfermedades de transmisión sexual, son algunos de los efectos negativos comúnmente generados por este tipo de industrias⁵. Asimismo, no es poco frecuente que estos proyectos se emplacen en territorios indígenas⁶, afectando tierras, territorios y recursos que tienen una importancia especial para la subsistencia material y cultural de estos pueblos. Por sus características culturales y su vulnerabilidad socioeconómica, los pueblos indígenas son particularmente sensibles a los impactos de las industrias extractivas⁷.

Frente a esta realidad, desde la década de los ochenta se han ido reconociendo a nivel nacional, regional e internacional una serie de derechos territoriales de los pueblos indígenas (*land rights*)⁸. En términos generales, estos derechos buscarían proteger las tierras, territorios y recursos de estos pueblos, especialmente frente al ingreso y operación de proyectos extractivos en sus territorios.

En este contexto, el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios derivados de la explotación de recursos

4 Por ejemplo, para el caso del litio, ver GOBIERNO DE CHILE (2020).

5 Ver, en general, DANMERT y ARELLANO (2020) pp. 34-48.

6 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (2014) p. 57.

7 Para estudio de casos en América Latina, ver QUIJANO y otros (2018) pp. 71 y ss.

8 Ver SHELTON (2020) (para el desarrollo de estos derechos en general); GILBERT (2016) pp. 108-203 (para la evolución de los derechos territoriales); e YRIGOYEN (2011) (para ver cómo “conversa” el desarrollo constitucional latinoamericano con la evolución del DIDH en materia indígena).

naturales en sus territorios ha aparecido como un elemento central de los derechos territoriales indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)⁹. Este derecho se encuentra expresamente consagrado en el art. 15 N°2 del Convenio 169 de la OIT (Convenio N°169 o Convenio). En concreto, la disposición señala que “[l]os pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten [las] actividades [de exploración y explotación de recursos naturales de titularidad estatal existentes en territorios indígenas]”. Además de esta norma, la participación en los beneficios forma parte del estándar internacional en virtud del cual diversos órganos de derechos humanos evalúan o monitorean el actuar del Estado en contextos extractivos.

En el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado que, en el campo de la explotación de recursos naturales, el reparto de beneficios es de “obligatorio cumplimiento”¹⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en tanto, ha incorporado este derecho como una de las tres garantías con las que el Estado debe cumplir para asegurar que una restricción al derecho de propiedad indígena no implique una denegación de la subsistencia de estos pueblos¹¹. En el Sistema Universal de Protección, la participación en los beneficios aparece en observaciones de órganos de tratados como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés)¹². Asimismo, ha recibido especial atención en los informes de la Relatoría Especial sobre derechos de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, particularmente del ex - relator James Anaya¹³.

9 Para una revisión y crítica exhaustiva de la presencia de este derecho en el DIDH, ver *infra*, Capítulo N°3, sección N°3.2.

10 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015) párr. 223.

11 *SARAMAKA VS. SURINAM* (2007) párr. 128.

12 Por ejemplo, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (2003) párr. 16; y COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (2014) párr. 15.d.

13 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2010) párr. 76.

PROBLEMAS EN LA TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

Ahora bien, la presencia frecuente de la participación en los beneficios en documentos, sentencias e informes de órganos de derechos humanos, no se ha traducido en una mayor claridad sobre su contenido y alcance. Nótese, para iniciar, que la disposición del Convenio N°169 que consagra este derecho no solo es vaga, sino que en ella la obligación estatal se encuentra cualificada por la frase “siempre que sea posible”. Esto ha llevado a algunos autores a poner en duda la existencia de una obligación propiamente tal¹⁴. Asimismo, la participación en los beneficios se basa -en el Convenio, al menos- en un régimen de propiedad que reconoce la titularidad estatal de los recursos del subsuelo. Esto significa negar la posibilidad de que, en ciertos casos, los pueblos indígenas puedan ser dueños de esta clase de recursos. Esta es una cuestión controvertida en doctrina¹⁵ y pareciera estar en tensión con el régimen de derechos establecidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)¹⁶.

Los órganos universales y regionales de derechos humanos, por su parte, no han podido formular una argumentación consistente respecto a cuál sería el fundamento normativo y la naturaleza de este derecho. Una alegación común, es asociarla con algún tipo de indemnización. Esto es lo que hace, a primera vista al menos, la Corte

14 En este sentido, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1996 a) p. 20; y MONTT y MATTA (2011) p. 170.

15 Véase, por ejemplo, ÅHRÉN (2016) pp. 214 y ss.; y ENYEW (2017) pp. 235 y ss. (sosteniendo que los pueblos indígenas pueden tener propiedad sobre aquellos recursos del subsuelo que han utilizado tradicionalmente o que son culturalmente relevantes).

16 Con todo véase ERRICO (2011) p. 340 (indicando que, “[i]n light of its drafting history, it is believed that there is indeed very little room left for arguing that the Declaration differentiates itself from the general practice denying indigenous peoples control over subsoil resources”).

IDH¹⁷. Pero otorgarle naturaleza de indemnización, pareciera fundar la participación en los beneficios en el principio de reparación del daño. Esto va en contra de lo dispuesto por el Art. 15Nº2 del Convenio -que diferencia nítidamente ambas nociones- y haría depender la obtención de beneficios de la vulneración de derechos. Otros órganos rechazan esta homologación a la indemnización, pero fallan en proveer un fundamento alternativo. El caso del ex relator Anaya es un ejemplo señero en este sentido. En una primera instancia, Anaya subrayaba que la participación en los beneficios era una “cuestión distinta a la compensación por daños es el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios”¹⁸. No obstante, en un informe posterior agrupó las medidas de distribución de beneficios junto con las “medidas indemnización y de mitigación”, indicando respecto de todas ellas que debían ser “proporcionales al impacto sobre los derechos de los indígenas que resulten afectados”¹⁹. Al fin, el Relator terminaría definiendo el derecho a participar en los beneficios como “la compensación que les corresponde por permitir el acceso a sus territorios y por los efectos adversos del proyecto que han aceptado, así como por el significativo capital social que aportan en el marco del conjunto de las circunstancias históricas y contemporáneas”²⁰.

Teniendo en cuenta esta deriva hermenéutica sobre el fundamento del derecho, no es de extrañar que los pronunciamientos de estos órganos de derechos humanos tampoco proporcionen directrices sobre cómo se deberá implementar este derecho -más allá, claro, de la prescripción de que se trate de un reparto “justo y equitativo”²¹-.

Así, entre otras cosas, no habría certeza sobre las obligaciones que debiese cumplir el Estado; respecto al rol del titular del proyecto

17 SARAMAKA VS. SURINAM (2007) párr. 139.

18 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2010) párr. 76.

19 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2012) párr. 68.

20 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2013) párr. 76.

21 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2010) párr. 78.

en el cumplimiento del derecho; sobre quiénes son los sujetos activos de la obligación; ni en relación con la clase de beneficios que se pueden compartir²².

Esta falta de claridad respecto a la participación en los beneficios se replica a nivel doctrinario. En la mayoría de los casos, los análisis dogmáticos son de corte descriptivo. Es decir, se limitan a dar cuenta y/o criticar las diferentes versiones existentes en derecho internacional y la práctica comparada²³. Aun cuando hay cierta coincidencia en entender que la participación en los beneficios es diferente de la indemnización, por regla general se aportan pocos elementos adicionales a la discusión. En los pocos casos en que autores y autoras se aventuran con análisis un poco más extensos²⁴, lo cierto es que tampoco no existe una respuesta sistemática sobre el tema. Los problemas conceptuales anotados dan cuenta que el trabajo hermenéutico y las discusiones respecto al contenido y alcance del derecho a participar en los beneficios se encuentra en un estado más bien embrionario -especialmente si se toma como referencia el derecho a consulta-.

A esta realidad teórica habría que sumar que, en distintos países de América Latina, se pueden encontrar prácticas públicas y privadas que se presentan expresamente como formas de implementar la participación en los beneficios del Art. 15Nº²⁵. Fondos de desarrollo formados en base a impuestos a hidrocarburos o a negociaciones entre comunidades y el Estado por un proyecto específico; mandatos de inversión municipal en beneficios de las comunidades indígenas; pago de una cuota mayor por la explotación minera cuando el dueño de la tierra sea indígena, etc., son parte de los mecanismos que expresamente han sido reivindicados por los estados como formas de

22 Ver *infra*, Capítulo N°3 y Capítulo N°4.

23 Por ejemplo, LEÓN (2019); y PETROV y TYSIACHNIOUK (2019).

24 Por ejemplo, WILSON (2019); GILBERT (2016); GILBERT (2018); y MORGERA (2019).

25 Ver *infra*, Capítulo N°5.

cumplir el mandato del Art. 15Nº2. Al mismo tiempo, una tendencia creciente en esta región es entender -incluso por las propias comunidades indígenas en ciertos países²⁶- que se puede implementar este derecho a partir de acuerdos privados entre empresas y comunidades indígenas²⁷. Sea como fuera, lo importante de destacar acá es que todas estas prácticas, estatales o privadas, difieren sustantivamente en torno a su fundamento, obligatoriedad, condiciones de procedencia, tipo de beneficiarios, entre otras características. Asimismo, como se mostrará en este trabajo, no cumplen con el estándar del Convenio N°169.

Al fin, es en este contexto general que se enmarca la presente investigación.

OBJETO DE INVESTIGACIÓN

El presente estudio se enfoca en el derecho a participar en los beneficios. Este derecho, en sentido lato, aparece en distintas áreas del derecho internacional: en el Derecho del Mar, en el Derecho Internacional de la Biodiversidad, en el DIDH, etc. Frente a esta diversidad, algunas autoras y autores han propuesto la existencia de un “concepto global” de la participación en los beneficios en el derecho internacional, en el sentido que las distintas manifestaciones del derecho tendrían un “núcleo común”²⁸. Otros autores y autoras han

26 Un buen ejemplo de ello lo constituye el Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo, firmado entre el Consejo de Pueblos Atacameños, Comunidad Indígena Río Grande y otras y Rockwood LTDA., en Chile. Acá, el compromiso de participar en hasta el 3% de las ventas anuales derivadas de la explotación de recursos naturales se funda precisamente en la norma del Art. 15Nº2.

27 Ver GRAMMOND (2013) p. 278; BUSTAMANTE-RIVERA y MARTIN (2018); y BARROS SEPÚLVEDA (2019) p. 175.

28 MORGERA (2016) p. 370 y, aunque de manera no tan explícita, PARKS (2020).

circunscrito sus análisis al marco del DIDH, pero sin hacer distinciones entre las distintas fuentes del reparto de beneficios existentes en este sistema²⁹. Ante estas aproximaciones, este trabajo acota su objeto de investigación al concepto de la participación en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales existentes en tierras y territorio indígena en el DIDH. Dentro de este subsistema del derecho internacional, la investigación se centra en determinar el significado del derecho -y el deber correlativo- a participar en los beneficios establecido en el Art. 15Nº2 del Convenio N°169, sin reclamar que lo definido tenga alcance más amplio.

Las razones para esta opción metodológica son dos. La primera, y más evidente, es que esta es la única norma de participación en los beneficios en el DIDH consagrada expresamente en un tratado internacional. La segunda, es porque la investigación se plantea de cara a una eventual aplicación de este derecho en América Latina. Esto no es trivial. Esta es la región en donde el Convenio N°169 tiene mayor cantidad de ratificaciones³⁰ y en donde ha jugado -y todavía juega- un rol relevante en el reconocimiento y protección legal y constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas³¹.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando sea procedente se tendrá en cuenta en la investigación algunos elementos de las otras concepciones de la participación en los beneficios en el derecho internacional. Ello, por cierto, de acuerdo con las reglas de interpretación desarrolladas en esta investigación³².

29 Este es el camino que suele seguir la mayoría de la doctrina especializada. Ver, por ejemplo, GILBERT (2018) pp. 73 y 84; WILSON (2019); y LEÓN (2019).

30 Al momento de concluir esta investigación, 14 de las 23 ratificaciones de este tratado corresponden a países latinoamericanos.

31 Ver VAN COTT (2000) p. 262; e YRIGOYEN (2011) p. 139.

32 Ver, *infra*, Capítulo N°2.

Finalmente, agregar que este derecho se examina desde el punto de vista del cumplimiento del Estado, y no en relación con las formas en que tendrían los pueblos y comunidades indígenas para hacerlo exigible³³.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema que intenta abordar esta investigación es la falta de claridad existente en el DIDH respecto al contenido y alcance del derecho a participar en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales existentes en territorio indígena. Específicamente, la investigación se centrará en la norma de participación en los beneficios del Art. 15Nº2 del Convenio Nº169.

Según se revisó, en el DIDH existen diversas fuentes -vinculantes y no vinculantes; formales y no formales- que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios de las industrias extractivas. Sin embargo, ninguna de ellas tiene la densidad normativa necesaria para proporcionar certeza sobre los fundamentos y naturaleza de este derecho. Más todavía, son apreciables diferencias sustantivas entre las diversas fuentes, principalmente en lo que se refiere a la relación entre participación en los beneficios e indemnización. Esta ausencia de certeza sobre el fundamento y -consecuentemente- finalidad del derecho a participar en los beneficios repercute a nivel de las definiciones necesarias sobre cómo implementar el derecho. ¿Qué obligaciones sustantivas y procesales involucra el cumplimiento del derecho? ¿Quiénes son los sujetos activos de esta obligación? ¿Hay alguna restricción en el tipo de beneficios que se pueden recibir?

33 Se agradece a la profesora Marcela Zúñiga por los comentarios en este sentido.

Estas interrogantes se profundizan en el caso de la norma de participación en los beneficios del Art. 15 N°2. Como se indicó, además de vaga y escueta, la disposición del Art. 15 N°2 cualifica la obligación estatal con la frase “siempre que sea posible”. Asimismo, el Art. 15 N°2 tiene al menos dos características que lo diferencian de otras fuentes del DIDH que han reconocido el derecho a compartir beneficios y que hacen más difícil su interpretación dentro de este marco. Primero, la participación en los beneficios se basa en una comprensión de los derechos territoriales indígenas de acuerdo con la cual es el Estado el que tiene propiedad sobre los recursos del subsuelo y otros recursos existentes en territorio indígena. Ello difiere, hasta cierto punto, de los regímenes de la Corte IDH y de la DNUDPI. Segundo, el Art. 15 N°2 establece el deber de hacer partícipes a los pueblos indígenas de los beneficios de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales y, de manera separada, la indemnización por el daño que provoquen estas actividades.

Esta opacidad conceptual y normativa de la participación en los beneficios también se refleja en la diversidad de mecanismos que distintos actores -estados, empresas y comunidades indígenas- reivindican como formas de cumplir con este derecho. Distintos fundamentos, obligatoriedad, condiciones de procedencia, sujetos pasivos y activos de la obligación, entre otras cosas, son apreciables de un examen de estas prácticas.

OBJETIVO E HIPÓTESIS

El objetivo de este estudio es generar una propuesta hermenéutica relativa al contenido y alcance de la norma de participación en los beneficios del Art. 15 N°2 del Convenio, en el marco del DIDH, que permita hacerse cargo de las inconsistencias y vacíos que demuestra la teoría y práctica de los derechos humanos en la materia,

estableciendo definiciones que permitan clarificar los elementos básicos para su implementación en América Latina.

La investigación tiene como hipótesis que, teniendo en cuenta los dos principios centrales de los derechos territoriales -i.e., autonomía indígena para decidir sobre el tipo de desarrollo que quieren llevar; y protección de las culturas y formas de vida indígena-, principios que a su vez se manifiestan en el objeto y fin del Convenio del N°169, el derecho a participar en los beneficios tendría un doble fundamento. Por un lado, vinculado al reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas, la participación en los beneficios se fundaría en el derecho al desarrollo. Más específicamente, en el derecho a recibir parte de los beneficios del desarrollo, con el objetivo que mejoren sus condiciones de vida. Por otro lado, asociado al principio de protección de las formas de vida indígenas, el fundamento de este derecho se encontraría en el principio de justicia ambiental relativo a que la distribución de los beneficios y cargas que produce un proyecto extractivo tiene que ser equilibrada o proporcional.

Este doble fundamento de la participación en los beneficios -derecho a recibir beneficios del desarrollo y asegurar la proporcionalidad en la distribución de cargas y beneficios de un proyecto- determinaría a su vez el estándar de implementación del derecho. Esto significaría que las obligaciones estatales, los sujetos activos de la obligación, el tipo de beneficios, los modelos de implementación deberían articularse en dos dimensiones diferenciadas, respondiendo a los dos fundamentos y objetivos del derecho.

METODOLOGÍA

En esta investigación se utilizará un análisis descriptivo, crítico y sistemático, de *lege lata*, de las fuentes que hacen referencia al derecho a participar de los beneficios derivados de la explotación de

recursos naturales en territorio indígena y, en general, aquellas que forman parte de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Dado que este estudio se enfoca en la norma del Art. 15N °2 del Convenio N°169, tratado internacional que contiene normas de derechos humanos, la investigación se centrará en las fuentes del DIDH, tanto de sistemas regionales de derechos humanos como del sistema de Naciones Unidas. Con todo, al ser el Art. 15N °2 una disposición que se encuentra en tratado internacional particular, el método hermenéutico a utilizar difiere de aquel método comúnmente utilizada en el DIDH. Este método, al momento de elegir las fuentes a considerar y el cómo hacerlo, por lo general, no pone el énfasis en la clase de fuente -si es tratado, costumbre, observación general, sentencia-, sino más bien en el contenido sustantivo de la misma. Sin descartar la importancia de una aproximación de este tipo, el análisis de esta obra se efectuará siguiendo las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena o CVDT) y los principios hermenéuticos del DIDH.

Hay dos prevenciones que se deben hacer respecto a las fuentes a utilizar. La primera, es que si bien las fuentes que se analizarán son aquellas pertenecientes al DIDH, dada la presencia de la participación en los beneficios en otros subsistemas de derecho internacional -principalmente en el Derecho Internacional de la Biodiversidad-, se podrá recurrir a estas fuentes en determinadas ocasiones y según el marco hermenéutico definido para esta investigación. La segunda prevención dice relación con el uso de fuentes de la gobernanza transnacional privada relativa a la explotación de recursos naturales. Es sabido que instrumentos como los “Performance Standards on Environmental and Social Sustainability” de la International Finance Corporation

(IFC)³⁴ y la “Good Practice Guide. Indigenous Peoples and Mining”³⁵ del International Council on Mining and Metals (ICCM), establecen/recomiendan el compartir los beneficios. Sin negar la importancia que tienen estos estándares en la gobernanza de la explotación de recursos naturales, dado que el objetivo de esta obra es una indagación jurídica sobre el significado del derecho a participación en los beneficios en el marco del DIDH, en este análisis se centrará en fuentes primarias y secundarias pertenecientes, en sentido estricto, al derecho internacional. Entre otras: tratados internacionales, declaraciones internacionales, jurisprudencia de tribunales regionales e internacionales, observaciones y recomendaciones de órganos de tratados de derechos humanos, procedimientos especiales del sistema de Naciones Unidas, etc.

En lo que concierne a la selección de experiencias prácticas que se revisan en el Capítulo N°5 de este trabajo, el criterio que se siguió fue que se tratara de prácticas que hayan sido vinculadas expresamente al cumplimiento del deber de compartir beneficios por los estados parte del Convenio N°169 o por la doctrina especializada. Para identificar las prácticas que los propios estados estiman que serían formas de cumplir este derecho, se revisó las observaciones formuladas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT sobre el cumplimiento del Convenio, publicadas entre los años 1993 y 2021. De igual forma, se revisó la totalidad de las Reclamaciones que tuviesen por objeto el Convenio N°169 de la OIT³⁶.

34 INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION (2012), p. 51 (“Ensuring fair and equitable sharing of benefits associated with project usage of the resources where the client intends to utilize natural resources that are central to the identity and livelihood of Affected Communities of Indigenous Peoples and their usage thereof exacerbates livelihood risk”).

35 INTERNATIONAL COUNCIL ON MINING AND METALS (2015), p. 41.

36 Las observaciones de la CEACR y las Reclamaciones pueden encontrarse en la base de datos de la OIT “NORMLEX. Information System on International Labour Standards”. En línea: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::...>

La revisión de literatura especializada, en tanto, consideró doctrina latinoamericana y anglosajona de los últimos treinta años relativa en general a los derechos territoriales de los pueblos indígenas. En términos generales, se encontraron los siguientes tipos de experiencias: fondos de reparto de beneficios (estructurales y particulares); inversión estatal específica en beneficios de comunidades indígenas; pago de una cuota mayor en función de la propiedad de la tierra; y acuerdos empresas-comunidades indígenas.

Respecto al estudio de los convenios entre empresas y comunidades indígenas, se debe señalar que, a pesar de que estos acuerdos son comunes tanto en Canadá como en Australia, el análisis de este tipo de experiencias se centró en los Impact and Benefit Agreements (IBA) llevados a cabo en Canadá. Esta opción se justifica en dos razones. La primera es que, en Canadá, los IBA están vinculados al derecho a consulta³⁷. Este derecho es la piedra angular en donde descansa la aplicación de las normas del Convenio y, en particular, la implementación de la norma de compartir beneficios del Art. 15N^o2. La segunda razón es que, dado que América Latina representa el destino más grande del total de la inversión minera canadiense³⁸, este país es usualmente tomado como ejemplo al momento de discutir la relación de los derechos de los pueblos indígenas, el Estado y la industria extractiva en Latinoamérica³⁹. Por estos motivos, los IBA se presentan como el modelo más adecuado para el análisis de los acuerdos entre empresas y comunidades.

ESTRUCTURA

La estructura de este estudio es la siguiente. Luego de esta introducción, el Capítulo N^o1, distingue la existencia en el DIDH de tres

37 BERGNER (2018) pp. 200-216.

38 KAMPHUIS (2019) p. 469.

39 Por ejemplo, DONOSO (2014); y BUSTAMANTE-RIVERA y MARTIN (2018).

enfoques conceptuales o formas de abordar los derechos territoriales indígenas: eco-cultural, procedimental y dual. Frente a este panorama, el capítulo muestra y justifica la opción de esta investigación doctoral por un enfoque dual. Para ello, primero explica el enfoque eco-cultural y cómo su sustrato conceptual genera el riesgo de limitar sus posibilidades de desarrollo solo a actividades tradicionales. Luego, se examina el enfoque procedimental y el riesgo de que se utilice la consulta, el consentimiento y la participación en los beneficios para producir y legitimar la desposesión territorial indígena. Finalmente, el capítulo se detiene en el abordaje dual. Este enfoque, se indica, opera sobre la base de que existen dos valores o principios centrales que informan los derechos territoriales de los pueblos indígenas, cuales son: por un lado, el fortalecer y resguardar la cultura, instituciones y formas de vida indígena; por otro, el asegurar que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus formas de vida y tipo de desarrollo. A través de un análisis de conceptos, derechos e historia de redacción, el capítulo muestra que el Art. 15Nº2 del Convenio puede leerse como un ejemplo paradigmático de este enfoque. Al fin, tanto porque supone una reconstrucción más adecuada del ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos indígenas, como porque mitigaría los riesgos que producen los otros enfoques, es que el trabajo opta por el enfoque dual para enmarcar la investigación a realizar. La adopción de este enfoque implicará que, al momento de interpretar y aplicar los derechos territoriales de los pueblos indígenas, se deberá tener en cuenta los dos valores centrales ya señalados.

El Capítulo Nº2 busca configurar el marco hermenéutico para la interpretación del derecho a participar en los beneficios del Art. 15 Nº2 del Convenio Nº169. Para ello, identifica la naturaleza de los derechos del Convenio Nº169, argumentando que deben ser considerados como normas de derechos humanos para efectos de su interpretación. A partir de lo anterior, precisa el régimen hermenéutico aplicable a las disposiciones del Convenio Nº169. Partiendo de una perspectiva consensual moderada -o neo-voluntarista- del derecho internacional, se explica que al Convenio le son aplicables las reglas

de interpretación de la Convención de Viena, las que se “modulan” o “acomodan” debido a la pertenencia material de este tratado al DIDH. En concreto, ello significa que, en la interpretación del Convenio, las reglas de la CVDT deberían leerse teniendo en cuenta el principio *pro persona*, el de interpretación evolutiva y el principio de efectividad.

El Capítulo N°3, en tanto, revisa el estándar y la doctrina del DIDH, con un foco específico en aquellas fuentes que se han detenido, en mayor o menor medida, en analizar los fundamentos o la naturaleza jurídica de esta obligación, concluyendo que estas fuentes no aportan claridad sobre cuáles son los fundamentos de la participación en los beneficios. Debido a ello, y teniendo en cuenta los dos principios que articulan los derechos territoriales indígenas en el enfoque dual, y que constituyen a su vez el objetivo y fin del Convenio, el capítulo argumenta que este derecho tendría un doble fundamento y finalidad. En una dimensión sustantiva -i.e., en tanto derecho con su propio contenido-, propondré que la participación en los beneficios se funda en el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas; o, más precisamente, en el principio del desarrollo auto-determinado (*self-determined development*). Bajo esta lógica, el reparto de beneficios se concibe como una medida que busca asegurar que el proyecto de desarrollo que se emplace en territorio indígena se traduzca en una mejora de las condiciones de vida de estos pueblos. En su dimensión adjetiva o procesal -i.e. vinculada a la protección de otros derechos-, los beneficios compartidos se basarían en una dimensión del principio de la justicia ambiental, cual es, que la distribución de las cargas y beneficios de un proyecto extractivo en territorio indígena debe ser proporcional.

Sobre la base de esta doble fundamentación y finalidad, el Capítulo N°4 tiene por objeto identificar cuáles son las obligaciones sustantivas y procesales mínimas con las que debiese cumplir el Estado al momento de implementar el derecho a participar en los beneficios del Convenio. Para ello, a partir de una lectura sistemática y teleológica de la frase “siempre que sea posible”, el capítulo sostiene que la naturaleza de la obligación de compartir beneficios del Art.

15Nº2 puede ser entendida como una de “debida diligencia”. Esto significaría que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para compartir beneficios, pero si por razones ajenas al control estatal no es posible lograrlo, dicho incumplimiento no será imputable al Estado.

A continuación, se identifican y explican las obligaciones sustantivas y procesales con las que deberá seguir el Estado para implementar adecuadamente este derecho. Teniendo en cuenta el doble fundamento y finalidad detenta la participación en los beneficios, se postula que las obligaciones respectivas se derivan y estructuran en base al cumplimiento de los dos objetivos de este derecho. Luego, el capítulo también analiza quiénes deben ser los sujetos activos de la obligación, así como los principios que debiese seguirse en la determinación de los beneficios. Sobre el primer tema, sostiene que el cumplimiento de los dos objetivos de la participación en los beneficios implica distinguir dos sujetos activos de la obligación: el pueblo en su conjunto y las comunidades afectadas. En relación con los beneficios, el principio que debe regular este tópico es que sea el propio pueblo el que decida qué tipo de beneficios prefiere. Con todo, se agrega que dicho margen de decisión se vería sometido a ciertas limitaciones de carácter formal y material.

El Capítulo Nº5, al fin, efectúa un análisis de la práctica estatal y privada asociadas al reparto de los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales existentes en territorio indígena, en base a las características y las obligaciones de este derecho que fueran destiladas en los capítulos precedentes. El capítulo argumenta que la doble fundamentación y finalidad de este derecho, así como sus características principales, llevan a concluir que la participación en los beneficios debe ser aplicada a través de mecanismos públicos -no privados- en dos dimensiones simultáneas y complementarias: una general -e.g. en base a impuestos o royalties- y una particular -e.g. como medida de mejora acordada en la evaluación ambiental-. Debería, además, asegurar con especial énfasis la participación indígena en la administración de los beneficios.

La obra termina concluyendo con una propuesta hermenéutica del contenido y alcance del derecho a participar en los beneficios. En concreto, se señalará que este derecho tiene dos fundamentos: por un lado, el derecho a recibir parte de los beneficios del desarrollo, con el objetivo que mejoren sus condiciones de vida. Por otro lado, el principio de justicia ambiental relativo a que la distribución de los beneficios y cargas que produce un proyecto extractivo tiene que ser equilibrada o proporcional. Estos dos fundamentos determinan que las obligaciones estatales, los sujetos activos de la obligación, el tipo de beneficios, deberán articularse en dos dimensiones diferenciadas, respondiendo a cada uno de estos fundamentos. En la práctica, esta doble fundamentación implicará que la implementación del derecho deberá ser desarrollada en dos niveles, uno general y uno particular. Al fin, la conclusión termina presentando algunas posibles áreas de investigaciones futuras.