

# RECOMENDACIONES PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EN LOS SECTORES EXTRACTIVO E INFRAESTRUCTURA



Una iniciativa de:



D E R E C H O  
A M B I E N T E Y  
R E C U R S O S  
N A T U R A L E S

Con el apoyo de:



**USAID**  
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE AMÉRICA



## Recomendaciones para promover la participación efectiva de pueblos indígenas en la distribución de beneficios en los sectores extractivo e infraestructura

### **Autora:**

Pierina Fiorella Egusquiza Cerrón

### **Editado por:**

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)  
Jr. Brigadier Mateo Pumacahua N° 2249, Lince, Lima, Perú.  
Correo electrónico: dar@dar.org.pe  
Página web: www.dar.org.pe

### **Revisión general:**

Aída Gamboa Balbín  
Hernando Hidalgo Tapiero-Cohen

### **Foto de portada por:**

Rolando Mondragón/DAR

### **Coordinación general:**

Gisella Valdivia Gozalo

### **Cita sugerida:**

Recomendaciones para promover la participación efectiva de los pueblos indígenas en la distribución de beneficios en los sectores extractivo e infraestructura. Lima: DAR, 2023. 68 pp.

### **Primera edición digital:** julio 2023.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-05113  
ISBN N° 978-9972-2760-5-7

Está permitida la reproducción total o parcial de este documento, su tratamiento informático, su transmisión por cualquier forma o medio, sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros, con la necesaria indicación de la fuente cuando sea usada en publicaciones o difusión por cualquier medio.

La presente publicación ha sido elaborada en el marco del Proyecto Amazonía Indígena: Derechos y Recursos (AIRR). Este documento es posible gracias al generoso apoyo del pueblo estadounidense a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido es responsabilidad de la autora y no necesariamente refleja los puntos de vista de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos.

Hecho en el Perú.

# RECOMENDACIONES PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EN LOS SECTORES EXTRACTIVO E INFRAESTRUCTURA

Una iniciativa de:



D E R E C H O  
A M B I E N T E Y  
R E C U R S O S  
N A T U R A L E S

Con el apoyo de:



**USAID**  
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE AMÉRICA





Foto: Rolando Mondragón/DAR

# Índice

Tablas .....	6
Siglas y abreviaturas .....	7
Resumen ejecutivo .....	9
<b>Primera parte:</b>	
<b>Alcances del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios .....</b>	<b>11</b>
1.1. Marco jurídico que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas en sus territorios .....	11
1.2. El Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales .....	13
1.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas .....	22
1.4. El Convenio sobre Diversidad Biológica e instrumentos conexos .....	23
1.5. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	25
1.6. Sentencias relevantes de órganos judiciales de los Estados sobre los que versa esta investigación .....	28
1.7. Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente .....	31
1.8. Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos .....	31
<b>Segunda parte:</b>	
<b>Criterios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios ....</b>	<b>34</b>
2.1. Los procedimientos de consulta son los mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas pueden llegar a acuerdos sobre los beneficios tangibles .....	34
2.2. Participación justa y equitativa de los beneficios .....	35
2.3. Beneficios bajo condiciones mutuamente acordadas .....	36
2.4. Utilidad del beneficio conforme con las propias prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas .....	37
2.5. El beneficio debe contar con una programación a corto, mediano y largo plazo .....	38
2.6. Principales contenidos de los criterios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios .....	39
<b>Tercera parte:</b>	
<b>Matriz para la evaluación del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios .....</b>	<b>44</b>
3.1. Contenido de la matriz .....	44
3.2. Principales resultados obtenidos .....	53
<b>Cuarta parte</b>	
<b>Recomendaciones para el ejercicio efectivo del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas e infraestructura en sus territorios en cuatro países de la región .....</b>	<b>60</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>63</b>

# Tablas

Tabla N° 1	Realidad de los pueblos indígenas según la IWGIA	12
Tabla N° 2	Ratificación del C169 de la OIT por los Estados objeto de la investigación	13
Tabla N° 3	Régimen jurídico de los recursos naturales y el derecho de los pueblos indígenas a los beneficios por la realización de actividades extractivas en sus territorios, en los países objeto de la investigación	19
Tabla N° 4	Principales contenidos de los criterios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios	40
Tabla N° 5	Análisis realizado a la norma constitucional ecuatoriana sobre el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por la realización de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios	48
Tabla N° 6	Instrumentos normativos revisados	49
Tabla N° 7	N° de criterios cumplidos por instrumento normativo	54
Tabla N° 8	Resultados alcanzados según criterios	54

# Siglas y acrónimos

C169	Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDB	Convenio sobre Diversidad Biológica
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
IWGIA	Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas
OIT	Organización Internacional del Trabajo



Foto: Rolando Mondragón/DAR



# Resumen ejecutivo

La asociación civil Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), viene implementando –junto con socios estratégicos de organizaciones indígenas y sociedad civil– el proyecto denominado “*Amazonía Indígena: Derechos y Recursos (AIRR)*”, financiado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), con el objetivo de mejorar la participación de los pueblos indígenas en el desarrollo económico sostenible de la Amazonía, conduciendo en definitiva a la conservación de la biodiversidad y a la reducción de las emisiones por la pérdida de bosques.

Para aportar a este objetivo, se elaboró un documento inicial de análisis con recomendaciones para promover la participación efectiva de los pueblos indígenas en la distribución de beneficios en los sectores extractivo e infraestructura en sus territorios, según los marcos jurídicos vigentes en los Estados de Colombia, Ecuador, Brasil y Perú.

Este documento se divide en cuatro partes. En la primera parte se presentan los principales alcances jurídicos (normativos y jurisprudenciales) acerca del derecho de los pueblos indígenas en cuestión, esto es, a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios. Sobre la base de lo anterior, en la segunda parte, se desarrollan cinco criterios que pueden ser considerados como “elementos mínimos” para garantizar el ejercicio efectivo del mencionado derecho. En tercer lugar, se presenta una *matriz para la evaluación del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios*, a través de la cual se analiza si un total de cuarenta y una normas cumplen con los criterios desarrollados previamente, así como se comentan los principales resultados obtenidos producto de dicho análisis. Finalmente, la cuarta parte contiene un conjunto de recomendaciones para promover el ejercicio efectivo del derecho bajo comentario, en los cuatro países objeto de este análisis.



Foto: Rolando Mondragón/DAR



# Primera parte

## Alcances del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios

### 1.1. Marco jurídico que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas en sus territorios

La presente investigación toma como punto de partida, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT") sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante, "C169"), por tratarse de un instrumento normativo que reconoce y desarrolla los derechos de los pueblos indígenas y tiene carácter obligatorio para los Estados que lo han ratificado.

Cabe señalar que, si bien el artículo 15 del C169 reconoce el derecho objeto de la presente investigación, como se revisará más adelante: i) este se refiere explícitamente a las actividades extractivas producidas en los territorios de los pueblos indígenas (es decir, no abarca actividades de infraestructura); y, ii) tiene una relación directa con otros derechos colectivos contemplados en este instrumento normativo, como son los derechos a la tierra, a los recursos naturales, al desarrollo, a la consulta previa, entre otros más.

A mayor abundamiento, se debe iniciar señalando que los cuatro Estados analizados en esta investigación, comparten realidades similares en cuanto a la presencia de pueblos indígenas en sus territorios, las problemáticas que enfrentan y la necesidad de adoptar medidas para garantizar sus derechos. Al respecto, sobre la base de la información contenida en la publicación "El mundo indígena 2020", el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), a continuación, se presentan datos clave a considerar sobre la situación de los pueblos indígenas en cada uno de estos cuatro países.

Tabla N° 1. Realidad de los pueblos indígenas según la IWGIA

País	Datos sobre pueblos indígenas		Principales problemas que enfrentan	Fuente
	N° de habitantes	N° de pueblos		
Brasil	896 mil personas	305 grupos étnicos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deconstrucción de políticas indígenas.</li> <li>- Deforestación e incendios en territorios indígenas.</li> <li>- Política minera sobre territorios indígenas.</li> <li>- Paralización de los procesos de demarcación de los territorios indígenas.</li> </ul>	IWGIA, 2020, pp. 373 - 379
Colombia	1'905,617 personas	115 pueblos indígenas nativos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Masacres a pueblos indígenas por el control territorial y de distintas economías ilegales.</li> <li>- Ausencia de políticas para garantizar los derechos a la vida, a los territorios, a la identidad cultural y al ejercicio del gobierno propio de los pueblos indígenas.</li> <li>- Desplazamiento y marginalización de los pueblos indígenas y degradación de sus territorios por cultivo y tráfico de drogas.</li> <li>- Expedición de normas regresivas para los derechos de los pueblos indígenas</li> </ul>	IWGIA, 2020, pp. 394 - 396
Ecuador	Alrededor de 1.1 millón de personas	14 nacionalidades indígenas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No existen políticas específicas dirigidas a prevenir y neutralizar el riesgo de desaparición de los pueblos indígenas.</li> <li>- Política extractivista sobre territorios indígenas.</li> </ul>	IWGIA, 2020, pp. 409 - 411
Perú	Más de 4 millones de personas	55 pueblos indígenas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pérdida sostenida de bosque (123 mil Ha por año en las últimas 2 décadas).</li> <li>- Desarrollo de tala y minería ilegal en la Amazonía.</li> <li>- Política extractivista sobre territorios indígenas.</li> <li>- Asesinato de líderes y defensores comunitarios.</li> </ul>	IWGIA, 2020, pp. 486 - 490

Elaboración propia.

Sobre la base de la situación descrita, se debe tomar como punto de partida de la investigación, que los cuatro países objeto de este estudio han ratificado el C169, instrumento jurídico vinculante de principal importancia para la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

**Tabla N° 2. Ratificación del C169 de la OIT por los Estados objeto de la investigación**

País	Fecha de ratificación del Convenio N°169 de la OIT
Brasil	25 julio de 2002
Colombia	07 agosto de 1991
Ecuador	15 mayo de 1998
Perú	02 febrero de 1994

Fuente: OIT (2020). *Ratificación del C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*  
Elaboración propia.

Conforme con lo señalado, para identificar y delimitar el contenido del derecho de los pueblos indígenas a la participación de los beneficios por el desarrollo de los proyectos extractivos, así como por la realización de actividades de infraestructura en sus territorios, se analizan otros instrumentos relevantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como son Convenio sobre Diversidad Biológica y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Asimismo, se ha revisado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) en la que –además de tomar en cuenta los mencionados instrumentos normativos– se realiza la interpretación del derecho a los beneficios, a la luz de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sumado a ello, se analizan sentencias de los órganos judiciales de los países sobre los que versa esta investigación, en las que se hace mención del referido derecho. Por último, se revisan importantes instrumentos internacionales que buscan proteger y promover los derechos humanos, los que incluyen, entre otros asuntos, el deber de los Estados y de las empresas de otorgar beneficios a los pueblos indígenas, por la realización de actividades de terceros en sus tierras o territorios.

## 1.2. El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales

Como se indicó en el apartado anterior, el Convenio N° 169 de la OIT es un instrumento jurídico vinculante de mayor importancia para la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Como lo afirma Elizabeth Tinoco, directora regional para América Latina y el Caribe de la OIT, “al ratificar un convenio de la OIT, un Estado miembro se compromete a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio” (2014, p. 9).

En tal sentido, al tratarse de una norma vinculante, se convierte en una pieza clave para proteger a estos pueblos, por cuanto el artículo 2.1 del Convenio N° 169 ordena a los Estados a “asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada

y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. Asimismo, el artículo 2.2 indica como parte de la referida acción coordinada, la inclusión de medidas:

- a) “que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

Es preciso añadir que, si bien el Convenio N° 169 de la OIT no contiene una definición aplicable a los pueblos indígenas, en su artículo 1 contempla los criterios objetivo y subjetivos como medios para identificar a estos pueblos.

#### Artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT

1. El presente Convenio se aplica:
  - (a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
  - (b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Partiendo de las anteriores disposiciones, se debe indicar que el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas en sus territorios se encuentra contemplado en el artículo 15 del C169 y ha sido reiterado, entre otros, por la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>1</sup>. Textualmente, la citada norma dispone lo siguiente:

#### Artículo 15

1. *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*
2. ***En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o***

<sup>1</sup> Como se verá más adelante, la Corte IDH ha desarrollado los alcances de este derecho en las sentencias del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2008) y del caso del Pueblo Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

*explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. (resaltados agregados)*

De la lectura del citado artículo, se identifican cinco bloques de derechos colectivos de los pueblos indígenas relacionados intrínsecamente con los derechos sobre sus tierras y territorios, los cuales son comentados a continuación:

- a) **Derechos relacionados directamente con los recursos naturales existentes en sus tierras (a participar en el uso, administración y conservación de dichos recursos):** El C169 establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la utilización, administración y conservación de dichos recursos (15.1), los cuales comprenden recursos renovables y no renovables (minerales, fauna silvestre, agua, entre otros). Este derecho tiene como punto de partida el reconocer la especial conexión entre los pueblos y las tierras que habitan, las que constituyen el lugar donde se desarrolla su historia y la de sus ancestros, llegando a tener un valor sagrado que va más allá de lo productivo o económico (OIT, 2009, p. 91). En términos del Relato Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, José Martínez Cobo: “es esencial

Foto: Rolando Mondragón/DAR



que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con la Madre Tierra, con sus tierras, tiene muchas implicaciones profundas. Además, la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente” (1987, pp. 16 – 17).

Ahora bien, como se verá más adelante, las constituciones políticas de los países de esta investigación contienen cláusulas según las cuales, la propiedad de los recursos pertenece a los Estados. Por dicho motivo, el propio C169 contempla otros derechos colectivos –como es el caso del derecho a la consulta previa–, los cuales, en conjunto, buscan promover una efectiva protección sobre las tierras, recursos, y demás valores conexos de los pueblos indígenas.

**b) Derecho a la consulta previa por el desarrollo de actividades extractivas en sus tierras:**

Conforme con la OIT, “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio núm. 169” (2009, p. 59). A mayor detalle, el artículo 6 del C169 explícitamente señala que los gobiernos deben “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Asimismo, la misma norma establece que las consultas deben de efectuarse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Sobre la base de ello, y tomando en consideración la conflictividad por la prospección o explotación de los recursos minerales o del subsuelo en las tierras de los pueblos indígenas, el artículo 15 del C169 establece la realización de procesos de consulta previa antes de emprender dichos proyectos destinados a que los pueblos indígenas. A mayor detalle, la OIT pone énfasis en que, en tanto las actividades extractivas son procesos de largo plazo “es importante subrayar que la obligación de consultar no sólo se aplica al momento de tomar la decisión de explorar o explotar los recursos sino que también corresponde en un nivel más general, a lo largo de todo el proceso debido a que afecta a los pueblos indígenas). En este sentido, el Artículo 15 debe leerse junto con los artículos 6 y 7 del Convenio, que exigen la consulta de los pueblos indígenas y su participación en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo que los afecten” (2009, pp. 107 – 108).

**c) Derecho de conocer los impactos que tendrán las actividades de prospección y explotación:**

Como se ha señalado, el artículo 15.2 del C169 indica que los pueblos indígenas deberán ser consultados a fin de determinar si sus intereses se verán perjudicados, y en qué medida, por la prospección y explotación de los recursos existentes en sus tierras. Conforme con ello, la OIT señala que este artículo se debe de leer en conjunto con los artículos 6 y 7.3 del C169, que refieren que deberán evaluarse, en colaboración con los pueblos indígenas, los impactos sociales, espirituales, culturales y ambientales de las actividades de desarrollo, y que los resultados de dichas evaluaciones se considerarán como criterio fundamental para la implementación de dichas actividades (2009, p. 108). Para dicho efecto, los estudios de impacto social y ambiental sirven como instrumentos de evaluación de los posibles daños o impactos de un proyecto extractivo.

**d) Derecho a participar de los beneficios producto de actividades extractivas en sus tierras:**

Conforme lo indica el 15.2 del C169, los pueblos indígenas tienen derecho a tener parte de los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus tierras

y “siempre que sea posible”. Sobre el particular, deberá interpretarse la expresión usada en el Convenio como siempre que existan ganancias de las mismas actividades económicas, puesto que, si no se generasen tales beneficios, no se podrían repartir o compartir los mismos. Asimismo, cabe señalar que la OIT ha referido sobre la materia que la “distribución de los beneficios puede adoptar diferentes formas [de implementación], como la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, la negociación de acuerdos entre los Estados y los territorios autogobernados, o la redistribución de impuestos e ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas” (2009, p. 108).

- e) **Derecho a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que pueda sufrir como resultado de la realización de actividades extractivas en sus tierras:** El Convenio indica que los pueblos indígenas tienen derecho a percibir una indemnización equitativa por los efectos negativos de dicha actividad extractiva. Cabe indicar que, de acuerdo con la Corte IDH, en la sentencia correspondiente al caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam, dicha indemnización también se extiende por la total o parcial privación del uso y goce de los recursos naturales sobre sus tierras (2007, p. 44).

Es preciso añadir que los derechos antes comentados están íntimamente ligados al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas -reconocido en el artículo 7 del C169, así como en el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas<sup>2</sup>- así como al derecho a mantener su integridad e identidad cultural.

Es bajo este marco jurídico que se hace manifiesta la razón o justificación para que los pueblos indígenas se beneficien de los proyectos de extracción, puesto que, aun cuando no sean considerados propietarios de los recursos naturales, al consentir en dichos proyectos:

*“...proporcionan acceso a los recursos y renuncian a otras opciones de desarrollo de sus territorios en el futuro. Los pueblos indígenas deberían percibir beneficios financieros directos – más allá de los beneficios incidentales, como los puestos de trabajo o la caridad de la empresa- debido a la compensación que les corresponde por permitir el acceso a sus territorios y por los efectos adversos del proyecto que han aceptado” (Consejo de Derechos Humanos, 2013, p. 21).*

En este orden de ideas, vemos que el derecho a la participación de los beneficios es un derecho colectivo cuyos titulares son los pueblos indígenas de conformidad con los criterios objetivo y subjetivo establecidos en el artículo 1 del Convenio 169. Asimismo, el artículo 15.2 del Convenio ha establecido los elementos que deben concurrir para que la participación en los beneficios sea posible:

- a. Se trate de recursos mineros, del subsuelo u otros que pertenezcan al Estado y que se encuentren en tierras de los pueblos indígenas. En atención a ello, se debe concluir que proyectos de infraestructura no se encontrarían al amparo del presente artículo.
- b. La propiedad de estos recursos haya sido retenida por el Estado.
- c. El Estado respectivo, para comenzar o autorizar un programa de prospección o explotación de dichos recursos, deberá consultar a los pueblos para determinar si sus intereses resultarían perjudicados.

<sup>2</sup> **Artículo 7.1 del C169:** “Los pueblos interesados deberán tener 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 (...).”

**Artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:** “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

En este sentido, la participación en los beneficios se encuentra estrechamente relacionada al consentimiento libre, previo e informado, ya que el pueblo indígena no puede verse amenazado o forzado a aceptar un proyecto que puede socavar o hacer desaparecer su identidad o integridad cultural. Al respecto, se debe empezar por señalar que el artículo 16.2 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que, en los casos en los que, sea excepcionalmente necesario que los Estados trasladen y reubiquen a los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, ello sólo deberá “efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”. Así también, como se verá más adelante en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que ante los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un impacto en el territorio indígena, además de la consulta previa, se requiere del “consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (2007, p. 43).

Dicho lo anterior, es importante tener en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la explotación de los recursos naturales, así como aquellas referidas al derecho de los pueblos indígenas a la participación en los beneficios producto de las actividades extractivas en sus territorios, de los países bajo análisis, a fin de tener más precisión acerca de la aplicabilidad del 15.2 del Convenio 169.

Foto: Rolando Mondragón/DAR



Tabla N° 3. Régimen jurídico de los recursos naturales y el derecho de los pueblos indígenas a los beneficios por la realización de actividades extractivas en sus territorios, en los países objeto de la investigación

Norma	Régimen de los recursos naturales
<p><b>Constitución Política del Perú (1993)</b></p>	<p><b>Artículo 66:</b> “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”</p> <p><b>Artículo 89:</b> “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”</p> <p><b>Artículo 4 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales – Ley N° 26811:</b> Los recursos naturales mantenidos en su fuente sean estos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.</p>
<p><b>Constitución Política del Ecuador (2008)</b></p>	<p><b>Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; <u>participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.</u> La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (resaltados agregados)</b></p> <p><b>Art. 317.-</b> Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.</p> <p><b>Art. 408.-</b> Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.</p>

Norma	Régimen de los recursos naturales
<p><b>Constitución Política de la República Federativa del Brasil (1988)</b></p>	<p><b>Art. 20.</b> <i>Son bienes de la Unión [Estados, Distrito Federal y los Municipios]: (...) V los recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva; (...) VIII el potencial de energía hidráulica; (...) IX los recursos minerales, incluso los del subsuelo; (...) XI las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios.</i></p> <p>d. <i>Está asegurada, en los términos de la ley, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios, así como a los órganos de la administración directa de la Unión, la participación en el resultado de la explotación de petróleo o gas natural, de recursos hidráulicos para fines de generación de energía eléctrica y de otros recursos minerales en el respectivo territorio, en la plataforma continental, en el mar territorial o en la zona económica exclusiva, o la compensación financiera por dicha explotación.</i></p> <p><b>Art. 176.</b> <i>Los yacimientos en extracción o no, los demás recursos minerales y el potencial de energía hidráulica constituyen propiedad distinta de la del suelo, a afectos de explotación o aprovechamiento, y pertenecen a la Unión [Estados, Distrito Federal y los Municipios], garantizándose al concesionario la propiedad del producto de la extracción.</i></p> <p>1. <i>La extracción de recursos minerales y el aprovechamiento de los potenciales que se refiere este artículo, sus bienes, servicios e instalación podrán ser efectuados mediante autorización o concesión de la Unión, en el interés nacional, en la forma de la ley, que establecerá las condiciones específicas cuando esas actividades se desarrollaran en zona fronteriza o tierras indígenas.</i></p> <p>2. <i>Se asegura la participación del propietario del suelo en los resultados de la extracción, en la forma y valor que disponga la ley.</i></p> <p>3. <i>La autorización para búsquedas será siempre por plazo determinado, y las autorizaciones y concesiones previstas en este artículo no podrán ser cedidas o transferidas, total o parcialmente, sin previa anuencia del poder concedente.</i></p> <p>4. <i>No dependerá de autorización o concesión el aprovechamiento del potencial de energía renovable de capacidad reducida.</i></p> <p><b>Art. 177.</b> <i>Constituyen monopolio de la Unión: I) la búsqueda y extracción de yacimientos de petróleo y gas natural y otros hidrocarburos fluidos; 1º La Unión podrá contratar empresas estatales o privadas para la realización de las actividades previstas en los incisos I a IV de este artículo, en las condiciones que establezca la ley.</i></p> <p><b>Art. 231</b> <i>Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.</i></p> <p>1. <i>Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.</i></p> <p>2. <i>Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas.</i></p> <p>3. <i>El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, <b><u>oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley.</u></b> (...). (resaltados agregados)</i></p>

Norma	Régimen de los recursos naturales
<p><b>Constitución Política de Colombia (1991)</b></p>	<p><b>ARTÍCULO 63.</b> <i>Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.</i></p> <p><b>ARTÍCULO 330.</b> <i>De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.</i></li> <li>2. <i>Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.</i></li> <li>3. <i>Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.</i></li> <li>4. <i>Percibir y distribuir sus recursos.</i></li> <li>5. <i>Velar por la preservación de los recursos naturales.</i></li> <li>6. <i>Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.</i></li> <li>7. <i>Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.</i></li> <li>8. <i>Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y</i></li> <li>9. <i>Las que les señalen la Constitución y la ley.</i></li> </ol> <p><b><u>Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades</u></b>. (resaltados agregados)</p> <p><b>ARTÍCULO 332.</b> <i>El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.</i></p>

Elaboración propia.

De la revisión normativa constitucional de los Estados materia de la presente investigación se observa que, en todos ellos, el Estado detenta la administración de los recursos naturales, es decir tiene un poder de dominio eminente sobre los mismos, a través del cual, establece su uso y goce para su exploración y explotación (licencias, permisos, autorización).

No obstante, se debe resaltar que las Constituciones de Brasil (artículo 231.3), Colombia (artículo 330.9) y Ecuador (artículo 57), también reconocen el derecho de los pueblos indígenas a obtener beneficios producto de actividades extractivas en sus territorios. Y en lo que corresponde al ordenamiento jurídico peruano, es pertinente acotar que, en tanto los tratados internacionales de derechos humanos detentan rango constitucional<sup>3</sup>, el Tribunal Constitucional también ha reconocido al C169 como una norma de rango constitucional (2011, p. 5). Conforme con ello, el derecho bajo revisión también goza de reconocimiento constitucional en el Estado peruano.

<sup>3</sup> En la sentencia recaída en los expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha afirmado que "los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional" (2006, p. 14).

## 1.3. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Otro instrumento internacional importante por mencionar es la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)**, que, aunque es una norma de *soft law*, establece criterios claves para garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Este instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos inicia reconociendo que los indígenas, como pueblos o individuos, tienen derecho “al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humano” (artículo 1); que son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y por tanto, tienen el derecho “a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas” (artículo 2); y, que los pueblos indígenas “tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (artículo 3).

Sobre los alcances particulares de esta investigación, el artículo 32 reconoce a los pueblos indígenas, una serie de derechos relacionados con el desarrollo de proyectos que se realicen en sus tierras:

### Artículo 32

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.*
2. **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.**
3. **Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.** (resaltados agregados)

Como se puede apreciar, el citado artículo guarda semejanza con el supuesto de hecho contenido en el artículo 15.2 del C169 comentado líneas arriba, respecto de la obligación estatal de mantener procedimientos de consulta a los pueblos indígenas antes de la aprobación de proyectos extractivos en sus tierras. Asimismo, se establece que es deber de los Estados adoptar mecanismos para una reparación justa y equitativa -y aunque, como veremos más adelante, el concepto y objeto de protección de los beneficios no es el mismo que la medida de reparación o indemnización-; estándar que también se encuentra presente en otros apartados de la Declaración, como es el caso del artículo 28, el cual dispone que “**salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios, recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada**”. Por ende, se considera que, si la reparación (situación ex – post) contiene estos criterios para su determinación, las medidas que se establezcan para repartir los beneficios (situación que si no es debidamente concedida, será objeto de reparación) también debería ser aplicada dichos criterios.

## 1.4. El Convenio sobre Diversidad Biológica e instrumentos conexos

Habiendo dado aproximaciones generales sobre el derecho a los beneficios de los pueblos indígenas acorde al C169 de la OIT, en el presente apartado se presentan definiciones relevantes adicionales sobre el concepto de “beneficios” de acuerdo con el **Convenio sobre Diversidad Biológica** (1992) -en adelante, CDB. Dicho instrumento internacional destaca entre sus fundamentos, compartir los beneficios con los pueblos indígenas, al ser actores que posibilitan la conservación de la diversidad biológica con sus conocimientos tradicionales y, a través de estos, se desarrollan métodos para el manejo y tratamiento de los recursos genéticos asociados a ellos:

### **Artículo 1. Objetivos**

*Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la **participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos** (...).*

### **Artículo 8. Conservación in situ**

*Cada Parte Contratante:*

- j) *Con arreglo a su legislación nacional, **respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones 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**; (...).* (resaltados agregados)

A su vez, se debe resaltar el **Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (2010)**, el cual establece importantes disposiciones relacionadas con la distribución justa y equitativa de beneficios a favor de pueblos indígenas:

### **Artículo 5: Participación Justa y Equitativa en los Beneficios (...)**

2. *Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, **se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.** (...)*
4. *Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el anexo.*
5. *Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa*



Foto: Rolando Mondragón/DAR

*participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas. (resaltados agregados)*

**Anexo “Beneficios Monetarios y No Monetarios”:**

1. Entre los **beneficios monetarios** pueden incluirse, sin limitaciones: (a) Tasas de acceso o tasa por muestra recolectada o adquirida de otro modo; (b) Pagos por adelantado; (c) Pagos hito; (d) Pago de regalías; (e) Tasas de licencia en caso de comercialización; (f) Tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios que apoyen la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; (g) Salarios y condiciones preferenciales si fueron mutuamente convenidos; (h) Financiación de la investigación; (i) Empresas conjuntas; (j) Propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes.
2. Entre los **beneficios no monetarios** pueden incluirse, sin limitaciones: (a) Intercambio de resultados de investigación y desarrollo; (b) Colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación y desarrollo científicos, particularmente actividades de investigación biotecnológica, de ser posible en la Parte que aporta los recursos genéticos; (c) Participación en desarrollo de productos; (d) Colaboración, cooperación y contribución a la formación y capacitación; (e) Admisión a las instalaciones ex situ de recursos genéticos y a bases de datos; (f) Transferencia, al proveedor de los recursos genéticos de conocimientos y de tecnología en términos justos y más favorables, incluidos los términos sobre condiciones favorables y preferenciales, de ser convenidos, en particular, conocimientos y tecnología en los que se haga uso de los recursos genéticos, incluida la biotecnología, o que son pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; (g) Fortalecimiento de las capacidades para transferencia de tecnología; (h) Creación de capacidad institucional; (i) Recursos humanos y materiales para fortalecer las capacidades para la administración y aplicación de la reglamentación en materia de acceso; (j) Capacitación relacionada con los recursos genéticos con la plena intervención de los países que aportan recursos genéticos y, de ser posible, en tales países; (k) Acceso a la información científica pertinente a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, incluidos inventarios biológicos y estudios taxonómicos; (l) Aportes a la economía local; (m) Investigación dirigida a necesidades prioritarias tales como la seguridad de la salud humana y de los alimentos, teniendo en cuenta los usos

*nacionales de los recursos genéticos en la Parte que aporta los recursos genéticos; (n) Relación institucional y profesional que puede dimanar de un acuerdo de acceso y participación en los beneficios y de las actividades subsiguientes de colaboración; (o) Beneficios de seguridad alimentaria y de los medios de vida; (p) Reconocimiento social; (q) Propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes.*

Por tanto, la revisión del CDB y del Protocolo de Nagoya permite esbozar las siguientes características de los beneficios que se deben de conceder a los pueblos indígenas, relacionados con sus conocimientos, innovaciones y prácticas que favorecen la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica:

- a) Obligación para los Estados de legislar, dictar normas administrativas y creación de políticas públicas a fin de posibilitar que los pueblos indígenas, participen de los beneficios por el uso de los recursos genéticos que están en posesión de dichos pueblos, así como por los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos. Además, las medidas estatales deberán respetar las leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas.
- b) La participación de los beneficios debe ser justa y equitativa.
- c) Los beneficios podrán ser monetarios y no monetarios.
- d) La participación de los beneficios debe establecerse bajo condiciones mutuamente acordadas.

Sobre la **participación de los beneficios bajo condiciones mutuamente acordadas**, cabe mencionar que las **Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización**, directrices voluntarias bajo el marco del CDB que promueven aclarar de forma detallada cómo aplicar las obligaciones del CDB; precisan que *“las condiciones mutuamente acordadas pudieran abarcar las condiciones, obligaciones, procedimientos, tipos, plazos de tiempo, distribución y mecanismos de los beneficios a compartir. Estas variarán dependiendo de lo que se considere justo y equitativo en función de las circunstancias”* (Secretaría del CDB, 2002, p. 14). Asimismo, sobre el **Plazo de los beneficios**, estas directrices especifican que:

*“Deberían considerarse beneficios a corto plazo, a mediano plazo y a largo plazo, incluidos los pagos por adelantado, pagos por etapas y regalías. Debería estipularse definitivamente el marco cronológico de la participación en los beneficios”* (Secretaría del CDB, 2002, p. 15). Y con relación a los **mecanismos para la participación en los beneficios** refiere también que *“pueden ser diferentes dependiendo del tipo de beneficios, de las condiciones concretas del país y de los interesados implicados. (...) debería ser flexible, puesto que lo determinarían los asociados implicados en la participación en los beneficios y ello variará según los casos”* (Secretaría del CDB, 2002, p. 15).

## 1.5. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De otro lado, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen dos importantes fallos de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (en adelante, Corte IDH) que han desarrollado el “derecho a participar en los beneficios” o “beneficios compartidos” a partir de los siguientes casos: **Pueblo Saramaka vs. Surinam** (2008), y **Pueblo Kaliña y Lokono vs. Surinam** (2015). Ambos tienen en común que los pueblos indígenas han visto afectados su derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente por los impactos que traen consigo proyectos de inversión o extracción.

Sobre el primer caso, correspondiente al Pueblo Saramaka, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) comenta que la Corte IDH ha determinado **tres garantías** que deben ser aseguradas por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) **al**

**momento de emitir concesiones extractivas o aprobar planes o proyectos de desarrollo o inversión** que restrinjan el uso y goce de los recursos naturales de los pueblos indígenas o afecten su territorio, aun cuando no exista un título de propiedad sobre ellos:

*“... (a) el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación, tal y como se refleja en el artículo 21 de la Convención Americana<sup>4</sup>; (b) no aprobación de cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural del grupo<sup>5</sup>; y (c) aprobación sólo después de consultas de buena fe –y, cuando sea aplicable, del consentimiento-, de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con participación indígena, **y con participación razonable en los beneficios**”. (CIDH, 2010, p.93) (resaltados agregados)*

A mayor abundamiento, con respecto del anterior literal c), la Corte precisó en la sentencia del caso de Saramaka vs Surinam, que el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías para preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, garantizando así su subsistencia:

**Primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de su territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.** Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal. (Corte IDH, 2007, p. 41) (resaltados agregados)

Resumiendo lo anterior, la Corte IDH ha establecido como requisito –entre otros- para la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas, **el deber estatal de garantizar que los miembros de los pueblos indígenas se beneficien razonablemente de las actividades extractivas que se lleve a cabo dentro de su territorio.** En consecuencia, cuando este derecho no está garantizado, no se deberían explotar los recursos naturales en los territorios indígenas:

*(...) el Estado puede restringir dicho derecho [a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio de los pueblos indígenas] mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka **sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka.** (Corte IDH, 2007, p. 50) (resaltados agregados)*

4 Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

5 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 128. Para la CIDH, la noción de “supervivencia” no se identifica con la mera existencia física: “La Corte enfatizó en la Sentencia que la frase ‘supervivencia como una comunidad tribal’ debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio”, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...)”

Además de lo anterior, en el caso Saramaka, **la Corte IDH identificó la participación en los beneficios como una forma específica de indemnización justa derivada de la limitación o privación del derecho de propiedad comunal indígena**. Al respecto, la Corte IDH indicó que el concepto de compartir beneficios es “inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2. de la CADH” y “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad” (2007, p. 44). Conforme con ello, en el caso del Pueblo de Saramaka, la Corte IDH determinó que el derecho a obtener el pago de una ‘indemnización justa’ conforme con el artículo 21.2 de la CADH “se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia” (2007, p. 44).

Sobre la base de las garantías identificadas en el anterior caso, en la sentencia del **Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam**, la Corte reiteró la importancia de que los Estados adopten mecanismos adecuados para implementar los criterios a la participación efectiva de los pueblos indígenas, al acceso y uso de sus territorios tradicionales, y a recibir beneficios de la conservación. Expresamente, señaló que “el Estado debe garantizar que los miembros de los [pueblos indígenas y tribales] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio” (Corte IDH, 2015 p. 56). Sumado a ello, la Corte IDH señaló:

“227. Al considerar los planes de desarrollo dentro de los territorios de los pueblos indígenas y tribales, el Estado debe compartir razonablemente los beneficios del proyecto en cuestión, de ser el caso. Dicho concepto es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.1 de la Convención, el cual se extiende no sólo, por ejemplo, a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad” (2015, p. 63).

Sobre este extremo, en el caso particular, los representantes de las víctimas de los pueblos Kaliña y Lokono alegaron que el uso de una carretera que fue construida en sus territorios sin un proceso de consulta previa y sin un acuerdo con ellos, no podía ser considerada un beneficio. En tal sentido, la Corte IDH afirmó que “si bien no consta controversia respecto de la utilización por los pueblos indígenas de la carretera, dicho acceso no puede ser considerado como un beneficio directo y consensuado en beneficio de los pueblos a la luz de los estándares antes referidos, máximo teniendo en cuenta que dicha carretera fue parte del proyecto de explotación que generó un impacto negativo sobre los recursos naturales de su territorio, por lo que tampoco se garantizó este requisito” (2015, p. 64). Por tanto, la Corte IDH concluyó que el Estado de Surinam (entre otras responsabilidades) compartió los beneficios producto del proyecto minero en los territorios de ambos pueblos, ni adoptó mecanismos para garantizar esta salvaguardia.

Un aspecto último por resaltar es el referido a que **los derechos a los beneficios y reparación se puedan equiparar**<sup>7</sup>. Al respecto, se puede revisar en el Sistema Americano de Derechos Humanos que el concepto de indemnización se enmarca en el artículo 63.1 de la CADH:

6 El artículo 21.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

7 La Corte IDH ha establecido sobre la base de la Convención Americana de Derechos Humanos que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de julio de 1989. Párr. 25 y Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr.227.

Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- e. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, **la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.**

Conforme con ello, en un estudio sobre las reparaciones ordenadas por la Corte IDH entre los años 1988 y 2007, se da cuenta que se ha conceptualizado la reparación en los siguientes términos:

*“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. **De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados**”.* (Nash, 2009, p. 35) (resaltados agregados)

En ese sentido si bien la participación en los beneficios ha sido calificada como una forma de compensación, el fundamento de la indemnización implica un daño mientras que en **la participación de los beneficios supone un consenso, un acuerdo previo a través de un proceso de consulta y es un componente esencial del derecho a los recursos naturales de los pueblos indígenas** conforme el 15.2 del C169 anteriormente referido. En tal sentido, se considera que el derecho a los beneficios es preexistente a una vulneración de derechos

## 1.6. Sentencias relevantes de órganos judiciales de los Estados sobre los que versa esta investigación

Sumada a la jurisprudencia de la Corte IDH, a continuación, se revisan sentencias dictadas por los principales órganos jurisdiccionales de tres de los Estados objeto de la presente investigación, que abordan el derecho de los pueblos indígenas a los beneficios producto del desarrollo de actividades de terceros en sus territorios.

Empezando con el caso peruano, el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC) se ha pronunciado sobre el referido derecho en la demanda de amparo contra las empresas Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú, Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. por la exploración y explotación de hidrocarburos en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. Al respecto, en el fundamento 34 de la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, el TC hace una interpretación del artículo 15.2 del C169 de la OIT. Al respecto, precisa que el citado artículo *“indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades [programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras] y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa”* (2009, p.15). Añade el TC en el fundamento 39 de la misma sentencia que *“si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar”* (2009, 16).

Asimismo, en la sentencia por la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, recaída en el expediente N° 00022-2009-PI, el TC precisa en su fundamento 33 que la consulta no solo busca acuerdos del Estado con los pueblos indígenas sino, *“en especial al concepto*

de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados” (2010, p. 14). Asimismo, refiere en su fundamento 52 que “(...) cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo la propia existencia del pueblo indígena (...) es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida.” (TC, 2010, p. 20).

En segundo lugar, se verificó el reconocimiento del derecho bajo comentario en la jurisprudencia colombiana. Al respecto, se trata de la Sentencia T-129/11, correspondiente a la acción de tutela interpuesta por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Embera-Katio, Chidima-Tolo y Pescadito contra el Ministerio de Transporte y otros, por la problemática de: (i) los trabajos correspondientes a una carretera que atravesaría los resguardos; (ii) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; (iii) los trámites de concesión minera para explotación de oro; y (iv) la invasión ilegal del territorio, así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos.

Al respecto, la Sala de la Corte Constitucional se refirió en el apartado 7.1 de la Sentencia sobre el artículo 15.2 del C169 de la OIT, indicando que “La consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de “infraestructura o desarrollo”, ya que se debe permitir la participación y compartir de forma razonable

Foto: Rolando Mondragón/DAR



los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que sea directamente afectada” (2011, p. 77). Asimismo, refiere en el numeral 7.2 de la Sentencia que “(...) la intervención del Estado o concesionarios del mismo en territorios de comunidades étnicas debe estar irradiada desde la etapa de planificación o proyección de todo proyecto, obra o actividad no sólo del derecho fundamental a la consulta previa, sino que existe la obligación de estar enfocada en conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos étnicos. Sumado a ello, es preciso insistir en el derecho de compartir los beneficios derivados de los proyectos y obras que impliquen intervención” (2011. P. 79).

En concordancia con lo anterior, en la aludida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia determinó en su apartado 8 ciertas reglas o requisitos jurisprudenciales que deben cumplirse en todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidades étnicas, para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre, e informado de las comunidades étnicas, resaltando entre ellas la siguiente: “(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados (2011, p. 81)”. (subrayado agregado)

En tercer lugar, en el caso de Brasil, el derecho a la participación de beneficios ha sido reconocido en diferentes resoluciones y sentencias, conforme con el numeral 3 del artículo 231 de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil, norma que dispone lo siguiente:

*“El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándose asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley. (...)”* (subrayado agregado)

Al respecto, mediante sentencia del 19 de diciembre del año 2017, el Tribunal Regional Federal de la Región en Brasilia (TRF-1) resolvió el recurso de apelación interpuesto en el marco de la Acción Pública Civil interpuesta por la afectación a comunidades indígenas por la instalación minera en Volta Grande do Xingu, en el Estado de Pará. En dicha sentencia, el Tribunal ordenó la realización de un proceso de consulta libre e informada a los pueblos indígenas afectados por la extracción de oro en la región cercana a Tierras Indígenas Paquicamba, Arara da Volta Grande do Xingu e Ituna/Itatá, en los términos del numeral 3 del artículo 231 de la Constitución Federal, así como en concordancia con los artículos 6, 7, y 15 del C169 (promulgado por el Decreto 5.051 del 19 de abril del 2004).

Por otro lado, mediante sentencia del 19 de noviembre del 2019, el Supremo Tribunal Federal resolvió la demanda civil promovida por el Estado de Roraima, contra la Unión, Funai, Incra y la Comunidad Indígena Serra da Moça, con el objetivo de limitar la permanencia de los indígenas de la reserva indígena Serra de Moça en el área del asentamiento rural Nova Amazônia, así como la posible expansión de la tierra indígena de esa comunidad. Al respecto, el Supremo Tribunal resolvió la controversia entre productores rurales asentados y la demarcación y ocupación de las tierras indígenas de la comunidad indígena Serra da Moça, estableciendo diecinueve (19) garantías institucionales para la demarcación y ocupación de tierras indígenas, entre las cuales destaca: “c) el usufructo de los indígenas no llega a la investigación y extracción de las riquezas minerales, lo que siempre dependerá de la autorización del Congreso Nacional, asegurando su participación en los resultados mineros, todo de conformidad con la Constitución y de acuerdo a ley.”

Conforme con las citadas sentencias, la jurisprudencia en el Perú, Colombia y Brasil han reconocido el derecho de los pueblos indígenas a la participación de los beneficios, por el desarrollo de actividades extractivas y proyectos de infraestructura en sus territorios.

## 1.7. Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente

La relevancia global de las interpretaciones regionales de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales está confirmada ahora en los Principios Marco de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente de 2018 preparados por John Knox, relator especial de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y el medio ambiente.

Estos Principios aportan un mayor grado de uniformidad y certidumbre en lo que se refiere a comprender las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente y reflejan el derecho internacional actual o emergente de los derechos humanos. Al respecto, el Relator Especial se ha referido a dichos Principios como mínimos que deben considerarse por los Estados como «mejores prácticas, las cuales deben aprobarse con la mayor celeridad posible (Consejo de Derechos Humanos, 2018, p. 4). En ese sentido, uno de los principios que estaría relacionado con la participación de beneficios en cualquier tipo de actividades relacionadas con sus tierras, territorios o recursos como pueden ser las actividades extractivas o de infraestructura estaría siendo reconocidos por el Principio Marco 15, el cual refiere lo siguiente:

### **Principio Marco 15**

**Los Estados deben asegurarse de que cumplen sus obligaciones con los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades tradicionales, lo que incluye:**

- a. *Reconocer y proteger sus derechos a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado;*
- b. *Consultar con ellos y obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de reubicarlos o de adoptar o aprobar otras medidas que puedan afectar a sus tierras, territorios o recursos;*
- c. *Respetar y proteger sus conocimientos y prácticas tradicionales en relación con la conservación y la utilización sostenible de sus tierras, territorios y recursos;*
- d. **Garantizar que participan de manera justa y equitativa en los beneficios de las actividades relacionadas con sus tierras, territorios o recursos.** (resaltados agregados)

## 1.8. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos

Para concluir esta sección, es necesario tomar en cuenta que, en aquellos casos en los que no exista un marco normativo a través del cual se hubiera reconocido el derecho en cuestión, las empresas podrían hacer suyo este deber, a través del cumplimiento de los estándares de derechos humanos aplicables a estas organizaciones. Esto es especialmente relevante, puesto que quien resulta obligado por el C169 -y por lo tanto tiene el deber de respetar y garantizar el derecho a la participación de los beneficios- es el respectivo Estado, y no las empresas o instituciones privadas a las cuales se les concede la autorización para efectuar los proyectos de inversión. Es por ello que ante la celebración de un acuerdo entre una empresa y los pueblos indígenas, los Estados tienen un rol garante de los derechos de éstos, a fin de asegurar que no se tomen acuerdos que puedan vulnerar sus derechos.

Sobre el particular, James Anaya se ha referido a las negociaciones directas entre las empresas extractivas y los pueblos indígenas como parte del ejercicio de su derecho a la libre determinación. No obstante, advierte que es responsabilidad de las empresas, respetar los derechos humanos en

las negociaciones que entablen y cumplir con las mismas normas internacionales que rigen para las consultas entre los Estados y los pueblos indígenas, incluidas las que tienen que ver con las consideraciones temporales, la reunión, el intercambio de información sobre los impactos y beneficios potenciales y la participación indígena (Consejo de Derechos Humanos, 2013, p.18).

En ese sentido, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas – importante avance para promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas y el desarrollo de sus actividades- se constituyen como los principios generales y el marco de actuación de todas las empresas que operan en el territorio de un Estado. Aunque se trata de un instrumento de cumplimiento voluntario, se verifican los siguientes principios relacionados con el derecho a la participación de beneficios y responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos:

- ◆ Principio 11: “Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.
- ◆ Principio 12: “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”.
- ◆ Principio 15: “Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:
  - ◆ un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
  - ◆ un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
  - ◆ unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”.
- ◆ Principio 18: “A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe:
  - ◆ recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes;
  - ◆ incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación”.

Dichos principios significan que las empresas deben actuar con la debida diligencia, evaluando las consecuencias negativas, reales o potenciales sobre los derechos humanos que se puedan dar por sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales, instando para ello a las empresas en contar con políticas y procedimientos adecuados de cumplimiento normativo de derechos humanos.



Foto: Rolando Mondragón/DAR

## Segunda Parte:

# Criterios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios

Conforme se ha verificado en las secciones previas, el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de terceros en sus territorios es un derecho colectivo de los pueblos indígenas. Si bien el Convenio N° 169 de la OIT reconoce este derecho por el desarrollo de actividades extractivas en los territorios indígenas, los distintos instrumentos del derecho internacional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos revisados dan cuenta que este derecho se amplía respecto de cualquier actividad de terceros –como es el caso de las actividades extractivas, de infraestructura, agroindustriales u otras más– que pueda afectar el ejercicio de sus derechos colectivos a los recursos naturales, a su territorio ancestral, a su autonomía, entre otros más.

Conforme con ello, se han identificado los siguientes cinco criterios para garantizar la participación efectiva del derecho bajo análisis, los siguientes:

- ◆ **Criterio 1:** Los procedimientos de consulta son los mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas pueden llegar a acuerdos sobre los beneficios tangibles.
- ◆ **Criterio 2:** Participación justa y equitativa de los beneficios.
- ◆ **Criterio 3:** Beneficios bajo condiciones mutuamente acordadas.
- ◆ **Criterio 4:** Utilidad del beneficio conforme con las propias prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas.
- ◆ **Criterio 5:** El beneficio debe de contar con una programación a corto, mediano y largo plazo.

El detalle de cada uno de estos criterios se presenta a continuación.

## 2.1. Los procedimientos de consulta son los mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas pueden llegar a acuerdos sobre los beneficios tangibles

Como se explicó líneas arriba sobre los alcances del artículo 15 del C169 y de la revisión también del CDB y Protocolo de Nagoya, existe un vínculo entre los derechos a la consulta previa y la participación en los beneficios, puesto que el primero permite un instaurar un proceso de diálogo intercultural para el ejercicio efectivo del segundo. Dicho proceso de diálogo genuino entre el Estado y los pueblos indígenas debe estar caracterizado por los principios de buena fe, veracidad, transparencia, información y oportunidad. En palabras de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas: *“Cuando se pierde esa oportunidad, aumentan las posibilidades de que se produzcan conflictos, se suspendan proyectos y se pierdan beneficios”* (Consejo de Derechos Humanos, 2015, p. 14).

En ese sentido, los procedimientos de consulta previa con respecto de los proyectos extractivos y de infraestructura son las vías mediante la cual los pueblos indígenas pueden contribuir activamente a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta, en particular sobre la medida en que puede afectar a sus derechos sustantivos e intereses, convirtiéndose en el mecanismo mediante el cual los pueblos indígenas pueden llegar a acuerdos favorables a sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, proporcionarles beneficios tangibles, así como promover el disfrute de sus derechos humanos.

Conforme con lo anterior, es pertinente traer a colación lo señalado por el Relator Especial de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, quien indica que “Con independencia de la responsabilidad primordial que recae a los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la implementación de medidas que les afecten, (...) las empresas tienen también la responsabilidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones en relación con dichas medidas, incluyendo a través de la realización de consultas informadas con dichos pueblos. **Estas consultas son especialmente exigibles en conexión con la realización de estudios de impacto y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados del proyecto.**” (Consejo de Derechos Humanos, 2010, p. 16) (resaltados agregados).

## 2.2. Participación justa y equitativa de los beneficios

Como bien apuntó el Relator Especial de Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, el modelo predominante de extracción de recursos supone que una empresa, con el apoyo del Estado, controla la operación extractiva y se apropia de las ganancias, mientras que los pueblos indígenas reciben, en el mejor de los casos, beneficios en forma de empleo o proyectos de desarrollo comunitario que, por lo general, tienen un valor económico insignificante en comparación con las ganancias obtenidas por la empresa. (Consejo de Derechos Humanos, 2013, p. 3).

Por ello, la participación debe cumplir con ciertas garantías mínimas para evitar el abuso contra los pueblos indígenas, bajo la premisa de que esta relación está compuesta por sujetos, en que uno de ellos se encuentra en una posición desventajosa en la negociación sobre los proyectos debido a los desequilibrios de poder existentes entre las partes por diferencias de capacidad técnica, financiera e influencia política y que obedece incluso a consideraciones históricas de los pueblos indígenas. Es en esta línea que se constituye como esencial que la forma de compartir los beneficios sea justa y equitativa. A mayor detalle, la profesora en Derecho ambiental global, Elisa Morgera, entiende por tal que:

*La participación en los beneficios parece estar dirigida hacia la construcción de consensos y extenderse a una asociación entre diferentes actores. Este entendimiento de compartir los beneficios se ve reflejado en las teorías de la justicia y la equidad en el derecho internacional: el compromiso en el discurso donde ningún participante puede hacer una reclamación que automáticamente prevalezca sobre las reclamaciones hechas por otros participantes, y donde las inequidades en el resultado sustantivo del diálogo son solamente justificables si ellos proveen de ventajas a todos los participantes. (Morgera, 2015, p. 810).*

Es por ello, que uno de los principales medios para la materialización de los derechos de los pueblos indígenas se basa en la creación de canales adecuados de participación, tanto en la definición de prioridades y estrategias de desarrollo, como en la puesta en marcha de planes, programas y proyectos de inversión. En ese sentido, es necesario que durante el proceso de consulta, decisión

e implementación de los beneficios se dé un trato justo y equitativo a los pueblos indígenas para alcanzar la igualdad de oportunidades y su participación activa durante el proceso de desarrollo de los beneficios, así como también eliminar todo tipo de discriminación, estereotipos y prejuicios racistas hacia los pueblos indígenas (Instituto Paraguayo del Indígena, 2010, p. 24).

En ese sentido, algunas medidas prácticas que plantea el Relator de Derechos de los Pueblos Indígenas para corregir los desequilibrios de poder podrían incluir, como por ejemplo: i) el empleo de mediadores independientes para las consultas o negociaciones, ii) el establecimiento de mecanismos de financiación que permitan a los pueblos indígenas acceder a asistencia técnica y asesoramiento independientes, y iii) la elaboración de procedimientos estandarizados para que los pueblos indígenas obtengan información sobre los potenciales riesgos y beneficios de los proyectos extractivos (Consejo de Derechos Humanos, 2013, p. 18).

### 2.3. Beneficios bajo condiciones mutuamente acordadas

El tercer criterio se desliza de los anteriores, así como de los casos comentados de la Corte IDH, en específico, el caso Kaliña y Lokono vs Surinam, en el cual el Estado alegó que el daño ocasionado [por el proyecto de explotación] fue mínimo y que los Pueblos habrían sido compensados por el hecho de poder usar y gozar de una carretera construida a fin de transportar su madera. Al respecto, la Corte IDH consideró que no podría reconocerse ese “beneficio” como directo y consensuado en beneficio de los pueblos a la luz de los estándares reconocidos, y es que, en principio, la construcción de dicha carretera fue realizada para fines de acceder a la mina y transportar dicho mineral [bauxita], cuya construcción no contó con la participación efectiva de los pueblos en mención y de manera secundaria fue utilizada para actividades relacionadas con la extracción maderera y se prohibía incluso su uso para ingresar al área de concesión con fines de caza y pesca por parte de los indígenas de la zona (2015, p. 64).

De lo dicho hasta aquí, se observa que un criterio importante es que se acuerde la forma de satisfacción (modo, plazo, tipos) de los beneficios de manera previa y coordinada con los pueblos indígenas y que no cualquier acto de voluntad de manera unilateral de las empresas o el Estado que pueda tener un impacto positivo sobre los pueblos indígenas es un beneficio, como la construcción de la carretera o brindar servicios públicos<sup>8</sup> (Consejo de Derechos Humanos, 2009, p. 18). Al respecto, consideramos que cuando dicha forma de satisfacción requiera acuerdos entre los pueblos indígenas y las empresas, éstas deberán dar cumplimiento a los principios rectores de empresas y derechos humanos, referidos líneas arriba.

Asimismo, es preciso recordar que los Estados deben ser la contraparte de los pueblos indígenas, puesto que son ellos los obligados a cumplir con el Convenio N° 169 y no las empresas o instituciones privadas a las cuales se les ha concedido la autorización para efectuar los proyectos de inversión. En todo caso, en el procedimiento de celebración de acuerdo entre una empresa y los pueblos indígenas, el Estado debe tomar un rol de garante de sus derechos, evitando que los beneficios sean utilizados como presiones y asegurándose de que los acuerdos celebrados entre empresas y comunidades sean equitativos. Lo anteriormente referido, tiene especial importancia debido a

<sup>8</sup> Al respecto, el ex Relator de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, ha indicado, al referirse al Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 que viene afectando a la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades en Panamá, que los beneficios que deben de recibir los pueblos indígenas no deben ser confundidos con donaciones que puedan dar las empresas en base a su libre voluntad o el otorgamiento de servicios públicos que el Estado ya tiene la obligación de proveer a todos sus ciudadanos. En tal sentido, afirma que “La participación en los beneficios del proyecto, como derecho que corresponde a estas comunidades, va más allá de la indemnización por los daños o perjuicios causados, o de la acción benéfica. Dicha participación implica más bien un reparto equitativo de los beneficios que genera el proyecto, incluyendo los beneficios económicos, con miras a que las comunidades se conviertan realmente en partes interesadas en el desarrollo del proyecto” (Consejo de Derechos Humanos, 2009, p. 18).

que existen muchas formas de ejecutar los beneficios, por ejemplo, pueden ser pagos directos por el Estado, constitución de fideicomisos por el gobierno, o bien las empresas y pueblos indígenas pueden pactar los beneficios.

## 2.4. Utilidad del beneficio conforme con las propias prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas

Los Principios Marco de las Naciones Unidas 2018 sobre Derechos Humanos y el Medio Ambiente refieren que la distribución de los beneficios debe ser coherente con las propias prioridades de los pueblos indígenas (Consejo de Derechos Humanos, 2018, p. 21). Asimismo, en consonancia con el CDB y Protocolo de Nagoya, la distribución de beneficios puede ser de diferentes tipos pudiendo ser monetarios o no monetarios; no obstante, el reparto en los beneficios debe superar enfoques restrictivos basados únicamente en pagos monetarios, que, dependiendo de las circunstancias específicas, pueden ser inadecuados para las comunidades afectadas, creando divisiones dentro de las comunidades (Consejo de Derechos Humanos, 2010, p. 20). En ese sentido, es menester explorar otros mecanismos para la participación en los beneficios que coadyuven al fortalecimiento de capacidades de los pueblos indígenas y acorde a sus prioridades de desarrollo a través de sus propios mecanismos de toma de decisión.

De la revisión de casuística e informes del Relator de Derechos Humanos, James Anaya, se ha visto que los beneficios no monetarios tienen un costo y por tanto un valor financiero, por lo que la diferenciación entre beneficios monetarios y no monetarios no es útil para fines prácticos. Y esto lo podemos ver en un caso práctico de Argentina por el aprovechamiento de Litio y otras actividades extractivas del salar de las Salinas Grandes y Olaroz, en el que las comunidades indicaron no resistirse al uso de herramientas tecnológicas siempre que estas sustenten la extracción de la sal de forma racional. Encontrándose, en este caso, lo “racional”, referido al respeto por la tierra y por la comunidad en general – y por la sal, como un “ser vivo”<sup>9</sup> (Comunidades Indígenas de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc de Jujuy y Salta, 2015, p. 13). Dicha cosmovisión, en este caso, contrasta con el enfoque de participación en los beneficios preponderantemente monetario.

En todo caso, lo que debe primar a la hora de establecer el beneficio, es la utilidad para los pueblos indígenas de acuerdo a sus prioridades de desarrollo, comprendiendo tanto el respeto y equilibrio entre los conocimientos, cultura y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas asociadas al uso tradicional de sus tierras. En ese sentido, habrán beneficios que coadyuven a que los pueblos indígenas preserven el manejo y control de sus recursos naturales como por ejemplo oportunidades de empleo en la gestión de proyectos de recursos naturales<sup>10</sup> (2009, OIT, p. 112), mientras que, por otro lado, habrán también beneficios que brinden oportunidades para mejorar las capacidades y/o condiciones de los pueblos indígenas que permitan su subsistencia como colectivo, tales como

9 “En torno al uso de la sal, las comunidades guardamos un conjunto de conocimientos aprendidos de los mayores, como el reconocimiento de diferentes tipos de sal (como alimento para los seres humanos, para los animales y medicamento para las diferentes dolencias). Las salinas constituyen un espacio diverso, los indígenas que trabajamos la sal conocemos los sitios donde encontrarla. El manejo racional de la misma ha sido una concepción ancestral de las comunidades, evitando su extracción fuera de control.” Comunidades Indígenas de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc de Jujuy y Salta (2015) *Kachi Yupi/Huellas de la Sal: Procedimiento de Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado para las Comunidades Indígenas de la Cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc*. Pág. 13. Recopilado de: <https://naturaljustice.org/wp-content/uploads/2015/12/Kachi-Yupi-Huellas.pdf>

10 Ver Caso Congo: Consulta y participación ante un caso de actividades de tala, En: Organización Internacional del Trabajo (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la práctica*. pág. 112. El caso refiere “(...) La compañía en cuestión incorporó a miembros de la comunidad indígena Kabo a los equipos de trabajo para que colaboraran en la determinación e identificación de los sitios, árboles y otras áreas del bosque que eran sagrados o que constituían un recurso que debía preservarse en virtud de que resultan fundamentales para la economía de subsistencia”. Recopilado de: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)

mecanismo de apoyo para la generación de empresas locales, desarrollo de capacidades técnicas para la mejora de sus cultivos, entre otros.

Sobre el particular, el Relator Especial de Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, da cuenta en su Informe sobre las Industrias Extractivas y los Pueblos Indígenas, que ha observado acuerdos a través de los cuales se ha garantizado un porcentaje de las ganancias de la operación extractiva u otros ingresos a los pueblos indígenas, así como participación en algunas decisiones de gestión de las empresas o también ha encontrado casos en los que los pueblos indígenas obtienen una participación minoritaria en la operación extractiva y por ese medio es capaz de participar en las decisiones de gestión y en las ganancias del proyecto (Consejo de Derechos Humanos, 2013, p. 21). En ese sentido, el foco de atención debería estar tanto en los beneficios monetarios como en los no monetarios, con miras a que los pueblos indígenas ejerzan algún control sobre las actividades extractivas que sobre sus territorios se realicen.

Del mismo modo, vale la pena subrayar lo que las orientaciones internacionales adoptadas en virtud de la Convención sobre Diversidad Biológica han referido en las Directrices de Akwé: Kon. Al respecto, precisan que los beneficios deberían incluir “pagos por servicios ambientales, la creación de puestos de trabajo en entornos de trabajo seguros y libres de peligro, ingresos viables provenientes de la recaudación de tasas apropiadas, acceso a los mercados y diversificación de las oportunidades de generación de ingresos (económicos) de negocios pequeños y de tamaño medio” (Secretaría del Convenio de Diversidad Biológica, 2004, p. 20).

## 2.5. El beneficio debe contar con una programación a corto, mediano y largo plazo

De acuerdo con Castillo (2014, p. 216), las normas jurídicas sobre obligaciones se pueden dividir, entre otras modalidades, según se agoten instantáneamente con el cumplimiento de las prestaciones (ej. La compraventa al contado)-, así como aquellas sobre obligaciones duraderas -aquellas en las que la prestación o contraprestación discurre a través del tiempo como (ej. Los contratos de arrendamiento). Conforme con ello, se tienen:

- i) Obligaciones con prestaciones periódicas: aquellas en las que el cumplimiento es el resultado de actos realizados en momentos distintos.
- ii) Obligaciones con prestaciones de duración continuada: Son las que, en cuanto a su ejecución, se extienden por un periodo determinado, determinable o indeterminado.

En ese sentido, se considera importante que aquellos beneficios de naturaleza periódica o de duración continuada, como pueden ser los beneficios monetarios, a través del otorgamiento de regalías, sean establecidos a través de una programación cronológica y calendarizada de otorgamiento de estos, los cuales podrían prever la frecuencia de pagos por etapas de acuerdo al ciclo del proyecto.

Al respecto, la participación en los beneficios debe ser entendida como un proceso, no es un momento singular o contrato que se mantiene perpetuo en el tiempo. Debe ser entendido como una relación continua en el tiempo para construir un diálogo significativo y por ello los acuerdos de beneficios que se tomen deben mantener esa condición (Parks, Louisa, 2017, p. 28). En ese sentido, el establecimiento de los beneficios debe estar amparado por los principios de flexibilidad e interculturalidad puesto que en la relación con el proyecto extractivo se experimentan nuevas dinámicas e importantes transformaciones, las cuales van a impactar en la cultura propia de los pueblos indígenas y por ende en sus necesidades en el tiempo.



Foto: Rolando Mondragón/DAR

Asimismo, se deberá tener en consideración los tiempos y plazos culturalmente apropiados para el reparto de los beneficios, así como las leyes consuetudinarias, los protocolos comunitarios, las prácticas y los procesos de toma de decisiones de las autoridades de los pueblos indígenas.

## 2.6. Principales contenidos de los criterios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios

A modo de cierre de este segundo acápite, se presenta una tabla resumen con los principales contenidos de cada uno de los 5 criterios propuestos para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios.

Tabla N° 4. Principales contenidos de los criterios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios

N°	Criterio	Principales contenidos
1	Los procedimientos de consulta son los mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas pueden llegar a acuerdos sobre los beneficios tangibles	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La consulta previa se debe llevar a cabo de acuerdo con los principios de buena fe, veracidad, transparencia, información y oportunidad.</li> <li>- La consulta previa debe permitir evaluar los posibles efectos que las actividades extractivas y/o de infraestructura pueden generar sobre los derechos de los pueblos indígenas.</li> <li>- La consulta previa debe alcanzar acuerdos favorables para los pueblos indígenas, proporcionándoles beneficios tangibles.</li> <li>- La consulta previa debe realizarse en conexión con los estudios de impacto ambiental y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados de las actividades extractivas y/o de infraestructura.</li> </ul>
2	Participación justa y equitativa de los beneficios	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se requieren garantías mínimas para evitar el abuso contra los pueblos indígenas, cuya causalidad se relaciona con los desequilibrios de poder (información, negociación, seguimiento de acuerdos), brechas históricas aun existentes, falta de representación política, discriminación, entre otras.</li> <li>- Se requieren canales adecuados de participación en la definición de prioridades y estrategias de desarrollo, así como en la puesta en marcha de planes, programas y proyectos de inversión.</li> <li>- Durante los procesos de i) consulta previa, ii) toma de decisiones y iii) implementación de los beneficios:               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se debe garantizar un trato justo y equitativo a los pueblos indígenas.</li> <li>• Su participación debe ser activa y en igualdad de condiciones.</li> <li>• Se debe eliminar todo tipo de discriminación, estereotipos y prejuicios racistas hacia los pueblos indígenas.</li> <li>• Se pueden emplear mediadores independientes para las consultas o negociaciones.</li> <li>• Se debe contar con mecanismos financieros que permitan que los pueblos indígenas accedan a asistencia técnica y asesoramiento independiente.</li> <li>• Se requieren procedimientos estandarizados para brindar información a los pueblos indígenas acerca de los potenciales riesgos y beneficios de los proyectos extractivos.</li> </ul> </li> </ul>

N°	Criterio	Principales contenidos
3	Beneficios bajo condiciones mutuamente acordadas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No cualquier acto de voluntad de manera unilateral (de empresas o Estado) que pueda tener un impacto positivo sobre los pueblos indígenas debe ser considerado un beneficio por el desarrollo de actividades extractivas y/o de infraestructura en sus territorios.</li> <li>- Las donaciones, indemnizaciones por daños causados o el cumplimiento de la prestación de servicios públicos no se deben confundir con los beneficios que se otorguen a pueblos indígenas por el desarrollo de actividades de terceros en sus territorios.</li> <li>- La forma de satisfacción de los beneficios (modo, plazo, tipos) debe ser consensuada con los pueblos, de manera previa y coordinada.</li> <li>- En principio, la contraparte obligada respecto de este derecho de los pueblos indígenas es el Estado, responsable del cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT.</li> <li>- En los casos de negociaciones entre una empresa y pueblos indígenas para definir los alcances de los beneficios, el Estado debe tomar un rol de garante de los derechos de los pueblos indígenas. En este supuesto, además, el Estado debe evitar que los beneficios sean utilizados como presiones y asegurándose de que los acuerdos celebrados sean equitativos.</li> </ul>
4	Utilidad del beneficio conforme con las propias prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los beneficios que se otorguen deben ser coherente con las prioridades y estrategias de desarrollo de los propios pueblos indígenas, lo que comprende el respeto y equilibrio de sus conocimientos, cultura y prácticas tradicionales asociadas al uso tradicional de sus tierras.</li> <li>- Los beneficios deben coadyuvar a fortalecer sus capacidades para lograr dicho desarrollo, por ejemplo, a través de: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Creación de puestos de trabajo en entornos de trabajo seguros y libres de peligro.</li> <li>• Oportunidades laborales en la gestión de proyectos de recursos naturales.</li> <li>• Implementación de mecanismos para constituir y administrar empresas locales, acceder a mercados y diversificación de ingresos mediante negocios pequeños y de tamaño medio.</li> <li>• Desarrollo de capacidades técnicas para la mejora de sus cultivos.</li> <li>• Creación de mecanismos de pago por servicios ambientales, recaudación de tasas apropiadas, entre otros a favor de pueblos indígenas.</li> </ul> </li> <li>- Cuando se otorgue: i) un porcentaje de las ganancias de la operación extractiva u otros ingresos a los pueblos indígenas, ii) participación en algunas decisiones de gestión de las empresas; o, iii) participación minoritaria en la operación extractiva y en las decisiones de gestión y ganancias de la actividad empresarial; se debe garantizar que los pueblos indígenas ejerzan control sobre las actividades que se realicen en sus territorios.</li> <li>- En todos los casos, se debe evitar que los beneficios que se otorguen puedan generar divisiones dentro de las comunidades indígenas.</li> </ul>

N°	Criterio	Principales contenidos
5	El beneficio debe de contar con una programación a corto, mediano y largo plazo	<ul style="list-style-type: none"><li>- La participación en los beneficios debe ser entendida como un proceso (no es un momento singular o contrato que se mantiene perpetuo en el tiempo).</li><li>- En tanto las actividades que se desarrollarán en las tierras y territorios de los pueblos indígenas tengan una duración de mediano o largo plazo, los beneficios que se otorguen podrán estar sujetos a mejoras, según las dinámicas y transformaciones que se den en el tiempo, las cuales impactan en la cultura y dinámicas de los pueblos indígenas.</li><li>- Asimismo, los beneficios que se otorguen periódicamente (como es el caso de las regalías u otros montos dinerarios) deben contar con una programación cronológica y calendarizada.</li><li>- El reparto de los beneficios también deberá tomar en cuenta los tiempos y plazos culturalmente apropiados, las leyes consuetudinarias, los protocolos comunitarios, así como las prácticas y procesos de toma de decisiones de las autoridades de los pueblos indígenas.</li></ul>

Elaboración propia.



Foto: Rolando Mondragón/DAR

# Tercera Parte:

## Matriz para la evaluación del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios

### 3.1. Contenido de la matriz

Sobre la base de revisión documental de evaluación de marcos jurídicos de Brasil, Colombia, Ecuador y Perú que garanticen el derecho de los pueblos indígenas a los beneficios producto de actividades de terceros en sus territorios, se plantea una matriz de sistematización de acuerdos y sus alcances<sup>11</sup>.

- a. La matriz se compone de 9 columnas principales. Las primeras 5 corresponden a:
  - i) Enumeración de cada uno de los instrumentos revisados.
  - ii) Estado al que corresponde el instrumento normativo.
  - iii) Nombre del instrumento normativo revisado.
  - iv) Fecha de promulgación del instrumento normativo.
  - v) Si se trata de un instrumento normativo de alcance nacional o regional.

Como ejemplo, a continuación, se reproducen las cinco primeras columnas con la información general correspondiente a la Constitución Política del Ecuador:

N°	Estado	Instrumento normativo revisado		
		Nombre	Fecha	Alcance
3.1	Ecuador	Constitución de la República del Ecuador	28/10/2008	Nacional

- b. La sexta columna presenta extractos de los instrumentos normativos revisados, que están relacionados con el derecho bajo comentario. Cabe indicar que, si bien la mayoría de los instrumentos revisados son normas, también se ha analizado algunas sentencias de los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía en los países del estudio, así como un proyecto normativo y el acta de un proceso de consulta previa que están relacionados con el derecho a los beneficios. Es preciso añadir que, si bien los instrumentos normativos han sido sistematizados en la matriz de forma literal, se han representado en letras rojas, los contenidos de las normas que se considera tienen mayor relación con el derecho en cuestión.
- c. La séptima columna presenta la valoración sobre el cumplimiento de los principales contenidos de los criterios de evaluación descritos en el apartado 2 (los cuales se encuentran sistematizados

<sup>11</sup> Ver matriz completa: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/15blKR3QdfJDls1z1J5bXth94eZvXIYc-/edit#gid=189133660>



Foto: Rolando Mondragón/DAR

en la tabla N° 5 de este informe). La valoración se ha realizado por cada uno de los cinco criterios, según tres niveles de cumplimiento:

- i) Cuando no se cumplen con ninguno de los contenidos de un criterio, se considera un “incumplimiento”, el cual se representa con una letra “I” en un recuadro rosado:
- ii) Cuando se cumple con uno o más de los contenidos de un criterio, se considera un “cumplimiento parcial”, el cual se representa con la letra “P” en un recuadro color naranja:
- iii) Cuando se cumple la totalidad de los contenidos de un criterio, se le considera un “cumplimiento total”, el cual se representa con la letra “T” en un recuadro verde:

Conforme con ello, la séptima columna se subdivide en: 1 columna por cada criterio; y, 1 columna con el resumen de las 5 valoraciones realizadas. Siguiendo con el ejemplo, a continuación, se presentan las valoraciones respecto del artículo de la Constitución Política de Ecuador que se refiere al derecho a los beneficios de los pueblos indígenas por el desarrollo de actividades de terceros en sus territorios:

N°	Instrumento normativo	Artículos relacionados con el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades en sus territorios	Cumplimiento de criterios de evaluación: T = total / P = parcial / I = incumplimiento					
			C.1	C.2	C.3	C.4	C.5	TOTAL
3.1	Constitución de la República del Ecuador	<p>Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...)</p> <p>7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (...)</p>	T:	I	I	I	I	T: 1 P: 0 I: 4

- iv) Luego de la verificación realizada sobre cada uno de los criterios, en la octava columna se presenta el resultado general de la evaluación del instrumento normativo. En esta columna se presenta la motivación del resultado obtenido. Siguiendo con el ejemplo anterior, ahora se presentan los resultados de la evaluación realizada sobre el artículo de la Constitución Política ecuatoriana respecto del derecho en cuestión:

N°	Instrumento normativo	Artículos relacionados con el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades en sus territorios	Resultado de la evaluación
3.1	Constitución de la República del Ecuador	<p>Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...)</p> <p>7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (...)</p>	<p>Los estándares bajo los cuales se reconoce el derecho a la consulta previa (que sea libre, informada, en un plazo razonable, respecto de planes y programas de actividades extractivas, entre otros); y, el reconocimiento contiguo al derecho a los beneficios por el desarrollo de actividades extractivas en los territorios de pueblos indígenas, permiten concluir el cumplimiento total del criterio 1. Sin embargo, las normas bajo revisión no contienen disposiciones que permitan concluir que se cumpla con los criterios 2 al 5.</p>

- v) Finalmente, en la octava columna se ha colocado el enlace electrónico para acceder a los instrumentos normativos revisados.

A fin de facilitar la comprensión sobre la matriz, a continuación, se presenta el análisis completo sobre la norma constitucional de la República de Ecuador:

Tabla N° 5. Análisis realizado a la norma constitucional ecuatoriana sobre el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por la realización de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios

Matriz N° 2: Evaluación del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios													
N°	Estado	Instrumento normativo	Fecha del instrumento	Alcance del instrumento	Artículos relacionados con el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades en sus territorios	Cumplimiento de criterios de evaluación: T = total / P = parcial / I = incumplimiento					Resultado de la evaluación	Página web revisada	
						C.1	C.2	C.3	C.4	C.5			TOTAL
3.1	Ecuador	Constitución de la República del Ecuador	28/10/2008	NACIONAL	<p>Capítulo Cuarto Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades</p> <p>Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...)</p> <p>7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (...)</p>	T:	I	I	I	I	T:1 P:0 I:4	<p>Los estándares bajo los cuales se reconoce el derecho a la consulta previa (que sea libre, informada, en un plazo razonable, respecto de planes y programas de actividades extractivas, entre otros); y, el reconocimiento contiguo al derecho a los beneficios por el desarrollo de actividades extractivas en los territorios de pueblos indígenas, permiten concluir el cumplimiento total del criterio 1.</p> <p>Sin embargo, la norma bajo revisión no contiene disposiciones que permitan concluir que se cumpla con uno o más de los contenidos de los criterios 2 al 5.</p>	<p><a href="https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf">https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf</a></p>

Elaboración propia.

En total, se sistematizaron 58 instrumentos normativos de ámbito nacional y subnacional de los 4 Estados del estudio, conforme con el siguiente detalle:

- ◆ **Brasil:** se revisaron 9 instrumentos normativos, todos de ámbito nacional, conforme con el siguiente detalle: Constitución Política, 2 normas de rango legal, 3 normas de rango reglamentario, 2 sentencias y 1 proyecto de ley.
- ◆ **Colombia:** también se revisaron 9 instrumentos normativos, todos de ámbito nacional, según el siguiente detalle: Constitución Política, 3 normas de rango legal, 4 normas de rango reglamentario y 1 sentencias.
- ◆ **Ecuador:** se revisaron 5 instrumentos normativos de alcance nacional, conforme con el siguiente detalle: Constitución Política, 3 normas de rango legal y 1 norma de rango reglamentario.
- ◆ **Perú:** se revisaron 35 instrumentos normativos, de los cuales 23 tienen alcance nacional y 12 alcance regional. De las normas de ámbito nacional, se tiene el siguiente detalle: Constitución Política, 7 normas de rango legal, 12 normas de rango reglamentario, 2 sentencias y el acta de un proceso de consulta previa.

Tabla N° 6. Instrumentos normativos revisados

N°	Estado	Instrumento normativo	Fecha del instrumento	Alcance del instrumento
1.1	Brasil	Constitución Política de la República Federativa de Brasil	5/10/1988	Nacional
1.2	Brasil	Decreto Ley N° 227, Código de Minas	28/02/1967	Nacional
1.3	Brasil	Ley N° 6.001 Estatuto del Indio	19/12/1973	Nacional
1.4	Brasil	Decreto N° 88.985, Reglamenta los artículos 44 y 45 de la Ley N° 6.001, de 19 de diciembre de 1973, y prevé otras medidas	10/11/1983	Nacional
1.5	Brasil	Resolución Consejo Nacional del Medio Ambiente – CONAMA N° 1	23/01/1986	Nacional
1.6	Brasil	Decreto N° 7.747, Instituye la Política Nacional de Gestión Territorial y Ambiental de Tierras Indígenas – PNGATI, y toma otras medidas	5/06/2012	Nacional
1.7	Brasil	Supremo Tribunal Federal (2019). Decisión de la Acción Civil Original: ACO 0001274-61.2010.1.00.0000 RR – RORAIMA 0001274-61.2010.1.00.0000	12/11/2019	Nacional
1.8	Brasil	Tribunal Regional Federal de la Región (2017). Proceso AC 0002505-70.2013.4.01.3903 0002505-70.2013.4.01.3903. Proyecto Volta Grande de la Minería Xingu por el impacto en tierras indígenas	19/12/2017	Nacional
1.9	Brasil	Proyecto de Ley 191/2020 que regula el NUM.1 del art. 176 y num. 3 del art. 231 de la Constitución para establecer condiciones específicas para la realización de investigación y extracción de recursos minerales e hidrocarburos y para el uso de recursos hídricos para la generación de energía eléctrica en tierras indígenas e instituir indemnización por la restricción del usufructo de tierras indígenas	2/06/2020	Nacional
2.1	Colombia	Constitución Política de la República de Colombia	4/07/1991	Nacional
2.2	Colombia	LEY 756 DE 2002, por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones.	5/07/2002	Nacional

RECOMENDACIONES PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EN LOS SECTORES EXTRACTIVO E INFRAESTRUCTURA

N°	Estado	Instrumento normativo	Fecha del instrumento	Alcance del instrumento
2.3	Colombia	LEY 141 DE 1994, por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones	28/06/1994	Nacional
2.4	Colombia	Ley 685, Código de Minas	15/08/2001	Nacional
2.5	Colombia	Decreto 1760, por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia S.A.	26/06/2003	Nacional
2.6	Colombia	Directiva Presidencial N° 01 sobre la Garantía del Derecho Fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales	26/03/2010	Nacional
2.7	Colombia	Directiva Presidencial N° 10 – Guía para la realización de consulta previa	7/11/2013	Nacional
2.8	Colombia	Acuerdo N° 5, “por el cual se definen parámetros para la realización de programas en beneficio de las comunidades ubicadas en las áreas de influencia de los contratos de exploración y producción de hidrocarburos	23/09/2011	Nacional
2.9	Colombia	Sentencia T-129/11 DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL-Protección constitucional/MULTICULTURALIDAD Y MINORÍAS-Protección constitucional en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Embera-Katio, Chidima-Tolo y Pescadito contra el Ministerio de Transporte y otros	3/03/2011	Nacional
3.1	Ecuador	Constitución de la República del Ecuador	28/10/2008	Nacional
3.2	Ecuador	LEY DE HIDROCARBUROS, Decreto Supremo 2967	15/11/1978	Nacional
3.3	Ecuador	LEY ORGÁNICA DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DE PUEBLOS INDÍGENAS DEL ECUADOR QUE SE AUTODEFINEN COMO NACIONALIDADES DE RAÍCES ANCESTRALES, Ley N° 86	21/09/2007	Nacional
3.4	Ecuador	LEY DE MINERÍA, Ley 45	29/01/2009	Nacional
3.5	Ecuador	Decreto núm. 1247 que dicta el reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos	19/07/2012	Nacional
4.1	Perú	Constitución Política del Perú	29/12/1993	Nacional
4.2	Perú	Ley N° 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales	18/11/2002	Nacional
4.3	Perú	Ley N° 28611 – Ley general del ambiente	15/10/2005	Nacional
4.4	Perú	Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería	4/06/1992	Nacional
4.5	Perú	Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas	26/11/1992	Nacional
4.6	Perú	Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales	26/06/1997	Nacional
4.7	Perú	Ley N° 27506 – Ley del Canon	9/07/2001	Nacional

RECOMENDACIONES PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EN LOS SECTORES EXTRACTIVO E INFRAESTRUCTURA

N°	Estado	Instrumento normativo	Fecha del instrumento	Alcance del instrumento
4.8	Perú	Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	7/09/2011	Nacional
4.9	Perú	Decreto Supremo N° 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos	14/10/2005	Nacional
4.10	Perú	Decreto Supremo N° 081-2007-EM, Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos	22/11/2007	Nacional
4.11	Perú	Decreto Supremo N° 004-2017-MTC Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes	17/02/2017	Nacional
4.12	Perú	Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES. Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial	5/10/2007	Nacional
4.13	Perú	Decreto Supremo N° 007-2013-MC Mecanismos para canalizar el pago de compensaciones económicas y otros, en beneficio de los pueblos en aislamiento o contacto inicial ubicados en reservas indígenas o reservas territoriales	29/11/2013	Nacional
4.14	Perú	Resolución Directoral N° 006-2004-MTC-16, aprueban reglamento de consulta y participación ciudadana en el proceso de evaluación ambiental y social en el subsector transportes – MTC	7/02/2004	Nacional
4.15	Perú	Acta de la consulta previa del Proyecto Hidrovía Amazónica	22/09/2015	Nacional
4.16	Perú	Resolución Ministerial N° 616-2015 MTC/01.02, crean Grupo de Trabajo Multisectorial encargado de promover el diálogo con los pueblos y comunidades indígenas del área de influencia del Proyecto Hidrovía Amazónica	22/10/2015	Nacional
4.17	Perú	Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT	3/04/2012	Nacional
4.18	Perú	Decreto Supremo N° 004-2017-MTC, Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes	17/02/2017	Nacional
4.19	Perú	Decreto Supremo N° 240-2018-EF Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público – Privadas y Proyectos en Activos	23/07/2018	Nacional
4.20	Perú	Decreto de Urgencia N° 003-2020 Decreto de Urgencia que establece disposiciones extraordinarias para la adquisición y liberación de áreas necesarias para el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad y el Plan Integral de Reconstrucción con Cambios	8/01/2020	Nacional
4.21	Perú	Tribunal Constitucional Sentencia N° 03343-2007-PA/TC	19/02/2009	Nacional
4.22	Perú	Tribunal Constitucional Sentencia N° 0022-2009-PI/TC	9/06/2010	Nacional
4.23	Perú	Ley N° 28699 – Ley que Modifica la Distribución del Canon por la Producción de Petróleo y Gas en el Departamento de Ucayali	21/03/2006	Nacional

N°	Estado	Instrumento normativo	Fecha del instrumento	Alcance del instrumento
4.24	Perú	Ordenanza Regional N° 003-2020-GRL-CR – Reglamento del proceso del presupuesto participativo regional basado en resultados, Año fiscal 2021	15/02/2020	Regional
4.25	Perú	Ordenanza Regional N° 011-2018-GRL-CR – Creación de la “Comisión Técnica Transectorial Regional para la Protección y Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial -PIACI en el Departamento de Loreto	10/04/2018	Regional
4.26	Perú	Ordenanza Regional N° 018-2018-GRL-CR – Define como Plan de Vida al instrumento de planificación estratégica colectivo	10/07/2018	Regional
4.27	Perú	Ordenanza Regional N° 003-2017-GRL-CR – Promover y reconocer la vigilancia y monitoreo ambiental indígena en la Región Loreto	13/01/2017	Regional
4.28	Perú	Ordenanza Regional N° 009-2017-GRL-CR – Conformar el Grupo Regional de Trabajo de Naturaleza Permanente para La Coordinación, Propuestas y Seguimiento de las Políticas Indígenas – GRTPI	10/03/2017	Regional
4.29	Perú	Ordenanza Regional N° 014-2017-GRL-CR – Reconocer que en la región Loreto habitan pueblos originarios e indígenas, que utilizan denominaciones como: “pueblos indígenas”, “pueblos originarios”, “comunidades campesinas”, “comunidades nativas”, “rondas campesinas”, “pueblos ancestrales”	12/04/2017	Regional
4.30	Perú	Ordenanza Regional N°026-2019-GRSM/CR – Aprobar el inicio del proceso de elaboración del “Plan Regional de Competitividad y Productividad de San Martín al 2030” (PRCP de San Martín al 2030)	17/12/2019	Regional
4.31	Perú	Ordenanza Regional N° 025-2019-GRSM-CR – Creación del Grupo Regional de Trabajo de Política Indígenas de la Región San Martín (GRTPI San Martín)	17/12/2019	Regional
4.32	Perú	Ordenanza Regional N° 024-2019-GRSM/CR – Aprobar y reconocer al “Acuerdo de Gobernabilidad por el Desarrollo Integral y Sostenible de la Región San Martín 2019-2022”	17/12/2019	Regional
4.33	Perú	Ordenanza Regional N° 034-2018-GRSM/CR – Declarar de interés regional la implementación de la Política Nacional para la Transversalización del Enfoque Intercultural en la Región San Martín	17/12/2018	Regional
4.34	Perú	Ordenanza Regional N° 434-GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS/CR Declaran de interés regional el uso, preservación, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias con presencia en la región Amazonas, así como la promoción de la identidad y la cultura de los pueblos	28/12/2018	Regional
4.35	Perú	Ordenanza Regional N° 002-Gobierno Regional de Amazonas/CR - Reconocer e implementar el derecho a la consulta previa e informada a los pueblos indígenas	3/05/2013	Regional

Elaboración propia.

## 3.2. Principales resultados obtenidos

De la revisión normativa de los 4 países de la región examinados para la presente investigación, se ha visto que ningún país cumple con la totalidad de los 5 criterios propuestos para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y/o de infraestructura en sus territorios.

Sobre el particular, se debe iniciar señalando que 45 de los 58 instrumentos normativos (77.6%) no cumplieron con ninguno de los criterios elaborados para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios. Con respecto de los restantes 13 instrumentos:

- i) 5 instrumentos (8.6%) cumplieron parcialmente solo con 1 de los 5 criterios.
- ii) 1 instrumento (1.72%) cumplió parcialmente con 2 de los 5 criterios.
- iii) 5 instrumentos (8.6%) cumplieron totalmente solo con 1 de los 5 criterios.
- iv) 1 instrumento (1.72%) cumplió totalmente con 1 de los 5 criterios y parcialmente con 1 de los 5 criterios.
- v) 1 instrumento (1.72%) cumplió totalmente con 2 de los 5 criterios.

A continuación, se presenta la lista de cada uno de estos resultados, según la enumeración propuesta en la primera columna de la matriz elaborada:

Foto: Rolando Mondragón/DAR



Tabla N° 7. N° de criterios cumplidos por instrumento normativo

Nivel de cumplimiento	Instrumentos normativos	N° total de instrumentos normativos
0 criterios cumplidos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Brasil:</b> 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6 y 1.7</li> <li>- <b>Colombia:</b> 2.1, 2.2, 2.5 y 2.8</li> <li>- <b>Ecuador:</b> 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5</li> <li>- <b>Perú:</b> 4.1, 4.2, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.14, 4.15, 4.16, 4.18, 4.19, 4.20, 4.21, 4.23, 4.24, 4.25, 4.26, 4.27, 4.28, 4.29, 4.30, 4.31, 4.32, 4.33, 4.35 y 4.35</li> </ul>	45 (77.6%)
1 criterio parcialmente cumplido	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Brasil:</b> 1.1 y 1.9</li> <li>- <b>Colombia:</b> 2.4 y 2.7</li> <li>- <b>Perú:</b> 4.13</li> </ul>	5 (8.6%)
2 criterios parcialmente cumplidos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Perú:</b> 4.13</li> </ul>	1 (1.72%)
1 criterio totalmente cumplido	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Brasil:</b> 1.8</li> <li>- <b>Colombia:</b> 2.3 y 2.9</li> <li>- <b>Ecuador:</b> 3.1</li> <li>- <b>Perú:</b> 4.22</li> </ul>	5 (8.6%)
1 criterio parcialmente cumplido y 1 criterio totalmente cumplido	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Perú:</b> 4.17</li> </ul>	1 (1.72%)
2 criterios totalmente cumplidos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Colombia:</b> 2.6</li> </ul>	1 (1.72%)

Elaboración propia.

Por otro lado, considerando cada uno de los criterios, se tienen los siguientes resultados:

Tabla N° 8. Resultados alcanzados según criterios

Criterios	C1	C2	C3	C4	C5
N° de instrumentos que cumplen totalmente con el criterio	6	0	0	1	1
N° de instrumentos que cumplen parcialmente con el criterio	4	3	1	0	0
N° de instrumentos que no cumplen con el criterio	48	55	57	57	57
<b>Total</b>	<b>58</b>	<b>58</b>	<b>58</b>	<b>58</b>	<b>58</b>

Elaboración propia.

Como primera conclusión general, se puede señalar que ninguno de los 58 instrumentos normativos revisados de los 4 países del estudio puede garantizar efectivamente el derecho de los pueblos indígenas a obtener beneficios por el desarrollo de actividades de terceros (extractivas, de aprovechamiento de recursos naturales, de infraestructura u otros tipos), en tanto ninguno cumple o se acerca a cumplir con la mayoría de los cinco criterios identificados en la sección precedente. En tal sentido, se hace necesario que en estos países, se aprueben los marcos jurídicos que permitan que los pueblos indígenas efectivamente puedan obtener beneficios en los casos en que se lleven a cabo actividades de terceros en sus territorios.

Ahora bien, con respecto de cada uno de los criterios, es preciso señalar que al menos en 10 de los 58 casos estudiados, se ha evidenciado un cumplimiento total (6 instrumentos) o parcial (4 instrumentos) del primero de ellos. Ello está relacionado con el hecho de que Brasil, Ecuador, Colombia y Perú han ratificado el Convenio 169 de la OIT y han reconocido el derecho de consulta en diferentes niveles, algunos a nivel constitucional, otros a través de marcos regulatorios. En tal sentido, en estos 10 casos, además de reconocer y ordenar el respeto del derecho de los pueblos indígenas a los beneficios, se añade que dicho derecho se debe de ejercer junto con el derecho a la consulta previa.

Con respecto del reconocimiento del derecho a la consulta, es preciso ahondar que, a nivel constitucional se ha verificado que solo Ecuador ha cumplido en su totalidad con el cumplimiento del Criterio 1, dado que ha reconocido en su artículo 57 que los procedimientos de consulta son los mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas pueden participar en los beneficios que reporten los proyectos, planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, no obstante ello no cumple con ninguno de los otros cuatro criterios.

Por su parte, la Constitución Política de la República Federativa de Brasil ha cumplido de manera parcial con el Criterio 1, dado que refiere en su artículo 231 numeral 3 que *“el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción”*. En ese sentido, Brasil ha reconocido los derechos de participación en los resultados de las actividades extractivas a nivel constitucional más no el reconocimiento de los procedimientos de consulta previa como los mecanismos o vías idóneas para garantizar dicha participación.

En el caso del Perú, a nivel constitucional no se ha reconocido el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la participación de los beneficios conforme el Convenio 169 de la OIT. Por otro lado, si bien la Constitución Política de Colombia ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a obtener una participación por la explotación de recursos naturales en sus territorios (artículo 330); no obstante, dicha Constitución no contempla el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, motivo por el cual, no cumpliría con este primer criterio.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que aun cuando se haya puntuado a algunos países como cumplimientos parciales o incumplimientos en los diferentes criterios establecidos al no haber reconocido el derecho a la participación de beneficios explícitamente en sus constituciones vigentes, de la revisión normativa realizada se han podido encontrar otros instrumentos de rango legal que han desarrollado o reconocido el derecho a la participación de beneficios en algunos instrumentos normativos sectoriales o como parte de la responsabilidad social empresarial, como son los casos de Perú, Colombia y Ecuador.

En el caso del Perú es preciso señalar que en el año 2005 a través de la Ley N° 28611- Ley General del Ambiente, se establece que el aprovechamiento de recursos naturales dentro de las tierras de poblaciones indígenas debe contemplar procedimientos de consulta para establecer acuerdos con éstas a fin de establecer los beneficios que les corresponda (artículo 72). Asimismo con la promulgación en el año 2011 la Ley N° 29785-Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y su reglamento mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, se incorpora en la Décima Disposición Complementaria Transitorio y Final -haciendo referencia al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT- que los pueblos indígenas deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico. No obstante lo anterior, la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del referido Reglamento y la Directiva N° 001-2016-VMI/MC han creado un supuesto de exoneración de consulta previa de los servicios públicos como son la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación así como la necesaria para provisión de servicios públicos (agua y saneamiento, electricidad, telecomunicaciones, recolección y disposición final de residuos sólidos, etc.); por lo tanto, en atención a dicho dispositivo legal, algunos proyectos de infraestructura relacionados a los servicios públicos implicarían llevar a cabo proceso participativos con los pueblos indígenas a fin de asegurar que se pueda ejercer su derecho a los beneficios producto de dichas actividades.

Sobre esto último, a modo de ejemplo, podemos citar el caso del Proceso de Consulta Previa del Proyecto Hidrovía Amazónica, el cual en el Acta de Consulta Previa<sup>12</sup> del referido Proyecto se estableció un desacuerdo respecto de los beneficios económicos solicitados por los pueblos indígenas, el cual fue desestimado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones al indicar que por tratarse de un proyecto que brinda un servicio público y que no contempla el aprovechamiento de recursos naturales, por ende los beneficios económicos y la creación de fondos no aplican al estar fuera del alcance del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT. Asimismo, por la vía jurisprudencial como vimos líneas arriba, el Tribunal Constitucional reconoció en las Sentencias N° 0022-2009-PI/TC y Sentencia N° 03343-2007-PA/TC que en los procesos de consulta es necesario implementar mecanismos de participación de las comunidades indígenas en las rentas que se puedan generar, los beneficios compartidos y enfatizó el concepto de coparticipación de los pueblos indígenas en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de los pueblos indígenas.

En el caso de Colombia, se aprobó la Directiva Presidencial N° 01 del año 2010 sobre la “Garantía del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los grupos étnicos nacionales” y la Directiva N°10 del año 2013 que aprueba la “Guía para la realización de Consulta Previa a Comunidades Étnicas”, los cuales establecen las fases para el desarrollo del proceso de consulta y su aplicación, entre los que figuran los programas de prospección o explotación de recursos naturales en territorio de pueblos indígenas y cuando se pretenda desarrollar proyectos sobre la malla vial en territorio indígenas como son los proyectos de infraestructura de transporte.

Al respecto, la Directiva Presidencial N° 01 hace referencia a la participación en los beneficios como una acción para el manejo de los impactos, dado que indica que los acuerdos para la entrega de recursos económicos para el fortalecimiento de los grupos étnicos pueden presentarse como pagos en efectivo, entrega de medios electrónicos u otra modalidad los cuales son preferentemente para apoyar procesos colectivos de adquisición de bienes o servicios y refiere que todas las medidas tomadas en el marco de los procesos de consulta tienen una temporalidad a corto, mediano y largo plazo. Cabe indicar que este es el instrumento normativo que mayor cantidad de criterios logró

12 Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2015). Acta de la Consulta Previa del Proyecto Hidrovía Amazónica. Pág. 49-50. Recuperado de [https://portal.mtc.gob.pe/informacion\\_general/hidrovias/documentos/Acta%20Consulta%20Previa-Proyecto%20Hidrovía%20Amazonica\\_Completo.pdf](https://portal.mtc.gob.pe/informacion_general/hidrovias/documentos/Acta%20Consulta%20Previa-Proyecto%20Hidrovía%20Amazonica_Completo.pdf)

cumplir –criterios 1 y 5 mereciendo ser revisada a modo de antecedente o punto de partida para la elaboración de marcos normativos más concretos y holísticos que permitan garantizar el derecho en cuestión.

Del mismo modo, a nivel jurisprudencial, la Corte Colombiana planteó en la Sentencia T-129 de mayo del 2011 ciertas garantías que debe de prestar el Estado y los concesionarios que lleven a cabo cualquier tipo de ejecución de obras o explotación de recursos entre los que destacan ofrecer participación y una distribución equitativa en los beneficios de la actividad con el pueblo indígena directamente afectado.

Conforme con lo señalado, si bien la normativa colombiana referida, aunque reconoce el derecho a la distribución de beneficios por cualquier tipo de proyecto de inversión y en el marco del derecho a la consulta previa, resulta insuficientes para el ejercicio del derecho de a los beneficios. Cabe indicar que este análisis y discusión puede resultar útil en el contexto del Proyecto de Ley 442 del 2020C<sup>13</sup> que promueve la regulación de la consulta previa en dicho Estado.

De otro lado, es importante también destacar que existen otras prácticas de beneficios por fuera del proceso de consulta previa, como los Programas en Beneficio de las Comunidades que son parte de la política de Responsabilidad Social en el marco de los contratos de Exploración y Producción de hidrocarburos y de evaluación técnica que suscribe la Autoridad Nacional de Hidrocarburos y que se regulan por el Acuerdo N° 5 que define los parámetros para realizar dichos programas en beneficio de las comunidades, contemplando aspectos como la participación de las comunidades en la definición y seguimiento de los programas de beneficio y respeto por los derechos humanos, coherencia y armonía con los planes de vida de los pueblos indígenas.

Y en el caso de Ecuador, aun cuando existe reconocimiento constitucional del derecho a “participar en los beneficios que los proyectos reporten” (artículo 57), es preciso analizar el “Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos” -aprobado mediante Decreto Ejecutivo 1247 en el año 2012. Si bien dicha norma dispone que la Secretaría de Hidrocarburos se encargue del otorgamiento de beneficios sociales para los pueblos y nacionalidades indígenas por el desarrollo de actividades petroleras -en el marco de procesos de consulta previa, libre e informada-, la norma bajo comentario no contiene disposiciones específicas<sup>14</sup> respecto de qué estándares y procedimientos seguir para garantizar el efectivo ejercicio y respeto de ambos derechos. Por ende, se considera que este instrumento -aun cuando contempla beneficios para los pueblos indígenas- no cumple con ninguno de los cinco criterios para garantizar su ejercicio.

13 Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria N° 442/2020C “Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta previa y se dictan otras disposiciones”. Recuperado de <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2020-10/P.L.E.442-2020C%20%28CONSULTA%20PREVIA%29.pdf>

14 El Decreto 1247 promueve la consulta más como un mecanismo de participación e información social con el fin de recabar las opiniones, comentarios y recomendaciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que se encuentren asentadas dentro del área de influencia objeto de los procesos licitatorios. De tal manera que dicha norma desvirtúa el espíritu y propósito de la consulta reduciéndolo a un proceso formal no garantista donde no se llegan a acuerdos a través de un diálogo intercultural, sino que evidencia un solo proceso y forma de realizar la consulta y de recibir los comentarios de las comunidades, atentando contra el carácter libre de la consulta. Adicionalmente, se denota una “presión” sobre los pueblos indígenas que pueden traducirse en incentivos monetarios, beneficios sociales de las actividades, entre otros, hecho que se evidencia cuando se establece que la Oficina de Consulta socializará la viabilidad de intervenciones del Estado en las áreas social, salud, educación, hábitat, agua y saneamiento y hábitat, estableciendo que las intervenciones motivarán la participación de las comunidades para que el Estado proponga y defina las medidas pertinentes para compensar la generación económica que se genera a través de los proyectos hidrocarburíferos a través de otros beneficios sociales (artículo 16).



Foto: Rolando Mondragón/DAR

Al cierre de este informe, en el intento de ubicar la regulación pertinente sobre la consulta previa en el sector minero y transportes, no se ha podido encontrar instrumentos aprobados para dichas actividades económicas. No obstante, en el caso de minería, en junio del presente año el Viceministro de Minas del Ecuador, Fernando Benalcazar, afirmó que se estaría elaborado el Reglamento para la consulta previa, libre e informada del as comunidades en el caos de las actividades mineras<sup>15</sup>.

Por último, en el caso de Brasil, no se identificó en su marco legal, instrumentos para la aplicación efectiva de la consulta previa, por lo tanto, sigue siendo un derecho cuyo respeto requiere ser exigido a través de los tratados internacionales de los que forma parte como el Convenio 169 de la OIT que ostenta rango jurídico de norma “supra-legal”. Asimismo, aunque la Constitución reconoce ciertos derechos territoriales y otros derechos colectivos que darían paso al ejercicio del derecho a la participación de beneficios de los pueblos indígenas (numeral 3 del artículo 231 de la Constitución Federal)<sup>16</sup>, este derecho aún cuenta ciertas deficiencias legales para su aplicación práctica.

15 Amazon Frontlines (2020). Artículo “Gobierno Ecuatoriano emitirá un Reglamento de consulta previa en actividades mineras que vulnera los derechos de pueblos y nacionalidades”. Recuperado de: <https://www.amazonfrontlines.org/chronicles/reglamento-consulta-previa/>

16 El referido derecho sido reafirmado en la Política Nacional de Gestión Territorial y Ambiental de Tierras Indígenas aprobado mediante Decreto N° 7.747 del 2012 en el que se establece como uno de los ejes de gobernanza y participación indígena, la consulta a los pueblos indígenas en el proceso de licenciamiento ambiental para actividades y proyectos que afecten directamente a pueblos y tierras indígenas



Foto: Rolando Mondragón/DAR

## **Cuarta Parte:**

# **Recomendaciones para el ejercicio efectivo del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura en sus territorios en cuatro países de la región**

1. Es necesario que en los cuatro países analizados se promuevan los marcos legales correspondientes que establezcan mecanismos efectivos para el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la participación de beneficios por el desarrollo de actividades extractivas o de infraestructura en sus territorios. Como se ha verificado, los cuatro países del estudio han ratificado el C169 (ver tabla N° 3); y tres de ellos -Brasil, Ecuador y Colombia- han incorporado a nivel de sus normas constitucionales disposiciones relacionadas con este derecho colectivo (ver tabla N° 4). No obstante ello, resulta preocupante que ninguno de 58 instrumentos normativos revisados cumpla –o se acerque a cumplir- con los 5 criterios identificados para evaluar el cumplimiento del derecho en mención, lo cual pone en manifiesto la necesidad de establecer marcos normativos que permitan su reconocimiento formal – en los casos que corresponda- y mecanismos para su implementación a través de los procedimientos apropiados que garanticen el cumplimiento del derecho colectivo a la distribución de beneficios cuando se fuesen a realizar actividades de terceros en las tierras y territorios de los pueblos indígenas.
2. En cualquier iniciativa legislativa -vía Congreso, iniciativa ciudadana o del Gobierno Nacional- se debe considerar los 5 criterios establecidos en el presente informe como criterios orientadores e interpretativos para aclarar el contenido procedimental y sustantivo de las obligaciones de distribución de los beneficios y ser interpretados en el marco de lo establecido en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, así como contemplar los instrumentos normativos de derecho internacional del medio ambiente como el Convenio de Diversidad Biológica, del derecho internacional de los derechos humanos, y la jurisprudencia internacional. Es una oportunidad valiosa para identificar estrategias de interacción entre ellos, no solo para la protección de los derechos de los pueblos indígenas (como salvaguardia) sino también para apoyar su implementación plena. Lo cual es relevante tanto para aclarar las obligaciones de los Estados, la responsabilidad de las empresas de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y el rol de la banca.
3. Se debe garantizar la participación de los pueblos indígenas en el diseño, formulación, ejecución y evaluación de la propuesta normativa sobre la participación de beneficios, de manera que se asegure la incorporación de sus prioridades. Es decir, la construcción del proceso será conjunta entre los Estados y los pueblos indígenas a través de un diálogo intercultural.
4. En línea con lo anterior, se evidencia la necesidad de fortalecer las capacidades de los pueblos indígenas en relación a su derecho a la participación de beneficios y sus implicancias, toda vez que como se ha visto en el presente informe, la distribución justa y equitativa de los beneficios no son establecidas de manera unilateral por el Estado o las empresas, sino que son procesos de compromiso continuo y de buena fe en el que las partes a partir de un diálogo intercultural y en igualdad de condiciones desarrollan un entendimiento compartido sobre la

actividad propuesta y sus beneficios –monetarios o no monetarios- que reflejen las diferentes cosmovisiones sobre el medio ambiente y el uso de sus recursos naturales. Para ello seguirá siendo importante que, además de las acciones estrictamente jurídicas, los pueblos indígenas trabajen en la argumentación para aportar elementos de análisis y de contenidos ante instancias internacionales – tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-, a partir de una tarea que se presenta fundamental como es el lobby o cabildeo local, nacional e internacional y ejercer su derecho de petición en las Audiencias Públicas ante las instancias correspondientes.

5. Se necesita recopilar toda la documentación posible de casos en los países materia del estudio que evidencien la violación al derecho colectivo de participación en los beneficios de los pueblos indígenas por el uso de sus recursos naturales en actividades extractivas y de infraestructura. Ello permitirá definir la argumentación en el planteamiento de las acciones judiciales, así como planificar una ruta a mediano y largo plazo de defensa de los derechos de los pueblos indígenas de los países de la Región.
6. Para la construcción de un debate público informado debe de considerarse el involucramiento de la sociedad civil durante el proceso de formulación de los marcos normativos que garanticen la aplicación del derecho a la participación y distribución de los beneficios de los pueblos indígenas. Al respecto se requiere generar una masa crítica informada que haga seguimiento al proceso, sobre todo en los actores relacionados con la protección de derechos de los pueblos indígenas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ONGs, Banca Internacional, Cooperación Internacional, entre otros. En ese sentido, se recomienda la elaboración de un Plan de Comunicaciones como soporte comunicacional integral del proceso de formulación normativa respectivo, que deberá contener actividades de información, sensibilización y empoderamiento a través de campañas informativas, redes sociales, talleres, entre otros, el cual permitirá el posicionamiento del rol de los pueblos indígenas -como titulares del derecho colectivo a la participación de beneficios- y la escalada local, nacional y regional de sus propuestas que permitirá crear puentes de diálogo para integrar a todas y todos los actores relevantes en el debate de la propuesta normativa.
7. Siendo que los derechos fundamentales gozan de una protección jurídica reforzada, se recomienda contar con una estrategia de litigio estratégico que abarque todas las oportunidades, retos y riesgos existentes en el espacio que comprende el procedimiento legal para el respeto pleno del derecho a la participación de los beneficios de los pueblos indígenas en caso las iniciativas normativas no prosperen. En ese sentido, se pueden interponer garantías constitucionales por incumplimiento de funciones como el mandato de legislar, demandar la aprobación de propuestas normativas para garantizar el ejercicio del derecho a la participación de los beneficios reconocido en el C169, activar los mecanismos jurisdiccionales del Sistema Interamericano y del Sistema de Naciones Unidas. Asimismo, en los países donde la legislación lo permite, plantear un *amicus curiae* con apoyo de organizaciones internacionales y académicos, e interponer denuncias públicas ante grupos de derechos humanos tanto nacionales como internacionales, ante las comisiones estatales y nacionales de derechos humanos, entre otros.
8. Se debe considerar también la posibilidad de activar los mecanismos preventivos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del cual la CIDH puede hacer recomendaciones a los Estados, informes por país o comunicados de prensa que en suma van generando cierto tipo de jurisprudencia y pueden coadyuvar a garantizar la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sin necesidad de agotar los recursos internos. Inclusive se podrían promover que los Estados soliciten la asesoría de la CIDH para la generación de los marcos normativos que promuevan el reconocimiento e implementación del derecho colectivo a la participación y distribución de los beneficios.



Foto: Rolando Mondragón/DAR

9. Finalmente, se debe evaluar y analizar algunas oportunidades fuera de los marcos nacionales existentes ante la ausencia de un exhaustivo proceso para la protección del derecho de los pueblos indígenas a la participación en los beneficios de las actividades que se realizan en sus territorios, tales como : i) promover la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales y conocimientos tradicionales, a través del fortalecimiento y reconocimiento de sus normas consuetudinarias y el fortalecimiento de los sistemas comunitarios de manejo de recursos naturales, ii) Promover el liderazgo de las organizaciones indígenas desde el ámbito local al regional para la articulación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas fuera de la regulación internacional, el cual deberá ser respetado por los Estados en el marco del respeto del derecho a la autodeterminación y control sobre sus recursos naturales y c) construcción de un acuerdo intercomunal para la protección del derecho a la participación y distribución de los beneficios basado en las normas consuetudinarias y que desarrolle la definición de “beneficios” desde la mirada holística de los pueblos indígenas.

# Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente de la República de Ecuador. (2008). Constitución Política. Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia. (1991). Constitución Política. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente de la República Federativa de Brasil. (1988). Constitución Política. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>

Congreso Constituyente Democrático de la República del Perú. (1993). Constitución Política. Recuperado de [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019\\_WEB.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de <http://cidh.org/countryrep/tierrasindigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasExtractivas2016.pdf>

Comunidades Indígenas de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc de Jujuy y Salta (2015). Kachi Yupi-Huellas de la Sal: Procedimiento de Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado para las Comunidades Indígenas de la Cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc. Recopilado de <https://naturaljustice.org/wp-content/uploads/2015/12/Kachi-Yupi-Huellas.pdf>

Consejo de Derechos Humanos. (2009). 12º período de sesiones. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. 7 de septiembre de 2009. Doc. A/HRC/12/34. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/12/34/Add.5>

Consejo de Derechos Humanos. (2010). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. A/HRC/15/37. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/15/37>

Consejo de Derechos Humanos. (2013). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. Doc. A/HRC/24/41. Recopilado de: <https://undocs.org/es/A/HRC/24/41>

Consejo de Derechos Humanos. (2015). Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. Doc. A/70/301. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10160.pdf>

Consejo de Derechos Humanos. (2018). Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, Doc. A/HRC/37/59. Recopilado de: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/59>

Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador. (2012). Legislación para el Fortalecimiento de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador. Recuperado de <http://www.pueblosynacionalidades.gob.ec/wp-content/uploads/2019/04/dialogo/legislacion.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de julio. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. párr. 129. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_185\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_212\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia del 27 de junio. Recuperado de [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras, sentencia del 8 de octubre. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_304\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, sentencia del 25 de noviembre. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 11: Pueblos Indígenas y Tribales. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2011). Sentencia del 3 de marzo sobre ña acción de tutela interpuesta por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Embera–Katio, Chidima-Tolo u Pescadito contra el Ministerio de Transporte y otros. Recuperado de <https://www.refworld.org/pdfid/4f14092c2.pdf>

Due Process of Law Foundation. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. Washington D.C. 2013. Recuperado de [http://www.dplf.org/sites/default/files/digesto\\_indigenas\\_web\\_final.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/digesto_indigenas_web_final.pdf)

Huaco, M. (2015): “Los trabajos preparatorios del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31577.pdf>

Instituto Paraguayo del Indígena. (2010). “Juntos podemos, Orientaciones para el trabajo con los pueblos indígenas con enfoque intercultural”. Recuperado de [https://www.sfp.gov.py/sfp/archivos/documentos/manualjuntospodemos\\_5feo5ku0.pdf](https://www.sfp.gov.py/sfp/archivos/documentos/manualjuntospodemos_5feo5ku0.pdf)

International Council on Mining and Metals. (2013): “Position statement on indigenous people and mining”. Recuperado de [https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/mining-principles/position-statements\\_indigenous-peoples.pdf](https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/mining-principles/position-statements_indigenous-peoples.pdf)

- International Finance Corporation. (2010). Nota de Orientación 7 Pueblos indígenas. Recuperado de [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/b4d3ae03-c81b-427a-9c1e-0127f233e337/GN7\\_Spanish\\_2012.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mRQk1XU](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/b4d3ae03-c81b-427a-9c1e-0127f233e337/GN7_Spanish_2012.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mRQk1XU)
- Martínez Cobo, José. (1987). Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Volumen V Conclusiones, propuestas y recomendaciones. Recuperado de <https://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4>
- Ministerio de Cultura del Perú. (2016). Derechos Colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Recuperado de <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/derechos-colectivos.pdf>
- Ministerio Público Federal. (2019). Manual de Jurisprudencia dos Direitos Indígenas. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. Brasília. Recuperado de <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>
- Morgera, E. (2014). “The legacy of UN Special Rapporteur Anaya on indigenous peoples and benefit-sharing” en BeneLex Blog, publicado el 29 de mayo del 2014. Recuperado de <https://benelexblog.wordpress.com/2014/05/29/the-legacy-of-un-special-rapporteur-anaya-on-indigenous-peoples-and-benefit-sharing/>
- Morgera, E. (2015). “Fair and Equitable Benefit-Sharing at the Cross-Roads of the Human Right to Science and International Biodiversity Law”, en *Laws* (año 4, Nº 4), pp. 803-831. Recuperado de <https://www.mdpi.com/2075-471X/4/4/803>
- Morgera, E. (2016). “The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing”, en *The European Journal of International Law* Vol. 27 no. 2, pp. 353-383. Recuperado de <http://www.ejil.org/article.php?article=2650&issue=131>
- Nash Rojas, C. (2009). Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). Recopilado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r15428.pdf>
- Parks, L. (2017). Studying benefit sharing from the bottom up. En: *Environmental Governance: Local Experiences of a Global Concept*. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/334736337\\_Benefit-sharing\\_in\\_Environmental\\_Governance\\_Open\\_Access](https://www.researchgate.net/publication/334736337_Benefit-sharing_in_Environmental_Governance_Open_Access)
- Oficina del Alto Comisionado. (2011). “Principios rectores sobre empresas y derechos humanos”. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). Convenio sobre la Diversidad Biológica. Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2007). Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Recuperado de [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de los Estados Americanos. (2009). Derechos de los Pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos humanos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169)

Organización Internacional del Trabajo. (2009). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)

Organización Internacional del Trabajo. (2020). Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NO\\_RMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NO_RMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314)

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. (2002). Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización. Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-es.pdf>

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. (2004). Principios y Directrices de Addis Abeba para la Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/publications/addis-gdl-es.pdf>

Secretaría del Convenio de Diversidad Biológica. (2005). Directrices de Akwé: Kon. Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. (2011). Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica. Recuperado de <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>

Secretaría del Convenio de Diversidad Biológica. (2019). Directrices Voluntarias Mo' otz Kuxtal para la elaboración de mecanismos, legislación u otras iniciativas adecuadas para garantizar el "consentimiento previo y fundamentado", el "consentimiento libre, previo y fundamentado" o la "aprobación y participación", según las circunstancias nacionales, de los pueblos indígenas y las comunidades locales para el acceso a sus conocimientos, innovaciones y prácticas, para la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de sus conocimientos, innovaciones y prácticas que sean pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y para denunciar e impedir la apropiación ilegal de conocimientos tradicionales. Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/publications/8j-cbd-mootz-kuxtal-es.pdf>

Secretaría General de la Comunidad Andina. Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos, e integrales desde la perspectiva indígena. Mayo de 2005. Recuperado de [http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/OtrosTemas/MedioAmbiente/libro\\_perspectiva\\_indigena.pdf](http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/OtrosTemas/MedioAmbiente/libro_perspectiva_indigena.pdf)

Supremo Tribunal Federal. (2019). Decisión de la Acción Civil Original: ACO 0001274-61.2010.1.00.0000 RR - RORAIMA 0001274-61.2010.1.00.0000. 12 de noviembre del 2019. Recuperado de: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/782985515/acao-civel-originaria-aco-1522-rr-roraima-0001274-6120101000000>

Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Sentencia del 19 de febrero recaída en el expediente 03343-2007-PA/TC, acerca de la demanda de amparo interpuesta por el ciudadano Jaime Hans Bustamante contra las empresas Occidental Petrolera del Perú, LLC, Sucursal del Perú, Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Sentencia del 09 de junio recaída en el expediente 00022-2009-PI/TC, acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1089. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2011). Sentencia del 26 de julio recaída en el expediente 00024-2009-PI, acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6226 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 994. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html>

Tribunal Regional Federal de la Región. (2017). Proceso AC 0002505-70.2013.4.01.3903 0002505-70.2013.4.01.3903. Proyecto Volta Grande de la Minería Xingu por el impacto en tierras indígenas. 19 de diciembre del 2017. Recuperado de <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604714317/apelacao-civel-ac-25057020134013903-0002505-7020134013903>

United Nations Global Compact Office. (2013). Guía de referencia para las empresas sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Recuperado de <https://www.unglobalcompact.org/library/541>

Wilson, Emma. (2019). What is Benefit Sharing? Respecting Indigenous Rights and Addressing Inequities in Arctic Resource Projects. Recuperado de <https://www.mdpi.com/2079-9276/8/2/74>



Foto: Rolando Mondragón/DAR

Una iniciativa de:



DERECHO  
AMBIENTE Y  
RECURSOS  
NATURALES

Con el apoyo de:



**USAID**  
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE AMÉRICA

