

DERECHO A LA CONSULTA Y LA PARTICIPACIÓN  
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, LA EXPERIENCIA  
CONSTITUCIONAL EN LOS CASOS DE MÉXICO Y CHILE\*  
*RIGHT TO CONSULTATION AND PARTICIPATION OF INDIGENOUS  
PEOPLES, THE CONSTITUTIONAL EXPERIENCE IN THE CASE  
OF MEXICO AND CHILE*

Sergio Alejandro REA GRANADOS\*\*

RESUMEN: En este artículo se analiza la importancia y los retos de la constitucionalización de los derechos a la consulta previa y la participación de los pueblos indígenas en los casos de México y Chile.

**Palabras clave:** derechos de los pueblos indígenas, derecho a la consulta y la participación, Estado democrático.

**Keywords:** Indigenous Law, Right of Consultation and Participation, Democratic State.

\* Artículo recibido el 7 de noviembre de 2014 y aceptado para su publicación el 10 marzo de 2015.

\*\* Doctorando en derecho en la Universidad de Chile. Maestro en derecho internacional público por la Universidad de Melbourne; licenciado en derecho por la Universidad Iberoamericana, ciudad de México. Oficial de Protección en ACNUR; Manager Assistant en St. Kilda Community Centre, y jefe del Departamento de Investigación Internacional en la Secretaría de Gobernación.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Derecho internacional de los pueblos originarios*. IV. *Derecho constitucional de los pueblos originarios*. V. *Importancia de los derechos diferenciados constitucionalmente*. VI. *Derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales*. VII. *Importancia del derecho a la consulta y la participación*. VIII. *Retos en la aplicación del derecho a la consulta y la participación*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Los pueblos originarios en las Américas han enfrentado diversas dificultades históricas, culturales y legales dentro de los parámetros de la vida del Estado liberal, quien difícilmente han entendido sus dimensiones. Existen amplias razones históricas y estructurales documentadas para considerar que los pueblos indígenas en esta región han sido tradicionalmente víctimas de los mayores abusos de sus derechos humanos. Primeramente, llevados a cabo por el poder colonial, posteriormente por los Estados independientes y actualmente por el Estado moderno; de igual forma y sin restar importancia, instituciones como la iglesia, las empresas multinacionales y demás corporaciones de la sociedad dominante ha tenido responsabilidad en toda clase de violaciones, desde el genocidio hasta la exclusión política y la discriminación social y económica.<sup>1</sup>

Ante tal situación, a lo largo de la historia y con mayor énfasis en la última década, se han profundizado y reconocido derechos específicos de los pueblos indígenas en varios de los países latinoamericanos, particularmente en México y muy escasamente en Chile. A pesar de ello, estos pueblos continúan enfrentando obstáculos en los derechos conquistados, algunos de ellos alcanzados a través de ratificación de tratados internacionales, reformas constitucionales o incorporados en leyes secundarias, o bien, a través de políticas públicas adoptadas a instancia de directrices y recomendaciones hechas por organismos internacionales. De tal manera, dos de los derechos mayormente debatidos por los Estados son el derecho a la consulta y a la participación, los cuales representan un espacio de integración e interlocución entre los pueblos indígenas y el Estado sobre temas que afectan el entorno de estas comunidades. A pesar de que la

<sup>1</sup> Stavenhagen, Rodolfo, "Los derechos de los indígenas algunos problemas conceptuales", *Revista de Ciencias Sociales*, México, núm. 43, 1992, p. 85.

consulta y la participación son principios fundamentales de un gobierno democrático y de desarrollo incluyente, para el sistema liberal estos derechos en muchas ocasiones son una práctica costosa, ineficiente e incluso del todo innecesaria.

Ante tal situación, este ensayo tiene por objeto analizar la constitucionalización del derecho a la consulta previa y la participación de los pueblos indígenas en México y Chile, quienes han ratificado el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169).<sup>2</sup> Por lo tanto, desde esta perspectiva, también, se pretende analizar la importancia que tiene el respetar y proteger estos derechos en ambos Estados y, además, visualizar los grandes obstáculos legales que enfrentan para una correcta implementación de estos derechos y de esta manera fortalecer el sistema constitucional democrático.

## II. ANTECEDENTES

Para introducir este punto, es necesario determinar lo que se ha de entender por pueblos originarios. Aunque en la actualidad no existe una definición universal que abarque a todos los pueblos originarios en el mundo, tal y como lo señala la Organización de Naciones Unidas,<sup>3</sup> en el contexto histórico de América Latina podemos encontrar elementos comunes que pueden acercarnos a una definición, y en virtud de la cual podemos definir a los pueblos originarios como aquellos descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollan sobre el territorio en el que actualmente se ejerce soberanía y al que están ligados por una continuidad histórica.<sup>4</sup> En un sentido práctico y tomado en cuenta lo anterior, podemos decir que son aquellos grupos que se identifican con los pueblos que habitaron antes de la conquista de América y continúan presentes.

<sup>2</sup> Convenio núm. 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra, 76a. sesión, Conferencia Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989, entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

<sup>3</sup> Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Nueva York, enero de 2004, PFII/2004/WS.1/3.

<sup>4</sup> *Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato* (2001-2003), Segunda parte: Propuestas y Recomendaciones para un Nuevo Trato entre el Estado, los Pueblos Indígenas y la Sociedad Chilena, p. 583.

Teniendo en cuenta esa precisión, el siguiente elemento característico de los pueblos originarios en América Latina es el planteamiento de los derechos humanos específicos de estos grupos, los cuales han sido el resultado de varias luchas históricas y del reconocimiento de la conceptualización de sus derechos específicos que responden a realidades históricas y estructurales de diversa índole.<sup>5</sup> De esta manera podemos observar que en el caso particular de México y Chile, la consolidación de los derechos de los pueblos originarios ha pasado por diversas etapas que han impedido que los integrantes de estos grupos gocen plenamente de ellos o de su ejercicio. Por ejemplo, a partir de la segunda mitad de los noventa, parte de las energías constitucionales de la región se concentraron en las formas de reconocimiento de los derechos indígenas, o de la diversidad étnica en general, dentro de las cartas fundamentales,<sup>6</sup> sobre todo después del alzamiento en Chiapas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el mismo día en que entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Este suceso marcó una tendencia en algunos países latinoamericanos a constitucionalizar los derechos de los pueblos indígenas, pero cada uno tomó en cuenta sus tiempos, variantes y circunstancias locales.<sup>7</sup> De esta manera recién comenzó a visualizarse la importancia del reconocimiento y la constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina, sobre todo para cumplir con exigencias de reivindicación histórica.

Después de un largo camino, en el caso mexicano, en 2001, el Poder Legislativo modificó los artículos 1o., 2o., 4o., 18 y 115<sup>8</sup> de la Constitución, lo cual tuvo como propósito avanzar en la nueva relación entre el

<sup>5</sup> Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos de...”, *cit.*, p. 87.

<sup>6</sup> González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

<sup>7</sup> Carbonell, Miguel, “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 1.

<sup>8</sup> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.

Estado, los pueblos indígenas y la sociedad. Cabe señalar que a pesar de que se han dado avances legislativos en esta materia, también es cierto que no siempre se hacen efectivas las leyes ni tampoco se observan los procedimientos judiciales. Los factores que provocan estos problemas son diversos, como el desconocimiento de las normas, la discriminación, la implementación correcta, así como falta de normas secundarias que aseguren su total observancia.<sup>9</sup>

Por otro lado, en el caso chileno ni siquiera se ha reconocido a nivel constitucional la diversidad cultural, tampoco se ha aceptado la multiculturalidad del Estado; es más, en el pasado ninguna Constitución chilena ha previsto siquiera la existencia de los pueblos indígenas. Lo ocurrido

Artículo 2o. La nación mexicana es única e indivisible. La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, del 14 de agosto de 2001.

Artículo 4o. Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de abril de 2009.

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes: III. Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

<sup>9</sup> Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *La vigencia de los derechos indígenas en México: análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígena en la estructura del Estado*, México, 2007, p. 3.

se debe a que desde un primer momento se impusieron, tanto en los ensayos constitucionales como en las Constituciones propiamente tales, los principios jurídicos y políticos de la plena igualdad ante la ley y la unidad del Estado.<sup>10</sup>

### III. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Es importante consignar que esta temática posee un amplio análisis en el derecho internacional, en especial a raíz de una constante preocupación de la comunidad internacional por la situación de marginalización y vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos originarios. En este nivel y materia destacan especialmente los trabajos realizados por el sistema de Naciones Unidas; además y sin restar importancia también sobresalen las labores realizadas por la Organización de Estados Americanos (OEA), quien ha participado en el desarrollo progresivo de este tema, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el derecho de los pueblos indígenas.

Dentro del sistema universal, en primer lugar cabe destacar la Conferencia Internacional de Trabajo que, enfocada a encontrar soluciones al problema de la situación de discriminación y explotación de los pueblos indígenas, aprobó el Convenio 169, cuyo objetivo es respetar sus culturas y formas de vida, reconociendo sus derechos a las tierras y a los recursos naturales, así como su derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo comunitario.<sup>11</sup> De este modo, el Convenio 169 conforma un marco jurídico que promueve el involucramiento directo de los pueblos indígenas en los procesos de decisiones,<sup>12</sup> tras establecer que ellos tienen el derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y

<sup>10</sup> Prado, Maximiliano, “La cuestión indígena y las exigencias de su reconocimiento”, *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, núm. 3, 2003, p. 25.

<sup>11</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: comprender el Convenio sobre los Indígenas y Tribales*, 1989, Ginebra, 2013, p. 1.

<sup>12</sup> Alba Arévalo, Amelia, “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en derecho”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, núm. 76, p. 14.

libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación,<sup>13</sup> y para ello la relevancia del derecho a la consulta previa y a la participación.

En relación con el derecho a la participación de los pueblos originarios, el Convenio 169 establece en el artículo 5o. que los gobiernos deberán estimular por todos los medios posibles la participación de las poblaciones indígenas en la instituciones electivas.<sup>14</sup> Mientras, el artículo 6o. señala que los gobiernos deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y en todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas, organismos administrativos y de cualquier otra índole que fueren responsables de políticas y programas que les conciernen.

Por otro lado, de acuerdo con el derecho internacional, la decisión de ratificar un tratado internacional, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es una decisión soberana y voluntaria de los Estados y, por lo tanto, una vez ratificado, los Estados parte tienen la obligación de aplicarlo de buena fe,<sup>15</sup> en la legislación y en las prácticas internas, y la de asegurar —entonces— que los pueblos indígenas sean consultados y puedan participar en los procesos electivos y en los programas que les conciernen. Esto, también, implica que los Estados deben revisar y adaptar la legislación, las políticas y los programas a lo

<sup>13</sup> Defensoría del Pueblo del Perú, “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: el rol de los ombudsman en América Latina”, *Memoria del Encuentro Extraordinario de la Federación Iberoamericana de Ombudsman*, 2013, p. 16.

<sup>14</sup> Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

<sup>15</sup> El artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 estipula: “Todo tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”. Además, es un principio de derecho internacional público, llamado *Pacta Sunt Servanda*, que significa que los Estados y demás personas de derecho internacional que puedan firmar tratados, quedan obligados y deben cumplir de buena fe los tratados que hayan celebrado en forma regular y que hayan entrado en vigor.

estipulado en el Convenio y, de este modo, garantizar que se alcancen en la práctica los resultados previstos, incluyendo la eliminación de las diferencias socioeconómicas entre los sectores indígenas y no indígenas de la sociedad.<sup>16</sup>

Sobre este asunto, en el caso chileno, los artículos 32, numeral 17,<sup>17</sup> y 50, numeral 1,<sup>18</sup> de la Constitución Política señalan que un tratado internacional se entiende incorporado cuando éste haya sido negociado y firmado por el presidente de la República; posteriormente ratificado por el Congreso Nacional y finalmente promulgado y publicado en el *Diario Oficial*. En lo que respecta al Convenio 169 de la OIT, éste entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009, el cual lo convierte en una norma obligatoria.

Paralelamente, en el caso mexicano, de acuerdo con los artículos 76, fracción I, 89, fracción X, y 133 de la Constitución,<sup>19</sup> el proceso de in-

<sup>16</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Manual para los..., cit.*, p. 5.

<sup>17</sup> Artículo 32. Son atribuciones especiales del presidente de la República: 17o. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 numeral 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el presidente de la República así lo exigiere...

<sup>18</sup> Artículo 50. Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1o. Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

<sup>19</sup> Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado: 1. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal con base en los informes anuales que el presidente de la República y el secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso. Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos... Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de febrero de 2007.

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del presidente, son las siguientes: X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad

corporación requiere que el instrumento del caso sea firmado por el presidente de la República y posteriormente ratificado por el Senado. En el caso concreto del Convenio 169 de la OIT, éste entró en vigor el 3 de agosto de 1989, tras su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, el cual también lo convierte en obligatorio.

Otro instrumento internacional relevante para este ensayo es la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, en 2007, aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En ésta se establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de estas comunidades en el mundo.<sup>20</sup> Uno de los aspectos relevantes de este instrumento es que no sólo abarca derechos individuales, muchos de ellos anteriormente reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, sino que también reconoce derechos colectivos. Al respecto, una de las distinciones entre ambos radica en que los primeros son perfectamente ejercitables y aplicables de forma individual; mientras que los segundos, por ser de carácter social o político, requieren que se ejercenten de manera colectiva o mancomunada.<sup>21</sup> Además, la Declaración sobre Pueblos Originarios también condena la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les atañen. Asimismo, les garantiza su derecho a la diferencia y al logro de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural se refiere.<sup>22</sup>

internacionales... Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1934.

<sup>20</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/declaration.htm>

<sup>21</sup> Gurutz, Jáuregui, “¿Derechos individuales o derechos colectivos?”, *El País*, España, 12 de agosto de 1998.

<sup>22</sup> *Idem*.

Si bien es cierto que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es producto de un largo proceso de discusión y aprobación internacional, iniciado en los años setenta, actualmente constituye un instrumento que marca una tendencia internacional, ya que en el ámbito del derecho internacional ésta constituye solamente una norma no vinculante. De acuerdo con el derecho internacional público, las resoluciones declarativas de derecho están constituidas por aquellas pronunciadas por organizaciones internacionales en las que se contienen declaraciones u otros pronunciamientos generales cuyo objeto principal consiste en confirmar la existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho.<sup>23</sup> Si bien es cierto que de acuerdo con la naturaleza de estas disposiciones, no son directamente vinculantes,<sup>24</sup> pero sí contribuyen notablemente a la consolidación de una costumbre o un principio de derecho internacional, estos últimos muy relevantes para los derechos de los pueblos indígenas. En el caso mexicano, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado, siempre y cuando cumplan con los supuestos mencionados.<sup>25</sup> Por lo tanto, la Corte IDH en varias ocasiones ha interpretado el alcance y sentido de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y siguiendo con la jurisprudencia de la SCJN, la convierte en norma obligatoria para los jueces mexicanos, rompiendo con la tradición jurídica de ser una norma no vinculante para los estados.

<sup>23</sup> Vargas Carreño, Edmundo, *Derecho internacional público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Santiago, Jurídica de Chile, 2007, p. 112.

<sup>24</sup> Estas resoluciones no son creadoras de derecho, toda vez que han sido dictadas por un órgano que carece de poderes legislativos. Por lo general, el texto de la resolución indica que mediante ella se “declara”, “reconoce”, “proclama” o se “confirma” una norma jurídica, es decir, su valor es meramente declarativo o confirmatorio de un derecho, consistente en que a través de ella se precisan y determinan los términos de una norma consuetudinaria o un principio general de derecho. *Ibidem*, p. 113.

<sup>25</sup> Tesis jurisprudencial P./J. 21/2014 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 25 de abril de 2014, p. 21.

#### IV. DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

La primera condición para la existencia de una Constitución en sentido moderno, la garantía de los derechos, es la culminación del ideal del gobierno de las leyes después de su tránsito por el liberalismo.<sup>26</sup> Una vez que los derechos naturales se incorporan en textos jurídicos, se transforman en derechos positivos.<sup>27</sup> En este sentido, los derechos fundamentales incorporados en una Constitución representan una frontera infranqueable para la voluntad del poder público,<sup>28</sup> quien estará impedido de transgredir los derechos reconocidos a todos sus gobernados. Esto incluye, por cierto, a todos los sujetos que se encuentran bajo su jurisdicción y entre ellos a las minorías, quienes también integran al Estado. De esta manera, surge el desafío normativo del problema de la integración del pluralismo nacional y étnico dentro de un Estado constitucional, una característica primordial de la sociedad contemporánea en su conjunto. Así, el reconocimiento de la multiculturalidad supone constatar la existencia de los pueblos indígenas, sus historias y sus culturas particulares, esto es, con identidades propias.<sup>29</sup> Posteriormente surge la necesidad de reconocer derechos esenciales para que éstos puedan desarrollarse y evolucionar como pueblo, de este modo surge la importancia de reconocer derechos como la consulta previa y la participación sobre asuntos que les afecte o les concierne.

En relación con la Constitución mexicana,<sup>30</sup> pueden observarse varios artículos que rescatan los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, entre ellos el derecho a las tierras, la consulta y la participación. Por ejemplo, el artículo 2o. de la Constitución mexicana obliga a la Federación, los estados y los municipios a consultar a los pueblos indígenas en la

<sup>26</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 85.

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> Henríquez Viñas, Miriam Lorena, “Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, p. 130.

<sup>30</sup> Artículo 2o. La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

elaboración de sus respectivos planes de desarrollo y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que ellos realicen.

Complementando a lo anterior, el artículo 26 apartado A<sup>31</sup> establece que el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, en la que el Ejecutivo está facultado a establecer los procedimientos de participación y consulta popular, los cuales incluyen también a los pueblos indígenas. Todo esto con la finalidad de elaborar el Plan Nacional de Desarrollo.

A pesar de este avance constitucional, es importante señalar que este derecho reconocido constitucionalmente se encuentra con varias limitantes, entre las que destacan, en primer lugar, que este derecho a la consulta sólo se refiere a temas relacionados con el Plan Nacional de Desarrollo y no en todos aquellos temas que tengan por objeto limitar o vulnerar otros derechos reconocidos por la Constitución y otros instrumentos internacionales, sobre todo aquellos que los involucra o les afectan, como lo señala el Convenio 169.<sup>32</sup> Un ejemplo podría ser cuando existe una amenaza o presión de destitución de sus tierras, territorios y recursos naturales para fines de explotación minera. En segundo lugar, estos artículos no señalan que el derecho a la consulta debe de regirse con los siguientes principios, es decir, de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo

<sup>31</sup> Artículo 26. Apartado A. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación... La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. El Plan Nacional de Desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de junio de 2013.

<sup>32</sup> Los principios de consulta y participación en el Convenio núm. 169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino también con cuestiones más amplias de gobernanza y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública. OIT, *Convenio 169 de la OIT*, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>

y de formulación de las políticas que los afecten, según lo establece también el Convenio 169 y que analizaremos más adelante.

En tercer lugar, que no se establece el derecho a la participación, o al menos el legislador lo entendió como si se formara parte del derecho a la consulta. Sin embargo, el Convenio 169 hace una distinción de ambos conceptos debido a que tienen consecuencias jurídicas diferentes.

En cuarto lugar, que el derecho a la consulta tampoco señala la relación que este derecho tenga con la reinvindicación de las tierras, como lo establece la Convención núm. 169. Al respecto, la Comisión de la OIT ha pedido al Estado mexicano que considere, en el derecho a la consulta con los pueblos indígenas, la posibilidad de establecer los procedimientos de reinvindicación de tierras existentes para dar plena aplicación al artículo 14 del Convenio 169.<sup>33</sup>

Por otro lado, en el caso chileno<sup>34</sup> podemos observar que a diferencia de la mayoría de las Constituciones en América Latina, la Constitución continúa manteniendo silencio en el tema, toda vez que en ninguna de sus disposiciones contempla la diversidad étnica y cultural del Estado, tampoco reconoce los otros derechos de los pueblos indígenas, incluidos el derecho a la consulta previa y la participación.<sup>35</sup> Aunque hubo intentos de reforma constitucional sobre materia de reconocimiento de los pueblos originarios y otros derechos, muchos de ellos no prosperaron por diversos motivos. El primer proyecto de reforma a la Constitución de 1980 sobre la temática en cuestión fue presentado por el presidente Aylwin. Éste contemplaba en el artículo 1o. de la Carta un inciso final que señalaba: “El Estado velará por una adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la nación chilena”.<sup>36</sup> Sin embargo, la reforma constitucional no prosperó y el tema quedó en el olvido; no fue sino

<sup>33</sup> *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, ILC.101/III/1a., 101a. reunión, 2012, p. 1046.

<sup>34</sup> La llamada “cuestión indígena” se ha planteado en los últimos 15 años en Chile como un tema de real importancia que, actualmente controvertido, no es nuevo. La forma abreviada de llamar a los aspectos conflictivos de la relación entre culturas e identidades distintas, complejas y al mismo tiempo interdependientes, que se juegan en dicha relación su continuidad —lo que se predica especialmente de los pueblos indígenas— y la incesante construcción de sus contornos. Prado, Maximiliano, “La cuestión indígena...”, *cit.*, p. 22.

<sup>35</sup> Henríquez Viñas, Miriam Lorena, “Los pueblos indígenas y su...”, *cit.*, p. 133.

<sup>36</sup> *Idem*.

hasta 1999 cuando el Ejecutivo decidió presentar nuevamente un proyecto<sup>37</sup> de reforma constitucional al Congreso Nacional, votado en la Cámara de Diputados, pero, desafortunadamente, rechazado por no reunir el quórum exigido.<sup>38</sup> Posteriormente, en 2001 la Concertación de Partidos por la Democracia presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional que consideraba la materia de derechos de los pueblos indígenas, el cual consistía en reformar tres artículos.<sup>39</sup> Luego de un largo debate en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sólo se aprobó un reconocimiento implícito de los pueblos indígenas en el artículo 1o.,<sup>40</sup> a través de la mención constitucional como objeto de tutela del Estado con un marcado acento en la indivisibilidad de la nación chilena.<sup>41</sup> A pesar de estos esfuerzos, la reforma constitucional en donde se reconozca la multiculturalidad y derechos específicos a los pueblos originarios sigue aún pendiente sin prioridad alguna. Sin embargo, para nosotros este punto debería ser prioritario, ya que en caso de aprobarse una reforma constitucional en el tema implicaría el afianzamiento de la democracia chilena que se reconocería como pluricultural y orientada a

<sup>37</sup> La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en esa oportunidad, acordó incorporar un inciso final al artículo 1o. de la Constitución, cuyo texto decía “El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes mecanismos de participación en los asuntos que les competen, en iguales términos que a los demás sectores o grupos que conforman la nación chilena”.

<sup>38</sup> Ribera, Teodoro, “Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile”. Comentarios de Carlos Peña, *Centro de Estudios Públicos*, Santiago, Serie Documentos de trabajo, núm. 343, 2002, p. 10.

<sup>39</sup> Artículo 1o. El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la nación chilena. Artículo 2o. Agrégase como inciso final al número 22 del artículo 62, como número 7o. nuevo, el siguiente: Establecer sistemas de protección jurídica y beneficio o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas.

<sup>40</sup> Artículo 1o. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Constitución Política de la República de Chile publicado en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 2006.

<sup>41</sup> Informe sobre la reforma a la Constitución Política de la República de 1980 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 2001, pp. 29-54.

vencer las desigualdades sociales. Además, al considerar y amparar las reivindicaciones de las minorías indígenas como derechos fundamentales, fortalecería la unidad nacional y paz social, tras vencer los reclamos sociales históricos que todavía perduran.<sup>42</sup>

Sin embargo, ante la ausencia de reconocimiento constitucional de derechos de los pueblos indígenas y para cumplir parcialmente con sus obligaciones internacionales, el Estado chileno creó la Ley núm. 19.253 o Ley Indígena,<sup>43</sup> la cual fue aprobada por el Congreso Nacional en 1993, y la cual contempla una serie de derechos mínimos con varias limitantes. Tres de estas restricciones son que al no encontrarse amparada por la Constitución de 1980, la Ley es una norma inferior, y por lo tanto no es vinculatoria con otras disposiciones jurídicas de igual o mayor jerarquía. Otra limitante es que tras ser una norma inferior imposibilita la observación de otros derechos específicos al considerarse que son contrarias a la carta fundamental. Por último, al no estar reconocidos sus derechos constitucionales los pone aún más en una desventaja jurídica y socialmente en comparación con el resto de la población, menoscabando la democracia y la participación incluyente en asuntos políticos del Estado.

Al respecto, Norberto Bobbio<sup>44</sup> ha señalado que una de las condiciones y reglas de la noción mínima de democracia es que las personas que están convocadas a decidir o a elegir a las personas que deberán tomar las decisiones tengan frente a ellas alternativas reales y se encuentren en condiciones para elegir entre una u otra. Para que esta condición sea satisfecha es necesario que los convocados a decidir tengan garantizados sus derechos a la libertad, de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, es decir, sus derechos fundamentales. Y, por lo tanto, que ninguna mayoría pueda privar a la minoría de tales derechos.<sup>45</sup> Sin

<sup>42</sup> Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, p. 12.

<sup>43</sup> Ley Indígena, fecha de publicación en el *Diario Oficial* del 5 de octubre de 1993, Ministerio de Planificación y Cooperación.

<sup>44</sup> Escritor, abogado y filósofo italiano, Norberto Bobbio está considerado como uno de los grandes analistas políticos del siglo XX. Bobbio comenzó su carrera universitaria como profesor de Filosofía del derecho y pronto obtuvo un gran reconocimiento tanto en Italia como en el resto de Europa. Activo militante de la resistencia italiana durante la Segunda Guerra Mundial, pasó dos años encarcelado.

<sup>45</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 15.

embargo, la realidad jurídica dista mucho de este argumento doctrinal, en primer lugar porque como lo mencionamos anteriormente existe una constante postergación de reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y otros derechos en Chile. Además, pareciera que dentro de las prioridades de la agenda legislativa están aquellos temas que tienen que ver más con el cauce y consolidación del proyecto liberal, es decir, promover la creación de mercados y reducir la intervención estatal sin incluir en la agenda legislativa los temas de las poblaciones desfavorecidas en sus derechos. De esta manera podemos concluir que, constitucionalmente hablando, Chile carece de garantías fundamentales que reconozcan a los pueblos originarios, así como aquellas que garanticen la participación y consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas en las cuestiones relativas a medidas que afecten sus derechos, en particular el derecho a la propiedad comunal, sus territorios y los recursos naturales, los cuales han sido temas muy polémicos en este país.

Por todo lo anterior, y debido la importancia que tiene el tema de contemplar derechos indígenas en la Constitución en Chile, el siguiente apartado tiene por objeto señalar algunos puntos a considerar.

## V. IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS DIFERENCIADOS CONSTITUCIONALMENTE

En el debate constitucional sobre el multiculturalismo, una de las cuestiones principales es garantizar las diferencias y las identidades étnicas y culturales mediante esferas jurídicas particulares, distintas de aquellas que rigen para la generalidad de los habitantes de un Estado; o, por el contrario, enfrentar aquellos retos para que los derechos fundamentales sean efectivos y así se eliminen, en la medida de lo posible, las desigualdades tan importantes que tradicionalmente han sufrido las minorías, entre ellas, los pueblos indígenas.<sup>46</sup>

Lo relevante de este argumento es que ciertos derechos son derechos diferenciados en función del grupo, esto es, porque los miembros de determinados grupos deben tener derechos referentes al territorio, a la lengua, a la representación, etcétera.

<sup>46</sup> Carbonell, Miguel, “Constitucionalismo y multiculturalismo”, *Derecho y Cultura*, México, núm. 13, enero-abril de 2004, p. 29.

De este modo, el individualismo rechaza la idea que los grupos étnicos y nacionales tengan cualquier tipo de derechos colectivos. Así, para el individualismo, las colectividades no pueden ser sujetos de los derechos humanos.<sup>47</sup> De tal forma, los derechos individuales se derivan del interés de cada individuo en su libertad personal.

Contrario a dicho argumento, los colectivistas niegan que los intereses de una comunidad sean reducibles a los intereses de los miembros que la componen.<sup>48</sup> Es decir, los derechos colectivos se derivan del interés de cada comunidad para su propia conservación. Además, los derechos colectivos, en el caso de los pueblos originarios, son derechos históricos y, por lo mismo, para algunos, imprescriptibles, no se extinguieren por el paso del tiempo ni la subordinación política a la que puedan estar sometidos.<sup>49</sup>

Atendida la diferencia sustancial de ambas posturas, se requiere construir un nuevo enfoque que responda a la necesidad de reconocer la importancia de ambas visiones en el campo del derecho constitucional, sobre todo porque existen ciertos derechos humanos individuales que sólo pueden ser ejercidos plenamente en forma colectiva, por ejemplo: los derechos políticos y económicos. En este sentido, se plantea la necesidad de reconocer constitucionalmente los derechos colectivos como mecanismos indispensables para la protección de los derechos individuales; en especial para proteger el principio de la igualdad, referido al problema de la justicia distributiva, la cual tiene que ver de manera primordial

<sup>47</sup> Los derechos humanos son individualistas pues conciben al individuo como la unidad moral básica. Las entidades colectivas en las que nos integramos —aun siendo sumamente relevantes tanto de cara a la confirmación de nuestra identidad, como a la determinación de los medios necesarios para que podamos llevar a la práctica el objetivo de la autodeterminación individual— no tienen personalidad moral autónoma, no tienen identidad moral propia. Su existencia (moral) es reducible a la de los individuos que la integran. En definitiva, el individualismo del que estamos hablando supone que los bienes fundamentales en los que todos pensamos cuando hablamos de derechos humanos son bienes adscribibles a individuos, son bienes de los que disfrutan o de los que carecen los individuos. Por ello, las teorías de los derechos humanos conciben a éstos como derechos individuales y no colectivos. Únicamente los individuos son titulares de derechos humanos. González Amuchástegui, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía: la teoría de los derechos humanos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2004, p. 28.

<sup>48</sup> Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural...*, cit., p. 74.

<sup>49</sup> González Galván, Jorge Alberto, “La validez del derecho indígena en el derecho nacional”, *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 41.

con la distribución de bienes públicos y los derechos que sirven para su protección.<sup>50</sup> Al respecto, este principio tiene la finalidad de poner en circunstancias similares a toda una población para que sus componentes puedan disponer o ejercer libremente de sus bienes, derechos y libertades en las mismas condiciones. Lo anterior, de manera relevante frente a una situación de radical desventaja económica y escasa estima social, en donde los individuos no están en capacidad de hacer uso de esas libertades.

La igualdad de libertades y derechos requiere de la igualdad de oportunidades, en consecuencia, este argumento no trata de crear mayor desigualdad sino al contrario, los derechos diferenciados apoyarían a erradicar las desventajas que actualmente existen. En otras palabras, disposiciones constitucionales requeridas para asegurar la igualdad efectiva entre los pueblos indígenas y todos los otros sectores de una sociedad determinada. Además, estos derechos diferenciados no tratan de otorgar privilegios especiales, sino más bien de poner a los grupos menos favorecidos en una misma situación de condiciones con respecto al resto de la población.

## VI. DERECHO A LA TIERRA, AL TERRITORIO Y A LOS RECURSOS NATURALES

Para comprender el tema del derecho a la consulta previa y la participación de los pueblos originarios también se requiere hacer un análisis sobre el derecho a la tierra, los territorios y los recursos naturales,<sup>51</sup> los

<sup>50</sup> Vázquez, Rodolfo, “Liberalismo igualitario y autonomía personal”, *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Puebla, Cajica, 2002, vol. II, p. 819.

<sup>51</sup> Entender la tierra como un derecho fundamental implica que ésta no puede ser tratada como un bien ordinario, controlado por los individuos y sujetos a las presiones e inefficiencias del mercado. Véase, Naciones Unidas, Informe sobre la marcha de los trabajos presentados por el Sr. Rajinder Sachar, relator especial, Comisión de Derechos Humanos, “El derecho a una vivienda adecuada”, 22 de junio de 1993, citado por Provea, 1997, Caracas, p. 10.

El territorio es un concepto amplio que incluye no solamente los espacios ocupados de manera física, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, como las vías de acceso. CIDH, *Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, pfo. 160.

Los recursos naturales son sustancias que existen naturalmente en la Tierra. Los recursos naturales son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud

cuales mantienen una estrecha vinculación con éstos debido a la mencionada deuda histórica que enfrentan en la actualidad.

En efecto, para los pueblos originarios la tierra, el territorio y los recursos naturales revisten gran importancia porque les garantiza su supervivencia física, cultural, la de su propia identidad y la de su sistema económico. Por eso la idea de territorio no sólo implica un espacio físico, también incluye la geografía, el ambiente físico y los recursos naturales presentes en ellos como referentes o soportes principales de los demás bienes o productos sociales y culturales.<sup>52</sup> En este escenario, el concepto de territorio cobra un amplio significado que apela a distintas formas de representación que van desde la comunidad al territorio étnico o a los territorios ancestrales.<sup>53</sup> Existe, en cambio, una gran diferencia entre la visión o concepto de tierras, territorio y recursos naturales de acuerdo con el mundo occidental,<sup>54</sup> de la visión de éstos para los pueblos originarios.<sup>55</sup>

de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales. CIDH, *Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos*, Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, pfo. 41.

<sup>52</sup> Aylwin Oyarzún, José, *Derechos humanos de los pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Chile, IWGIA, 2004, p. 97.

<sup>53</sup> Zúñiga, Gerardo, “La dimensión discursiva de las luchas étnicas. Acerca del artículo de María Teresa Sierra”, *Alteridades*, año 10, núm. 19, enero-junio de 2000, p. 62.

<sup>54</sup> Las teorías liberales que incluyen los presupuestos del individualismo posesivo consagran a la propiedad como la máxima expresión de la libertad exterior de los individuos, es por ello que la libertad de la propiedad constituye el bastión sagrado que se enarbolá frente a las intervenciones de terceros, sea éste un sujeto cualquiera o el Estado mismo. La propiedad es autodeterminación nada más que garantizada y consagrada por los ordenamientos jurídicos positivos. La propiedad individualista no concibe ninguna intromisión dentro del espacio de libertad personal, ni siquiera en los casos que la intervención se realiza por determinados fines sociales, pues éstos se encuentran supeditados siempre a los fines particulares, preexistentes a la conformación misma de la sociedad. González Terán, Diana Luz, *El derecho de propiedad privada en el liberalismo individualista*, Tesis de grado, Santiago, Universidad de Chile, 2010, p. 47.

<sup>55</sup> El territorio emerge de la mano con el discurso de la identidad y la autonomía y es, en términos subjetivos, un referente simbólico y material de la identidad ligado a experiencias concretas, así como a la búsqueda de distintas formas de representación y

Por ejemplo, para los pueblos originarios existe una tradición comunitaria sobre formas comunales de propiedad, en el sentido que la propiedad no está concentrada en un individuo sino en el grupo y su comunidad.<sup>56</sup> La idea de derechos colectivos implica también, de suyo, que para ejercerse, estos pueblos requieran vivir libremente en sus propios territorios, disponiendo de sus propios recursos; sin siquiera tener que recurrir al argumento de la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra y sus recursos naturales como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. También para ellos, la relación con la tierra, el territorio y los recursos naturales no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino que conlleva a la par elementos materiales y espirituales del que deben gozar plenamente para subsistir y, más aún, para preservar su legado cultural y trasmitirlo a las futuras generaciones.<sup>57</sup> De esta manera podemos señalar que el régimen socioeconómico y jurídico que aborde estos conceptos (tierra, territorio y recursos naturales) desde la perspectiva de los pueblos originarios, ha de presentar una serie de características diferenciadas, entre las que se encuentre su naturaleza comunal y colectiva.

En lo que respecta al caso chileno podemos observar que la configuración jurídica actual del derecho de propiedad aún contiene las características de un proyecto mayormente liberal con un régimen de propiedad individual, aun en sintonía con las características de la tradición del derecho romano.<sup>58</sup> Además, incluye los presupuestos del individualismo posesivo

autorepresentación entre los pueblos indígenas. Aylwin Oyarzún, José, *Derechos humanos..., cit.*, p. 111.

<sup>56</sup> Son derechos colectivos, porque de manera individual no se pueden ejercer, esto es igual a decir que los indígenas, en lo individual, poseen los mismos derechos que el resto de la población del país, pero en lo colectivo, por pertenecer a un pueblo éticamente diferenciado del resto de la población, tienen también el derecho de vivir y desarrollarse como tales, lo que se traduce en libre determinación, poseer sus propias instituciones económicas, sociales, políticas y culturales. López Bárcenas, Francisco, “Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en México”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 125.

<sup>57</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua)*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, pfo. 149.

<sup>58</sup> El derecho romano recoge una concepción individualista cada vez más creciente que refuerza en gran medida las atribuciones del dueño y sus facultades frente a los demás hombres y frente al Estado. Además con una concepción iusnaturalista que considera a

que consagran la propiedad privada de goce pleno, exclusivo y excluyente como la máxima expresión de la libertad exterior del individuo, y para él que la libertad de propiedad constituye el bastión sagrado que se enarbolá frente a las intervenciones de terceros, sea éste un sujeto cualquiera o el Estado mismo.<sup>59</sup> La consagración constitucional de este derecho tiene el sello del liberalismo moderno; que lo distingue, sobremanera, de lo que sería bajo la apreciación colectiva de los pueblos indígenas. Por lo tanto, al no existir garantía constitucional sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorio y recursos naturales, sobrevienen muchos problemas que han sido subsanados temporalmente y muy vagamente por una ley inferior, la cual ha sido constante denunciada de ser contraria a la Constitución chilena al no existir un reconocimiento a derechos colectivos de la tierra.

También esta ausencia constitucional ha generado diversos conflictos sociales de reclamos, manifestaciones y protestas, principalmente por parte del pueblo indígena Mapuche, quien en reiteradas ocasiones ha solicitado la reivindicación, fundamentalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales y al respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales, debido a que se han visto impedido legalmente el ejercicio de sus derechos.<sup>60</sup>

Esto, también, tiene estrecha relación con el respeto y observancia del derecho a la consulta previa y participación, ya ante la falta marco constitucional adecuado sobre la problemática de los pueblos originarios, genera que sus derechos sean completamente y consecutivamente vulnerados, principalmente aquellos relacionados a las tierras, territorios y recursos naturales.

En el caso mexicano, podemos observar que el artículo 2o. fracción VI de la ley suprema<sup>61</sup> reconoce el derecho a acceder a las tierras de los

este derecho junto con el de libertad, el máximo desarrollo de la persona en orden a su existencia, también una de las características principales del derecho de propiedad, de acuerdo con el derecho romano, es el elemento de *dominum*.

Carretero Sánchez, Santiago, *La propiedad: bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 4 y 6.

<sup>59</sup> González Terán, Diana Luz, *El derecho de propiedad...*, cit., p. 47.

<sup>60</sup> Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, vol. III, t. II, cap. II, Territorio y Tierras Mapuche, pp. 1115-1119.

<sup>61</sup> Artículo 2o. La nación mexicana es única e indivisible. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación

pueblos originarios con reservas a las formas y modalidades de la propiedad establecidas en la Constitución y leyes, además del uso y disfrute de los recursos naturales salvo los que están en áreas estratégicas.

Paralelamente, el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 de la Constitución señala que la ley protegerá las tierras de los grupos indígenas. Sin embargo, a pesar de existir un reconocimiento a este derecho, existen, también, varios obstáculos que limitan el ejercicio pleno de los derechos colectivos, entre los que destacan restricciones a los recursos naturales que se encuentren en áreas estratégicas, entre otros;<sup>62</sup> por lo tanto, no podemos hablar de que existe un reconocimiento real y pleno de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.<sup>63</sup>

A pesar de estas restricciones, también es relevante señalar que existe la posibilidad de desarticular estas limitantes y proteger ampliamente estos derechos, ya que al estar estas disposiciones jurídicas en el capítulo denominado “De los derechos humanos y las garantías individuales” de la Constitución mexicana, tiene diversas e importantes implicaciones legales en pro de los intereses de las comunidades indígenas, entre la que

y, en consecuencia, a la autonomía para... V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución. VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

<sup>62</sup> Anglés Hernández, M., “Jurisprudencia interamericana. Acicate contra la discriminación y exclusión de pueblos originarios de México en relación con sus recursos naturales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIV, 2014, pp. 274 y 275.

<sup>63</sup> De acuerdo con Marisol Anglés Hernández, este precepto lo único que hace es oficializar la jerarquía de derechos tutelados, esto es, primero los derechos adquiridos y los reconocidos por algún título de propiedad legalmente establecido y, después, si ello es posible, los de las comunidades indígenas... Este derecho, a nuestro entender, se trata sólo de una reforma retórica, que deja sin resolver el reconocimiento real y la protección efectiva de los derechos de los indígenas de este país. Anglés Hernández, Marisol, “La garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales. Caso Cucapá”, *Primera memoria del seminario itinerante internacional. La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 73 y 74.

destaca la obligación del Estado de garantizarlos, estableciendo las formas de ejercerlo y los procedimientos para reclamarlos en caso de que no se cumplan.<sup>64</sup> En este contexto, podemos señalar que la modificación constitucional de 2011, en el cual se introdujeron al orden jurídico nacional los derechos humanos que se encuentran en los tratados internacionales y ratificados por México, además de otorgarles la jerarquía máxima del ordenamiento constitucional, provocó que los derechos humanos y constitucionales fueran no sólo materia de control constitucional sino también materia de convencionalidad.<sup>65</sup>

## VII. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA CONSULTA Y LA PARTICIPACIÓN

La consulta previa y la participación son principios fundamentales de la gobernanza democrática y el desarrollo incluyente,<sup>66</sup> ya que tienen como objeto promover, mediante un proceso amplio y organizado, la intervención de los pueblos y comunidades indígenas en el diseño de cualquier medida estatal destinada al desarrollo de este sector de la población. Por un lado, a través del derecho a la participación se busca asegurar la posibilidad de que los ciudadanos contribuyan y formen parte de las decisiones que se tomen dentro de su comunidad política; mientras que el derecho a la consulta se puede ejercer de manera colectiva con el fin de asegurar el respeto y la protección e integridad de los pueblos originarios,

<sup>64</sup> López Bárcenas, Francisco, “Las tierras y los territorios...”, *cit.*, p. 287.

<sup>65</sup> El control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajuste a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH. El control de convencionalidad se parte en dos tipos distintos, que son llevados a cabo por dos órganos diferentes: el primero es el control concentrado de convencionalidad, que realiza únicamente la Corte Interamericana; el segundo es el control difuso de convencionalidad, que realizan los estados, en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades. Bustillo Marín, Roselia, *Líneas jurisprudenciales. El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 6.

<sup>66</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Manual para los...*, *cit.*, p. 11.

así como la plena capacidad para decidir sobre su destino.<sup>67</sup> Por lo tanto, dentro de este contexto, ambos derechos existen conjuntamente manteniendo vínculos muy estrechos y, en consecuencia, en ningún caso pueden entenderse de manera separada.

Muchas razones existen para afirmar la importancia del respeto y ejercicio de estos derechos. En primer lugar, éstos son una importante garantía de paz social, en virtud del principio kantiano que funda la convivencia civil en los límites que la libertad de cada uno encuentra en la libertad de los demás.<sup>68</sup> En este sentido, la participación y la consulta previa de todos los asuntos que les afecta constituyen elementos fundamentales que garantizan la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo, siendo éstos también instrumentos de diálogo auténtico de cohesión social que puede desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos,<sup>69</sup> sobre todo cuando se reportan crecientes tensiones entre actores externos y pueblos indígenas asociados a la explotación de recursos naturales destacando en particular los casos de explotación minera.<sup>70</sup> El ejemplo más visible de este argumento es la protesta social del pueblo originario Mapuche en Chile.

En segundo lugar, el respeto al ejercicio y cumplimiento de estos derechos ayuda a consolidar aún más la democracia en países como Chile y México, en donde se requiere el fortalecimiento de la cultura de la participación de las minorías en asuntos políticos. Al respecto, los Estados no pueden considerar que las decisiones adoptadas por la mayoría deben de ser asumidos sin consultar o considerar a la totalidad de la población, in-

<sup>67</sup> Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, México, UNAM, 2008, t. XII, p. 541.

<sup>68</sup> “Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal”. Kant, Immanuel, *Teoría y práctica*, Estudio preliminar por Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1986.

<sup>69</sup> Comisión de Expertos, *Observación general sobre el Convenio núm. 169*, 79a. reunión, 2008, publicada en 2009.

<sup>70</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con el artículo 9o. de la Convención, México, 9 de marzo de 2012, CERD/C/MEX/CO/16-17, pfo.17, p. 4.

cluidos los que pertenecen a la minoría, ya que en los Estados constitucionales democráticos, el ordenamiento jurídico y las instituciones públicas no pertenecen únicamente a la mayoría, ni deben servir para privar a las minorías de sus propias prácticas culturales.<sup>71</sup> Al contrario, la finalidad de los Estados democráticos es crear mejores condiciones de igualdad que protejan a los grupos minoritarios, entre ellos los pueblos indígenas y, en este caso, el derecho a la consulta previa y la participación juegan un rol vital para limitar el poder de la mayoría, la que ni siquiera por unanimidad podría decidir su reducción o abolición.<sup>72</sup>

En tercer lugar, el derecho a la consulta previa y la participación de los pueblos indígenas ayuda a eliminar la exclusión social, ya que el respeto y ejercicio de estos derechos fomentan el objetivo de alcanzar una democracia incluyente.<sup>73</sup> En donde el Estado no debe pertenecer a uno solo de los grupos que conforman una sociedad<sup>74</sup> sino, al contrario, debe incluir también a las minorías, entre ellas a los pueblos indígenas, y por eso la importancia de estos derechos porque se colocan en el centro de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados, redefiniendo los extremos de la relación bajo los principios de igualdad y respeto a la diversidad cultural.<sup>75</sup>

En cuarto lugar y muy relacionado al anterior, los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa y la participación también contribuyen a la reducción de la pobreza y marginación, ya que tras escuchar y atender sus peticiones podrían darse decisiones económicas mucho más inclusivas y legitimadas que ayuden a mejorar las oportunidades sociales y económicas de los pueblos indígenas. Sobre todo cuando el desarrollo humano, en general, de la población indígena son muy inferiores a los no indígenas.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> Muro Ruiz, Eliseo, “El Estado multicultural mexicano en el siglo XXI, visto desde la teoría constitucional”, *Derecho y Cultura*, México, núm. 13, enero-abril de 2004, pp. 97 y 98.

<sup>72</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional...*, cit., p. 210.

<sup>73</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Manual para los...*, cit., p. 17.

<sup>74</sup> *Idem*.

<sup>75</sup> Regino Montes, Adelfo y Torres Cisneros, Gustavo, “The United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples: the foundation of a new relationship between indigenous peoples, states and societies”, en Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (eds.), *Making the Declaration Work*, Copenhagen, IWGIA, 2009, pp. 138-170.

<sup>76</sup> Comité para la Eliminación de la..., pfo. 18, p. 5.

En quinto lugar, en la ejecución de estos derechos podrían tomarse en consideración los conocimientos y sistemas de producción de los pueblos originarios sobre todo en lo referente a los recursos naturales, que puede ser de gran utilidad para su aprovechamiento sustentable, ya que la mayoría de ellos han desarrollado técnicas sofisticadas de sustento para mantener su economía y el medio ambiente.<sup>77</sup>

Por otro lado, es indispensable entender que la obligación de respetar estos derechos (participación y consulta) significa que el Estado —lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y la forma de organización administrativa que adopten— debe abstenerse de cualquier conducta (activa o pasiva) que viole la integridad de los pueblos indígenas o pongan en riesgo sus libertades y el legítimo ejercicio de sus derechos. Para ello, el Estado puede hacer uso de los recursos disponibles para satisfacer los derechos de los pueblos originarios por los medios legítimos que consideren adecuados,<sup>78</sup> entre los que se encuentran el derecho a la consulta previa y participación.

Ahora bien, en virtud de que estos derechos se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, las disposiciones constitucionales que ambos países en estudio han adoptado para cumplir con esta obligación, se encuentran, como lo mencionamos anteriormente, en el caso mexicano en el artículo 2o. fracción IX y artículo 26 apartado A. En el caso chileno podemos observar que a pesar de que no están garantizados constitucionalmente estos derechos, sí existe una ley secundaria sobre los derechos de los pueblos indígenas que contiene el derecho a la participación.<sup>79</sup> Más aún, días después de entrar en vigencia el Convenio núm. 169 de la OIT, se promulgó el Decreto Supremo núm. 124, con fecha 25 de septiembre

<sup>77</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Manual para los..., cit.*, p. 22.

<sup>78</sup> Carbonell, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 34, 2004, p. 324.

<sup>79</sup> Ley Indígena, núm. 19.253, artículo 34. Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta Ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios. Publicada en el *Diario Oficial* del 5 de octubre de 1993 por el Ministerio de Planificación y Cooperación.

de 2009, del Ministerio de Planificación,<sup>80</sup> cuyo objetivo es reglamentar de manera provisional el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. A pesar de ello, esta disposición ha sido duramente criticada<sup>81</sup> por diversas organizaciones de la sociedad civil y líderes indígenas, tras considerar que no satisface los requisitos y estándares planteados por el Convenio núm. 169 de la OIT.<sup>82</sup>

Debido a ello y después de varios años de movilizaciones y descontento social por la falta de políticas públicas y reconocimiento de derechos esenciales de los pueblos originarios, incluyendo la Constitución, el gobierno chileno en turno señaló que pondría en práctica una agenda política en favor de los derechos de los pueblos indígenas, la cual incluye respetar y garantizar el derecho a la consulta, brindar mayor representación y participación política de estos pueblos, y por último, fortalecer el programa de tierras indígenas.<sup>83</sup>

### VIII. RETOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA Y LA PARTICIPACIÓN

Una vez analizado estos derechos en la Constitución de ambos países, resta analizar los desafíos que enfrentan para cumplir con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

En primer lugar, en el caso mexicano, a pesar de las limitantes establecidas en la Constitución sobre el tema, también carece de una ley general

<sup>80</sup> Decreto 124 que Reglamenta el artículo 34 de la Ley núm. 19.253 a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, publicado en el *Diario Oficial* del 25 de septiembre de 2009, por el Ministerio de Planificación, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486&r=1>

<sup>81</sup> Algunas de las críticas son que se trata de un acto de la administración inconsulto; el otro aspecto es que su objetivo explícito es la reglamentación del derecho establecido en el artículo 34 de la Ley Indígena, la cual asegura el derecho de oír y considerar la opinión de los pueblos, y no de los artículos 6º. y 7º. del Convenio núm. 169 de la OIT, el cual fija un estándar de consultas mucho más elevado; por último, porque su contenido mismo no satisface los estándares fijados en torno a la consulta y la participación. Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2012, p. 170.

<sup>82</sup> Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2012, pp. 169 y 170.

<sup>83</sup> Wilson J. M. y Campos, C., “Bachelet pide abrir debate sobre parlamentarios indígenas en el Congreso”, *La Tercera*, 25 de junio de 2014.

en la materia que contemple los derechos, el procedimiento y los principios establecidos en el Convenio 169. La única legislación específica y vigente con que se cuenta es la Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipio de San Luis Potosí.<sup>84</sup> En consecuencia, esto representa un gran vacío legal para el resto de los estados, quienes a pesar de reconocer este derecho en sus Constituciones locales, carecen de una ley específica en la materia que regule lo concerniente a estos derechos y al procedimiento de aplicación.

A pesar de ello y para contrarrestar esta ausencia legal, el Estado mexicano creó un Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas,<sup>85</sup> el cual incorpora los principales estándares del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, a pesar de ser una buena práctica, la realidad es que este instrumento carece de fuerza coercitiva, ya que no tiene carácter de ley y en muchos de los casos podría no aplicarse.

En mejor medida, Chile promulgó el Decreto núm. 124,<sup>86</sup> el cual tiene por objeto regular la materia de la consulta y la participación de los pueblos indígenas en todo su territorio; además, en esta legislación se establece un procedimiento y algunos principios básicos rescatados del Convenio 169. No obstante, como lo mencionamos anteriormente, ha sido denunciado por no cumplir con todos los estándares reconocidos por la OIT y que explicaremos más adelante.

En segundo lugar, en ambos países no existe una representación unificada por pueblos o conjunto de pueblos indígenas, lo que origina mayor dispersión de las eventuales políticas públicas enfocadas a respetar y hacer efectivo este derecho. En este sentido, la falta de un organismo compuesto por organizaciones indígenas que determine la protección y garantía de

<sup>84</sup> Ley de Consulta indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí, aprobada por el Congreso estatal el 29 de junio de 2010 y publicada el 8 de julio de 2010.

<sup>85</sup> Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), “Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, aprobado por el pleno de la Asamblea del Consejo Consultivo de la CDI, febrero de 2013.

<sup>86</sup> Decreto núm. 124, Reglamenta el artículo 34 de la Ley núm. 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Promulgada el 4 de septiembre de 2009 y publicada en el *Diario Oficial* del 25 de septiembre de 2009, Ministerio de Planificación.

sus intereses pone en vulnerabilidad a estas comunidades frente a otros interesados, normalmente grandes empresas, el Estado o grupos con interés en el aprovechamiento o explotación de los derechos de estos pueblos. En el caso mexicano se cuenta con la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas,<sup>87</sup> sin embargo, ésta pertenece al gobierno y está compuesta por funcionarios públicos.<sup>88</sup>

En el caso chileno, se cuenta con la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena,<sup>89</sup> quien también es una institución del gobierno y está a cargo de funcionarios públicos, cuyo objetivo es la promoción, la coordinación y la ejecución de la acción estatal de los planes de desarrollo de los pueblos originarios.

En tercer lugar, a pesar de existir instrumentos de consulta y participación en ambos países, en ciertas ocasiones, erróneamente se ha interpretado el sentido y fin de los mismos de acuerdo con el Convenio 169. Por ejemplo, en algunas ocasiones, se ha entendido que el derecho a la consulta y participación se limita a una simple información sobre las actividades con que se conducirán los interesados, sin que la opinión de los pueblos originarios sea considerada como relevante y, sobre todo, decisiva al momento de resolver la actividad específica.<sup>90</sup> En este sentido, esta práctica sería contraria al Convenio 169, la cual exige que los pueblos indígenas participen de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y formulación de las políticas que los afecten,<sup>91</sup> cuyo objeto es generar canales de diálogo sostenido y constructivo. Además, la OIT ha señalado que las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo.<sup>92</sup> Paralela-

<sup>87</sup> Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, disponible en <http://www.cdi.gob.mx/>

<sup>88</sup> Comité para la Eliminación de la..., pfo. 17, p. 4.

<sup>89</sup> Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, disponible en <http://www.chileatiende.cl/servicios/ver/AI002>

<sup>90</sup> Martin, Claudia et al., *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2006, p. 544.

<sup>91</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 de la OIT*, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>

<sup>92</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Manual para los...., cit.*, p. 13.

mente, la Corte IDH ha señalado que la buena fe no sólo se refiere a cumplir formalmente con los estándares internacionales señalados por la OIT, sino también exige la ausencia de cualquier tipo de coerción o presión por parte del Estado, sus agentes o terceros, y es incompatible con prácticas como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades, todas las cuales son contrarias a los estándares internacionales.<sup>93</sup>

## IX. CONCLUSIONES

Para que un Estado se mantenga unido debe valorar la diversidad de sus ciudadanos, como la de los grupos étnicos con los que todos actualmente comparten el territorio de un país. Pese a sus propias y naturales diferencias culturales, los diversos pueblos indígenas comparten problemas comunes, uno de los más graves y urgentes es el de la protección de sus derechos a existir y a conservar y transmitir su *modus vivendi* y sus ancestrales valores culturales. Esta lucha se encamina no sólo a su reconocimiento legal, sino también al reconocimiento y protección por el Estado de los derechos esenciales y necesarios para su subsistencia, entre los cuales se adscribe el de consultas previas y participación. El futuro del Estado constitucional moderno radica en aceptar las nuevas realidades multiculturales, y no en lo contrario. Aceptar la diferenciación de derechos ayudará a fortalecer los principios de un Estado constitucional. En este contexto, reconocer los derechos de los pueblos indígenas y en particular los derechos de consulta y participación propiciará mayor fortaleza al Estado de derecho, sobre todo del sistema democrático. Es evidente que la democracia no resuelve todos los problemas del Estado moderno, pero claramente sirve para legitimar todas las decisiones políticas con pleno respeto a la identidad, valores, intereses y aspiraciones de sus partícipes.

El análisis y la reflexión comparada que condujo nuestra investigación, nos avala en concluir que tanto Chile como México requieren urgentemente decisiones políticas y legislativas que garanticen el ejercicio pleno de los dos derechos reconocidos internacionalmente y que fueron

<sup>93</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaru vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo de Reparaciones, p. 7.

materia de este artículo. En el caso mexicano, a pesar de ser más avanzado en materia constitucional, muestra un gran rezago en la debida implementación y práctica de los derechos de participación y de consulta a través de leyes secundarias apropiadas, incluyendo las leyes estatales, particularmente en aquellos lugares donde hay mayor presencia de pueblos indígenas. En el caso chileno no sólo sigue pendiente el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la garantía de los derechos mínimos con que puedan satisfacer sus necesidades; sino que, a la vista de las obligaciones internacionales asumidas por Chile en el Convenio 169 de la OIT, cuesta entender las razones de esta postergación más allá de la acendrada configuración liberal de su texto fundamental, pues a nivel de contenidos en legislación secundaria, Chile aventaja a su par del norte, previniendo que a diferencia de México, el chileno es un Estado unitario y mayormente centralizado. Sin perjuicio, actualmente existe la voluntad política de retomar estos temas, no sólo en materia constitucional sino también en el ámbito práctico.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael y ESPINO TAPIA, Diana Rocío, “Fundamento, garantía y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2006/2007.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol, “Jurisprudencia interamericana. Acicate contra la discriminación y exclusión de pueblos originarios de México en relación con sus recursos naturales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIV, 2014.
- \_\_\_\_\_, “La garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales. Caso Cucapá”, *Primera memoria del seminario itinerante internacional. La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- AYLWIN OYARZÚN, José, *Derechos humanos de los pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Chile, IWGIA, 2004.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena*, Washington, Publicaciones IND, 2006.

- BANCO MUNDIAL, *Reseña sobre los pueblos indígenas: el Banco Mundial y las poblaciones indígenas*, disponible en <http://www.bancomundial.org/temas/reseñas/indigenas.htm>
- BARROS, Enrique, “La democracia como forma del poder: un enfoque normativo”, *Ciencia Política*, núm. 26, enero-marzo de 1992.
- BENEDICTO RODRÍGUEZ, Rubén, “Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado”, *Studium: Revista de Humanidades*, núm. 16, 2010.
- BOBBIO, Roberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- BUSTILLO MARÍN, Roselia, *Líneas jurisprudenciales. El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.
- CARBONELL, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 34, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Constitucionalismo y multiculturalismo”, *Derecho y Cultura*, núm. 13, México, enero-abril de 2004.
- CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, “La propiedad: bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial”, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- COMISIÓN DE EXPERTOS, *Observación general sobre el Convenio* núm. 169, 79a. reunión, 2008, publicada en 2009.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos*, Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre de 2009.
- \_\_\_\_\_, *Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009.
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *La vigencia de los derechos indígenas en México: análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígena en la estructura del Estado*, México, 2007.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Examen de los informes presentados por los Estados parte de confor-

midad con el artículo 9o. de la Convención, México, 9 de marzo de 2012, CERD/C/MEX/CO/16-17.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaru vs. Ecuador*, Sentencia del 27 de junio de 2012, Fondo de reparaciones.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ, “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: el rol de los ombudsman en América Latina”, *Memoria del encuentro extraordinario de la Federación Iberoamericana de Ombudsman*, 2013.

FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS DE NACIONES UNIDAS, *Situación de los pueblos indígenas en el mundo*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 2009.

GAMIO GONZALO, Gehri, *John Rawls: los dos principios de la justicia*, 2008, disponible en <http://gonzalogamio.blogspot.com/2008/12/john-rawls-los-dos-principios-de-la.html>

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía: la teoría de los derechos humanos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2004.

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, “La validez del derecho indígena en el derecho nacional”, *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

GONZÁLEZ TERÁN, Diana Luz, *El derecho de propiedad privada en el liberalismo individualista*, Tesis de grado, Santiago, Universidad de Chile, 2010.

GRIFFITHS, Tom, *Los pueblos indígenas y el Banco Mundial: experiencias de participación*, Forest People Programme, 2005.

GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, 2008, t. XII.

GURUTZ, Jáuregui, “¿Derechos individuales o derechos colectivos?”, *El País*, España, 12 de agosto de 1998.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “Pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente”, *Reforma constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2005.

\_\_\_\_\_, “Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente”, en ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2005.

- Informe sobre la reforma a la Constitución Política de la República de 1980*, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 2001.
- Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. III, t. II, cap. II Territorio y Tierras Mapuche.
- Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*.
- Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, ILC.101/III/1a., 101a. reunión, 2012.
- KANT, Immanuel, *Teoría y práctica*, Estudio preliminar por Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1986.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, “Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en México”, en GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- MARTIN, Claudia et al., *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2006.
- MURO RUIZ, Eliseo, “El Estado multicultural mexicano en el siglo XXI, visto desde la teoría constitucional”, *Derecho y Cultura*, México, núm. 13, enero-abril de 2004.
- NACIONES UNIDAS, Informe sobre la marcha de los trabajos presentados por el señor Rajindar Sachar, relator especial, Comisión de Derechos Humanos, “El derecho a una vivienda adecuada”, Caracas, 22 de junio de 1993, citado por Provea, 1997.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues indigenous/declaration.htm>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenio 169 de la OIT”, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>.
- \_\_\_\_\_, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales*, 1989, Ginebra, 2013.
- PRADO, Maximiliano, “La cuestión indígena y las exigencias de su reconocimiento”, *Colección de Investigaciones Jurídicas*, núm. 3, Santiago, Escuela de Derecho, Unidad Alberto Hurtado, 2003.

- RAWLS, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de la justicia*, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- REGINO MONTES, Adelfo y TORRES CISNEROS, Gustavo, “The United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples: the Foundation of a New Relationship between Indigenous Peoples, States and Societies”, en CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the Declaration Work*, Copenhagen, IWGIA, 2009.
- RIBERA, Teodoro, *Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, Serie de documentos de trabajo, núm. 343, 2002.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2012.
- URRUTIA, Juan, “Constitución y ciencia económica. Una nota a favor de la reforma constitucional”, *Claves*, núm. 20, 1992.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho internacional público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Santiago, Jurídica de Chile, 2007.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Liberalismo igualitario y autonomía personal”, *Ensayos jurídicos en memoria de José Ma. Cajica Camacho*, vol. II, Puebla, Cajica, 2002.
- WILSON, J. M. y CAMPOS, C., “Bachelet pide abrir debate sobre parlamentarios indígenas en el Congreso”, *La Tercera*, 25 de junio de 2014.
- WRAY, Norman, “La consulta como un derecho político de los pueblos indígenas”, *Iuris Dictio*, núm. 6, año III, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de San Francisco de Quito, agosto de 2002.
- YTURBE CALVO, Corina de, *Multiculturalismo y derechos*, México, Instituto Federal Electoral, 1998.
- ZÚÑIGA, Gerardo, “La dimensión discursiva de las luchas étnicas. Acerca del artículo de María Teresa Sierra”, *Alteridades*, año 10, núm. 19, enero-junio de 2000.