

El deber de consultar a los pueblos

Carlos Loarca
Guatemala, diciembre de 2009

se hablaron, pensaron y meditaron; se juntaron
y se pusieron de acuerdo en pensamiento y palabras;
se quisieron y se amaron bajo esta
claridad.

POP – WUJ
Año de 1550
Traducción de Adrián Inés Chávez Alvarez 1997

ÍNDICE

Introducción.....	4
-------------------	---

Capítulo I

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. EL DEBER DE CONSULTAR SEGÚN LAS NACIONES UNIDAS

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	5
Carácter y contenido general de la Declaración.....	6
Informes de Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú, Brasil, Chile y Panamá del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los indígenas.....	7
Principios internacionales relativos a la consulta de los pueblos indígenas.....	8
Criterios para operativizar la consulta sobre la reforma constitucional en Chile.....	10
El deber de celebrar consultas y la responsabilidad de la empresa privada.....	12
Consecuencias jurídicas del incumplimiento previo de la consulta y consentimiento en México, Panamá, Perú y Brasil.....	13

2. EL DEBER DE CONSULTAR SEGÚN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO –OIT-

Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT.....	14
Derecho a la libre determinación como Pueblo Indígena.....	14.
Consulta y participación: La piedra angular del Convenio.....	15
Elementos del consentimiento libre, previo e informado.....	17
Derechos a los recursos naturales, a las consultas, los beneficios y la remuneración.....	18
Irretroactividad y obligación de consultar al momento de vigencia del Convenio en Ecuador y México.....	18
Aplicación del Convenio por tribunales nacionales e internacionales.....	19

3. EL DEBER DE CONSULTAR SEGÚN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Derechos al territorio, al desarrollo y a la autodeterminación de los pueblos.....	24
Recursos naturales en territorios indígenas.....	25
Restricciones al derecho de propiedad indígena.....	26
Garantías en contra de las restricciones que denieguen la subsistencia como pueblos indígenas.....	26
El deber interamericano de los Estados de consultar a los pueblos indígenas y obtener su consentimiento.....	26
Medidas de reparación a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas.....	27

4. PRINCIPIOS CONSULTIVOS EN LOS TRES SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS

Principios generales mínimos para celebrar una consulta previa de buena fe.....	28
---	----

Capítulo II

EL DEBER DE CONSULTAR SEGÚN EL ESTADO DE GUATEMALA

1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA

Ubicación constitucional.....	30
Relatores y Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.....	34
La Comisión de Expertos de la OIT.....	36
Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	37

2. EL DEBER DE CELEBRAR CONSULTAS Y COOPERAR DE BUENA FE ANTES DE ADOPTAR Y APLICAR MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

El deber de consultar de la administración pública.....	38
Celebrar consultas administrativas según el Congreso de la República.....	41
Consulta inadecuada del Concejo Municipal de San Miguel Ixtahuacán.....	42
Consulta inadecuada de la minera Montana y el Banco Mundial en San Miguel Ixtahuacán.....	44
Comunitaria Maya sipakapense.....	45
Consulta Maya Kakchiquel en San Juan Sacatepéquez.....	47
El Caso del Pueblo Maya Q'eqchi en el Estor.....	48
Irretroactividad y obligación de consultar al momento de vigencia del Convenio 169 en Guatemala.....	49

3. EL DEBER DE CELEBRAR CONSULTAS Y COOPERAR DE BUENA FE ANTES DE ADOPTAR Y APLICAR MEDIDAS LEGISLATIVAS

El deber de consultar del Congreso de la República.....	50
Iniciativas de Ley sin consulta previa.....	51

Capítulo III

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE CONSULTAS PREVIAS DE BUENA FE EN GUATEMALA

El Caso Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán.....	54
El Caso Río Hondo.....	56.
El Caso San Juan Sacatepéquez.....	57.

INTRODUCCIÓN

Este es un trabajo de sistematización jurídica para documentar la obligación de consultar previa y de buena fe a los pueblos indígenas guatemaltecos por el Estado de Guatemala. El trabajo sistematiza normativa, jurisprudencia, informes, recomendaciones y observaciones de los tres sistemas de derechos humanos relacionados: El sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, los órganos de control de la OIT, y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el primer capítulo desarrollo de acuerdo a los Informes del Relator Especial para los Pueblos Indígenas, mecanismos jurídicos para operativizar el derecho de consulta, describir las experiencias en otros países Latinoamericanos en materia de consulta como insumo de trabajo para las negociaciones políticas y reflexiones estratégicas en materia jurídico-política. Sistematizo información de los órganos de control de la OIT en cuanto a la interpretación, aplicación e implementación del Convenio 169 a publicaciones de la OIT. El Convenio está cumpliendo 20 años de haber sido aprobado por la OIT al mismo tiempo de mantenerse en la impunidad. Sin embargo, aunque las críticas son valederas contra el carácter pasivo de muchas agencias internacionales de los derechos humanos, también es cierto que sólo los procesos impulsados por los pueblos son sustentables. Por eso, considero importante conocer las formas en que la OIT aborda los graves problemas de los pueblos indígenas, aportando la guía del Convenio y el informe sobre sentencias elementos de reflexión útiles para las buenas prácticas consultivas. Luego, abordo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debido a que la Comisión y la Corte han desarrollado jurisprudencia magistral que aún no logramos asimilar adecuadamente para los sistemas internos, por ello abordo principalmente dos sentencias del Caso Saramaka contra el Estado de Surinam donde la sentencia de fondo como la de interpretación de la de fondo, aportan a mi modo de ver enclaves jurídicos a partir de los cuales los pueblos indígenas deben aprovechar. Termino con una propuesta puntual sobre los principios mínimos para una consulta previa de buena fe, que puede servir de guía a la hora de pensar en una consulta.

El segundo capítulo lo dedico al deber del Estado de Guatemala a consultar, contrastando su posición con el derecho internacional sistematizado en el capítulo anterior. Abordo las fuentes internacionales en materia de consultas de buena fe en el sistema jurídico y jurisprudencial guatemalteco donde la reciente sentencia de la Corte de Constitucionalidad sobre el Caso de la consulta de buena fe comunitaria de San Juan Sacatepéquez reconoció el bloque de constitucionalidad sobre los derechos de los pueblos indígenas en materia de consulta; dicha sentencia es un paso trascendente a mi modo de ver a pesar de sus serias carencias y contradicciones que se verá en el tercer capítulo. También hago un análisis de casos sobre consultas de buena fe donde evidencio el incumplimiento de sus deberes constitucionales y con el derecho internacional de los derechos humanos desarrollado en el capítulo primero, afirmando la violación sistemática de los derechos de los pueblos indígenas. Luego continuando con la lógica del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT procedo a analizar el deber de consultar del Congreso de la República el cual está ausente al igual que el gobierno central.

Finalmente, en el capítulo tercero, sistematizo las sentencias constitucionales sobre consultas en Guatemala con un análisis de casos similarmente al capítulo anterior, analizando críticamente su contenido contrastándolo con los dos capítulos anteriores.

Capítulo I

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. EL DEBER DE CONSULTAR SEGÚN LAS NACIONES UNIDAS

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el primer informe presentado al Consejo de Derechos Humanos por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya¹, se ocupa de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el acervo más amplio de fuentes internacionales pertinentes, afirmando que durante los últimos tres decenios se ha desarrollado una serie de reivindicaciones sobre el contenido de los derechos de los pueblos indígenas en el mundo, donde opiniones de expertos; prácticas de los órganos, mecanismos y organismos especializados internacionales sobre derechos humanos; principios y normas regionales e internacionales; han generado un *entendimiento común* que ha influido en las prácticas de los Estados promoviendo reformas legislativas y constitucionales. El Relator Especial proclama que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, *es el más importante acontecimiento internacional a ese respecto al condensar el entendimiento ampliamente compartido respecto de los derechos de los pueblos indígenas que ha ido acumulándose a lo largo de decenios sobre la base de las fuentes existentes de normas internacionales en materia de derechos humanos.*

El Relator Especial se refiere al artículo uno de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en cuanto a que gozan de los derechos reconocidos internacionalmente tanto como individuos como en su calidad de pueblos, los cuales deben aplicarse dependiendo de las circunstancias históricas, culturales, sociales y económicas específicas de dichos pueblos. Esa es la opinión autorizada de los órganos y mecanismos en derechos humanos regionales y universales, donde ha sido importante la labor de evaluación de los informes de los Estados Partes, denuncias, observaciones y recomendaciones interpretativas.

Explica el Relator que desde finales de los años 80 el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos desarrolló un acervo jurisprudencial sobre los derechos de los pueblos indígenas, en tal sentido es importante la observación general N° 23 de 1994 relativa al artículo 27 del Pacto donde *establece una interpretación amplia de la norma internacional de la integridad cultural en el contexto de los pueblos indígenas, considerando que esa norma abarca todos los aspectos de la cultura indígena, incluidos los derechos a las tierras y a los recursos.*

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también ha contribuido en la interpretación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en 1997 en la recomendación N° XXIII se ocupó sobre la no discriminación hacia los pueblos indígenas en diferentes derechos, así como en recomendaciones posteriores.

¹ Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también ha emitido observaciones generales importantes sobre los derechos indígenas por ser un instrumento de derechos colectivos. Tanto el Comité de Derechos Civiles y Políticos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se han ocupado de una interpretación fundamental para los pueblos indígenas en cuanto a que el artículo uno común de ambos pactos se refieren al derecho a la libre determinación de los pueblos en cual consiste en determinar por sí mismos su condición política, desarrollo económico, social y cultural, para lo cual tienen el derecho de disponer de sus recursos naturales, sin que se les pueda privar de sus propios medios de subsistencia. Los Estados Partes están obligados a respetar los derechos anteriores entre los pueblos que coexisten en su respectiva territorialidad conformada por diversos territorios indígenas.

La Convención sobre los Derechos del Niño se ocupa en sus artículos 29 y 30 sobre los derechos de la niña y niño indígenas, el Comité de los Derechos del Niño se ha ocupado de tales derechos al igual que los otros comités. El Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también se ha referido a la protección de los derechos indígenas en sus respectivas competencias. En el mismo sentido se ha pronunciado la Declaración y Programa de Acción de Viena, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). En materia de medio ambiente el Convenio sobre la Diversidad Biológica, entre otros órganos e instrumentos internacionales.

El Relator reconoce en el ámbito regional americano que la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, cuentan con una jurisprudencia esencial para los pueblos indígenas sobre todo en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Finalmente, el Relator señala que en el año 2000 la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, estableció un grupo de trabajo sobre pueblos y comunidades indígenas que ha iniciado una importante jurisprudencia en la interpretación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El Relator reconoce que la OIT es la primera organización internacional que históricamente promovió normas y políticas internacionales sobre pueblos indígenas. Además de iniciativas anteriores, en 1957 aprobó el Convenio N° 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales. Revisando el Convenio 107 la OIT aprobó el Convenio N° 169 en 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, donde la Comisión de Expertos y las comisiones tripartitas del Consejo de Administración de la OIT, han desarrollado mediante prácticas interpretativas como órganos de supervisión del Convenio 169 importantes aportes en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Carácter y contenido general de la Declaración

El Relator expresa que, la aprobación del Convenio 169 de la OIT en el año 1989 influyó en la aprobación en las Naciones Unidas sobre la Declaración de los pueblos indígenas del 13 de septiembre de 2007². Tal aprobación como reconoce el Relator llevó más de 25 años donde la

² El Estado guatemalteco votó a favor ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 cuando se aprobó la Declaración expresando que la misma, “no crea nuevos derechos, sino que reafirma los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad. Guatemala reafirmó su convicción de que la plena realización de los derechos humanos es un requisito previo para alcanzar la convivencia pacífica y armoniosa.” <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm> consultada el miércoles 14 de octubre de 2009 a las 14:17 horas.

mayoría de Estados miembros de las Naciones Unidas votó con 143 a favor, 4 en contra³ y 11 abstenciones. El Relator reafirma el objetivo fundamentalmente reparador de la Declaración, según el sexto párrafo del preámbulo, los pueblos indígenas han sufrido históricas injusticias como resultado, entre otras, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses. El Relator manifiesta la compatibilidad del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas contenida en el artículo 3 de la Declaración con el artículo 1 común de los Pactos Internacionales de 1966.

El Relator expresa que conforme a la Declaración, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas entraña *una participación y una interacción con las estructuras sociales más amplias en los países en que viven*, los pueblos indígenas tienen el pleno derecho a participar si así lo desean en la vida política, económica, social y cultural del Estado, y a ser consultados sobre las decisiones que los afectan, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado⁴. El Relator aclara que la Declaración no crea derechos especiales para los pueblos indígenas ya reconocidos en otros instrumentos de derechos humanos, si no que, profundiza en derechos fundamentales desde las circunstancias culturales, históricas, sociales y económicas específicas de los pueblos indígenas.

En cuanto al carácter vinculante de la Declaración, el Relator reclama que, es evidente que no tiene el carácter vinculante de los tratados, pero que por todo lo dicho con anterioridad la Declaración encarna en cierto grado los principios generales del derecho internacional, de igual forma algunas de sus disposiciones pueden considerarse el reflejo de las normas del derecho internacional consuetudinario. Como conclusión, el Relator recuerda que por haber sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con un gran número de Estados a favor la Declaración es un compromiso asumido que debe cumplirse.

Finalmente, el Relator Especial manifiesta que la Declaración demuestra el consenso internacional en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas congruente con el Convenio 169 de la OIT, incluidas otras disposiciones e interpretaciones de otros instrumentos y órganos y mecanismos internacionales, algunos expuestos en este apartado. *Como la expresión más autorizada de ese consenso, la Declaración establece un marco de acción para la protección y aplicación plenas de esos derechos.*

Informes de Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú, Brasil, Chile y Panamá del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los indígenas

En este apartado, describiré algunos contenidos de los Informes del Relator Especial en cuanto a sus visitas a países latinoamericanos donde documentó, concluyó y recomendó medidas administrativas, legales y de otra índole para la implementación del derecho de consulta y su consecuente consentimiento. El objetivo es aportar elementos de interpretación efectivos y prácticos para la aplicación del derecho de consulta y consentimiento a partir de experiencias comparadas.

³ El Estado norteamericano votó en contra de la Declaración en las Naciones Unidas, sin embargo, el 5 de noviembre de 2009 el actual Presidente Obama emitió un Memorandum para implementar el deber del Estado de consulta previa con los pueblos indígenas estadounidenses.

⁴ Art. 19 de la Declaración.

Por la importancia propositiva que aborda, iniciaré el análisis con el Informe del Relator Especial de abril 2009 sobre Chile⁵, donde formula los principios internacionales aplicables a la consulta de los pueblos indígenas, y los criterios para operativizar la consulta sobre la reforma constitucional chilena. Si bien los principios de aplicación consultiva y los criterios de operativización consultiva por su contexto se centran en el ámbito de reforma constitucional, eso no impide que sean el parámetro de interpretación para medidas administrativas, judiciales y de otra índole que afecten directamente a los pueblos indígenas con sus respectivas contextualizaciones y particularidades.

El Relator advierte en su Informe que, la obligación de los Estados de celebrar consultas a los pueblos indígenas previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente a los derechos e intereses de los pueblos indígenas *está firmemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos*. El Relator continúa advirtiéndole que el artículo 6 del Convenio 169 establece el deber genérico de consulta para medidas legislativas, las cuales incluyen *indiscutiblemente* los procesos de reforma constitucional⁶. Abordaré primero los principios internacionales relativos a la consulta, y luego los criterios de operativización.

Principios internacionales relativos a la consulta de los pueblos indígenas

El Relator agrupa en seis los principios internacionales aplicables a la consulta de los pueblos indígenas:

1. La consulta debe realizarse con carácter previo;
2. La consulta no se agota con la mera información;
3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes;
4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas;
5. La consulta debe ser sistemática y transparente;
6. El alcance de la consulta.

1. La consulta debe realizarse con carácter previo

En cuanto al carácter previo de la consulta no hay mayor discusión al respecto, puesto que el artículo 6 del Convenio 169 y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, no dejan duda al respecto. El Relator informa que, *dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión*.

2. La consulta no se agota con la mera información

El Relator haciendo suyos los fundamentos de la OIT señala que, la celebración de audiencias con representantes indígenas no se ajusta necesariamente a las consultas exigidas por el Convenio. Un

⁵ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. 24 de abril de 2009.

⁶ La Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala, inició el 13 de julio de 2009 un proceso de audiencias públicas sobre dos proyectos de reforma constitucional que finalizó el 23 de noviembre del mismo año, donde participaron organizaciones de derechos indígenas, pero que no puede considerarse una consulta previa a los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas.

ejemplo, es la consulta sobre la reforma constitucional mexicana de 2001 sobre derechos de los pueblos indígenas, donde la OIT expresó que, *las “audiencias ante el Congreso”, si bien permitieron que representantes de los pueblos indígenas “se expresaran”, dichas audiencias no constituyeron “consultas sistemáticas con organizaciones...representativas”. En este sentido, el Comité consideró que dichas audiencias no constituyeron “un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos”.*

3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes

La buena fe para la consulta debe representar climas de confianza durante el proceso consultivo en los diferentes escenarios donde se lleve a cabo, tanto en los espacios gubernamentales como en los comunitarios en dinámicas de respeto mutuo personal, profesional, temporal y geográfico. El primer requisito no es el acuerdo previo sobre la agenda de los temas sustantivos a tratar, sino los procedimientos consultivos donde oportunamente se trataran los contenidos para llegar a mutuos acuerdos. Manifiesta el Relator que la consulta de buena fe, *debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado. Como ha apuntado la OIT, un clima de “enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca” es una barrera fundamental para llevar a cabo consultas productivas.*

4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas

El Relator certeramente cita a la OIT señalando que, *no deben confundirse las “instituciones representativas de los pueblos indígenas” con las “organizaciones más representativas” de estos pueblos.* La representatividad de los pueblos indígenas debe estar desprovista de oportunismos y cooptaciones empresariales y estatales que impidan una consulta adecuada. Debido a la diversidad cultural y por tanto de particulares formas de organización comunitaria el Relator formula los siguientes criterios mínimos de representatividad:

1. Depende contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas;
2. Debe atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos;
3. Debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y,
4. Conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.

El Relator hace referencia a la accesibilidad de los procedimientos de consulta, precisamente porque no es cualquier tipo de consulta, advirtiendo que la falta de mecanismos consultivos significa tener en cuenta al mayor número de pueblos y comunidades considerando las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes, donde la diversidad lingüística debe formar parte de tales procedimientos. El Relator insiste en un proceso consultivo que sólo será adecuado si las decisiones tomadas son conformes al modelo socio-cultural propio, es decir, *teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión.* Parece que el Relator se refiere al sistema jurídico propio en el propio idioma para establecer los procedimientos de la consulta, a partir de los cuales se llevará a cabo la misma. Por supuesto, los criterios anteriores deben entenderse en el contexto de las comunidades y/o pueblos afectados. Este es uno de los principales principios porque demuestra que una consulta previa conforme al derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos

indígenas, sólo puede ser adecuada en un contexto de respeto al ejercicio de la pluralidad jurídica, y no de subordinación o asimilación.

5. La consulta debe ser sistemática y transparente

Cuando el Relator se refiere al contenido sistemático y transparente de la consulta, dicho contenido deriva del deber del Estado de realizar consultas lo cual no debe significar una flexibilidad absoluta en la organización y realización de los procesos consultivos. El Relator considera que las consultas *deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes*. El Relator afirma que la sistematización de los procedimientos para llevar a cabo las consultas deben ser consensuados a través de un proceso consultivo para evitar la arbitrariedad y conflictos innecesarios, es decir, consultar cómo hacer la consulta, es el ejercicio óptimo para identificar los *procedimientos apropiados* y las *instituciones representativas* por medio de las cuales se cumplirá con el artículo 6 del Convenio. La consulta para la consulta permitirá transparentar diversos tipos de mecanismos consultivos que flexiblemente pero sin autoritarismo, deben dar paso a un proceso básico de requisitos a cumplir.

6. El alcance de la consulta

Este principio se refiere al tan discutido carácter vinculante de los resultados de una consulta. Es necesario aclarar que una discusión es la obligación del Estado de realizar la consulta, y otra, el carácter vinculante de sus resultados. Los Estados pretender disfrazar su obligación legal de consultar, priorizando la polémica sobre los resultados de las mismas, por supuesto, no debe soslayarse dicha discusión pero sí separarlas, aunque es obvio, el Estado debe aceptar su obligación de consultar. En cuanto al resultado de la consulta, los Estados tienen la obligación *de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*, esto debería significar como máxima expresión de la democracia y no discriminación, que sin acuerdo entre las Partes no debería proceder el Estado a ejecutar el proyecto en consulta. Sin lograr un acuerdo se pierde la finalidad de la consulta, pierde sentido consultar si finalmente se impone la voluntad del Estado, esto significaría realizar consultas cuyos resultados sean ignorados bajo la premisa de consultemos para incumplir. La Declaración de las Naciones Unidas en todo su texto se refiere al deber de celebrar consultas para obtener el consentimiento libre, previo e informado, sin excepción alguna.

El Relator Especial en sus observaciones acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador⁷, se hizo la siguiente pregunta *¿Pero qué ocurriría si no se llegara al consenso y al consentimiento indígena después de un proceso de buena fe en que la parte indígena hubiera podido participar plena y adecuadamente?* El Relator responde que con base a la libre determinación de los pueblos indígenas y por razones prácticas, el Estado no debería ejecutar el proyecto unilateralmente, tal como lo señaló la Corte Interamericana en el Caso Saramaka, en los casos de los Megaproyectos *sí tiene el deber de no adoptar la medida sin el consentimiento de la comunidad*.

Criterios para operativizar la consulta sobre la reforma constitucional en Chile

⁷ Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. Adición. Resumen de los casos transmitidos a los gobiernos y respuestas recibidas A/HRC/9/9/Add.1. 15 agosto 2008. Anexo I, Observaciones del Relator Especial acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador, Junio de 2008, A/HRC/9/9/Add.1.

El Relator Especial ha identificado siete criterios que aportan importantes mecanismos operativos para las consultas que pueden ser aplicables a otros países adecuándolos a su contexto. Los criterios son:

1. Los dos niveles de consulta;
2. La difusión de información relativa a la consulta;
3. La organización de la consulta por el Gobierno;
4. La organización de la consulta por el Congreso;
5. El ámbito temático de la consulta;
6. El ámbito geográfico de la consulta;
7. El ámbito temporal de la consulta.

1. Los dos niveles de consulta

Los dos niveles están compuestos por el Organismo Ejecutivo y el Organismo Legislativo. Cuando sea un proyecto de ley propuesto por el Ejecutivo es a este a quien le corresponde realizar el primer proceso consultivo. Al ser presentado al Legislativo, es a este al que corresponde continuar con el proceso consultivo para que la ley cumpla con el requisito legal dentro del trámite parlamentario. Al haber dos cámaras de parlamentarios como es el caso de Colombia y Chile la consulta debe cumplir con su cometido en cuanto a sancionar una ley que finalmente haya sido consultada previa y adecuadamente.

2. La difusión de información relativa a la consulta

Expresa el Relator que uno de los requisitos para garantizar la validez de una consulta es que sea debidamente informada para comprender el alcance e implicaciones de una reforma constitucional, deben tener acceso a solicitar y recibir información adicional, contar con asesoría técnica, dicha información debe ser en su propio idioma donde tengan acceso a toda información relevante sobre el proyecto legislativo, especialmente los instrumentos internacionales relevantes.

3. La organización de la consulta por el Gobierno

El Relator, es de la opinión que previo a una consulta de amplio espectro, como la reforma constitucional, se necesita contar con un punto focal dentro de la administración del Estado para planificarla y llevarla a cabo, compilar y sistematizar los resultados. El punto focal debe ser de carácter técnico, funcionalmente independiente, y contar con la participación de expertas/os indígenas. Una de las primeras tareas del punto focal será determinar los procedimientos para llevar a cabo la consulta, lo cual deberá ser consultado con los pueblos o comunidades afectadas para garantizar su efectividad, nuevamente la consulta de la consulta. Lo contrario podría provocar una reforma constitucional ilegítima.

4. La organización de la consulta por el Congreso

De manera similar el Congreso de la República debe crear el órgano a realizar la consulta sobre la reforma constitucional, o cualquier otra medida legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas, o bien, asignar a una de sus comisiones ya constituida legalmente para hacerse cargo del proceso consultivo en los mismos términos de la administración pública, anteriormente formulados. Es de esperar niveles de coordinación y cooperación entre los organismos del Estado para implementar las consultas que les correspondan respectivamente.

5. El ámbito temático de la consulta

Informa el Relator que el carácter previo de la consulta significa que los proyectos legislativos deben ser consultados antes del trámite parlamentario para su aprobación. De ahí que la reforma constitucional llevada a cabo actualmente en Chile esté siendo denunciada como inadecuada por no cumplir con su carácter previo, informado y significativo. La consulta previa debe ser sobre el texto propuesto de reforma pero también de aquellos otros insumos importantes que complementen la información necesaria para profundizar en el diálogo consultivo.

6. El ámbito geográfico de la consulta

Teniendo en cuenta los requisitos anteriores, la magnitud de una consulta sobre reformas constitucionales, así como la ausencia de mecanismos consultivos, el Relator considera imprescindible consultas locales o regionales con el objetivo de consultar directamente a los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas. El Relator considera que recabar las opiniones de los pueblos indígenas es complementario y útil, pero no es suficiente para entablar el diálogo necesario a través del deber de consulta de los organismos del Estado. El Relator aclara que no es incompatible que el Organismo Ejecutivo y el Organismo Legislativo en las respectivas fases consultivas que les correspondan obtengan la opinión por escrito de representantes de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas, organizaciones de la sociedad civil, expertas/os, académicas/os, y otros actores interesados, pero el Relator deja en claro que tales procedimientos no sustituyen el proceso de consulta.

7. El ámbito temporal de la consulta

El Relator hace ver que según han establecido los órganos de control normativo de la OIT, los plazos para llevar a cabo una consulta varían de acuerdo al tipo de medida a consultar, por ejemplo, en el caso de una consulta sobre reformas constitucionales por su complejidad los plazos deben ser suficientes para cumplir con los requisitos del derecho internacional. Como se ha expuesto, como parte de los requisitos para que la consulta sea adecuada sus procedimientos deben ser previamente consultados lo cual incluye los diferentes plazos para llevarla a cabo.

Finalmente, el Relator Especial declara que ha presentado y analizado el marco normativo internacional aplicable a las medidas administrativas y legislativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas, y los criterios dentro del marco normativo para garantizar la efectividad de las consultas.

El deber de celebrar consultas y la responsabilidad de la empresa privada

El Relator Especial informó⁸ recientemente sobre el lugar que corresponde a las empresas privadas que ejecutan proyectos de desarrollo o inversión en territorios indígenas o en sus inmediaciones. El Relator confirma que, aunque sean empresas privadas las encargadas de ejecutar los proyectos, es el Estado el responsable de garantizar la consulta, *no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad...deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas.* El Relator continúa informando que, el deber de consultar del Estado es indelegable, debido a que los intereses lucrativos de la empresa privada pueden ser incompatibles con el interés público y con el interés superior de los pueblos indígenas. Aunque el

⁸ Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009.

Relator no descarta cierta convergencia en tales intereses lo supedita a la superación del desequilibrio de poder en las negociaciones. En todo caso, como afirma el Relator las empresas privadas que participen de tales proyectos *deben procurar que sea política de su empresa ajustar siempre su conducta a las normas internacionales pertinentes en relación con los pueblos indígenas, en particular las relativas a las consultas*. El Relator se refiere a la diligencia debida a la que sí están obligadas las empresas privadas en cuanto a no violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas por acción o por omisión, *como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto*.

Consecuencias jurídicas del incumplimiento previo de la consulta y consentimiento en México, Panamá, Perú y Brasil

En el Caso de la construcción de la Hidroeléctrica La Parota del Estado de Guerrero en México, el Relator Especial destacó que para justificar el desalojo el Estado tiene la obligación de *realizar una auténtica consulta a las comunidades afectadas*, recomendando en su Informe *suspendan los trabajos de realización del Proyecto Hidroeléctrico*⁹.

En el Caso de la Hidroeléctrica Chan 75 en territorio Ngöbe y otras en Panamá, el Relator Especial solicitó al Estado panameño que, suspenda las obras de construcción de la represa y el proceso de reasentamiento de las comunidades por un período razonable hasta que se realice la consulta para continuar con los trabajos si se llega a obtener el respectivo consentimiento. Cuando se trata de proyectos de desarrollo que implican desalojos o desplazamientos *el consentimiento es una precondition para este tipo de proyectos*¹⁰. El 17 de junio de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó medidas cautelares al Gobierno de Panamá donde le pide, *suspenda las obras de construcción y demás actividades relacionadas con la concesión de la hidroeléctrica Chan 75*, posteriormente, en su 135 período ordinario de sesiones el 5 de agosto de 2009 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad del Caso con el número 12.717, lo cual significa que el Caso se dirige a la Corte Interamericana puesto que el gobierno panameño se ha negado abiertamente a cumplir con las medidas cautelares. En el mismo contexto, el 30 de noviembre de 2009 la CIDH otorgó medidas cautelares para proteger la vida y la integridad personal de los líderes del Pueblo Naso Eliseo Vargas, Tony Vargas, Oscar Vargas, Lupita Cargas, Marcial Gamarra y Lucho Gamarra; para evitar la continuidad de los desalojos colectivos forzados y/o levantamiento de las viviendas y para garantizar la libre circulación y la seguridad del Pueblo Indígena Naso de la Región Bocas del Toro, en Panamá... La CIDH solicitó al Estado de Panamá tomar las medidas necesarias para evitar la continuidad de los desalojos colectivos forzados y/o levantamiento de las viviendas del Pueblo Indígena Naso, brindar atención de emergencia de salud y vivienda a los miembros de estas comunidades que fueron víctimas del desalojo y de la destrucción de viviendas, cultivos y animales; adoptar las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los beneficiarios; garantizar la libre circulación y la seguridad de los miembros del Pueblo Indígena Naso a fin de que no sean objeto de nuevos actos de violencia o medidas intimidatorias; e investigar los hechos que motivaron la adopción de las presentes medidas cautelares¹¹.

⁹ Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. Adición. Resumen de los casos transmitidos a los gobiernos y respuestas recibidas A/HRC/9/9/Add.1. 15 agosto 2008. Anexo II, Reflexiones sobre algunas implicaciones en materia de derechos humanos del Proyecto Hidroeléctrico La Parota, Estado de Guerrero, México.

¹⁰ Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá) 12 de mayo de 2009.

¹¹ MC 118/09 – Pueblo Indígena Naso de la Región Bocas del Toro, Panamá. Puede consultarse en

En el Caso de los pueblos indígenas de la Amazonía y los hechos violentos del 5 de junio de 2009 y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba en Perú, el Relator Especial informó¹² que, debe profundizarse en el diálogo iniciado, consensuando entre los pueblos y el Estado los *objetivos, procedimientos y cronograma, así como un mecanismo para hacer ejecutables los acuerdos a que se llegue y para resolver las cuestiones que se susciten durante el proceso*. El Relator recalca que en dicha consulta, deben incluirse otros *decretos legislativos que han preocupado a los pueblos indígenas y son susceptibles de afectarles*, así como otros temas de fondo en cuanto a sus territorios y proyectos de extracción de recursos naturales.

En cuanto a los pueblos indígenas en Brasil, el Relator Especial informó¹³ que, el Estado brasileño está obligado a realizar consultas y obtener el consentimiento en caso de explotación de los recursos del subsuelo que pertenezcan al Estado y en el establecimiento de instalaciones militares en territorios indígenas, recalcando que todas las autoridades administrativas, legislativas y militares deben ejercer sus competencias en relación con las tierras indígenas conforme al derecho internacional.

2. EL DEBER DE CONSULTAR SEGÚN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO –OIT-

Continuando con la sistematización del acervo normativo y jurisprudencial en cuanto al deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas, analizaré dos publicaciones de la OIT en el marco de los 20 años del Convenio 169. Primero me referiré a la Guía sobre el Convenio 169 de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica¹⁴, como es sabido la OIT ha publicado otras Guías sobre el Convenio por lo que esta es una actualización al año 2009. Luego me refiero a la Aplicación del Convenio 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina¹⁵. Considero que por ser documentos publicados a 20 años de haber sido aprobado el Convenio por la OIT son representativos y actuales, para determinar el contenido y alcance del deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas según la OIT.

Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT

Derecho a la libre determinación como Pueblo Indígena

<http://www.cidh.oas.org/medidas/2009.sp.htm>

¹² Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. Adición observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de bagua y utcubamba, Perú. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/12/34/Add.8. 18 de agosto de 2009.

¹³ Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición informe sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el Brasil. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/12/34/Add.2. 26 de agosto de 2009.

¹⁴ Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

¹⁵ La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales naciones e internacionales en América Latina. Una compilación de casos. Organización Internacional del Trabajo -OIT-. 2009.

La OIT reconoce en la Guía que el Convenio no contempla el Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, aunque sí contiene normas en ese sentido como el derecho de participación, consulta, autogestión y derecho de los pueblos a decidir sobre sus propias prioridades, lo que constituye mecanismos importantes para la concreción del derecho a la libre determinación, tal como lo regula la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta discusión hace más de 20 años desembocó en la falta expresa de dicho reconocimiento, de ahí que el inciso 3) del artículo 1 del Convenio limite el contenido del término Pueblo sin el alcance del derecho internacional. La OIT recuerda que el artículo 35 del Convenio 169 recalca que las disposiciones del Convenio no deben ser utilizadas para menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos indígenas en otros convenios, recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales, por tanto, el Convenio y la Declaración *son compatibles y se reafirman mutuamente. En las disposiciones de la Declaración figuran todas las áreas que se incluyen en el Convenio. Además, la Declaración afirma derechos que no están contemplados en el Convenio, entre ellos el derecho a la libre determinación.*

La Guía de la OIT hace una afirmación importante, en cuanto a la acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de los pueblos indígenas y garantizar el respeto de su integridad, esta acción es un prerrequisito para la participación en condiciones de igualdad, y que por tanto constituye un instrumento para la eliminación de la discriminación, por tanto considero que, si tal acción coordinada y sistemática no existe es racismo, en otras palabras, no aplicar el Convenio ni la Declaración es un trato racista.

Otra aseveración importante que hace la OIT en la Guía, es sobre los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas, definiéndolos como, los derechos humanos inherentes e inalienables que todo ser humano tiene desde su nacimiento, independientemente de su raza, etnicidad, género, religión, clase como así también su origen e identidad indígenas. Los pueblos indígenas tienen derecho a gozar todos los derechos humanos y libertades fundamentales como cualquier otro. De esta definición es claro determinar que en cuanto al Convenio 169 y la Declaración el derecho de consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, y lo otro es que, el Convenio no debe ser utilizado para justificar la falta del derecho a la libre determinación porque tiene que leerse compatiblemente con la Declaración de las Naciones Unidas donde sí se reconoce.

Consulta y participación: La piedra angular del Convenio

La OIT deja en claro que, la consulta a los pueblos indígenas es la piedra angular del Convenio, reconociendo que es uno de los principales desafíos para el cumplimiento del Convenio, sin duda, por el generalizado incumplimiento. La OIT determina que sin consulta no hay participación efectiva, por ello, los artículos 6 y 7 del Convenio son claves sobre las que reposa la aplicación del Convenio en su conjunto.

Continúa interpretando la OIT que la consulta tiene el objetivo principal de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas a todos los niveles del Estado, políticos, legislativos y administrativos en aquellos procesos que les afecten directamente. Según el Convenio, la consulta es considerada una forma clave de diálogo para armonizar intereses contrapuestos, pudiendo evitar conflictos. La consulta es un mecanismo por medio del cual los pueblos tienen el derecho de decidir sus prioridades ejerciendo control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.

La OIT plasma que la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas tiene un nivel general y un nivel particular. En un nivel general, deben consultarse todas las disposiciones del Convenio, y en el nivel particular, deben consultarse todo tipo de medidas que les afecten directamente. La obligación de los gobiernos de consultar adquiere especial relevancia en 6 casos:

1. Al prever medidas legislativas o administrativas (artículo 6(1)(a));
2. Antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo (artículo 15(2));
3. Al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17);
4. Con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16);
5. En la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22);
6. En las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (artículo 28).

La OIT advierte que, dentro del contexto del Convenio núm. 169, la obligación de garantizar que se efectúen las consultas adecuadas recae en los gobiernos y no en particulares o empresas privadas. El Estado es el responsable de garantizar que se tomen las medidas de consulta y participación necesarias. Para garantizar un proceso consultivo adecuado la Guía de la OIT determina que el Convenio establece que una consulta debe cumplir con las siguientes características:

1. A través de instituciones representativas

Los órganos de control de la OIT han insistido en esta determinación en cuanto a que debe ser el producto de un proceso propio, es decir, a partir del propio sistema jurídico. Este es un elemento esencial para la pluralidad jurídica en cuanto a que, el deber de consultar de los Estados es adecuado mientras no haya subordinación entre los sistemas jurídicos relacionados. Un modelo de pluralidad jurídica entre Estado y Pueblos Indígenas no puede ser tal, sin la consulta como piedra angular para la horizontalidad de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos en conflicto.

2. Apoyando el desarrollo de las instituciones e iniciativas propias de los pueblos indígenas y también, en los casos que sean apropiado, brindando los recursos necesarios

La OIT denuncia la importancia de esta medida debido a que históricamente los pueblos indígenas han sufrido la socavación de sus propias instituciones representativas, por ello necesitan del apoyo y recursos para su fortalecimiento interno. Esta denuncia es de especial atención, puesto que Estados y empresas privadas utilizan mecanismos de consulta para debilitar la institucionalidad comunitaria indígena imponiendo los proyectos de desarrollo.

3. Con buena fe y recurriendo a un modo adecuado a las circunstancias

Esto significa que la consulta debe tener lugar en un clima de confianza, para esto es necesario que los gobiernos por lo menos:

- Reconozcan los organismos de representación;

- Procuren llegar a un acuerdo;
- Lleven adelante negociaciones genuinas y constructivas;
- Eviten demoras injustificadas;
- Cumplan con los acuerdos pactados y los implementen de buena fe;
- Que se cuente con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad;
- Debe otorgarse tiempo suficiente para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales.

4. A través de los procedimientos adecuados

Es necesario consensuar un procedimiento que permita llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas, independiente del resultado alcanzado o por alcanzar. Nuevamente la OIT insiste en no centrarse en la discusión del carácter vinculante de los resultados sino en el proceso o procedimientos que permitan consensuar las propuestas presentadas por el Estado, o a la inversa por los mismos pueblos.

5. Con miras a lograr un acuerdo o consentimiento

La OIT refiere que el artículo 6 del Convenio tiene el objetivo de alcanzar acuerdos o el consentimiento, en el entendido de no organizar una consulta para respaldar desacuerdos. Una consulta se organiza proponiendo un proyecto en las fases iniciales para lograr acuerdos sobre su contenido y desarrollo para entonces impulsarlo. Evidentemente, consultar un proyecto o alguna medida sin perseguir el consenso por medio de acuerdos o el consentimiento no es conforme al Convenio.

6. Con una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta

La OIT considera oportuno evaluar constantemente entre Estados y Pueblos Indígenas el funcionamiento de los mecanismos de consulta con la finalidad de mejorar su eficacia, recordando las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD) de 2008 sobre los elementos del consentimiento libre, previo e informado.

Elementos del consentimiento libre, previo e informado

- Libre: Debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación;
- Previo: Debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas;
- Informado: Debe implicar que se suministra información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos:

A) La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;

B) La razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad;

C) La duración del proyecto o la actividad;

- D) La ubicación de las áreas que se verán afectadas;
- E) Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución;
- F) El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y,
- G) Los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

- Consentimiento

Explica la OIT que, las consultas y la participación son componentes fundamentales de un proceso de consentimiento. Las consultas deben celebrarse de buena fe. Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa. Las consultas requieren tiempo y un sistema eficaz de comunicación entre las partes interesadas. Los pueblos indígenas deben poder participar mediante sus representantes libremente elegidos y sus instituciones consuetudinarias o de otra índole. La inclusión de una perspectiva de género y la participación de las mujeres indígenas son fundamentales, así como la participación de los niños y los jóvenes, según corresponda. Este proceso puede incluir la opción de negar el consentimiento. Se entiende que el consentimiento con un acuerdo por parte de los pueblos indígenas implica que lo han comprendido razonablemente.

Derechos a los recursos naturales, a las consultas, los beneficios y la remuneración

La OIT recalca que los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, están íntimamente vinculados con sus derechos sobre las tierras y territorios que habitan. Cuando la OIT se refiere a los derechos sobre la tierra significa no sólo la propiedad, sino también el uso y la posesión de los mismos. El derecho a ser consultados previamente a la autorización de la exploración y explotación de los recursos naturales en tierras y territorios donde los pueblos indígenas tienen derechos, se fundamenta en el artículo 15 del Convenio, el cual debe interpretarse íntegramente con el artículo 6 y 7 del mismo. El artículo 15(2) debe leerse conjuntamente con los artículos 6 y 7(3) todos del Convenio, en cuanto a que Estado y Pueblos Indígenas deberán evaluar los impactos sociales, espirituales, culturales y ambientales de las actividades de desarrollo, y dichos resultados serán considerados como criterios fundamentales para la implementación de dichas actividades de haber llegado a un acuerdo. Debido a las consecuencias negativas sobre este tipo de actividades los pueblos indígenas afectados directamente por estas actividades deben recibir una justa indemnización. Estas son obligaciones legales nacionales de los Estados que han ratificado el Convenio desde el momento mismo en que cobra vigencia.

Irretroactividad y obligación de consultar al momento de vigencia del Convenio en Ecuador y México

En relación al Ecuador sobre la explotación de petróleo en territorio del pueblo indígena Shuar, el gobierno argumentó entre otras situaciones que no podía aplicar el Convenio 169 retroactivamente puesto que había sido ratificado posteriormente a la autorización de la licencia de explotación. El Comité de Expertos de la OIT afirmó que, las disposiciones del Convenio no pueden aplicarse retroactivamente pero que ciertos hechos producto de tal situación posteriores a la ratificación del Convenio continúan estando presentes, aunque *en este caso el proyecto fue establecido antes de que*

el Convenio entrara en vigor en Ecuador, en el momento en que entró en vigor, surgió la obligación de la consulta relativa a toda actividad que afecte la aplicación del Convenio. La OIT continúa afirmando que dada la continuación de las actividades autorizadas por el contrato de participación, el Gobierno tenía la obligación de consultar con las comunidades indígenas a partir de la entrada en vigor del Convenio para permitir a la comunidad participar en su propio desarrollo económico, social y cultural.

En México, la OIT consideró que, el Convenio no podía aplicarse retroactivamente a la autorización de una presa ordenada en 1972 porque el mismo fue ratificado en septiembre de 1991, a cambio, el Convenio tiene aplicación en la actualidad en lo concerniente a las consecuencias de las decisiones tomadas con anterioridad a su entrada en vigor.

Aplicación del Convenio por tribunales nacionales e internacionales

Como señalé al inicio del presente Capítulo, la OIT publicó este año una compilación de casos sobre la aplicación del Convenio por tribunales nacionales y el sistema interamericano. Con la siguiente exposición no pretendo hacer creer que los Estados están cumpliendo sus obligaciones internacionales para con los pueblos indígenas, al contrario, la criminalización de sus derechos fundamentales se profundiza cada día más, excepto contados países. Sin embargo, sí me parece útil para identificar elementos interpretativos para operativizar la obligación del Estado de consultar. La compilación comprende 48 sentencias de 12 países de la región, 2 de Paraguay, 1 de Surinam, 2 de Belice, 4 de Argentina, 3 de Bolivia, 1 de Brasil, 15 de Colombia, 9 de Costa Rica, 3 de Ecuador, 4 de Guatemala, 2 de México y 2 de Venezuela. No abordaré los casos del sistema interamericano porque lo haré en el siguiente capítulo.

- Belice y Venezuela

La Corte Suprema de Belice sentenció en octubre de 2007 que, *aunque Belice todavía no ha ratificado el Convenio 169...el artículo 14 de ese instrumento contiene disposiciones sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas que reflejan los principios de derecho internacional relativos a los pueblos indígenas*¹⁶. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en sentencia de octubre de 1998¹⁷, interpretó el Convenio 169 de la OIT aún cuando no había sido ratificado, y en abril de 2006¹⁸ confirmó los fundamentos de la sentencia anterior. Ambas sentencias coinciden con el Relator Especial en cuanto a que la Declaración no reconoce derechos nuevos sino reafirma los reconocidos en el derecho internacional para los pueblos indígenas.

- Bolivia

El Tribunal Constitucional sentenció en junio de 2006¹⁹, *los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT deben ser considerados como una norma integrante del bloque de*

¹⁶ Caso: “Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros v. Procurador General de Belice y otros”, casos consolidados (“Aurelio Cal in his own behalf and on behalf of the Maya Village of Santa Cruz and others v. the Attorney General of Belize and others”, consolidated claims), casos 171 y 172 de 2007 (claims 171 and 172 of 2007), sentencia de 18 de octubre de 2007.

¹⁷ Caso: “Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasuay s/acción de nulidad por inconstitucionalidad y amparo constitucional”, sentencia de 6 de octubre de 1998 (Magistrado Ponente: José Luis Bonnemaïson W.).

¹⁸ Caso: “Municipio Aguasay del Estado Monagas v. Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasuay y otro s/acción declarativa plena de propiedad”, Expediente N° 1999-16.135, sentencia N° 01035 del 27 de abril de 2006 (Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa).

¹⁹ Caso: Sentencia Constitucional 0045/2006, Expediente 2005-12440-25-RD L, sentencia de 2 de junio de 2006

constitucionalidad, en cuanto consagra derechos de los pueblos indígenas y tribales, siendo por ello un parámetro para verificar la constitucionalidad o no de una ley...En conclusión, lo que la norma analizada [el artículo 15.2 del Convenio 169] impone es una obligación al Estado para consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de estos...la consulta es un deber ineludible del Estado”

- Colombia

La Corte Constitucional colombiana es la más avanzada en Latinoamérica en cuanto a la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas, desarrollando toda una jurisprudencia sobre el deber del Estado colombiano de consultar. Sentencio en febrero de 1997²⁰ que, el Convenio 169 de la OIT integra el *bloque de constitucionalidad*²¹ que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación...*Estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que puedan resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas...No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales.* La Corte otorgó el amparo suspendiendo la licencia ambiental, ordenando realizar la consulta.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana sentencio en noviembre de 1998²², sobre la construcción de una hidroeléctrica, concluyendo que hubo *violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse.* La Corte Constitucional ordena al Estado y a la empresa consultar al pueblo indígena sobre dicha obra, indemnizarlo por los daños ya causados, adoptar medidas que aseguren su supervivencia y el respeto a su integridad cultural, y asegurar la participación informada del pueblo indígena en la toma de decisiones destinadas a minimizar el impacto del a obra sobre la comunidad y a compensarlo por las consecuencias inevitables.

En otro caso acerca de la delimitación de zonas mineras indígenas según el Código de Minas colombiano, la Corte Constitucional sentenció en mayo de 2002²³ que, cuando se trate de exploración y explotación minera de terceros, se debe armonizar dicha ley con la Constitución Política y el Convenio 169 en cuanto a realizar previamente la consulta. La Corte efectúa una interpretación integradora del Código de Minas, la Constitución y el Convenio 169 para la realización de las consultas.

A los casos de minería e hidroeléctricas, se suma una sentencia constitucional de mayo de 2003²⁴ sobre las aspersiones aéreas de glifosato para erradicar supuestos cultivos ilícitos en la Amazonía colombiana, destacando que:

El Convenio núm. 169 de la OIT es el instrumento internacional vinculante de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales más importante...Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad...debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad

²⁰ Caso: Sentencia SU -039/97, de 3 de febrero de 1997 (Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell).

²¹ En el mismo sentido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia.

²² Caso: Sentencia T-652/98, de 10 de noviembre de 1998 (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz)

²³ Caso: Sentencia C-418/02, de 20 de mayo de 2002 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis)

²⁴ Caso: Sentencia SU -383/03, de 13 de mayo de 2003 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis)

internacional prohija y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales.

La consulta del Convenio 169 de la OIT es un desarrollo de la participación establecida constitucionalmente

por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano...En consecuencia las decisiones de instancia deberán revocarse, parcialmente, para conceder el amparo constitucional de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana a su integridad cultural, mediante el mecanismo de la consulta previa sobre las medidas atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, que los afecten directamente...Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que los pueblos indígenas y tribales de la región Amazónica Colombiana sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales...Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas.

La Corte Constitucional, ordenó a la Presidencia de la República, a los Ministerios del Interior y la Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Consejo Nacional de Estupefacientes y a cada uno de sus integrantes, a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Policía Nacional, realizar no una consulta, sino las consultas a los pueblos afectados por el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos conforme al Convenio 169 de la OIT.

En la sentencia de julio de 2005²⁵ la Corte Constitucional colombiana continúa profundizando en su interpretación, ordenando realizar procesos consultivos entre grupos de una misma comunidad indígena, puesto que el Alcalde debió haber convocado a una consulta. La Corte ordena que *el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo...los procesos de consulta previa que se hagan a los pueblos indígenas y la forma en que dicha consulta se habrá de hacer, deberá igualmente ser consultada de forma anticipada con estos pueblos indígenas en cumplimiento de lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT.* En efecto, si una autoridad de Gobierno no sabe cómo hacer una consulta ni ante quién, debe consultar con las comunidades afectadas sobre cómo efectuar dicha consulta, por supuesto, esto significa despojarse del autoritarismo.

La última sentencia que citaré es esencial en materia de consultas, la Corte Constitucional de Colombia sentenció en enero de 2008²⁶ la inconstitucionalidad de la Ley Forestal por omitir la consulta previa del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT debido a que la ley afectaría los bosques de comunidades indígenas y afrodescendientes. *En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo...De este modo, podría*

²⁵ Caso: Sentencia T-737/05, de 14 de julio de 2005 (Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis)

²⁶ Caso: Sentencia C-030/08, de 23 de enero de 2008 (Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar)

decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Ahora bien, cuando se trate de iniciativas legislativas de otros sujetos previstos constitucionalmente que deban consultarse, es pertinente definir,

cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados...En esa medida, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y en particular con el Convenio 169 de la OIT, que en esta materia hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que la misma las afectara negativamente, así como sobre el contenido mismo de las pautas y criterios que, aún cuando de aplicación general, pudiesen tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida. Esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso, y la misma no puede sustituirse por proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley. Para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario, poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo. Ese proceso no se cumplió, razón por la cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta a la de declarar la inexecutable de la ley.

- Costa Rica

Ahora, analizaré algunos casos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, quien en octubre de 1992 sentenció que el Convenio 169 de la OIT es *un instrumento internacional jurídicamente exigible*²⁷. En mayo de 1996²⁸ la Sala Constitucional, sentenció la inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 2 de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), por violación entre otros del artículo 6 del Convenio. La otra sentencia importante de la Sala Constitucional, es la de septiembre de 2000, donde declara la inconstitucionalidad de la adjudicación de una concesión de exploración y explotación de hidrocarburos a una empresa privada, otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía.

Si bien la autoridad recurrida ha informado que el proceso licitatorio, así como el acto adjudicatario fueron publicados, el primero en la Gaceta y en dos periódicos de circulación nacional, y el segundo, en un Diario nacional, es lo cierto, que estas actuaciones no satisfacen la concreta obligación jurídica que existe frente a los pueblos indígenas, en donde los medios de comunicación colectiva nacionales o no llegan, o no podrían ser comprendidos, y que, de toda suerte, no constituyen un medio admisible o “apropiado” en la inteligencia del Convenio citado. En otras palabras, el proceso de consulta no puede sustituirse en este caso por una publicación de prensa, como se indicó Sutra, sino que habría de llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, tal y como lo precisa el artículo 6.1 del Convenio. No es exacto, entonces, como se ha venido sosteniendo, que la discrecionalidad para el Estado de la audiencia pública, materia aplicable en general a la SETENA, se aplica también a las comunidades indígenas, porque el artículo 15.2 del Convenio, con claridad meridiana impone el deber, en los términos del artículo 6.1...Asimismo, para efectos de ejecutar debidamente esta sentencia, la Administración tendrá a su cargo, paralelamente, establecer cuáles son las comunidades indígenas

²⁷ Caso: Voto 1992-3003, Expediente 3003 07/10/1992 L, sentencia de 7 de octubre de 1992.

²⁸ Caso: Voto 2253-96; Expediente 4320-P-92, sentencia de 14 de mayo de 1996.

involucradas en el tema de este amparo, a fin de que se ejecute un programa de consulta que satisfaga la previsión del Convenio 169 de la OIT.

- Ecuador

En cuanto al Ecuador, en agosto de 2002²⁹ el Tribunal Constitucional en un amparo promovido por el Defensor del Pueblo contra una concesión minera a una empresa privada otorgada por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de comunidades indígenas. El Estado alegó no haber realizado la consulta por falta de reglamentación legal, argumento que el Tribunal no aceptó declarando la suspensión de la concesión minera,

la concesión minera, a no dudarlo, afectará ambientalmente a los centros chachis y pueblos negros que habitan en la zona de concesión, en posesión ancestral de esas tierras o cuya propiedad ha sido ya legalmente reconocida, en algunos casos, tierras que se encuentran bañadas por el Río Cayapas, que constituye vía de comunicación e integración de tales pueblos, recurso indispensable para el desarrollo de su vida diaria del que dependen para la alimentación, mediante la pesca, y para la higiene con el uso de sus aguas, por lo que, procedía la consulta previa a la concesión, tanto más que el artículo 88 de la Constitución manda que toda decisión estatal -como es la concesión minera- que pueda afectar al medio ambiente deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual esta será debidamente informada; y el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales del que es suscriptor el Estado ecuatoriano establece la protección de los recursos naturales existentes en las tierras y territorios indígenas, a cuyo efecto debe establecerse procedimientos de consulta para evaluar los efectos de la explotación en la vida de los pueblos, determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. De allí que constituía un imperativo la realización de la consulta, cuya omisión determina la ilegitimidad del acto impugnado.

- Guatemala

Hay una Opinión Consultiva de la Corte de Constitucionalidad que generó grandes expectativas que se vieron frustradas, entre otras, en cuanto a la obligación del Estado de consultar lo cual abordaré más adelante. En cuanto a otras tres sentencias recopiladas por la OIT de menor rango jurisdiccional sin relación al deber de consulta no las comentaré por no ser el objeto de estudio del presente trabajo.

- México

La última sentencia a comentar en este apartado es un caso de Oaxaca en México, donde el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sentencia en junio de 2007³⁰ que, *el Consejo General del instituto local electoral, con el fin de determinar la falta de condiciones para la celebración de comicios bajo las normas del derecho consuetudinario, no tomó en consideración la opinión de los habitantes de Tanetze de Zaragoza, cuestión a la cual estaba obligado, en atención al artículo 6, numeral 1, inciso a) del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del cual México forma parte.*

²⁹ Caso: No. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, sentencia de 13 de agosto de 2002.

³⁰ Caso: “Joel Cruz Chávez y otros c/Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otros”, SUP -JDC - 11/2007, sentencia de 6 de junio de 2007.

3. EL DEBER DE CONSULTAR SEGÚN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han desarrollado un cuerpo jurisprudencial sobre los Derechos Humanos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Este *corpus juris* como le llama la misma Corte, se fundamenta principalmente con el artículo 21 de la Convención sobre el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas. Dentro de su cuerpo jurisprudencial, el Caso del Pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, concreta el deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas como parte de 3 garantías del derecho internacional para garantizar la subsistencia del pueblo indígena como tal.

El 23 de junio de 2006 la Comisión Interamericana presentó a la Corte Interamericana una demanda contra el Estado de Surinam por violaciones al derecho a la propiedad y protección judicial del Pueblo Saramaka, los representantes del Pueblo Saramaka además demandaron por violación al reconocimiento de la personalidad jurídica de dicho Pueblo. La Corte dictó dos sentencias, la de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 28 de noviembre de 2007, y la sentencia de interpretación de la sentencia anterior de 12 de agosto de 2008, a continuación analizaré ambas sentencias en el ámbito del deber de consultar.

Derechos al territorio, al desarrollo y a la autodeterminación de los pueblos

En la sentencia de fondo del Caso Saramaka, la Corte describe puntualmente su jurisprudencia en derechos indígenas sobre el derecho de propiedad garantizado en el artículo 21³¹ de la Convención Americana, concluyendo que los Estados deben respetar la relación especial que los pueblos tienen con su territorio para garantizar su supervivencia social, cultural y económica. El artículo 21 debe leerse en conjunto con los artículos 1.1³² y 2³³ de la Convención los cuales obligan a los Estados a la adopción positiva de medidas especiales para garantizar el pleno e igualitario ejercicio de los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

Una interpretación medular que los pueblos indígenas deben hacer suya en esta sentencia es la que corresponde al artículo 29.b de la Convención. La Corte fundamenta que llegó a la conclusión de la protección de los territorios indígenas conforme al artículo 21 convencional, porque el artículo 29.b³⁴ de la Convención le prohíbe a la Corte Interamericana interpretar cualquier disposición de la

³¹ Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas en la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

³² Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...

³³ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³⁴ Artículo 29. Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ...b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con

Convención en el sentido de limitar el goce y ejercicio de los derechos o libertades que estén reconocidas por las leyes nacionales o por otros tratados en derechos humanos de los Estados Partes, habiendo utilizado la legislación nacional sobre pueblos indígenas de Nicaragua y Paraguay, así como el Convenio 169 de la OIT.

La Corte continúa profundizando su jurisprudencia, exponiendo que, aunque el Estado de Surinam no reconoce la propiedad comunal del Pueblo Saramaka en su legislación interna ni ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, sí ratificó en marzo de 1977 los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de la implementación del Pacto resolvió en el año 2003 que el derecho a la autodeterminación de los pueblos contenido en el artículo 1 común es aplicable a los pueblos indígenas. El artículo 1 común a los dos Pactos regula con base al derecho a la autodeterminación que los pueblos indígenas tienen el derecho de decidir sobre su desarrollo económico, social y cultural, disponiendo libremente de sus recursos naturales, por tanto, la Corte sentencia que conforme al artículo 29.b de la Convención Americana no puede interpretar el artículo 21 de la Convención en el sentido de limitar el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que el Estado de Surinam reconoció en los Pactos Internacionales. En igual sentido se refiere la Corte sobre el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, donde el Comité del Pacto analizando las obligaciones de los Estados Partes concluyó en 1994 que, no se negará a las comunidades indígenas el goce de su cultura conforme a su forma de vida con su territorio y el uso de sus recursos naturales.

La Corte concluyó que, con base a la normativa y jurisprudencia anterior del derecho de los derechos humanos para los pueblos indígenas, el artículo 21 de la Convención Americana (1) garantiza el derecho de los pueblos indígenas a determinar y gozar libremente de su desarrollo social, cultural y económico, y (2) garantiza el derecho a gozar de la particular relación espiritual que tienen con los territorios que han ocupado y usado tradicionalmente.

La unidad sistemática³⁵ en derechos humanos de los pueblos indígenas que como vimos el Relator Especial ha dado en llamar el entendimiento común internacional, es una interpretación jurídicamente coherente que, por la naturaleza judicial de la Corte Interamericana, todos los Estados Partes están obligados a cumplir. Entonces, para continuar con el análisis debemos tener presente en todo momento la integración normativa de los instrumentos internacionales mencionados, los cuales pueden sumarse pero no restarse.

Recursos naturales en territorios indígenas

La Corte explicita que, en el Caso Saramaka tanto el Estado como los Saramaka reclaman derechos sobre recursos naturales. El pueblo Saramaka argumentó que usar y gozar de los recursos naturales es una condición para que se materialice su derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención Americana, mientras el Estado justificó que, todos los derechos a la tierra particularmente los recursos naturales bajo la superficie, pertenecen al Estado, quien puede disponer libremente de los mismos a través de concesiones a terceros.

las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;...

³⁵ Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Tercera Edición, revisada y corregida. EDITORIAL TEMIS, S.A. Bogotá – Colombia, 2007, p.180.

La Corteidh sentencio que, la protección de los territorios indígenas es una necesidad para prevenir su extinción como pueblos, entendiendo territorio como tierras y recursos naturales. Según la Corte, si la supervivencia de los pueblos indígenas depende de sus territorios garantizando la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales para mantener su estilo de vida, se comprende que los recursos naturales que se encuentran en sus territorios estén protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana.

Restricciones al derecho de propiedad indígena

La Corte determinó como en otros casos, que los pueblos indígenas no tienen un derecho absoluto sobre sus territorios, los Estados pueden autorizar restricciones al uso y goce de los territorios indígenas siempre y cuando cumplan con 5 condiciones:

- Que hayan sido previamente establecidas por la ley;
- Que sean necesarias;
- Que sean proporcionales;
- Que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática; y,
- Que no implique una denegación de su subsistencia como pueblo.

Garantías en contra de las restricciones que denieguen la subsistencia como pueblos indígenas

Los Estados partes que han ratificado la Convención Americana están obligados a respetar los territorios indígenas compuestos por las tierras y recursos naturales según el artículo 21 de la misma; este no es un derecho absoluto pudiendo el Estado autorizar restricciones siempre que se cumplan con las 5 condiciones antes mencionadas. Ahora bien, la Corte continúa sentenciando que para asegurar que las restricciones anteriores no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblos indígenas el Estado debe cumplir con 3 garantías: Derecho a ser consultado y la obligación del consentimiento; a obtener beneficios razonables; y, Estudios de Impacto Ambiental y Social. Por ser el objeto del presente trabajo el deber de consulta no abordaré las dos garantías restantes.

El deber interamericano de los Estados de consultar a los pueblos indígenas y obtener su consentimiento

La Corte manifiesta que para garantizar la participación efectiva del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad según sus costumbres y tradiciones. Ese deber del Estado significa que acepte y brinde información con una comunicación constante entre ambas partes. Las consultas deben realizarse de buena fe a través de procedimientos culturalmente adecuados, teniendo como fin llegar a un acuerdo. Debe consultarse de conformidad con las propias tradiciones desde las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión, lo cual proporciona tiempo a las comunidades para la discusión interna, dando respuesta adecuada al Estado. El Estado debe garantizar que se tenga conocimiento de los riesgos, incluidos los ambientales y de salud, con el objetivo de que las comunidades acepten el proyecto con pleno conocimiento y voluntariamente. Por último, sentencia la Corte, la consulta debe tener en cuenta los métodos propios o tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. Para la Corte, en todos los casos, según organismos internacionales

sobre derechos humanos como el Relator Especial y el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, debe realizarse la consulta con la finalidad de llegar a un acuerdo, y cuando se trate de Megaproyectos, además de la consulta se tiene la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado.

Medidas de reparación a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas

Como la Corte sentenció, el artículo 21 de la Convención Americana garantiza la integridad de los territorios indígenas incluidos los recursos naturales con que cuenten, los cuales pueden ser restringidos legítimamente cumpliendo con las 5 limitaciones ya expuestas, realizando la consulta con las comunidades afectadas sobre el proyecto de desarrollo, compartiendo razonablemente los beneficios de dicho proyecto, y finalmente, realizando Estudios de Impacto Ambiental y Social.

La Corte luego de comprobar que el pueblo Saramaka se aprovecha de los recursos naturales de su territorio, concluye que el Estado no debió otorgar concesiones para explotar madera dentro de territorio Saramaka, hasta que hubiera cumplido con las 3 garantías mencionadas.

La Corte también analizó si la explotación minera en territorio Saramaka afectaba aquellos recursos naturales que han utilizado tradicionalmente y que son necesarios para su subsistencia cultural, concluyendo que, toda actividad de explotación de oro dentro de dicho territorio afectará, inevitablemente, otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo, por lo que el Estado tiene el deber de consultar al pueblo Saramaka conforme a sus costumbres y tradiciones sobre toda concesión minera que se pretenda otorgar, lo mismo aplica para cualquier otro tipo de concesiones sobre recursos naturales dentro del territorio Saramaka. Aunque las concesiones mineras son a pequeña escala la Corte sentenció que debió realizarse la consulta.

Conforme al derecho internacional por violaciones a la Convención Americana el Estado de Surinam tiene la obligación de reparar adecuadamente los daños producidos al pueblo Saramaka, ordenando la Corte, entre otras, como medida de satisfacción y garantías de no repetición, delimitar, demarcar y otorgar título de propiedad colectivo del territorio a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka; hasta no otorgar el título colectivo del territorio el Estado debe abstenerse de otorgar cualquier tipo de concesión a menos que obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Con respecto a las concesiones ya otorgadas, la Corte ordena al Estado de Surinam que las revise a la luz de la presente sentencia y la jurisprudencia de la Corte para determinar si debe modificar los derechos adquiridos. La Corte también ordenó que el Estado de Surinam elimine o modifique disposiciones internas que impidan proteger la propiedad comunitaria, adoptando en su lugar medidas legislativas o de otra índole que garanticen el derecho a los territorios, a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka. Otra medida de reparación es que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado según sus costumbres y tradiciones, y en su caso el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, sobre los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, el pueblo Saramaka debe ser consultado durante el proceso establecido para cumplir con estas reparaciones.

El Estado de Surinam solicitó a la Corte Interamericana una sentencia de interpretación de la sentencia de fondo. El 12 de agosto de 2008 la Corte sentencia, entre otras, que el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo Saramaka al menos en 6 asuntos:

1. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka;
2. El proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran;
3. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;
4. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;
5. Sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental; y,
6. En relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka.

Con lo anterior es evidente que la Corte coincide con el Relator Especial y la OIT en que, la consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y a la vez una obligación del Estado. La Corte le recuerda al Estado que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.

Para terminar la Corte hace un reconocimiento explícito que considero es propio de la pluralidad jurídica en Surinam; explica la Corte que cuando ha sentenciado que la consulta al pueblo Saramaka debe realizarse de conformidad con sus costumbres y tradiciones, reconoció que le corresponde al pueblo Saramaka, y no al Estado, decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por la Corte, por tanto, el pueblo Saramaka informará al Estado sobre quienes lo representaran para cada proceso consultivo, y el Estado está obligado a consultar con dichos representantes, una vez realizada la consulta el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto así como sus fundamentos, dependiendo del asunto a consultar.

Por aquello de las interpretaciones restrictivas, no puedo dejar de señalar que la Corte en su interpretación de la sentencia de fondo estableció que, las consultas corresponden a las restricciones dentro de territorios indígenas pero también aquellas otorgadas fuera pero que afecten a tales territorios.

4. PRINCIPIOS CONSULTIVOS EN LOS TRES SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS

Principios generales mínimos para celebrar una consulta previa de buena fe

Luego de la sistematización del derecho internacional sobre el deber de consultar en las Naciones Unidas, la OIT y el Sistema Interamericano, resta integrar los principales principios generales mínimos producidos por los tres sistemas que sirvan de guía para defender las consultas previas de buena fe, pudiendo ser más o menos los siguientes:

1. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es la base de las consultas previas de buena fe, por ser la expresión más autorizada del consenso y entendimiento común entre los Estados que contiene las principales fuentes del derecho internacionales de los derechos humanos de los pueblos indígenas.
2. Las consultas previas, efectivas y plenamente informadas tienen un contenido reparador.
3. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, deben interpretarse y aplicarse compatiblemente y afirmándose mutuamente.
4. Las consultas previas de buena fe se fundamentan jurídicamente en el derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos.
5. La consulta es un derecho fundamental colectivo de los pueblos indígenas.
6. El Estado es quien está obligado legalmente a llevar a cabo la consulta, no particulares ni empresas.
7. El Estado debe consultar todo tipo de medidas políticas, administrativas y legislativas que afecten directamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas.
8. La consulta debe realizarse previamente al otorgamiento de las concesiones administrativas y los proyectos legislativos, caso contrario la medida de reparación debe consistir, por lo menos, en anular la medida arbitraria por no ser consultada.
9. La consulta no se agota con la mera información o audiencias públicas.
10. La consulta debe ser de buena fe, de modo adecuado a las circunstancias, a través de procedimientos culturalmente adecuados teniendo como fin llegar a un acuerdo.
11. El ámbito temático de la consulta, significa que debe consultarse objetiva, imparcial, técnica, científica, y verazmente, todo tipo de información nacional e internacional con relación al tema y la problemática a consultar, los riesgos y consecuencias sociales, culturales, ambientales, salud, jurídicas y políticas
12. El ámbito geográfico de la consulta, significa desarrollar consultas nacionales, regionales, municipales, o comunitarias, de acuerdo a la medida y problemática a consultar.
13. El ámbito temporal de la consulta, significa que llevará el tiempo que sea necesaria para que los pueblos afectados puedan dar una respuesta suficientemente discutida y reflexiva dentro de sus comunidades y entre sus autoridades tradicionales, solicitando mayor información y aclaraciones o ampliaciones con una comunicación constante entre las Partes, la información debe darse a conocer desde las primeras etapas en que se formula la medida administrativa o legislativa.

14. La consulta debe realizarse por las comunidades a través de sus autoridades e instituciones representativas por medio de sus métodos propios y tradicionales para la toma de sus decisiones, lo cual garantiza que sea en su propio idioma.
15. Las consultas deben ser realizadas conforme a las costumbres y tradiciones de los pueblos interesados, correspondiéndoles decidir quién o quiénes les representan en cada proceso consultivo impulsado de acuerdo a la naturaleza del asunto a consultar, dando a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto así como sus fundamentos dependiendo del asunto consultado.
16. El Convenio y la Declaración se aplican para garantizar la no discriminación por tanto, su incumplimiento es racismo.
17. La consulta es la piedra angular de los derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas.
18. La consulta debe tener por objetivo, apoyar el desarrollo de las instituciones e iniciativas propias de los pueblos indígenas.
19. El resultado de la consulta es vinculante por medio de un acuerdo entre las partes, o bien, obteniendo el consentimiento.
20. El Convenio 169 de la OIT no es retroactivo pero debe aplicarse inmediatamente a su vigencia, incluyendo las acciones o consecuencias en ejecución previas a la vigencia del Convenio.
21. Previa autorización de cualquier tipo de restricción administrativa y legislativa a los derechos sobre la propiedad que habitan los pueblos indígenas, el Estado debe cumplir con las tres garantías del derecho internacional: 1) la consulta previa de buena fe para llegar a un acuerdo o en su caso obtener el consentimiento libre, previo e informado; 2) compartir razonablemente los beneficios; y, 3) realizar o supervisar estudios de evaluación de impactos ambientales, independientes y técnicamente capaces.
22. El territorio de los pueblos indígenas incluye las tierras y los recursos naturales que sean necesarios para su subsistencia cultural.

Capítulo II

EL DEBER DE CONSULTAR SEGÚN EL ESTADO DE GUATEMALA

1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA

Ubicación constitucional

Los principales artículos de la Constitución Política de la República relacionados son el 44 en cuanto a que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana; el 46 en cuanto al principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno; el 149 al expresar, Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales; el 204 donde, los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

La integración normativa anterior consta en dos instrumentos legales, el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad del año 1986, y el Decreto 2-89 del Congreso de la República Ley del Organismo Judicial del año 1989.

El artículo 3 de la Ley constitucional de Amparo mandata que:

“La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno.”

El artículo 114 de la misma Ley expresa:

“Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.”

El artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial mandata en el mismo sentido que:

“Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.”

Además conforme al artículo 149 constitucional al normas el Estado guatemalteco sus relaciones con el resto de Estados de conformidad con el derecho internacional, debe asumir el principio de que el derecho internacional en derecho derechos prevalece sobre el derecho interno, incluida la Constitución Política de la República.

Ahora bien, la Corte de Constitucionalidad –CC- ha sentenciado que, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino –en consonancia con el artículo 2 de la Convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional. El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución³⁶.

³⁶ Gaceta 18, expediente 280-90, sentencia del 19-10-90.

También ha sentenciado que, los tratados y convenios internacionales, no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad³⁷.

En otro caso, la Corte de Constitucionalidad expresó que, no tomará en cuenta, para el examen de constitucionalidad que se ha requerido, más que la preceptiva constitucional que se ha señalado como infringida, sin que ello implique inobservancia de la normativa convencional internacional, que también ha sido invocada como fundamento jurídico para sustentar la acción de inconstitucionalidad abstracta, pues de ella también extrae esta Corte el contenido esencial de los derechos que está llamada a tutelar, y las obligaciones que conforme a dichas normas ha asumido el Estado de Guatemala, mismos que se tienen presentes para la decisión que se asume en esta sentencia³⁸.

Ahora bien, la situación se complica aún más cuando la Corte de Constitucionalidad en el año 2002 emite una opinión consultiva en cuanto a la constitucionalidad del Estatuto de Roma, disponiendo que de ser ratificado por el Estado de Guatemala, entraría a su ordenamiento jurídico como uno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a que se refiere el artículo 46 de la Constitución Política de la República y por ello, con preeminencia sobre el Derecho Interno.

Luego en otro apartado del mismo fallo expresa que, los principios, garantías y derechos que incorpora el Estatuto de Roma son contestes con lo que al respecto establecen los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que Guatemala ha ratificado y que por virtud del artículo 44 constitucional han engrosado los derechos fundamentales reconocidos en la ley matriz guatemalteca.

Por otro lado, según el artículo 149 constitucional, Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados. Esto significa que el Estado guatemalteco se ha obligado constitucionalmente al principio internacional de los derechos humanos sobre la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.

La Corte de Constitucionalidad, ha sentenciado que el artículo 149 constitucional, reconoce que el Estado de Guatemala no puede oponer su legislación interna para cumplir sus obligaciones internacionales válidamente contraídas³⁹. También estima que las disposiciones convencionales de derecho internacional deben interpretarse conforme a los principios *pacta sunt servanda* y de buena fe, por lo que, salvo una confrontación abierta con el texto constitucional interno, su intelección deberá hacerse del modo que más armonice con la finalidad del instrumento que las contiene⁴⁰.

Así llegó la Corte de Constitucionalidad a opinar consultivamente en el año 1995 sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, que, “al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno

³⁷ Gaceta 43, expediente 131-95, sentencia del 12-03-97.

³⁸ Expediente 541-2006 del 29-11-07, publicada en el diario oficial el 12 de agosto de 2008.

³⁹ Gaceta 19, expediente 320-90, sentencia del 08-01-91.

⁴⁰ Gaceta 59, expediente 482-98, sentencia del 04-11-98.

y que en forma global no contradicen ningún precepto constitucional...”⁴¹ Dicha opinión abrió la puerta para que el Congreso de la República aprobara el Convenio 169 de la OIT al año siguiente.

También es importante reconocer que, según la jurisprudencia del sistema interamericano en derechos humanos y la misma Corte de Constitucionalidad ya citadas, independiente de la discusión sobre la jerarquía normativa, la Comisión y la Corte Interamericanas son órganos de carácter constitucional competentes en materia de derechos humanos. Como el Estado de Guatemala según la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados y los mismos tratados en derechos humanos, no puede oponer su sistema interno para el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en derechos humanos, la Corte de Constitucionalidad está obligada a cumplir con la jurisprudencia interamericana. No puede ser de otra manera, cuando soberanamente, el Estado guatemalteco al aprobar y ratificar la Convención, se obligó a cumplir lo pactado de buena fe. En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad expresó, en su opinión consultiva acerca del Estatuto de Roma ya citado, que, someterse a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional tiene precedentes como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴².

En todo caso, la confusión de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos⁴³ que padece la Corte de Constitucionalidad aunque no ha sido aclarada hasta ahora, sí ha dado un salto cualitativo importante, puesto que recientemente sentenció⁴⁴ por primera vez que constitucionalmente en Guatemala hay un *bloque de constitucionalidad* del cual forman parte los instrumentos internacionales en derechos humanos, constituyéndose así en parámetros de constitucionalidad. La Corte advierte en dicha sentencia que, el Estado de Guatemala tiene el compromiso internacional de reconocer el derecho fundamental colectivo de consulta de los pueblos indígenas,

y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable- a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país.

El bloque de constitucionalidad sobre consultas de los pueblos indígenas vigente en Guatemala está compuesto –según la sentencia- por el Convenio 169 de la OIT ratificado por Guatemala en 1996, así como los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones de la OIT; la Opinión consultiva de la misma Corte del año 1995 sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT; la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por

⁴¹ Expediente 199-95, Opinión Consultiva a solicitud del Congreso de la República, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 18 de mayo de 1995.

⁴² Expediente 171-2002.

⁴³ Me parece más apropiado el fundamento de Rohrmoser, expuesto en su calidad de Presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la ceremonia de transmisión de la Presidencia para el período 2002-2003 el 14 de abril de 2002 “...no es acertado argumentar que los derechos provenientes de un tratado de derechos humanos hagan su ingreso al orden interno por virtud del artículo 44. Ese ingreso se efectúa por virtud del artículo 46, pues de lo contrario se estarían confundiendo las normas del derecho internacional general de los derechos humanos, con las que son propias del derecho internacional convencional de los derechos humanos. Concretamente, el Artículo 44 se está refiriendo al Derecho impuesto por la costumbre, tanto nacional como internacional y en todo caso, si nos referimos a estas normas, serían las provenientes de cualquier lado, menos de un tratado, ya que para éstos, el legislador constituyente reservó en forma expresa el artículo 46. Es claro cuando dice: “...tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala...” Como lo advertimos, pensar de otra manera sería confundir las fuentes del derecho internacional.” Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo, “La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución” Revista Colegio Abogados y Notarios de Guatemala, Enero-Junio 2002, No.44, p.23.

⁴⁴ Expediente 3878-2007, sentencia del 21 de diciembre de 2009.

Guatemala en 1978, así como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ratificada por Guatemala en 1983 y las recomendaciones generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial del mismo; y, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 en el marco del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo.

El bloque de constitucionalidad, significa que, los instrumentos en derechos humanos de los pueblos indígenas junto a la Constitución Política se convierten en un guacal donde se mezclan integral y coherentemente todos los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas de los cuales toda la legislación, reglamentación y disposiciones de cualquier índole deben interpretarse y aplicarse con base a dicha forma, por tanto, nadie se puede salir del guacal si no quiere ser responsable civil y penalmente.

Por tanto, en el año 2010 los Pueblos Mayas, Garífuna y Xinca, continuarán la lucha por el respeto de sus derechos fundamentales con un nuevo marco constitucional. El bloque de constitucionalidad de los Pueblos Indígenas de Guatemala, parte fundamentalmente de la afirmación de la Corte de Constitucionalidad en cuanto a que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es la *directriz que refrenda y actualiza el pensamiento recogido en el Convenio 169 de la OIT*, por tanto, la Corte se pone al día con el derecho internacional de los derechos humanos, separándose de su propia jurisprudencia señalada anteriormente. Ahora se necesitan dos sentencias más en el mismo sentido para sentar nueva jurisprudencia y ser obligatoria para los otros tribunales⁴⁵.

Relatores y Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Como se vio en el apartado anterior, el cambio de jurisprudencia constitucional implica acatar los estudios de los diferentes mecanismos y organismos de los tres sistemas de derechos humanos abordados en el capítulo anterior, por eso adelanto algunas observaciones y recomendaciones para el Estado de Guatemala, a modo de perfilar el contenido y alcances de los derechos fundamentales especialmente el de consulta.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales para los pueblos indígenas⁴⁶, en el año 2003 informó que Guatemala no había establecido ningún mecanismo de consulta informada tal como lo prevé el Convenio 169 de la OIT ratificado por el Estado guatemalteco.

En cuanto al Relator Especial contra la Discriminación Racial concluyó en el año 2005 que, el racismo y la discriminación racial son una realidad profundamente arraigada en Guatemala que culminó con el genocidio de los pueblos indígenas⁴⁷.

El Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación⁴⁸, ha informado que, el Convenio 169 de la OIT exige a Guatemala que respete los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y los territorios,

⁴⁵ Art.43 de la Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad.

⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Adición Misión a Guatemala. E/CN.4/2003/90/Add.2. 10 de febrero de 2003.

⁴⁷ El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas la formas de discriminación Informe del Sr. Doudou Diène, Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Adición Misión a Guatemala. E/CN.4/2005/18/Add.2. 11 de marzo de 2005.

que no sean trasladados de sus tierras y que se salvaguarden especialmente sus derechos a los recursos naturales, en particular su derecho a participar en el uso, la gestión y la conservación de esos recursos, así como su derecho a ser consultados y a evaluar toda explotación de los recursos de las tierras que posean o de las que sean propietarios. En el mismo sentido, a juicio del Relator Especial, la Ley de minería no protege de forma suficiente los derechos de las comunidades indígenas sobre sus recursos naturales, en particular su derecho a ser consultadas de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT.

En cuanto a los Comités creados por los Tratados Internacionales⁴⁹, como se expresó en los capítulos anteriores, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege la integridad cultural de los pueblos indígenas incluyendo el derecho a la tierra y recursos naturales, en este sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hacia el Estado de Guatemala recomendando que, se tomen nuevas medidas para asegurar a los miembros de los grupos indígenas la protección contra la violencia dominante en el país y el pleno disfrute de sus derechos, de conformidad con el artículo 27 del Pacto, en particular en lo que se refiere a la conservación de su identidad cultural, idioma y religión⁵⁰. Debe también vigilar que la aplicación de esa legislación mejore la situación de los miembros de las comunidades indígenas en la práctica y no únicamente en la legislación⁵¹.

El Comité de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes, ante las graves denuncias por los desalojos a las comunidades de sus propias tierras, expresó al Estado de Guatemala que, debe adoptar medidas eficaces para impedir el uso de fuerza excesiva durante los desalojos, impartir formación específica sobre desalojos a las fuerzas de la policía, y velar por que las denuncias de desalojos forzados sean investigadas a fondo y los responsables sean procesados⁵².

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales forma parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha manifestado que, es indispensable crear una cultura de los derechos humanos y, en particular, abordar el problema de la discriminación culturalmente enraizada, que está difundida en Guatemala⁵³. El Comité alienta al Estado a que siga elaborando, mediante un proceso abierto y consultivo, un plan nacional general de derechos humanos...⁵⁴. Reitera su recomendación anterior y urge el Estado Parte que implemente las medidas establecidas en los Acuerdos de Paz de 1996, en particular los acuerdos relacionados con la reforma agraria y la devolución de las tierras comunales indígenas⁵⁵.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, instó al Estado a utilizar las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT como guía para resolver las cuestiones de distribución de la tierra y que examine, a la luz de la Convención contra la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, la cuestión de la indemnización por los bienes que no puedan restituirse⁵⁶. El Comité exhorta al Estado a que tome medidas que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras y territorios. En los casos en que

⁴⁸ Los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la alimentación. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. Adición Misión a Guatemala. E/CN.4/2006/44/Add.1. 18 de enero de 2006.

⁴⁹ Las recomendaciones de los órganos de tratados a Guatemala: Evaluación del cumplimiento de las observaciones finales emitidas por los órganos de tratados de Naciones Unidas al Estado de Guatemala entre 1994 y 2007. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDH), 2008.

⁵⁰ (CCPR/34/1996) (CCPR/29/2001).

⁵¹ (CCPR/29/2001).

⁵² (CAT/21/2006).

⁵³ (CESCR/33/1996).

⁵⁴ (CESCR/46/2003).

⁵⁵ (E/C.12/1/add.3, parágrafo 24) (CESCR/42/2003) (CESCR/1/996).

⁵⁶ (CERD/31/1997).

se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se hayan ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de aquellas poblaciones, el Comité recomienda al Estado que adopte medidas para que dichas tierras les sean devueltas⁵⁷. Recomendando al Estado que al tomar decisiones relacionadas directamente con los derechos e intereses de los pueblos indígenas se esfuerce en obtener su consentimiento con conocimiento de causa como se establece en la Recomendación general 23, párrafo 4d⁵⁸, también recomienda que el Estado incluya, antes de adoptar la Ley reguladora del Procedimiento Consultivo, una cláusula referente al derecho de consulta de los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos con el fin de asegurar su consentimiento por tales medidas⁵⁹.

El Comité contra la Eliminación contra la Mujer, ha alentado al Estado a adoptar medidas concretas y específicas, así como con criterios de evaluación y plazos precisos, para acelerar la mejora de las condiciones de las mujeres indígenas en todos los ámbitos de la vida. Exhorta al Estado parte a que vele por que las mujeres de los pueblos maya, xinca y garífuna tengan pleno acceso a la tierra, la educación y los servicios de salud y puedan participar plenamente en los procesos de adopción de decisiones⁶⁰.

Como se evidencia al conocer las observaciones y recomendaciones de los Comités de las Naciones Unidas, los trece años de los Acuerdos de Paz transparentan la sistemática violación de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas en Guatemala.

La Comisión de Expertos de la OIT

Como parte de la interpretación y aplicación del bloque de constitucionalidad de los Pueblos Indígenas de Guatemala, el informe anual por países de la Comisión de Expertos de la OIT en aplicación de convenios y recomendaciones adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo, 98^o reunión, 2009⁶¹, dictando recomendaciones generales imprescindibles para la implementación de las consultas previas en Guatemala:

- El gobierno aplique plenamente el artículo 15 del Convenio y que establezca consultas previas en los casos de exploración y explotación de recursos naturales que puedan afectar a comunidades indígenas⁶², asegurando en todas las etapas del proceso consultivo la participación de los consultados.
- El gobierno debe subsanar las consecuencias producidas por el otorgamiento de la licencia de exploración, incluyendo una evaluación en consulta con las comunidades interesadas, para determinar si dichos intereses fueron perjudicados, en qué medida, y asegurar una indemnización equitativa por los daños causados conforme al artículo 15,2) del Convenio.

⁵⁷ (CERD/17/2006).

⁵⁸ (CERD/19/2006).

⁵⁹ (CERD/19/2006).

⁶⁰ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Guatemala. (CEDAW/42/2009).

⁶¹ Conferencia Internacional del Trabajo, 98.^a reunión, 2009, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

⁶² La Comisión de Expertos de la OIT en comunicación del año 1998 informa al Estado de Guatemala que de acuerdo al artículo 1 del Convenio se reconocen a los mayas, garífunas y xinkas y que representan unos cinco millones de habitantes en el país; también solicita al Estado información de los mecanismos de consulta establecidos de conformidad con el Convenio.

- El gobierno debe iniciar un proceso de consulta previo al otorgar licencias de exploración y explotación en las tierras objeto de la reclamación, manteniendo procedimientos de consulta y participación con todas las comunidades afectadas que ocupan o utilizan de alguna manera dichas tierras, tengan o no título de propiedad.
- El gobierno en consulta con los pueblos indígenas tome las medidas necesarias para garantizar los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras a que se refiere el artículo 14 del Convenio.
- El gobierno en consulta con las comunidades afectadas según la reclamación, adopte medidas transitorias de protección de dichos derechos en tanto se complete el proceso de regulación de las tierras.
- Invitar al gobierno a desarrollar una acción coordinada y sistemática según los artículos 2 y 33 del Convenio con la participación de los pueblos indígenas al aplicar el Convenio.
- Invitar al gobierno a la elaboración y adopción de una Ley de Consulta a Pueblos Indígenas y una adecuada reglamentación de las consultas previo a la exploración y explotación de los recursos naturales como minerales, forestales, hídricos, entre otros, a los que se refiere el artículo 15 del Convenio.

Nada de lo anterior ha sido cumplido por el gobierno al día de hoy lo cual le hace responsable internacionalmente como violador sistemático de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas en cuanto al derecho de consulta, y demás derechos que le conforman, reafirmando la violación sistemática de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas entre la OIT y las Naciones Unidas. En mismo Informe de la OIT contiene el estudio sobre Guatemala en cuanto a casos particulares donde se examinan el Caso de San Juan Sacatepéquez y la empresa cementera, también el Caso de la minera Montana en San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa, a los cuales haré referencia más adelante cuando aborde el estudio de casos; en el mismo apartado analizaré el Caso de la explotación de Niquel en el Estor contenido en otra comunicación pero que me parece oportuno por la gravedad de los hechos que acontecen en tales territorios indígenas.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Guatemala es Estado Parte en la Convención Americana desde el 25 de mayo de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de marzo de 1987⁶³. Al ser Parte Guatemala de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene la obligación de cumplir las sentencias contra sí misma pero también las sentencias contra otros países puesto que es una sola jurisprudencia en derechos humanos para la región continental, por ello, el Caso Saramaka es aplicable a Guatemala, donde el Estado debe cumplir con las 3 garantías para asegurar la subsistencia de los pueblos indígenas como tales. Recordando las tres garantías son la consulta previa a todo tipo de Proyectos de desarrollo o inversión con el objetivo de llegar a un acuerdo o bien obtener el consentimiento, y en el caso de los Megaproyectos además de la obligación de llevar a cabo la consulta el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado; la segunda garantías es la de compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con los pueblos indígenas; y finalmente, el Estado debe realizar o supervisar estudios de impacto ambiental y social imparciales y técnicamente capaces. Sólo después de cumplir con las tres

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de abril de 2004 (Fondo).

garantías puede otorgar una concesión o licencia que afecte los recursos naturales sobre los territorios sobre los que los pueblos indígenas tengan derechos, como la propiedad, el uso, la posesión. Dicho sea de paso, el Estado de Guatemala ha sido condenado reiteradamente⁶⁴ por la Corte Interamericana por violar la Convención Americana y otros instrumentos internacionales a los que se obligó soberanamente a cumplir.

Pero más trascendente es la comunicación pública del 12 de junio de 2009 en Guatemala, cuando el Comisionado y Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comunicó públicamente que, se han otorgado concesiones para represas de diferente envergadura en territorios indígenas sin que se hubiera realizado una consulta previa adecuada a los afectados, además que la Corte de Constitucionalidad negó valor vinculante a los procesos de consulta municipales realizados. El Relator comunicó que en tal sentido, reitera que la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados a realizar consulta previa, libre e informada, destinada a obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas, potencialmente afectadas por los programas de desarrollo y los proyectos de inversión que se ejecuten en sus territorios⁶⁵.

Como se ha evidenciado, los tres sistemas de derechos humanos en Guatemala demuestran que las violaciones a los derechos humanos individuales y colectivos de los Pueblos Indígenas son sistemáticas, particularmente el deber de consultar ha sido inobservada absolutamente a pesar de las diferentes exigencias de la OIT, Naciones Unidas y la Comisión y Corte Interamericanas. Esperemos que la innovación en la jurisprudencia constitucional guatemalteca en cuanto al bloque de constitucional surta sus efectos.

2. EL DEBER DE CELEBRAR CONSULTAS Y COOPERAR DE BUENA FE ANTES DE ADOPTAR Y APLICAR MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

El deber de consultar de la Administración Pública

Como ha expresado el Relator Especial la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas tiene un objetivo fundamentalmente reparador para los pueblos, es decir, que debe

⁶⁴ Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004, Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004, Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, excepción, preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009.

⁶⁵ El comunicado puede consultarse en la dirección electrónica de la CIDH consultada el 26 de noviembre de 2009 a las 14:03 horas <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2009/37-09sp.htm>

aplicarse precisamente para reparar aquellas decisiones del Estado donde no se haya considerado la participación efectiva de los pueblos indígenas en las políticas públicas del Estado. Además, desde hace 20 años que inicio la vigencia del Convenio 169 de la OIT se reconoció como un derecho fundamental internacionalmente reconocido. Un derecho colectivo de los pueblos que tiene carácter prestacional, es decir, que requiere del Estado comportamientos positivos o proactivos para su efectivización, de ahí el deber del Estado de consultar, son las dos caras de la misma moneda.

En tal sentido, la Constitución Política de la República no establece expresamente el deber de consultar del Estado guatemalteco para con los pueblos y comunidades indígena del país, lo hace para procesos consultivos en general a cargo del Tribunal Supremo Electoral, y reconoce en el artículo 66 las costumbres, tradiciones, y formas de organización social de las comunidades indígenas, y en los artículos 67 y 68 las tierras de las comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad, incluyendo las que históricamente les pertenecen. Es aquí donde opera el bloque de constitucionalidad de los Pueblos Indígenas sobre consultas, en cuanto a que el Estado tiene la obligación de consultar las medidas administrativas previamente a ser autorizadas por el gobierno central y por los gobiernos municipales.

Como vimos extensamente en el capítulo primero de este trabajo, la aplicación del Convenio es un mandato legal irrenunciable por lo menos en un Estado Plural y Democrático de Derecho. En todo caso, el Convenio inició su vigencia para el Estado guatemalteco hace 13 años, lo cual significa que la falta de desarrollo normativo por parte del Congreso de la República, o reglamentación por parte del Presidente de la República para su aplicación es el típico mecanismo de impunidad para obstaculizar su cumplimiento. Lo contrario significa aceptar que la aprobación y ratificación del Convenio fueron actos simbólicos desprovistos de consecuencias jurídicas, constituyéndose en una medida contraria a los derechos fundamentales de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca, es decir, en una desigualdad más conocida en este contexto como racismo.

Sin embargo, el trillado argumento de la falta de desarrollo normativo es retórico, puesto que el Código Municipal y la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, regulan el deber del Estado de consultar. Por ello, la falta de regulación es una justificación decrepita que denota el positivismo ideológico del Estado ante sus deberes constitucionales y ante el derecho internacional de los derechos humanos, evadiendo su responsabilidad arrogantemente como todo un *Leviatán*⁶⁶.

El artículo 63 del Código Municipal establece que, el Concejo Municipal podrá acordar la celebración de consultas, tomando en cuenta las modalidades del artículo 64 en cuanto a la consulta de vecinos, y la del artículo 65 sobre la consulta a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. El artículo 66 determinar que las modalidades de los artículos 64 y 65 no son las únicas, podrán realizarse *entre otras* de la manera siguiente, señalando criterios operativos como la consulta por medio de boletas según sea el caso, o bien, aplicando los criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso, haciendo referencia expresa a la pluralidad jurídica de los pueblos indígenas guatemaltecos lo cual es compatible con los principios generales mínimos para una consulta previa de buena fe.

Previo al análisis de las modalidades de la consulta, considero oportuno agregar que la consulta general del artículo 63 que rige las demás en su versión de modalidades, es el eje tras el cual gravitan el deber de consultar del gobierno central y el deber de consultar de los gobiernos municipales. En cuanto al gobierno central, dicha consulta se ha constituido en la bisagra entre el gobierno consultante de las medidas previas a autorizar, y los consultados en cuanto a tales medidas de afectación directa a sus intereses y derechos comunitarios y como pueblos. En cuanto a los

⁶⁶ Hobbes, Thomas. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Primera edición en inglés en 1651. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, D.F. 1980, p.262.

gobiernos municipales, tal consulta está constituida como el dispositivo municipal de las medidas a consultar previamente a su autorización hacia las comunidades y pueblos que habitan la circunscripción territorial municipal. La misma función le corresponde a las mancomunidades municipales⁶⁷ las cuales están llamadas a cumplir con las consultas regionales previas de buena fe, especialmente en materia lingüística donde pueblos indígenas compartir municipios comunes.

En particular, interesa para efectos de este trabajo la modalidad de consulta del artículo 65 para las comunidades o autoridades indígenas del municipio, aunque como repito según el artículo 66 el Concejo Municipal podría adoptar *entre otras*. Según la consulta a las comunidades o autoridades indígenas, el Concejo Municipal podrá realizar consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades o sus autoridades propias, aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

Ahora bien, aunque el mismo Código señala que las consultas pueden adoptar diferentes modalidades, el último párrafo del artículo 66 del Código está generando confusiones. Dicho párrafo señala que los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el 50% de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado. La confusión radica en que, por un lado, se reconoce la consulta por medio del sistema jurídico propio, pero por otro, para que sea vinculante el resultado debe participar por lo menos el 50% de los vecinos empadronados, cuando el empadronamiento no constituye un mecanismo propio del sistema jurídico comunitario, y muchas personas sobre todo las mujeres, niños y jóvenes no están empadronadas por lo cual se considera un obstáculo para llevar a cabo las consultas con identidad de género y el interés superior de la niñez. Se ha entendido que el empadronamiento sería del total de vecinos del Municipio, y otra interpretación es que, sería sólo de quienes participan en la consulta. Las comunidades en Asambleas a través de sus instituciones y autoridades representativas han tomado la decisión de celebrar las consultas con base a los criterios del sistema jurídico propio. Esta diferencia de porcentajes para la participación política de los pueblos indígenas es desproporcional e irrazonable jurídicamente, por lo que es una medida legislativa racista. He aquí la importancia de que el Congreso de la República consulte previamente de buena fe cuando apruebe una Ley que afecte a los pueblos indígenas.

Y nuevamente, entra a operar el bloque de constitucionalidad de los pueblos indígenas sobre consultas, puesto que –como ya se expuso- la Corte de Constitucionalidad sentencio en contra del Concejo Municipal de San Juan Sacatepéquez que,

“...resulta errado condicional la viabilidad a los parámetros previstos en el artículo 65 ibídem, cuando la misma tiene por propósito servir de vehículo al reclamo sobre la observancia de un derecho que está reconocido en instrumentos de carácter internacional (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) que, al versar sobre Derechos Humanos, no pueden estar supeditados a requerimientos fijados en la regulación ordinaria interna, por aplicación del precepto contenido en el artículo 46 de la Constitución. Consecuentemente, el deber de la referida institución municipal es facilitar las condiciones para el ejercicio del

⁶⁷ Según el artículo 49 del Código Municipal guatemalteco, las comunidades de municipios son asociaciones de municipios con personalidad jurídica, constituidas mediante acuerdos celebrados entre los concejos de dos o más municipios, de conformidad con la ley, para la formulación común de políticas públicas municipales, planes, programas y proyectos, la ejecución de obras y, la prestación eficiente de servicios de sus competencias.

derecho, suministrando los medios pertinentes, y en general, brindando el apoyo institucional que sea necesario para el efecto.”

Por tanto, los porcentajes contenidos en el Código Municipal para llevar a cabo las consultas ya no pueden constituir un obstáculo para realizar las mismas.

Como también expresé, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural establece en el artículo 26 en cuanto a “Consultas a los pueblos indígenas”, que, en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los concejos de desarrollo. En efecto, en la práctica las comunidades y sus autoridades comunales, así como el Concejo Municipal desarrollan la consulta por medio de Concejo Municipal de Desarrollo lo cual le dota de mayor legitimidad a los procesos consultivos.

Comparto la opinión de las comunidades y sus autoridades comunales, en cuanto a que las disposiciones legales expuestas son suficientes. La carencia que no completa el modelo es la del Presidente de la República, en cuanto a que sería suficiente que emitiera un Acuerdo Gubernativo donde se determinen el asunto a consultar, y los mecanismos de información y comunicación que deberán ser puesto a disposición del Concejo Municipal de la circunscripción donde se encuentre las comunidades y/o pueblos indígenas que potencialmente serían afectados en caso se llegara a la autorización de la concesión o licencia por parte del Ministerio respectivo. Esto daría inicio al proceso consultivo, a partir del cual en el Concejo Municipal de Desarrollo –COMUDE- se acordarían la implementación del proceso consultivo y los tiempos tentativos haciendo la convocatoria a consulta por medio del Acuerdo Municipal respectivo. Por supuesto, sería a partir de un Acuerdo Gubernativo donde el Presidente de la República⁶⁸ es el máximo responsable mientras se emite la legislación y reglamentación adecuada, puesto que sería intolerable que se convocara a partir de los ministerios de gobierno, no me quiero imaginar una convocatoria a consulta por el Ministro de Defensa cuando el genocidio continúa impune. La efectiva coordinación y respeto entre los dos niveles de la administración pública, gobierno central y gobiernos municipales, es lo que constituye que una consulta sea de buena fe.

Celebrar consultas administrativas según el Congreso de la República

Aunque en el punto tres del presente capítulo abordaré el deber de consultar del Congreso, la Comisión Extraordinaria Nacional de Transparencia del Congreso presentó el “Informe de Investigación y Verificación del Proceso de Autorización De las licencias de Explotación en Los Municipios de San Juan Sacatepequez, Departamento de Guatemala y del Municipio de San Miguel Ixtahuacán, Departamento de San Marcos” (sic), el 23 de octubre de 2009, el cual se refiere a medidas administrativas consultivas por lo que será analizado en este apartado.

La Comisión de Transparencia informa de tres tipos de consulta, la de Sipacapa, la de San Miguel Ixtahuacán, y la de San Juan Sacatepéquez, afirmando que la diversidad de tipologías consultivas implica falta de unificación de los procedimientos para llevar a cabo la consulta, necesitando legislación para una feliz realización. Como se evidencia a estas alturas del presente trabajo, el

⁶⁸ El Relator Especial –capítulo anterior-, expuso que una consulta, necesita contar con un punto focal dentro de la administración del Estado para planificarla y llevarla a cabo, compilar y sistematizar los resultados. El punto focal debe ser de carácter técnico, funcionalmente independiente, y contar con la participación de expertas/os indígenas. Una de las primeras tareas del punto focal será determinar los procedimientos para llevar a cabo la consulta, lo cual deberá ser consultado con los pueblos o comunidades afectadas para garantizar su efectividad.

análisis parlamentario parte de una premisa falaz: El Convenio 169 de la OIT no tiene carácter normativo. La misma Comisión informa que no encontró en la legislación nacional procedimientos para llevar a cabo la consulta, lo cual demuestra la superficialidad de su investigación. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT desarrollan los principales procedimientos para celebrar una consulta previa de buena fe, además de los Informes de los órganos de control de la OIT, de los Relatores Especiales y especialmente las sentencias del Caso Saramaka de la Corte Interamericana, instrumentos que han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional por el propio Congreso de la República a través del Decreto de Aprobación correspondiente⁶⁹. Es preocupante que los mismos diputados/as desconozcan su propio trabajo, ignorando la Constitución Política de la República. La Comisión reconoce que las consultas no fueron previas en alusión a la grave arbitrariedad del gobierno central al no llevar a cabo las consultas previamente al otorgamiento de las licencias mineras.

La Comisión de Transparencia aparenta presentar un informe progresista en cuanto a mostrar su preocupación por el incumplimiento del Convenio, pero página siguiente lo justifica y condiciona a la existencia de una ley, diciéndonos que 13 años después de que el Convenio fue constitucionalmente asimilado por el ordenamiento jurídico nacional los pueblos indígenas deben seguir soportando el incumplimiento por el tiempo necesario que tome desarrollar la legislación respectiva. En otras palabras, la ratificación del Convenio ha sido convertida en un mecanismo de impunidad más. El cúmulo de arbitrariedades va estructurando los mecanismos de impunidad en el Estado, convirtiéndose en costumbre y por tanto en fuente de derecho para el poder público, es común escuchar a los funcionarios y empleados públicos justificar que “así se ha hecho siempre”.

Aquí es donde aplicamos de nuevo el bloque de constitucionalidad removiendo los obstáculos que los poderes del Estado se empeñan en mantener, a continuación analizaré cómo el Congreso de la República asumió la consulta previa de buena fe en la administración pública a partir de los casos mencionados, y sumando el caso de las comunidades quechías del Estor, Izabal.

Consulta inadecuada del Concejo Municipal de San Miguel Ixtahuacán

La Comisión se refiere a dos tipos de consulta en los Municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán, ambos del Departamento de San Marcos. En Sipacapa se ubica el pueblo maya sipakapense, y en San Miguel el pueblo maya mam. Entre ambos municipios se ha instalado la empresa minera canadiense Goldcorp quien estableció en Guatemala su subsidiaria Montana Exploradora de Guatemala S.A., la cual explota oro y plata a través de la mina marlín⁷⁰.

El gobierno de Guatemala a través del Ministerio de Energía y Minas otorgó licencias de exploración y explotación a la empresa Goldcorp sin llevar a cabo la consulta previa para obtener el consentimiento libre, previo e informado por tratarse de un Megaproyecto minero. El pueblo maya sipakapense y el pueblo maya mam habitan tradicionalmente en sus territorios previo a la colonización española, conservando instituciones sociales, económicas, culturales y políticas⁷¹ propias.

El 8 de septiembre del año 2003, el Concejo Municipal de San Miguel Ixtahuacán dictó y suscribió el acta 16-2003, donde expresa que, el Concejo Municipal y Alcaldes Auxiliares⁷² presentes

⁶⁹ Corte de Constitucionalidad, gaceta No. 43, expediente No. 11-96, página No. 13, sentencia: 05-02-97.

⁷⁰ El 85% de la mina está en territorio maya mam en San Miguel y el 15% en territorio maya sipakapense en Sipacapa.

⁷¹ Art. 1 del Convenio.

⁷² El Código Municipal reconoce a las Alcaldías comunitarias o alcaldías auxiliares, así como a las Alcaldías indígenas.

aprueban los trabajos de exploración que la mina marlín está llevando a cabo en el municipio. El Concejo Municipal no cita ningún tipo de fundamento legal sobre la que basa su decisión o “consulta” como le llama la Comisión por la Transparencia. En el acta queda claro que no se trata de una consulta sino de una “aprobación” al proyecto minero limitándose a la exploración, no hace mención a la explotación cuya licencia obtuvo el 27 de noviembre del mismo año.

Si bien es cierto, el Concejo Municipal podrá consulta la opinión de los Consejos Comunitarios de Desarrollo –COCODES- a través de sus representantes autorizados⁷³, en el acta del 8 de septiembre de 2003 se encuentran presentes sólo el Concejo Municipal y los Alcaldes Auxiliares o Comunitarios, lo cual significa que el Alcalde conocido aliado de la empresa minera haya fraguado una supuesta consulta con las autoridades comunales como lo regula el artículo 65 del Código Municipal, puesto que dicho artículo regula la consulta a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Aunque el acta no lo exprese parece que este fue el objetivo. Alcaldes Comunitarios que firmaron el acta dan testimonio de que fueron engañados, debido a que el Alcalde les planteo las operaciones de la mina como un gran desarrollo para las comunidades y sin consecuencias ambientales, cuando no contaron con información sobre el proceso industrial con cianuro⁷⁴ y descargas a los ríos⁷⁵, la minería a cielo abierto y subterránea con explosivos⁷⁶, deforestación⁷⁷, rellenos sanitarios⁷⁸, consumos de agua⁷⁹. Hoy día, los Alcaldes Comunales dicen haber sido engañados por el Alcalde Municipal y la empresa⁸⁰. En fin, la Comisión por la Transparencia efectuó una investigación carente de imparcialidad al dar por válida una consulta de este tipo, puesto que la misma no cumple con los artículos 6 y 15 del Convenio en cuanto a consultar a los pueblos, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, si bien los alcaldes comunales sí son instituciones representativas la “consulta” no fue realizada a las comunidades por medio de su Asamblea Comunitaria. Por otro lado, un megaproyecto minero como la mina marlín no es una medida administrativa que según el artículo 65 del Código Municipal afecte en particular los derechos e intereses de las autoridades comunitarias, sino de las comunidades. Por ello, la consulta procede a las comunidades a través de sus autoridades, y no a las autoridades con exclusión de las comunidades. Esta “consulta” no fue adecuada ni de buena fe conforme a las circunstancias, además el consentimiento de los alcaldes comunales está viciado por falta de información suficiente, imparcial y veraz.

⁷³ Artículo 38 del Código Municipal.

⁷⁴ El Ministro de Ambiente y Recursos Naturales comunicó en conferencia de prensa el 29 de julio de 2009 que la empresa montana había ingresado desde el año 2005 más de 3.2 millones de kilos de cianuro sin pagar la licencia ambiental respectiva.

⁷⁵ El Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental –EIA- de la empresa Montana propiedad de la Goldcorp expresa que las descargas del agua cianuradas serán necesarias, vecinos dan testimonio de que a media noche la empresa realiza descargas en el río Cuilco y Tzalá alrededor de la mina y las comunidades; la extracción por cianuro del oro y plata inicia en el año 2005 y la planta de tratamiento para dicha agua inició trabajos en abril de 2009. El dique de colas o represa donde se deposita el agua cianurada no tiene una membrana de protección para evitar infiltraciones hacia los mantos friáticos, según el EIA el suelo rocoso del lugar es suficiente para contener las fugas, evaluación seriamente cuestionada por expertos en ingeniería minera.

⁷⁶ Al día de hoy el inventario de casas agrietadas de techos, pisos y paredes es de 120 por las explosiones a cielo abierto y subterránea.

⁷⁷ Según el EIA han sido depredadas 289 hectáreas de bosque.

⁷⁸ Según el EIA los rellenos tienen entre 6 a 8 de profundidad bajo la tierra y 50 metros de largo, depositando desperdicios de hule, plásticos, llantas usadas, residuos de madera, envases, bosas plásticas, papel de desecho, chatarra, desechos domésticos, empaques de cianuro de madera y plástico. Calculan en 170 barriles de desecho por mes.

⁷⁹ Según el EIA la planta de procesamiento consume al año 1.5 millones de metros cúbicos, cerca de 1.2 millones de metros cúbicos provendrán del embalse de lodos, y 300,000 metros cúbicos del río Tzalá. La mina consumo por lo menos 250 metros cúbicos por hora, lo que equivale a un millón de vasos de agua por hora, diariamente son 24 millones de vasos de agua. Según el EIA se extraerá aproximadamente la cuarta parte del caudal del río Tzalá, el cual según el EIA ya no contará con las condiciones para la presencia de peces.

⁸⁰ Entrevista con vecino de San Miguel Ixtahuacán que fue Alcalde Comunitario.

Finalmente, la Comisión por la Transparencia informa que el Alcalde, el Concejo Municipal, los miembros de los Concejos Comunitarios de Desarrollo –COCODES-, y habitantes del Municipio están planificando llevar a cabo una consulta conforme al Convenio 169, seis años después de haber otorgado el gobierno la licencia de explotación. En efecto, el COMUDE decidió en sesión del 6 de julio de este año, llevar a cabo la consulta comunitaria⁸¹ para determinar si las 61 comunidades de San Miguel están dispuestas a continuar soportando la explotación de la mina marlin.

Consulta inadecuada de la minera Montana y el Banco Mundial en San Miguel Ixtahuacán

La Comisión de Transparencia tampoco tomó en cuenta el “Informe de Cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, en la Fase de Planificación del PROYECTO MINERO MARLIN I, San Miguel Ixtahuacán, San Marcos, Guatemala, Marzo, 2004. Montana Exploradora de Guatemala, S.A.” el cual puede ser consultado y obtenido en el sitio de internet del Banco Mundial⁸² donde la empresa expresó que cumplió junto al Estado de Guatemala con el derecho de consulta del artículo 6 del Convenio 169 en los siguientes términos:

“El Estado de Guatemala a través del MARN, puso a disposición en la Delegación de San Marcos y en las oficinas centrales, el Estudio de EIAS del Proyecto, previo a su aprobación, durante un período de 20 días hábiles para recopilar cualquier comentario u oposición al Estudio, lo cual no se dio. El MEM también abrió mediante la publicación de Edictos, un espacio de consulta y oposición pública previo a autorizar la explotación minera, por un espacio mayor de 30 días.”⁸³

El Banco Mundial también narra su historia sobre la consulta para justificar el préstamo en los siguientes términos:

La Corporación Financiera Internacional –CFI- el brazo del sector privado del Grupo del Banco Mundial prestó a Montana Exploradora 45 millones de dólares para la Mina Marlin. Las comunidades locales afectadas fueron debida y ampliamente consultadas, las consultas se llevaron a cabo bajo la supervisión del gobierno nacional y con la participación de los gobiernos locales. Licencia de explotación minera de fecha 27 de noviembre 2003 reúne todos los requisitos legales en la legislación guatemalteca, incluida la consulta y los requisitos de divulgación pública. La disponibilidad de los documentos del proyecto fue anunciado en el periódico "Nuestro Diario" (en español y en Mam) ya través de una estación de radio local, "Radio Creativa" (también en español y mam). Además, el Resumen Ejecutivo de la EIAS fue traducido a mam, grabado en un CD de audio. La licencia minera fue aprobada por el Ministerio de Energía y Minas, el Procurador General de la Nación, y el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. El Ministerio de Medio Ambiente supervisó las actividades de consulta que se llevaron a cabo como parte de la preparación de la EIAS y las consideró suficientes. La divulgación y consulta pública demuestra que las comunidades indígenas afectadas fueron consultadas adecuadamente y que se les proporcionó muchas oportunidades para expresar sus opiniones e inquietudes. La información recogida durante las reuniones de consulta puso de manifiesto que las comunidades locales y sus dirigentes apoyaron el proyecto. Antes de llevar a cabo la exploración, se requiere el consentimiento de los

⁸¹ El autor del presente trabajo, es uno de los asesores legales ante el COMUDE para la organización de la consulta comunitaria, a propuesta de organizaciones sociales y autoridades comunales de san miguel.

⁸² Consultado el 4 de enero de 2010 a las 15:12 horas

<http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/marlinreportspanish.pdf>

⁸³ Página 2-5 del Informe.

propietarios de tierras y la aprobación de los representantes locales. La tierra de la mina fue adquirida por un comprador/vendedor voluntario, procedimiento que en sí es una prueba concreta de la consulta y consentimiento. Personal de la CFI han hecho numerosas visitas a la zona de la mina para cumplir con la población local y sus funcionarios electos. Sigue siendo importante el apoyo local para el proyecto, aunque también hay oposición, en particular en el pueblo de Sipacapa⁸⁴.

En cuanto al reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales donde se regula un componente de participación pública, la Corte de Constitucionalidad conforme al bloque de constitucionalidad, sentenció *la impropiedad de que un derecho sustantivo con respaldo internacional se entendiera positivado a nivel interno en un cuerpo reglamentario –ni siquiera es aludido explícitamente como tal-, y no en una ley ordinaria.*

Es evidente que lo que llaman consulta la empresa minera, el banco mundial y el Estado de Guatemala, no cumplieron con el derecho internacional desarrollado en el primer capítulo del presente trabajo, donde el Relator ha informado que, el deber de consultar del Estado es indelegable, debido a que los intereses lucrativos de la empresa privada pueden ser incompatibles con el interés público y con el interés superior de los pueblos indígenas. El Relator se refiere a la diligencia debida a la que sí están obligadas las empresas privadas en cuanto a no violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas por acción o por omisión, como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto. Al contrastar los informes del banco mundial y la empresa minera, así como las respuestas del gobierno y el congreso de la república, sobre las “consultas” realizadas o por realizar, no queda más que el profundo sabor amargo del racismo. Y como el banco mundial reconoció, el pueblo de Sipacapa se opuso rotundamente, mejor analicemos el caso para continuar con el contraste.

Consulta Maya sipakapense

Esta si fue una consulta comunitaria conforme a los artículos 6 y 15 del Convenio, y el Código Municipal, como efectivamente lo reguló el acta 4-2005 de 24 de enero de 2005, donde el Concejo Municipal acordó, consultar de buena fe conforme a los usos y costumbres del pueblo sipakapense a las autoridades indígenas, a la población indígena de ascendencia maya sipakapense del Municipio de Sipacapa, para que se pronuncien en contra o a favor de la actividad minera de reconocimiento, exploración y explotación de minerales metálicos a cielo abierto que se pretende efectuar dentro del territorio de Sipacapa, San Marcos, y determinar con ello de que manera sus intereses son perjudicados por dicha actividad. El 7 de febrero del mismo año, según acta 6-2005 la Corporación Municipal acuerda elaborar el reglamento de la consulta, nombrar una comisión política, nombrar una comisión de apoyo técnico. El 28 de febrero del mismo año, la Corporación acuerda, aprobar el reglamento de consulta de buena fe, regulando todo lo referente a la consulta a realizarse el 18 de junio de 2005. El artículo 27 del reglamento determinó que, los resultados de la consulta de buena fe es una decisión soberana de la voluntad de la población indígena y no indígena, mayores de 18 años de edad, avocindados en el Municipio de Sipacapa, San Marcos, la cual será de observancia general y obligatoria solo en el territorio del municipio de Sipacapa. El 21 de junio de 2005 la Corporación Municipal acordaba según acta 16-2005, acatar el resultado de la consulta comunitaria efectuada el 18 de junio de 2005 por las autoridades comunitarias del municipio de Sipacapa.

⁸⁴ Información del Banco Mundial que fue consultada el 4 de enero de 2010 a las 15:34 horas
<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTOGMC/0,,contentMDK:20421886~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:336930,00.html>

Las 13 comunidades sipakapenses realizaron cada una su Asamblea Comunitaria donde por medio de sus autoridades comunitarias o instituciones representativas, llevaron a cabo su consulta llegando al acuerdo de no otorgar su consentimiento al reconocimiento, exploración y explotación de la minería de metales a cielo abierto en el municipio, determinando que los resultados son vinculantes para todos y todas las vecinas del municipio de Sipacapa. La empresa montana impugnó la consulta de buena fe por medio de una acción de amparo y una acción de inconstitucionalidad, cuestión que analizaré en el siguiente capítulo.

Como ya sabemos, conforme al bloque de constitucionalidad de los pueblos indígenas, el pueblo maya sipakapense optó por los usos y costumbres que no reconocen el empadronamiento como un mecanismo propio de los usos y costumbres para las consultas comunitarias. De tal manera que cuando el pueblo sipakapense se entera por otros medios que el gobierno le ocultó información de mala fe otorgando concesiones sobre los recursos naturales de su territorios sin consulta previa, activa el dispositivo ancestral de la consulta comunitaria apoyándose en el Convenio 169, el Código Municipal, y la Ley de consejos de desarrollo.

La Comisión de Transparencia, también ignoró considerar el Informe de la Comisión de Expertos de la OIT, quien recibió durante el año 2008 reclamaciones en contra de la explotación minera de la empresa Montana Exploradora de Guatemala S.A. por falta de consulta previa a los pueblos indígenas sipakapense y mam, informado que el gobierno guatemalteco pese a los comentarios que la Comisión de Expertos ha realizado en los años 2005, 2006 y 2007 relativos al presente caso, no ha dado cumplimiento a los comentarios de dicha Comisión, al contrario, ha proseguido otorgando licencias mineras sin consulta, sin indemnizar a los pueblos indígenas por los daños y perjuicios sufridos, tampoco se han mitigado los impactos de la explotación minera. La Comisión señala al gobierno de Guatemala que tales comunicaciones revelan que en Guatemala hay serios problemas para la implementación del Convenio en relación a tierras, recursos naturales, consulta y participación. La Comisión le recuerda al gobierno que tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para la creación de órganos y mecanismos conforme al Convenio para que mediante el diálogo se logre la inclusión de los pueblos indígenas en los planes y proyectos que les afecten directamente. Continúa manifestando el Comité que, el sistema de consulta y participación del Convenio sobre los recursos naturales inicia con la participación de los pueblos indígenas según el artículo 7 del Convenio desde la etapa de la formulación de los planes y programas de desarrollo, una consulta posterior a dichos planes sería ineficaz. La Comisión invita al gobierno a examinar los recursos naturales de los pueblos indígenas desde la óptica de los artículos 2, 6, 7, 15 y 33 del Convenio. La Comisión solicitó al gobierno que no otorgue ni renueve ninguna licencia de exploración y explotación de recursos naturales a los que se refiere el artículo 15 del Convenio, mientras no se lleve a cabo la participación y consulta del Convenio. La Comisión le recuerda al Estado que hace varios años el gobierno manifestó la adopción de una ley de consultas y adecuada reglamentación exactamente en los mismos términos del informe de 2007 del caso exmibal por lo que le insta a proseguir en el intento. La OIT le solicita al gobierno que informe sobre todos estos aspectos durante el año 2009 para el próximo informe⁸⁵.

Por último, el 12 de septiembre de 2008 el Tribunal Latinoamericano del Agua resolvió en los dos casos anteriores:

- “1.Responsabilizar al Gobierno de Guatemala por no corregir la situación de operaciones mineras de alto riesgo, que fue señalada en el veredicto de la Audiencia del Tribunal Latinoamericano del Agua efectuada en la Ciudad de México en el 2006.
- 2.Censurar al Gobierno de Guatemala por no aplicar el Convenio 169 de la OIT, el

⁸⁵ Conferencia Internacional del Trabajo, 98° reunión, 2009, op.cit.

principio número 10 de la Convención de Río, los Artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala del 31 de marzo de 1985 y los Acuerdos de Paz, específicamente el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de Pueblos Indígenas. 3. Censurar al Gobierno de Guatemala por no respetar el sistema jurídico propio y tradicional de los pueblos indígenas. 4. Responsabilizar a la empresa Minera Montana Exploradora de Guatemala S.A. por los daños ocasionados al ambiente y a la población de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa.”⁸⁶

Consulta Maya Kakchiquel en San Juan Sacatepéquez

La Comisión de Transparencia, informa que el Concejo Municipal de San Juan Sacatepéquez, emitió el 2 de abril de 2007 un Acuerdo Municipal convocando a consulta comunitaria a realizarse el 13 de mayo del mismo año para consultar la instalación de una empresa cementera llamada Cementos Progreso, S.A. en territorio maya kakchiquel de doce comunidades asentadas ancestralmente en el municipio de San Juan Sacatepéquez del Departamento de Guatemala. El 27 de abril del mismo año, el Concejo Municipal procedió a revocar el Acuerdo Municipal del 2 de abril convocando a la consulta.

El requisito legal de solicitud al Concejo y su autorización es un medio para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas, y en los casos apropiados recibir los recursos necesarios para llevar a cabo la consulta⁸⁷, y en este contexto sólo debe ser un medio de cooperación que favorezca la participación y no la restrinja puesto que se trata de un derecho fundamental de los pueblos. Aceptar que la autorización municipal es un procedimiento adecuado para las consultas comunitarias de buena es condenar a los pueblos a depender de la voluntad política del Alcalde de turno y del gobierno central quienes no son autoridades representativas de los pueblos indígenas, si no de los partidos políticos entre otros.

El Ministerio de Energía y Minas otorgó licencia de exploración el 4 de agosto del año 2004 en los municipios de San Juan Sacatepéquez y San Raymundo del Departamento de Guatemala, y en el municipio de San Luis Jilotepeque del Departamento de Chimaltenango. El 28 de febrero de 2007 la empresa presenta ante el Ministerio de Energía y Minas la aprobación del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. El 17 de abril de 2007 el Ministerio de Energía y Minas otorga la licencia de explotación minera⁸⁸.

No hubo consulta previa para el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental ni para la licencia de exploración ni para la licencia de explotación. El incumplimiento continúa en absoluta impunidad. El Presidente de la República Álvaro Colón no realizó ninguna consulta previa pero sí suspendió derechos fundamentales en San Juan Sacatepéquez con la intención de garantizar que la Policía y el Ejército impusieran la instalación de la empresa cementera, actitud contrainsurgente donde *la política debe ser la continuación de la guerra por otros medios*⁸⁹.

Nuevamente, la Comisión de Transparencia ignora el Informe del Comité de Expertos en aplicación del Convenio 169 quien recibió reclamaciones en contra del gobierno de Guatemala por decretar el estado de excepción para garantizar la imposición de la licencia de explotación minera de la

⁸⁶ Veredicto consultado el 4 de Enero de 2010 a las 17:37 horas en

http://www.tragua.com/audiencias/2008/veredictos_2008/veredicto_rio_cuilco_guatemala_2008.pdf

⁸⁷ Artículo 1b) del Convenio 169 de la OIT.

⁸⁸ Información del Ministerio de Energía y Minas.

⁸⁹ Gramajo Morales, Héctor Alejandro. DE LA GUERRA... A LA GUERRA, la difícil transición política en Guatemala. Fondo de Cultura Editorial. Guatemala, febrero 1995, p.441.

empresa Cementos Progreso, S.A. en territorio Maya Kakchiquel en el Municipio de San Juan Sacatepéquez del Departamento de Guatemala, sin consulta previa. La reclamación informa a la OIT que se realizó una consulta donde se opusieron 8,935 personas y sólo 4 votaron a favor pero que finalmente el gobierno por medio del ejército y la policía impuso el estado de sitio suspendiendo derechos fundamentales para imponer el establecimiento de la cementera en lugar de realizar una consulta previa al otorgamiento de la licencia. El Comité señaló al gobierno guatemalteco que, para que cualquier explotación de los recursos naturales de comunidades indígenas guarde conformidad con el Convenio, previamente debe cumplirse con los artículos 6, 7 y 15 del Convenio. La Comisión de Expertos, solicitó al gobierno informar sobre la manera como aplicó los artículos 6, 7 y 15 del Convenio en este caso, también le solicita al gobierno informar sobre el estado de excepción y sus consecuencias, pidiéndole tomar las medidas especiales para proteger a las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de los pueblos Kakchiqueles interesados en el conflicto conforme al artículo 4 del Convenio y que proporcione información al respecto. Dicha información debió presentarse durante el año 2009 a reflejarse en el informe de la OIT de 2010⁹⁰.

Como se manifestó, es en este caso, donde las comunidades mayas lograron ampararse por la Corte de Constitucionalidad en contra del Concejo Municipal, sentenciando la Corte sobre el bloque de constitucionalidad donde la consulta es un derecho fundamental. En fin, los tres casos anteriores tratados por la Comisión de Transparencia no son los únicos como ya se ha expresado, particularmente hay un Caso sumamente importante que la OIT ha tratado y que me parece fundamental describir a continuación porque sirve a los efectos del presente trabajo para demostrar la sistemática violación a los derechos de los pueblos indígenas.

El Caso del Pueblo Maya Q'eqchi en el Estor

El 15 de marzo de 2005 la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad –FTCC- presentó una reclamación ante la OIT contra el Gobierno de Guatemala por incumplimiento de la consulta previa del Convenio 169 al otorgar el Ministerio de Energía y Minas el 13 de diciembre de 2004 una licencia de exploración minera para níquel y otros minerales a la empresa Exploraciones y Explotaciones Mineras Izabal, S.A. –EXMIBAL- ahora llamada Compañía Guatemalteca de Níquel S.A. para iniciar operaciones de exploración en territorio Maya Q'eqchi del Municipio de El Estor del Departamento de Izabal, siendo 19 las comunidades afectadas directamente.

El Gobierno guatemalteco respondió que las tierras no son propiedad de las comunidades por lo que no precede la obligatoriedad de la consulta. También justificó su incumplimiento argumentando que las concesiones se habían otorgado en 1974 de las cuales una vencía en 2005 y la última en 2014, y como el Convenio se había ratificado el 5 de junio de 1996 posterior a las licencias otorgadas, las operaciones de la empresa no estaban obligadas a realizar la consulta, y como el reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental es del año 2003 tampoco estaba sujeta a dicha obligación. En un acuerdo entre la empresa y el Ministerio de Energía y Minas la empresa renunció a sus antiguas concesiones, otorgando el Ministerio una nueva concesión el 13 de diciembre de 2004 de exploración minera para tres años. El gobierno informó a la OIT que realizó la consulta en febrero y marzo de 2006.

El Comité de la OIT concluyó en su informe que, el argumento del gobierno de que la tenencia de la tierra por parte de las comunidades es ilegal porque no tienen título de propiedad, viola el artículo

⁹⁰ Es importante conocer dicho informe para darle seguimiento político y jurídico.

14 del Convenio que reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente.

En cuanto al artículo 13, 2) sobre los territorios indígenas, y el artículo 15, 2) sobre las consultas de los recursos minerales que interesen a los pueblos indígenas, el Comité le llama la atención al gobierno porque como lo han reiterado los órganos de control de la OIT, el Convenio no exige que los pueblos indígenas tengan títulos de propiedad para realizar la consulta del artículo 15,2), puesto que procede respecto de los recursos que son propiedad del Estado que se encuentren en territorios indígenas que ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos.

En cuanto a la supuesta consulta realizada en febrero y marzo de 2006 el Comité concluye que no cumplió con los requisitos fundamentales del artículo 6 en cuanto a que la consulta debe ser previa, la licencia se otorgó en 2004 y la supuesta consulta en 2006. Al otorgar la licencia de exploración en diciembre de 2004 por tres años la cual expiró en diciembre de 2007, momento en que procede otorgar la licencia de explotación, el Comité le señaló al gobierno que está obligado a realizar la consulta previa a la licencia de explotación con todas las comunidades interesadas con o sin título de propiedad, y que el gobierno tiene la obligación de resarcir a las comunidades por la daños ocasionados por la exploración minera. El Comité continúa expresando al gobierno de Guatemala que, reiteradamente se ha señalado por los órganos de control de la OIT que, el estudio de evaluación de impacto ambiental no reemplaza a la consulta previa, esperando que el gobierno lleve a cabo la consulta con base al artículo 6 del Convenio, tomando en consideración los criterios del artículo 7, 3) del mismo.

El Comité le manifiesta al gobierno que, el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos por medio del diálogo, siendo el instrumento previsto por el Convenio para que los proyectos de desarrollo sean incluyentes. El Comité le señala al gobierno que debe llegar a consenso en cuanto a los procedimientos, facilitar su acceso dándoles amplia difusión y crear un clima de confianza con los pueblos indígenas. El Comité insiste en considerar que, es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua.

Irretroactividad y obligación de consultar al momento de vigencia del Convenio 169 en Guatemala

En la reclamación anterior del Comité examinador de la OIT hace ver al gobierno que en las licencias anteriores a la vigencia del Convenio no se requieren consultas, pero sí se requieren para las renovaciones o extensiones de las licencias puesto que son acciones nuevas las cuales están cubiertas por el Convenio. El Comité cita al Consejo de Administración de la OIT en una situación parecida, observando que si bien al momento de celebrar un contrato el Convenio no estaba vigente, la situación creada por dicho contrato persistía posteriormente a la fecha de ratificación del Convenio, por lo que la consulta previa era obligación llevarla a cabo⁹¹.

⁹¹ El gobierno ha reiterado la solicitud de apoyo técnico de la OIT desde el año 2006 para un modelo de consulta en Guatemala. En julio de este año 2009, inició la asistencia técnica y jurídica en Centroamérica permanente con sede en Guatemala, la OIT se propone asistir en el derecho a la consulta previa y participación. La oficina está a cargo del Coordinador Nacional Carlos Lacan. Programa para promover el Convenio núm.169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (PRO169), Boletín Octubre 2009.

Para terminar este punto en relación al estudio de casos anterior que sólo es una pequeña muestra de la grave criminalización hacia los pueblos indígenas⁹², quiero recordar que el Relator Especial ha manifestado que, con base a la libre determinación de los pueblos indígenas y por razones prácticas, el Estado no debería ejecutar los proyectos unilateralmente, tal como lo señaló la Corte Interamericana en el Caso Saramaka, cuando en los casos de Megaproyectos *sí tiene el deber de no adoptar la medida sin el consentimiento de la comunidad*. Tales aseveraciones jurisprudenciales forman parte del bloque de constitucionalidad sentenciado, debiéndole sumar la del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a que, según el artículo 6.a del Convenio 169 de la OIT, y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

“Los Estados Partes deben respetar el principio de consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los asuntos cubiertos por sus derechos específicos.”⁹³

Por tanto, el Estado de Guatemala si quiere dejar de ser racista, conforme al bloque de constitucionalidad está obligado a obtener en todos los casos de consulta de buena fe el consentimiento previo, libre e informado, como máxima expresión democrática.

3. EL DEBER DE CELEBRAR CONSULTAS Y COOPERAR DE BUENA FE ANTES DE ADOPTAR Y APLICAR MEDIDAS LEGISLATIVAS

El deber de consultar del Congreso de la República

Como se dio a conocer en los capítulos anteriores, el Congreso solicitó opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad para tener certeza jurídica sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT para proceder a su aprobación. Al ser notificado el Congreso de la opinión constitucional donde aclaró que el Convenio es constitucional, el Congreso procedió a la aprobación el 5 de marzo de 1996 según Decreto 9-96 publicado en el Diario Oficial el 28 de marzo del mismo año. A partir de dicha fecha el Congreso debió iniciar la implementación de los mecanismos consultivos dentro del Congreso para consultar aquellas medidas legislativas conforme al artículo 6 del Convenio a nivel general como lo ha expresado la OIT, y a nivel particular en aquellos Decretos, Leyes, puntos resolutivos y cualquier otra medida legislativa que afecte directamente a comunidades indígenas en Guatemala. Al día de hoy ha incumplido.

El Decreto a aprobación del Convenio por parte del Congreso es merecedor de puntuales comentarios. En los considerandos del Decreto 9-96 se expresa que la mayoría de organismos del Gobierno y el Organismo Judicial dieron si aval al Convenio; en el segundo considerando

⁹² La Base de Datos, realizada por iniciativa del Observatorio de Conflictos Ambientales (OLCA) y la Coordinación Ejecutiva del Observatorio de Conflictos Mineros en América latina (OCMAL), es un sistema de información para la gestión comunitaria de Conflictos Socio-ambientales mineros en la región latinoamericana... De acuerdo con el Observatorio, los conflictos ocurren por la intervención de 190 empresas - la mayoría filiales de transnacionales - que funcionan en los diferentes países de la región. Además de Brasil, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y República Dominicana sufren con el problema. Información consultada el 4 de Enero de 2010 a las 16:56 horas en http://www.omal.info/www/article.php?id_article=2589

⁹³ Observación general N° 21 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales. El derecho de toda persona a participar en la vida cultural. (art 15, se detiene. 1 (a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 20 noviembre 2009, E/C.12/GC/21.

manifiesta que se consultó a los pueblos mayas estableciendo consenso en cuanto a la aprobación del Convenio, porque el mismo fortalece la convivencia pacífica dentro de un marco jurídico de igualdad en una sociedad pluricultural, multilingüe y multiétnica; y el tercer considerando donde hace referencia a la opinión consultiva constitucional de 18 de mayo de 1995 y la constitucionalidad y legalidad del Convenio.

Si se realizó una consulta previa para la aprobación del Convenio con los pueblos mayas, ¿por qué no se siguieron haciendo consultas sobre las medidas legislativas y administrativas según el artículo 6 del Convenio?

Tal vez la respuesta esté en el artículo uno del mencionado Decreto de aprobación donde el Congreso determina que, la aprobación del Convenio se hace bajo el entendido de que la Constitución prevalece sobre el Convenio y que, no afecta derechos adquiridos ni tiene efectos retroactivos. No tiene sentido expresar el condicionamiento constitucional cuando en los considerandos se reconoce la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad declarando la constitucional del Convenio, evidentemente tal confesión se hace por el temor a su debido cumplimiento. En cuanto al argumento testaferrero sobre la no afectación de derechos adquiridos e irretroactividad del Convenio, en efecto el mensaje fue bien recibido, no solo no se ha cumplido el Convenio en materia de consultas sino que el Estado plantea una y otra vez que aquellas concesiones y licencias otorgadas antes de la ratificación del Convenio son inalterables, pero esta situación se abordó en el apartado anterior.

En todo caso la justificación no tiene ningún efecto jurídico, la Corte de Constitucionalidad sentenció en 1997 que al examinar la atribución del Congreso de la República del inciso 1) del artículo 171 de la Constitución Política, que se refiere a la aprobación de los tratados internacionales, el Decreto del Congreso que ratifica un tratado es sólo un medio por el cual el Estado de Guatemala incorpora a su ordenamiento jurídico su contenido, dicho Decreto no forma parte del tratado, ni el tratado del Decreto, en el fondo siguen siendo dos cuerpos normativos distintos y la reforma de uno no necesariamente supone la reforma del otro⁹⁴. En consecuencia, los exabruptos vertidos en el Decreto son irrelevantes, excepto el acto mismo de aprobación del Convenio sobre todo porque debe interpretarse conforme al bloque de constitucionalidad sentenciado.

En junio de 2006 el Convenio 169 cumplió diez años de vigencia en el país, según el mismo Convenio al no ser denunciado dentro del año siguiente a los diez de vigencia, el mismo se proroga por diez más. El Congreso de la República emitió un punto resolutivo el 12 de septiembre de 2006, considerando *su profundo beneplácito porque en el transcurso de su vigencia jurídica, no se han producido esfuerzos, incidentes o recursos que tiendan a entorpecer dicha vigencia, lo que refleja la voluntad de la sociedad guatemalteca de lograr la concordia entre los distintos pueblos que integran nuestra nacionalidad*; resolviendo que, exhorta a todos los organismos del Estado a propiciar las medidas que tiendan a la plena vigencia del contenido del Convenio 169 de la OIT y lograr la plena participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afecten.

Iniciativas de Ley sin consulta previa

A continuación una breve descripción y análisis de algunas iniciativas en el Congreso de las cuales ninguna cumplió con los requisitos del artículo 6 del Convenio en cuanto a una consulta previa y

⁹⁴ Gaceta No.43, expediente No. 11-96, página No.13, sentencia de 5 de febrero de 1997.

adecuada, cuando se prevean medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas guatemaltecos.

El 17 de junio de 2008 el Pleno conoció la Iniciativa de Ley de lugares sagrados de los pueblos indígenas con registro 3835, la exposición de motivos no menciona el Convenio ni la Declaración, se menciona el Convenio en el segundo considerando, lo más grave es que se considera como una medida de protección la exploración y explotación de recursos naturales en petróleo, sitios arqueológicos y minería: reforestando. Se crea un Consejo de Comunidades Lingüística sin funciones consultivas.

El 1 de agosto de 2008, el Pleno del Congreso conoció la Iniciativa de Ley reguladora de la propiedad y posesión de la tierra con número de registro 3840 donde en ningún lado se refieren al Convenio o la Declaración, sobre todo cuando esta Iniciativa pretende regular el derecho fundamental de los pueblos indígenas a sus territorios.

El 16 de septiembre de 2008, conoció el Pleno la Iniciativa de Ley de desarrollo rural integral con registro 3901, la exposición de motivos se refiere al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, definen en el articulado las Consultas comunitarias la cual sería oportuno clarificar en consulta con los pueblos afectados, también hace referencias a la participación estableciendo una consulta en la formulación de las políticas de desarrollo y planes presupuestarios, ninguna de estas regulaciones con compatibles con las Naciones Unidas, la OIT ni el sistema interamericano.

El 17 de septiembre de 2008, el Pleno del Congreso conoció la Iniciativa de Ley de generalización de educación bilingüe multicultural e intercultural con registro 3913, en la exposición de motivos se refieren al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, al Convenio 169, el considerando cuarto menciona al Convenio 169, crea Concejos Consultivos de Comunidades Lingüísticas pero no están regulados en el marco de las consultas, además, corresponderían más al ámbito administrativo, reformulados podrían ser un mecanismo adecuado de consulta administrativa en la materia.

El 3 de diciembre de 2008 la Comisión de Economía y Comercio Exterior presentó al Presidente de la Junta Directiva del Congreso el dictamen favorable 12-2008 de la Iniciativa con registro 3472 Ley de participación público privada en materia de infraestructura. El ámbito de aplicación de la Iniciativa es precisamente la explotación de los recursos naturales del país en proyectos de desarrollo económico, lo cual será devastador para los pueblos indígenas. En los principios generales del articulado no hace mención alguna a la consulta previa, libre e informada, sin embargo, sí se refiere a la seguridad jurídica del país, sin contar con el requisito legal administrativo del deber de consultar del Estado previo a los proyectos de desarrollo como extensamente se ha desarrollado en este trabajo. Hay un artículo para consultar pero las bases para licitar un contrato de infraestructura o desarrollo. Dentro de los requisitos para la suscripción de los contratos de infraestructura económica ni se menciona la consulta previa en caso de afectación directa a comunidades indígenas en Guatemala. Lo más nefasto de la Iniciativa para los pueblos indígenas es que el artículo 62 establece la expropiación de propiedades necesarias para llevar a cabo los proyectos de infraestructura económica⁹⁵. No me cabe la menor duda que es parte de una estrategia más amplia para emprender la campaña en contra del movimiento social-comunitario consultivo del

⁹⁵ La diputada Rosa María de Frade ha declarado públicamente que, está impulsando la Ley de Servidumbre de Paso, presentada por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en representación del gobierno de Guatemala, para garantizarle a los inversionistas la seguridad jurídica sobre los Megaproyectos de desarrollo impulsados por el Estado guatemalteco, desconociendo el deber de consulta y consentimiento libre, previo e informado del cual el Congreso y el Gobierno están obligados a cumplir.

occidente del país; es la repetición de la política de tierra arrasada genocida de los setenta y ochenta contra los pueblos indígenas disfrazada de desarrollo. Es una iniciativa profundamente racista.

El 22 de octubre de 2008, el Pleno del Congreso conoció la Iniciativa de Ley de Jurisdicción Indígena con el número de registro 3946, donde el segundo considerando se refiere al Convenio y el tercero a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sin reconocer el derecho de consulta previa.

El 18 de agosto de 2009, el Pleno conoció la Iniciativa de Ley de consulta a los pueblos indígenas con registro 4051, donde el principal fundamento es el Convenio 169 aunque paradójicamente no haya sido aplicado consultando a sus principales interesados. No se conoció de una consulta amplia a nivel regional como lo ha recomendado el Relator Especial en iniciativas de este tipo. No es el momento para un análisis del contenido de la Ley por su complejidad y falta de consulta por parte del Congreso de la República según el artículo 6 del Convenio.

El 19 de agosto de 2009, la Comisión de Pueblos Indígenas y la Comisión de la Paz y el Desminado del Congreso presentaron a Dirección Legislativa dictamen favorable con modificaciones a la Iniciativa de Ley Lugares Sagrados de Pueblos Indígenas con Registro número 3835. En la exposición de motivos y el segundo considerando de la Iniciativa se menciona el Convenio sin referencia alguna al artículo 6 convencional sobre la obligación de consultar del Congreso de la República a los pueblos indígenas guatemaltecos por una ley que les afectará directamente.

Por último, es necesario recordarle al Congreso de la República que el Relator Especial ha recomendado que, debe crear el órgano a realizar la consulta sobre cualquier medida legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas, o bien, asignar a una de sus comisiones ya constituida legalmente para hacerse cargo del proceso consultivo en los mismos términos de la administración pública. Es de esperar niveles de coordinación y cooperación entre los organismos del Estado para implementar las consultas que les correspondan respectivamente. Por tanto, las leyes que no han sido consultadas deben serlo inmediatamente en consonancia con el bloque de constitucionalidad respectivo.

Capítulo III

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE CONSULTAS PREVIAS DE BUENA FE EN GUATEMALA

Hasta donde he podido recopilar, se han dictado once sentencias en tres casos de primera instancia en calidad de tribunal constitucional de amparo y de la Corte de Constitucionalidad en amparos, apelación de amparos e inconstitucionalidades. En el Caso Sipakapa y San Miguel Ixtahuacán se han dictado seis: El 9 de abril de 2005 el Juzgado Quinto de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala dictó sentencia de amparo; el 16 de marzo de 2006 la Corte de Constitucionalidad dictó sentencia en apelación de la sentencia de 9 de abril de 2005⁹⁶; el 8 de mayo de 2007 la Corte de Constitucionalidad dictó sentencia en una acción de inconstitucionalidad general total⁹⁷; el 20 de julio de 2007 emitió sentencia en calidad de Tribunal Constitucional de Amparo el Juzgado de Primera Instancia Civil y Económico Coactivo del departamento de San

⁹⁶ Expediente 2171-2005.

⁹⁷ Expediente 1179-2005.

Marcos⁹⁸; el 9 de enero de 2008 la Corte de Constitucionalidad emitió sentencia de amparo en única instancia⁹⁹; el 28 de febrero de 2008 emitió sentencia la Corte de Constitucionalidad en apelación de la sentencia del 20 de julio de 2007¹⁰⁰. En el Caso Río Hondo sobre la consulta de vecinos para construir una hidroeléctrica se han dictado tres sentencias de inconstitucionalidad del 4 de septiembre de 2007¹⁰¹; del 9 de abril de 2008¹⁰²; y del 27 de noviembre de 2008¹⁰³. En el Caso San Juan Sacatepéquez en la consulta para la construcción de una cementera se han dictada dos: El 26 de octubre de 2007 emitió sentencia en calidad de Tribunal Constitucional de Amparo el Juzgado Octavo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala; y, el 21 de diciembre de 2009 emitió sentencia la Corte de Constitucionalidad en apelación de la sentencia de 26 de julio de 2007¹⁰⁴. Es evidente la confusión de la Corte de Constitucionalidad sobre las diferencias entre un amparo y una constitucionalidad, pero este no es el tema que se aborda en el presente trabajo por lo que haré caso omiso de tan desagradable trastorno.

El Caso Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán

Lo más relevante de las seis sentencias en el presente Caso son dos dictadas por la Corte de Constitucionalidad, una de inconstitucionalidad general de 8 de mayo de 2007 y la otra de amparo de 28 de febrero de 2008.

En la sentencia de inconstitucionalidad de 8 de mayo de 2007 la Corte advierte que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados emana del Convenio 169 de la OIT conforme al artículo 6 y 15 en relación a la exploración y explotación minera; que la consulta en el ordenamiento ordinario guatemalteco está regulado en el Código Municipal y Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. La Corte declara la inconstitucionalidad del artículo 27 del reglamento de consulta de buena fe municipal de la consulta realizada el 18 de junio de 2005 en el Municipio de Sipacapa que dio como resultado que NO otorgaban su consentimiento a las licencias de exploración y explotación minera. La Corte consideró que dicha consulta no puede tener carácter vinculante como lo reguló el reglamento municipal, puesto que la autorización de licencias mineras es una atribución del Ministerio de Energía y Minas. La Corte consideró que la norma constitucional violada fue la contenida en el artículo 125 la cual dispone:

“Artículo 125.- Explotación de recursos naturales no renovables. Se declara de utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables. El Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización.”

Luego la Corte de Constitucionalidad sentencia que, cuando la Constitución determina que es el Estado el encargado de la determinación de las condiciones mineras se refiere al gobierno central, argumentando que según la Ley del Organismo Ejecutivo es al Ministerio de Energía y Minas a quien compete determinar la conveniencia o no de otorgar una licencia minera, donde ni el Concejo Municipal ni las Comunidades mayas sipakapenses tienen la competencia para pretender que su consulta tenga carácter obligatorio dejando sin efecto dichas licencias, a pesar que su consulta de

⁹⁸ Expediente 1643-2005.

⁹⁹ Expediente 123-2007.

¹⁰⁰ Expedientes acumulados 1643-2005 y 1654-2005.

¹⁰¹ Expediente 1408-2005.

¹⁰² Expediente 2376-2007.

¹⁰³ Expediente 2134-2007.

¹⁰⁴ Expediente 3878-2007.

buena fe reguló el carácter vinculante para la circunscripción municipal donde habitan históricamente.

Es evidente que el artículo 125 constitucional no se refiere únicamente al gobierno central sino también a los gobiernos municipales, lo contrario significaría vaciar territorialmente al Estado guatemalteco. A primera vista no se entiende el por qué la Corte considera al Estado como sinónimo de gobierno central, excluyendo del concepto a los más de trescientos municipios que conforman el país, además si así fuera el constituyente no habría reconocido constitucionalmente la autonomía municipal. Considerar que el Estado es sólo el gobierno central tiene implicaciones graves en todas las disposiciones constitucionales haciendo desaparecer por arte de magia los demás poderes del Estado. La Corte concluyó que el Concejo Municipal se había extralimitado en sus competencias por no respetar las competencias del Ministerio de Energía y Minas reguladas en la Ley del Organismo Ejecutivo. Como puede apreciarse la Corte parece interpretar una inconstitucionalidad con base en una Ley y no la Constitución, ámbito que no le compete conocer y menos decidir. La Corte también considera que *los efectos de los resultados de la consulta no podrían tener los alcances pretendidos, pues el carácter de un procedimiento consultivo de esta naturaleza debe ser meramente indicativo, a fin de investigar el parecer sobre un asunto determinado –pudiendo versar sobre cualquier temática de interés comunitario, como en el presente caso-, pero sus efectos no pueden tener carácter regulatorio sobre asuntos que competen de forma específica a un órgano estatal diferente del convocante o se puedan afectar los intereses legítimamente adquiridos por terceros que hayan obtenido por medio de los causes legales correspondientes, licencias para reconocimiento, exploración y explotación de minerales. Si bien los artículos 64 y 65 del Código Municipal establecen cuando los resultados de una consulta popular municipal serían vinculantes, debe entenderse que tales efectos deben producirse únicamente respecto de temas que sean de competencia de los municipios.* Según la Corte, tal extralimitación competencial del Municipio también violó –según la Corte- los artículos 152 y 154 constitucional:

“Artículo 152.- Poder Público. El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio.”

“Artículo 154.- Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.”

A todas luces es irrazonable la aplicación de las normas anteriores cuando la consulta fue precisamente del pueblo Maya Sipakapa en su circunscripción municipal fundamentada en el Convenio 169 de la OIT y el Código Municipal, como la misma Corte reconoce reiteradamente en su sentencia. Más parece una concepción jurídicamente contrainsurgente en cuanto a castigar al Municipio por su desobediencia, y además, colonialista propio de los jefes de expediciones colonizadoras con la sagrada competencia de *repartir tierras e indios*¹⁰⁵. Finalmente, la Corte sentencia que *las consultas populares constituyen mecanismos importantes de expresión popular, por medio de los cuales se efectivizan varios derechos reconocidos constitucionalmente, como los de libertad de acción y de emisión de pensamiento, así como el derecho de manifestación, pero tales procedimientos consultivos deben contar con los marcos jurídicos adecuados.*

¹⁰⁵ Mosquera Aguilar, Antonio. Historia del derecho y el movimiento legista mayense. XVII Congreso jurídico guatemalteco “Miguel Angel Asturias”. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Guatemala, noviembre de 1999.

En cuanto a la apelación de amparo de 28 de febrero de 2008, la Corte de Constitucional disminuye el tono de su interpretación anterior, considerando que, conforme a los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, y el artículo 63 del Código Municipal los Concejos Municipales pueden convocar a sus vecinos a consulta para temas de interés sobre sus territorios, *sin que con ello se rebase su competencia*. En cuanto al carácter vinculante del resultado, la Corte recuerda que conforme a la sentencia de inconstitucionalidad de 8 de mayo de 2007 del mismo caso se ha expulsado del ordenamiento jurídico el artículo 27 del reglamento que normaba el carácter vinculante de la consulta, *por lo que dicho acto objetado ha quedado sin materia sobre la cual resolver*. Sobre la caracterización constitucional de la consulta la Corte consideró que, *lo que existe es una actividad, que materializa el derecho de libre expresión y de petición de cualquier ciudadano, individual o colectivamente manifestado, lo cual, lógicamente, no impone que dicha expresión resulte vinculante*.

En fin, la Corte en el presente Caso no reconoce que la consulta sea previa ni de buena fe, menos que sea un deber constitucional del Estado en el entendido que el Derecho Fundamental de la consulta es un derecho colectivo de los pueblos indígenas guatemaltecos, evidentemente con carácter prestacional como todos los derechos sociales, lo cual consiste en tomar la iniciativa de acciones para efectivizar y garantizar su cumplimiento, menos podría reconocer que se deriva del derecho fundamental de libre determinación como se vio en el Capítulo primero del presente trabajo.

Hasta aquí como hemos visto, las sentencias anteriores violan el bloque de constitucionalidad sentenciado recientemente por la misma Corte donde cambio su jurisprudencia, debiéndose ajustar al fallo del Caso San Juan que abordaré de último.

El Caso Río Hondo

La Corte de Constitucionalidad sentencia en Septiembre de 2007 que, el derecho a ser consultado de los pueblos emana del Convenio 169 de la OIT, según parece extiende el derecho de consulta a quienes no son indígenas. La sentencia está formulada en los términos del Caso anterior, sentenciando que el Concejo Municipal de Río Hondo del departamento de Zacapa, *extendió sus atribuciones a funciones que, de conformidad con la Carta Magna y las leyes ordinarias del país no le corresponden, pues dio carácter obligatorio al resultado de un procedimiento consultivo sobre el tema de la construcción de una Hidroeléctrica, el cual no es de su competencia y sobre el que no puede regular aspecto alguno, por violar los artículos 152 y 154 de la Constitución Política*, expulsando del ordenamiento jurídico el artículo I inciso 1.4 del reglamento de la consulta de vecinos realizada el 3 de julio de 2005.

En abril de 2008 la Corte de Constitucionalidad, continúa considerando que el Concejo Municipal de Río Hondo se extralimitó en sus competencias ya que decidir sobre la construcción de hidroeléctricas compete al Ministerio de Energía y Minas, *al no respetar las competencias y procedimientos establecidos en las leyes ordinarias*. La Corte reclama al Concejo Municipal que en todo caso la consulta debió ser previa a la autorización del Estado, *para presentar de parte del Municipio sus argumentos y resultados de la consulta, en el procedimiento que se tramita para la obtención de las licencias, con el fin de que sean tomados en cuenta para la autorización o no de las mismas, debiendo ser una actuación previa y no posterior al procedimiento administrativo*. Finalmente, expulso del ordenamiento jurídico otras disposiciones de Acuerdos municipales que regulaban conforme a la consulta que no podrá autorizarse construcción de hidroeléctrica alguna.

En noviembre de 2008 la Corte de Constitucionalidad sentencia por tercera vez que, el Concejo Municipal violó la siguiente norma de la Constitución Política de la República:

“**Artículo 129.- Electrificación.** Se declara de urgencia nacional, la electrificación del país, con base en planes formulados por el Estado y las municipalidades, en la cual podrá participar la iniciativa privada.”

A pesar que en tal artículo el mandato de la electrificación del país le corresponde al Estado en general y las municipalidades en particular, la Corte sentencia que, *todo lo relacionado con energía eléctrica es competencia del Estado y no de las municipalidades*. Para la Corte, la centralización del Estado es única e indivisible sin espacio para nadie más; el máximo tribunal constitucional del país no termina de *anteponer el creer al razonar*¹⁰⁶, los magistrados parecieran creer que las consultas de buena fe son una herejía, comparándose con *los procedimientos propios del Santo Oficio*¹⁰⁷.

En fin, parece que la Corte de Constitucionalidad logró sentar jurisprudencia en los dos casos anteriores en contra de las consultas previas de buena fe.

El Caso San Juan Sacatepéquez

El 26 de octubre de 2007 el Juzgado Octavo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala constituido en tribunal constitucional de amparo, otorgó el amparo a la empresa Cementos Progreso, S.A., que insiste como se ha expuesto en apartados más arriba, usurpar territorio Maya-Kakchiquel en el municipio de San Juan Sacatepéquez. Las comunidades apelaron ante la Corte de Constitucionalidad logrando que la Corte sentenciara el 21 de diciembre de 2009, revocar el amparo otorgado a la empresa, logrando cambios significativos para los pueblos indígenas del país.

El 4 de mayo de 2007 las comunidades mayas interpusieron acción de amparo en contra del Concejo Municipal de San Juan por haber revocado el Acuerdo Municipal de 2 de abril de 2007 que convocaba a consulta de buena fe para decidir sobre la explotación minera que amenazaba su territorio a celebrarse el 13 de mayo del mismo año.

La Corte de Constitucionalidad es contundente en su primer considerando al establecer que:

“Procede el otorgamiento de la protección constitucional de amparo cuando una autoridad municipal se resiste a llevar a cabo las acciones necesarias, dentro de su esfera de atribuciones legalmente previstas, para atender adecuadamente el reclamo formulado por poblaciones indígenas radicadas en su circunscripción, de que les sea respetado el derecho de consulta que les asiste en relación a proyectos de exploración y/o explotación mineras que estén desarrollándose en las cercanías de su morada, reconocido a nivel nacional e internacional.”

Esto significa que los Concejos Municipales y comunidades pueden llevar a cabo las consultas sin temor a ser impugnadas, porque la Corte de Constitucionalidad, por fin, reconoce tal derecho como fundamental y por tanto con protección constitucional, enmarcando la consulta con fundamento del

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.102.

¹⁰⁷ Chinchilla Aguilar, Ernesto. *La Inquisición en Guatemala*. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1999, p.113.

derecho internacional. En el tercer considerando la Corte indica que al no haber un procedimiento administrativo para que las comunidades mayas tengan acceso al derecho de defensa, *se impone acceder a realizar el estudio de fondo sobre la solicitud de tutela constitucional de mérito.*

En el IV considerando la Corte hace una aseveración escueta pero significativa, expresa que el derecho de consulta

“...debido a su atemporalidad, es un aspecto cuya corroboración trasciende más allá de la eficacia formal que deba o no reconocérsele a los sucesivos acuerdos municipales por los que el Concejo Municipal de esa localidad dispuso, modificó (en cuanto a la fecha) y, posteriormente, revocó, su disposición de que fuera llevado a cabo el procedimiento consultivo pedido por aquéllos.”

Cuando la Corte utiliza el concepto “atemporalidad” para el derecho de consulta le está atribuyendo una durabilidad en el tiempo imperecedera, por ello después afirma que es “trascendente” a los acuerdos municipales, es decir, la eficacia de la consulta depende de su calidad de derecho y no de su reconocimiento formal de un acuerdo municipal, lo cual evidentemente se extiende a cualquier otro acto de cualquier tipo. Las comunidades de ahora en adelante, constitucionalmente, podrán continuar con las consultas, independiente de cualquier tipo de autorización que ya no necesitan, ni siquiera del Concejo Municipal. En su justa dimensión esto es fundamental en contra del saqueo de los recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas mayas, garífuna y xinka, además, todas las consultas ya realizadas con o sin acuerdo municipal son constitucionales, dejando sin efecto la jurisprudencia anterior.

En el mismo considerando IV la Corte describe la respuesta del gobierno central cuando las comunidades quisieron apersonarse al proceso, manifestado el Ministerio de Energía y Minas que no concedió audiencia a los vecinos y propietarios de los inmuebles correspondientes dentro del trámite de licencias de exploración y explotación, por no regularlo la Ley de Minería. A partir de la respuesta del Ministerio la Corte describe *el asidero normativo vigente del derecho de consulta que asiste a las poblaciones¹⁰⁸ indígenas sobre medidas estatales susceptibles de causarles afectación, en el caso de Guatemala:*

La Corte inicia confirmando que Guatemala ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1996, transcribe el artículo 6.1 y 2, y el 15.2 del Convenio, seguidamente hace referencia a las observaciones de la 91ª reunión de la Conferencia de la OIT en caso de Dinamarca y Paraguay realizada en el año 2003; luego se refiere a su opinión consultiva de 1995 comentada en otros apartados sobre la constitucionalidad del Convenio; transcribe los artículos 21, numerales 1 y 2 sobre el derecho a la propiedad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Guatemala en 1978; luego se refiere a la sentencia de fondo del Caso Saramaka de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; describe el derecho de consulta conforme a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas y la recomendación general 23 del Comité de la misma Convención; luego sorprendentemente, cita la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, describiendo el artículo 32 numerales 2 y 3, refiriéndola como *directriz que refrenda y actualiza el pensamiento recogido en el Convenio 169 de la OIT.*

Con los instrumentos anteriores la Corte de Constitucionalidad guatemalteca fija el contenido del derecho de consulta para los pueblos indígenas, coherentemente con el derecho internacional, totalmente distinto a su anterior jurisprudencia, pero también puede apreciarse que está incompleto

¹⁰⁸ El concepto “poblaciones” en lugar de pueblos es considerado racista desde hace décadas, sin embargo, la Corte lo utiliza durante toda la sentencia.

al no considerar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre todo como ya vimos el artículo 27, tampoco hace mención del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se reconoce la autodeterminación de los Pueblos, aunque es cierto que con la Declaración es más que suficiente pero habría sido oportuno completar el cuadro para evitar perspectivas.

Continúa sentenciando la Corte que el Estado de Guatemala está obligado internacionalmente al compromiso de asumir una posición definida acerca del *derecho de consulta de los pueblos indígenas*, y asumiendo su inserción al *bloque de constitucionalidad*¹⁰⁹ como *derecho fundamental* en virtud de los artículos 44 y 46 de la Constitución Política.

Como ya lo expresé, esta es la primera vez que la Corte de Constitucionalidad utiliza el concepto “bloque de constitucionalidad” puesto que, como analice al inicio del segundo Capítulo de este trabajo, la Corte no consideraba a los instrumentos internacionales en derechos humanos como parámetro de constitucionalidad, por tanto, esta disposición también cambia la jurisprudencia anterior de la misma Corte en tal sentido, siendo un avance sustancial al respecto.

La Corte continúa señalando que el compromiso internacional del Estado se extiende, consecuentemente a

“(ii)...la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable- a fin de dar cumplimiento a esta obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país.”

La Corte, además de considerar a la consulta como un derecho fundamental, reconoce la obligación de efectivizar el derecho realizando los cambios estructurales que el Estado debe llevar a cabo para garantizar el derecho, y así cumplir con sus compromisos internacionales en derechos humanos.

En tal sentido, la Corte se da a la tarea de describir la regulación del derecho de consulta en el ordenamiento jurídico, haciendo un señalamiento importante al sentenciar que el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas replica para Guatemala, *lo enunciado en el derecho convencional internacional*, afirmación que significa que el Acuerdo debe interpretarse y aplicarse conforme al bloque de constitucionalidad.

La Corte continúa cambiando los argumentos de sus sentencias anteriores, al expresar que según el artículo 26 de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural

“...alcanza a sugerirse un modelo de representación –aspecto llamado a desempeñar un papel vital en la institucionalización del derecho de consulta...cuyo contorno esencial ha sido definido en los instrumentos identificados en las literales anteriores.”

En el mismo sentido en cuanto al Código Municipal la Corte sentencia que

“...figuran previstos procedimientos consultivos que *a priori* podrían estimarse adecuados para encausar el mencionado derecho –existen antecedentes de varias comunidades del país que, en situaciones de hecho semejantes a la que se analiza en el presente fallo, han hecho acopio de los mismos- específicamente en el artículo 63 [“Consulta a los vecinos...”, 64 [“Consulta a solicitud de los vecinos...”, 65 [“Consultas a

¹⁰⁹ En el mismo sentido de Colombia y Bolivia como se señaló en el Capítulo primero del presente trabajo.

las comunidades o autoridades indígenas del municipio..., y 66 [“Modalidades de esas consultas...”]

Como puede apreciarse, la Corte ya no emite juicios despectivos en cuanto a las normas señaladas, sino que las considera *variantes de consulta* cuyo contorno esencial es el derecho internacional. No obstante –prosigue la Corte–, tales variantes deben limitarse a las competencias contenidas en los artículos 68 y 35 del Código Municipal, dentro de las cuales según el artículo 125 constitucional preceptúa que corresponde al Estado lo relacionado con la exploración, explotación y comercialización de los recursos no renovables de acuerdo a la Ley del Organismo Ejecutivo y la Ley de Minería, donde el Ministerio de Energía y Minas es el responsable directo en la materia, persistiendo en una interpretación colonialista sobre el Estado:

“De manera que las formas procedimentales establecidas en los artículos 63 al 66 del Código Municipal no son pertinentes para viabilizar el derecho de consulta de las poblaciones indígenas cuando éste se refiera a proyectos relacionados con la extracción de minerales, habida cuenta que, pese a entrañar afectación local, ésa es una situación que está vinculada a determinaciones tomadas en el Organismo Ejecutivo, que rebasan la esfera de funciones de la administración edil.”

La Corte considera que el débil desarrollo legal nacional del derecho de consulta es una de las dos facetas en que se desdobra la insuficiencia que internacionalmente se le señala al Estado puesto que dicha omisión no permite efectivizar aquel derecho; la otra faceta es la inobservancia del deber de garantizar su cumplimiento, justificando el incumplimiento del Estado *lógicamente* por la *carencia normativa* del derecho de consulta, pero tal persistencia, significaría que la pasividad del poder público vaciara de contenido el derecho de consulta, expresando que la falta de legislación ordinaria no puede significar la nulidad del derecho, y *menos aún puede estar sujeta a la potestad legislativa su eficacia misma*.

El considerando V inicia señalando que, fijado el soporte normativo y la exigibilidad del derecho cuya tutela constitucional se persigue, es pertinente determinar el contenido y alcances del derecho de consulta:

“El *derecho de consulta de las poblaciones indígenas* es, en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios...corresponde caracterizarlo como un derecho *de prestación*, que supone la actuación positiva del Estado para su plena y real vigencia...se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos...”¹¹⁰

Del párrafo anterior no es posible afirmar que el contenido del derecho de consulta en Guatemala constitucionalmente se corresponde con el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, desarrollado en el primer Capítulo de este trabajo, puesto que carece de precisión sobre la finalidad de llegar a un acuerdo o bien obtener el consentimiento, tampoco reconoce conceptualmente como sujetos del derecho a los pueblos sino a las comunidades y a las poblaciones indígenas. A continuación la Corte reconoce que

¹¹⁰ Páginas 36 y 37 de la sentencia en análisis.

“...en el contexto de los proyectos de exploración y explotación mineras, cabe agregar que se encuentra ligado de manera significativa con el entendimiento del papel de la tierra de origen en la cosmovisión indígena, el cual ha sido anotado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, con ocasión del caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay...De esa cuenta, considerado en su vertiente dispuesta frente a la posibilidad de alteración de las condiciones básicas de la morada, el derecho de consulta de las poblaciones indígenas opera como una extensión o primera línea de defensa de otros derechos fundamentales, tales como el de propiedad, a la cultura, a la salud, libertad de culto, etc. según sea la gravedad y/o matices particulares de cada situación.”

Nuevamente la Corte, reconociendo un caso tan importante en la jurisprudencia interamericana como lo es el caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, asumiendo que el derecho fundamental colectivo de consulta de los pueblos indígenas en Guatemala incluye la defensa de otros fundamentales de tales pueblos como son el derecho a la propiedad, a la cultura, a la salud, libertad de culto, entre otros, lo cual debe entenderse en el contexto del caso Yakye Axa, por tanto, en su dimensión individual pero sobre todo colectiva y cosmogónica, constituyéndose en un gran avance en la jurisprudencia constitucional guatemalteca, sin embargo, extraña la falta de integración normativa al no sumar los artículos constitucionales que reconocen el derecho de propiedad comunitaria, histórica, y tradicional de los pueblos indígenas guatemaltecos, y el lugar que ocupa en esta nueva interpretación constitucional la propiedad privada.

Luego, la Corte cita los principios internacionales relativos a la consulta a los Pueblos Indígenas formulados por el Relator Especial James Anaya para la reforma constitucional de Chile de abril del presente año, los cuales tomé como referencia en el Capítulo primero de este trabajo. La Corte considera que

“Aunque fue elaborado a partir de una situación particular –la aludida iniciativa de reforma constitucional sobre temas indígenas en Chile-, su ejercicio resulta valioso como punto de partida en la tarea de explicitar, a manera de desarrollo de la conceptualización esbozada en los párrafos precedentes, los elementos vitales que conforman el derecho de consulta en general y que, por tanto, determinan su correcta dimensión dentro del catálogo de derechos fundamentales y los alcances de su justiciabilidad.”

Acertadamente, la Corte además de plantear criterios para la exigibilidad del derecho fundamental colectivo de consulta de los pueblos indígenas guatemaltecos, aborda los criterios de justiciabilidad de acuerdo a los principios del Relator Especial sobre consultas, es decir, el acceso a la justicia del Estado para la efectivización del derecho, en otras palabras, la Corte está planteando los principios que el Estado guatemalteco debe adoptar constitucionalmente para operativizar el derecho en todos los casos presentados ante el “sistema” de justicia estatal. Enumera y contextualiza para Guatemala los principios de la siguiente forma:

a. La consulta debe realizarse con carácter previo, o bien considera la Corte, con finalidad reparadora cuando las circunstancias ocurran frente a hechos consumados. Reconociendo que, cuando no se haya realizado la consulta previa el Estado debe adoptar medidas reparadoras y, en casos especiales, resarcitorias que mitiguen los daños y establezcan compensadores sociales de beneficio real para las poblaciones afectadas, dependiendo de la naturaleza y circunstancias propias de cada caso.

b. La consulta no se agota con la mera información. La Corte recuerda que la OIT ha informado que la consulta debe ser un diálogo genuino entre las partes con mutuo respeto y buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.

c. La consulta deber ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes. La Corte expresa que dicho principio tiene que ver con el cumplimiento del Estado de la obligación última de la consulta logando consensos para prevenir conflictos en un clima de confianza mutua.

d. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas. Citando el Caso Saramaka reconociendo que el Estado de Guatemala tiene el deber de realizar la consulta a los pueblos indígenas de acuerdo a sus costumbres y tradiciones con base a sus propios métodos tradicionales para la toma de decisiones en la exploración y explotación de los recursos naturales dentro y sobre el territorio indígena.

e. La consulta debe ser sistemática y transparente. La Corte remarca que el objetivo de este principio es evitar las arbitrariedades y conflictos contraproducentes. También reconoce que los procedimientos consultivos deben ser consultados con los pueblos indígenas.

f. El alcance de la consulta. La Corte cita al Tribunal Constitucional de Chile de 4 de agosto de 2000, quien sentencio según su interpretación que la consulta *no tiene un carácter vinculante stricto sensu sí tiene una connotación jurídica especial*, precisada en el numeral 2 del artículo 6 del Convenio en cuanto a que deben efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas; también cita la Relator Especial James Anaya en cuanto al informe sobre la reforma constitucional de Ecuador de junio de 2008 con ciertas imprecisiones justificando la falta de vinculación del resultado de las consultas.

Después, la Corte discurre sobre su considerando VI en los hechos del presente caso, realizando un análisis jocoso sobre la industria del cemento en Guatemala, advirtiéndonos que *conciérne y debe interesar a toda la población del país, sin discriminación alguna*, en otras palabras, ¡el desinterés por el cemento no debe ser racista! Prosigue la Corte recordando que el territorio guatemalteco ha sufrido sismos de gran intensidad, con enormes daños a la vida y los bienes, recordando el terremoto del 4 de febrero de 1976 que provocó miles de víctimas sobre todo en el área rural, cuya incidencia en mortalidad y destrucción se atribuyó a condiciones estructurales de la vivienda, construidas de mampostería no reforzada; sigue la Corte deleitándonos con sus apreciaciones la necesidad para una *estrategia de edificación de vivienda y de edificios públicos y privados necesarios para la salud y la educación, y la red de carreteras que tienen valor importante para el desarrollo, el cemento es un producto de interés social*. Luego compara al concreto con el agua, expresando que el primero es la segunda sustancia más utilizada en el mundo después del agua, además recuerda la sentimental Corte de Constitucionalidad que el concreto es más barato que la madera, el acero, el plástico y el aluminio, concluye la Corte reconociendo que la *conveniencia de cierta apología del cemento* es para ponderar que existe un interés social de todos los habitantes de la nación, a quienes, por el principio de solidaridad ya indicado, no se les puede negar su acceso. Esto por supuesto –explica la Corte- debiendo las poblaciones aledañas obtener medidas preventivas, mitigadoras y reparadoras *que les haga tolerable su coexistencia y, sin dejar de suponer que, en caso de susceptibilidad de daños graves o irreparables, el Estado debería privilegiar el derecho fundamental a la vida de las personas*. Cita como referencia ilustrativa el documento “*Presentación a Federación Interamericana del Cemento*” de Miami de 22 de julio de 2009.

El esquizofrénico discurso sobre el concreto no depara buenos augurios sobre el derecho fundamental colectivo a la consulta de los pueblos indígenas, asumiendo el análisis constitucional de la Corte una vertiente clasista en cuanto a favorecer intereses económicos que no vienen al caso. No me quiero ni imaginar el discurso constitucional sobre la minería a cielo abierto de oro por lixiviación con cianuro, haciendo apología de las joyerías.

Al final del considerando la Corte arremete contra la consulta de San Juan Sacatepéquez, y por tanto contras todas las consultas realizadas

“...la consulta, en términos comiciales, efectuada por una comunidad concreta, no excluye la posibilidad de otras que pudieran tener interés sobre lo mismo, manifestándose en uno solo o varios eventos distintos respecto de la misma materia.”

Es evidente que para la Corte de Constitucionalidad la consulta de buena fe de las doce comunidades mayas kakquicheles de San Juan Sacatepéquez donde votaron más de ocho mil personas se limita a un evento comicial, es decir, convocar para votar. Si la Corte hace apología del concreto y no de las consultas que paradójicamente son el objeto de estudio de la sentencia, por lo menos debió realizar una descripción sobre el proceso consultivo que llevó meses culminando con asambleas comunitarias donde negaron su consentimiento al bendito cemento. La misma respuesta del Ministerio de Energía y Minas en cuanto a denegar el acceso al proceso administrativo para el otorgamiento de la licencia, demuestra el proceso de información, comunicación y discusión que mantenían las comunidades a través de sus autoridades e instituciones representativas a quienes sistemáticamente se les negó el acceso a la justicia oficial, y luego cuando estaban preparándose para “el evento comicial” el Concejo Municipal revocó el Acuerdo municipal para la consulta. Pero además, la Corte sentencia que así como pueden hacer sus “eventos comiciales” las comunidades indígenas, de igual forma lo pueden hacer cualesquiera otras “poblaciones” una o varias veces. Esta situación puede generar graves consecuencias sociales en cuanto a generar conflictos entre las comunidades o grupos de personas ajenas pero que por intereses de cualquier tipo –económicos, racistas, etc.- decidan sabotear consultas de buena fe comunitarias.

En el considerando VII de la sentencia, la Corte profundiza sobre los alcances del derecho de consulta, sobre la *vinculatoriedad* respecto de los proyectos de exploración y explotación minera en relación con el presente caso. La Corte cita un fallo de la Corte Constitucional de Colombia; luego el manual del Convenio 169 de la OIT del año 2003, y la Guía para la aplicación del Convenio 169 al cual no le asigna fecha; sentencias constitucionales de Bolivia; la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre el Convenio 169 de 2008.

“En conclusión, la significación del concepto *vinculatoriedad* en relación al derecho de consulta de las poblaciones indígenas frente a los proyectos de explotación y exploración mineras, se resume en la siguiente secuencia: (i) el reconocimiento del derecho *vincula* al Estado en cuanto a su normativización interna y verificación; (ii) los acuerdos, concertados por vía del diálogo, a los que se arrije como resultado de los mecanismos que se instauren para encausar el derecho, comprometen a las partes involucradas; (iii) si no se arriba a acuerdos, el disenso de las poblaciones indígenas *no vincula* a los entes gubernamentales responsables de los referidos proyectos; y (iv) en todo caso, el gobierno central se encuentra *vinculado* al deber esencial de garantizar la eficacia del núcleo de derechos fundamentales de las poblaciones afectadas.”

La Corte concluye que es obligación del Estado realizar las consultas pero que el resultado de las mismas no son vinculantes, sin hacer mención del consentimiento libre, previo e informado que como ya manifesté debe obtenerse en cada caso conforme al derecho internacional. Al hacer tal aseveración la Corte está sentenciando en contra del bloque de constitucionalidad que aquí lo

interpreta erradamente. Sentenciar en contra del derecho reconocido en el Código Municipal a favor de los pueblos indígenas guatemaltecos significa violar la prohibición de regresión de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en cuanto a que, un derecho reconocido es un derecho irrenunciable e irreversible. El reconocimiento de un derecho no puede dar lugar a la eliminación de otro, sino a la aplicación del más favorable. La favorabilidad puede ser por grados o niveles priorizando el contenido garantista de los derechos en contienda, pero nunca con fines supresivos, puesto que implica debilitar el Estado Plural y Democrático de Derecho. Constitucionalmente, un derecho fundamental no puede ser restringido por una Ley más que lo que determine la misma Constitución, pero sí puede ser ampliado por una Ley debido al potencial garantista de la razón de ser de los derechos fundamentales, especialmente para los pueblos indígenas.

En el considerando VIII la Corte de Constitucionalidad hace un repaso de las competencias del Concejo Municipal según el artículo 33 y 35 del Código Municipal, para luego reconocer la arbitrariedad del Concejo Municipal de San Juan Sacatepéquez al revocar el Acuerdo Municipal que convocaba a la consulta comunitaria. La Corte señala que la solicitud de consulta no debe condicionar su viabilidad a los parámetros del artículo 64 del Código Municipal cuando la solicitud de consulta está fundamentada en instrumentos internacionales, enumerando al Convenio 169 de la OIT, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, que al ser instrumentos en derechos humanos no pueden estar supeditados a requerimientos contenidos en las leyes ordinarias del país, por aplicación del artículo 46 constitucional.

“Consecuentemente, el deber de la referida institución municipal es facilitar las condiciones para el ejercicio del derecho, suministrando los medios pertinentes, y en general, brindando el apoyo institucional que sea necesario para el efecto.”

Lo principal de esta consideración es reconocer para el Estado guatemalteco la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, insertos en el bloque de constitucionalidad, como se dijo anteriormente, ningún Concejo Municipal del país puede negarse a realizar una consultar solicitada por las comunidades indígenas.

Ahora bien –dice la Corte-, la consulta conforme al Código Municipal acerca de un proyecto de exploración y explotación minera, sólo significaría como resultado obtener el parecer general de los asistentes, puesto que la minería es competencia del Ministerio de Energía y Minas, no obstante -continúa la Corte-, para que la consulta adopte rasgos propios del derecho internacional, es el Sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural el que se perfila como plataforma para materializar el derecho. La Corte considera que lo más apropiado para la consulta del presente caso es que el Alcalde Municipal canalice dicho reclamo al sistema de consejos de desarrollo debido –eufemísticamente- *al descuido de observar su derecho de consulta*.

La Corte señala que mientras no sea promulgada una ley que regule el derecho de consulta como lo estipula el artículo 26 de ley de consejos de desarrollo, es el Presidente de la República como Jefe del Organismo Ejecutivo es el llamado a coordinar el diseño e implementación de mecanismos mediante los cuales se respete y haga efectivo el derecho de consulta reconocido en los instrumentos internacionales reseñados en el considerando IV, donde en el Consejo Departamental de Desarrollo se reúne un elenco de funcionarios públicos relacionados con la materia, como el gobernador departamental, ministro de gobernación, ministerios de energía y minas y de ambiente y recursos naturales y consejo nacional de áreas protegidas. Considera la Corte que la participación en el Consejo Departamental de Desarrollo del Alcalde Municipal y las principales dependencias del gobierno central competentes sobre la exploración y explotación minera, es el espacio en el que

todos los sectores pueden confluír para dialogar, intercambiar informaci3n y contrastar opiniones acerca de las consecuencias para las comunidades afectadas por los proyectos en sus variables econ3micas, sociales, culturales y ambientales, donde el gobierno determinarí la viabilidad o no del proyecto, *a efecto de fijar las condiciones del consentimiento libre e informado.*

Esperemos que esta vez el Presidente de la Repúbrica retome sus atribuciones constitucionales en cuanto al deber de consultar conforme al bloque de constitucionalidad. En todo caso, la propuesta de la Corte de Constitucionalidad en cuanto al Consejo Departamental de Desarrollo deberá ser parte de una iniciativa del Presidente de la Repúbrica que tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas guatemaltecos para poder implementar.