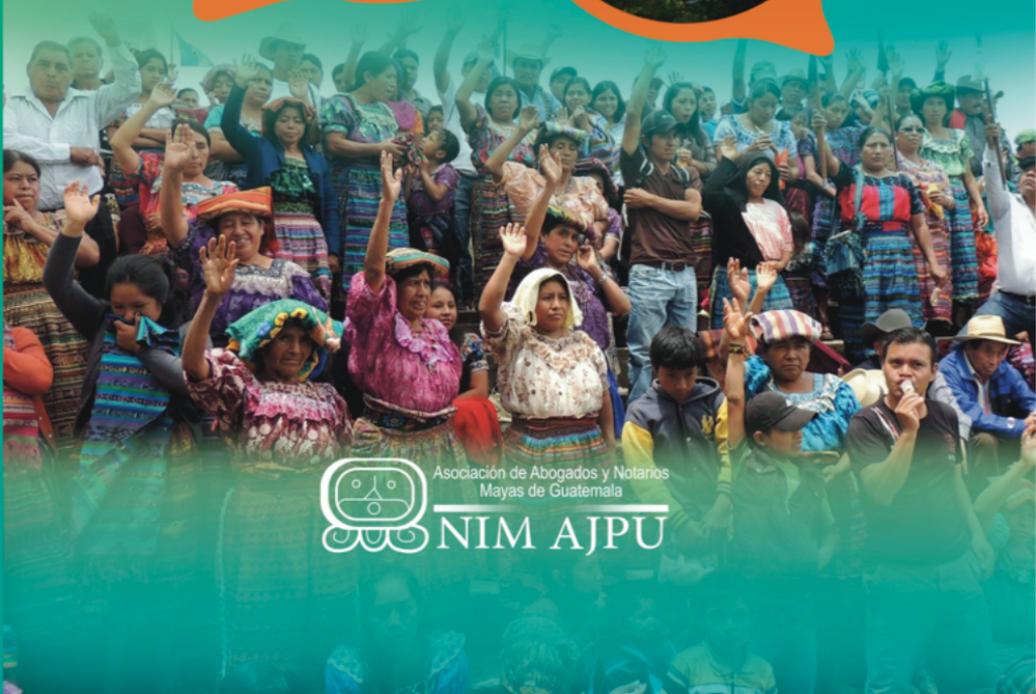


ANÁLISIS DE SENTENCIAS EN MATERIA DEL DERECHO DE CONSULTA



Asociación de Abogados y Notarios
Mayas de Guatemala

NIM AJPU

Asociación de Abogados y
Notarios Mayas de Guatemala

Análisis de sentencias en materia del Derecho de Consulta

Consulta de Buena Fe, Previa, Libre e Informada

CONSULTOR

Lic. Marco Antonio Canteo Patzán

Análisis de sentencias en materia del Derecho de Consulta

©Lic. Marco Antonio Canteo Patzán

Diseño portada y contraportada

José Antonio Ros Sales

Revisión de textos

Celia María Pérez López

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra,
por cualquier medio, sin autorización escrita del autor.

Diseño e impresión:

Editorial
**Servi
prensa**

3a. avenida 14-62, zona 1

PBX: (502) 2245-8888

www.serviprensa.com

Diagramación: Elizabeth González

Este libro fue impreso en abril de 2019.

La edición consta de 500 ejemplares en papel bond blanco 80 gramos.

Índice

I. Presentación	9
Introducción	9
II. El derecho de consulta en el marco normativo internacional y nacional	21
a) Recepción del derecho internacional de los derechos humanos relativo a los pueblos indígenas en la Constitución Política de la República de Guatemala	21
b) Estándares internacionales relativos al derecho de consulta previa	27
i) <i>La consulta es de carácter obligatorio para los Estados</i>	34
ii) <i>La consulta debe ser previa</i>	40
iii) <i>La consulta debe ser informada</i>	43
	5

iv) <i>La consulta debe ser culturalmente adecuada</i>	46
v) <i>La consulta debe ser de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo</i>	50
c) La reparación en el derecho internacional por violación al derecho de consulta previa	58
d) El derecho de consulta previa en el ordenamiento jurídico guatemalteco	63
III. Análisis jurídico de las sentencias paradigmáticas en materia de consulta previa en Guatemala. Principales hallazgos	73
a) El acceso a la justicia y el derecho de consulta previa	76
b) El reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos	85
c) La consulta previa como un derecho fundamental y parte del bloque de constitucionalidad	92
d) Los estándares internacionales del derecho de consulta en la jurisprudencia de Guatemala	100
i) <i>Análisis comparado de los estándares internacionales en materia de consulta con la jurisprudencia de Guatemala</i>	103

ii) <i>Análisis más relevante de los contenidos propios del derecho de consulta en la jurisprudencia guatemalteca. Principales hallazgos, incoherencias y contradicciones</i>	114
IV. Conclusiones y recomendaciones	129
a) Conclusiones	129
b) Recomendaciones	133
V. Bibliografía	137
a) Leyes y acuerdos	137
b) Informes y obras	138

I. Presentación

a) Introducción

En las últimas décadas se vienen desarrollando en muchas partes del mundo, especialmente en América Latina, una serie de procesos importantes en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Estos cambios han sido más visibles en el campo normativo y en menor medida, aunque importantes, en el campo jurisprudencial.

Después de la llamada década perdida, el final de los años 80 y los años 90 fueron testigos de un potente movimiento de actores internacionales a favor de los derechos de los pueblos indígenas, dentro de los que figuraron notables liderazgos indígenas,¹ cuyo logro más significativo fue impulsar nuevos instrumentos internacionales que superara las viejas visiones integracionistas y asimilacionistas y fuera más sensible con la diversidad y la pluriculturalidad de las naciones del mundo.

¹ Así lo reconoce el Folleto Informativo No. 9 de la Rev. 2 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. 2013, p. 1.

Fue así como en 1989, la comunidad internacional adoptó el Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo² (en adelante el Convenio 169 o simplemente el Convenio), y, en el 2007 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración de las Naciones Unidas), los cuales se han constituido desde entonces en los principales instrumentos internacionales sobre los derechos de dichos pueblos.³

Los pueblos y organizaciones indígenas también fueron actores clave para que los Estados ratificaran el Convenio 169 y se han convertido en actores internacionales en el impulso y reconocimiento de sus derechos colectivos. Desde entonces son 22 países que lo han ratificado. La mayor parte provienen de países de América Latina. Guatemala lo hizo en 1996 no sin antes asistir a un intenso y denso debate sobre la conveniencia de su ratificación y de sus contenidos.⁴ Como quedó demostrado con la reciente propuesta de reforma constitucional que contenía el reconocimiento de la jurisdicción indígena (finales del 2016 y lo que va del 2017), este debate persiste casi en los mismos términos que hace más de dos décadas

2 Adoptado en la 76ª. Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra, Suiza, junio de 1989.

3 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 107ª sesión plenaria el 13 de septiembre del 2007.

4 La Opinión Consultiva de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a instancias del Congreso de la Republica, es un documento ineludible para entender los puntos de este debate. Ver expediente 199-95, de fecha 18 de mayo de 1995.

cuando se discutió sobre si Guatemala debería ratificar el Convenido.

Porque a diferencia de otros países de la región, especialmente los andinos, en Guatemala, la Constitución Política de la República (en adelante la Constitución o la CPRG), aprobada en 1985, no incorporó en sus contenidos un explícito y amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y, si bien contiene un apartado sobre comunidades indígenas, su articulado tiene que ser complementado a la luz interpretativa de los contenidos del Convenio 169 para poder hacerla coherente con los estándares internacionales de la actualidad.⁵

Tomando en cuenta lo anterior y no obstante la ratificación del Convenio 169, la consulta previa es uno de los principales derechos que diversas comunidades y organizaciones indígenas demandan respeto y cumplimiento al Estado de Guatemala, debido a que numerosos proyectos administrativos y legislativos se han autorizado con *crasos* vicios legales e inobservando criterios básicos y mínimos que exige la legislación y los estándares internacionales.

A lo anterior hay que añadir el incumplimiento sistemático del Estado en cuanto a observar los estándares mínimos del derecho de consulta en la autorización de medidas susceptibles de afectarles directamente. Incumplimiento que se ha dado, entre otras razones, por la ausencia de un marco normativo o mecanismos efectivos que la

5 Ver Título II. Capítulo II. Sección tercera de la parte Dogmática de la Constitución Política de la República de Guatemala.

regulen; por inobservancia de los criterios mínimos que la Corte de Constitucionalidad (en adelante la Corte o simplemente la CC), ha establecido en distintos fallos; por delegación de facto del Estado a las empresas interesadas en los distintos proyectos para que estos lleven adelante todo o parte de las consultas; o por no considerar válidas las consultas de “buena fe” que diversas comunidades indígenas han realizado para pronunciarse sobre distintos proyectos que se han propuesto o incluso autorizado.⁶

Sin lugar a dudas, la cantidad e intensidad de los conflictos sociales relacionados con el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas ha aumentado considerablemente en Guatemala en los últimos veinte años y es constante fuente de debates intensos y una progresiva criminalización de los propios pueblos indígenas. Es en ese contexto, que la Asociación de Abogados y Notarios Mayas de Guatemala, (en adelante la AAMG o NIM AJPU) una organización sin fines de lucro, ha estado apoyando diversos esfuerzos para fortalecer y consolidar los derechos de los pueblos indígenas y su respectiva institucionalidad, dentro de los que ha tenido especial atención el acompañamiento y el litigio de casos relacionados al derecho de consulta previa.

6 En este sentido ver Fundación del Debido Proceso Legal, DPLF. Derecho a la consulta y el consentimiento libre e informado en América Latina. Avances y desafíos en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. 2015. Conforme este informe hasta el 2014 se habían celebrado más de 75 consultas comunitarias en Guatemala, denominadas consultas de buena fe. Generalmente estas consultas fueron organizados por las propias comunidades indígenas.

En esos esfuerzos la Asociación ha estado apoyando y acompañando a comunidades indígenas en la asesoría y litigio estratégico de procesos administrativos y judiciales relacionados a los derechos de los pueblos indígenas, lo que ha significado en varias ocasiones, apersonarse a los tribunales de justicia para constituirse como parte de los mismos y participar de todas sus fases y audiencias.

Por ello, después de un proceso de más diez años, la NIM AJPU, decidió hacer un balance general del estado actual del derecho del consulta previa en Guatemala, y dispuso hacer un estudio jurídico de carácter exploratorio y comparativo para analizar las sentencias más emblemáticas –especialmente aquellas que ha acompañado– que se han dictado en los últimos años y que den fe de los avances y retrocesos de la jurisprudencia en dicha materia.

Esta aproximación al análisis de las sentencias antes mencionada pretende entonces, detectar los principales hallazgos en torno al derecho de consulta previa, y, averiguar al menos en qué medida la jurisprudencia guatemalteca ha estado cumpliendo o incumpliendo los estándares internacionales sobre la materia. En el afán de hacer el balance jurídico antes aludido, el presente estudio también puede ser una herramienta útil de consulta de las autoridades competentes, sean estas administrativas y judiciales, sobre los contenidos y estándares que se vienen desarrollando en el ámbito internacional y la forma en que han sido interpretados en la práctica forense nacional.

Conscientes de los esfuerzos que se vienen realizando por consolidar los derechos de los pueblos indígenas, la NIM AJPU, también desea poner a disposición de la comunidad jurídica, pueblos y organizaciones indígenas y sociales y personas interesadas en la materia, un documento de utilidad jurídica en el que podrán tener un acercamiento general a los criterios internacionales aplicables al derecho de consulta y la medida en que la justicia guatemalteca ha sido receptiva con la evolución de esos estándares del derecho internacional.

b) Aspectos metodológicos de la investigación

Tomando en cuenta la delimitación anterior y haciendo hincapié en el carácter exploratorio del presente estudio jurídico, la Asociación, una vez elegido el tema objeto de la investigación, seleccionó catorce sentencias emblemáticas en las que ha tenido distintos grados de participación, desde el acompañamiento propiamente dicho, la asesoría jurídica específica y la presentación de acciones judiciales concretas en las cuales se ha apersonado como organización o bien uno o varios de sus miembros se ha acreditado como abogado, para participar en el litigio escrito y oral según corresponda la causa y los momentos procesales.

Adicional al criterio de acompañamiento, la selección de las sentencias también obedeció a un criterio de diversidad de temas en donde era obligatorio, según el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas, consultar a los pueblos indígenas interesados sobre

medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente. Fue así como se seleccionaron nueve sentencias, entre amparos directos y apelaciones de amparo contra medidas administrativas, reglamentarias y acuerdos municipales dictadas por distintos órganos del Estado (Ministerios de Estado y Municipalidades)⁷ y

-
- 7 1) Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 3838-2007, caso conocido como San Juan Sacatepéquez. 2) Corte de Constitucionalidad. Apelación en Sentencia de Amparo, expediente 1031-2009, caso contra el Consejo Municipal del Departamento de Xenacoj, Departamento de Sacatepéquez, por acordar no autorizar licencia de construcción de una carretera que pasaría por su jurisdicción. 3) Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo, expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013, por omisión del Ministerio de Energía y Minas de notificar a las comunidades mayas ixiles del área afectada, autorización a Transmisora de Energía Renovable, Sociedad Anónima, para la prestación de servicio de transporte de electricidad del proyecto denominado "Subestaciones Uspantán y Chixoy II y línea de transmisión Uspantán-Chixoy I. 4) Corte de Constitucionalidad. Apelación en Sentencia de Amparo, expediente 1925-2014, contra disposición administrativa del Ministro de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda de aprobar la construcción vial del tramo interconexión de la primera fase del anillo regional. 5) Sala Primera de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo constituido en Tribunal de Amparo. Amparo 01011-2014-00081, contra el contrato administrativo entre el Instituto Nacional de Electrificación y la entidad Intertechne Consultores, S.A para realizar estudios de factibilidad geológica, geotécnica, sísmica y geofísica Hidroeléctrica Xalalá. 6). Juzgado Primero de Primera Instancia Civil de Guatemala constituido en Tribunal de Amparo. Amparo 01050-2014-00871, por omisión de las autoridades municipales del Municipio de San Pedro Ayampuc, para detener construcción del proyecto Minero Progreso VII, más conocido como el caso "La Puya". 7) Corte de Constitucionalidad. Amparo, expediente 1072-2011, contra la iniciativa del Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 8) Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 1149-2012 Contra la omisión del Ministro de Energía y Minas de consultar previamente, a las comunidades indígenas maya ixil del área afectada, por la autorización de instalación de la central generadora denominada "Hidroeléctrica La Vega I". 9) Corte de Constitucionalidad. Apelación en Sentencia de Amparo,

cinco inconstitucionalidades contra leyes, reglamentos y acuerdos municipales, en las cuales los accionantes fueron representantes de pueblos indígenas, personeros de las empresas beneficiadas con contratos administrativos y personas individuales que se sintieron perjudicados por tales medidas⁸.

También la selección de sentencias tuvo un criterio de temporalidad, ya que se decidió que los fallos judiciales objeto del análisis jurídico tendrían un margen entre la primera sentencia, año 2005, y la última, año 2014, un periodo aproximado de 10 años, marco temporal que se consideró suficiente para tener un balance aproximado de cómo asume la justicia constitucional los derechos de los pueblos indígenas en relación al derecho de consulta previa. Complementando este criterio, se decidió que la selección de sentencias recogiera algunos casos en que

Expediente 4419-2011 contra el acuerdo Ministerial del Ministro de Energía y Minas, que otorga autorización definitiva a la entidad Corrientes del Río, Sociedad Anónima, para el proyecto denominado "Hidroeléctrica Entre Ríos".

- 8 Corte de Constitucionalidad, Sentencias de: 1) Inconstitucionalidad general total, expediente 1179-2005 contra la Convocatoria a Consulta de Buena Fe, de la Municipalidad de Sipacapa, departamento de San Marcos. 2) Inconstitucionalidad general total, expediente 2376-2007, contra las disposiciones del Concejo Municipal de Río Hondo, departamento de Zacapa que reglamentó la consulta de vecinos con carácter vinculante. 3) Inconstitucionalidad general parcial, expedientes acumulados 2432-2011 y 2481-2011, contra el Reglamento de Consulta de Vecinos del Concejo Municipal de Santa Rosa de Lima, departamento de Santa Rosa. 4) Inconstitucionalidad general total, expediente 1008-2012, contra la Ley de Minería promovida por una diversidad de autoridades y líderes indígenas de Guatemala. Inconstitucionalidad de carácter total y parcial. 5) Inconstitucionalidad general o parcial, expediente 5229-2013, contra Reglamento acordado por el Consejo Municipal de la Municipalidad de Jalapa, Departamento de Jalapa, para la realización de consulta a solicitud de vecinos.

las decisiones sobre el derecho de consulta no recayera necesariamente en una comunidad indígena, como fueron los casos de "Río Hondo, Santa Rosa de Lima, Santa Rosa y el del Municipio de Jalapa, departamento del mismo nombre", pero que si fueran relevantes para el análisis de los estándares internacionales en materia de consulta.

Ese último criterio mencionado en el párrafo anterior, también obedeció al hecho de poder contar con el análisis de casos representativos de distintas partes del país, especialmente considerando las regiones que la forman: Región de Central, Región Metropolitana, Región Suroccidental, Región Noroccidental, Región del Norte y Región Suroriental, de tal forma que el estudio pudiera representar el análisis jurídico de los casos que fueron presentados en distintas partes del territorio nacional.

Asimismo sin perder el carácter exploratorio del estudio, se decidió tener un acercamiento comparativo al derecho internacional de los pueblos indígenas como rama del derecho internacional de los derechos humanos, para lo cual se recopilaron estudios, informes, recomendaciones y algunas sentencias que contienen el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas y de los estándares internacionales en materia de consulta, de los órganos especializados de Naciones Unidas, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de estudios de Universidades, instituciones y organizaciones internacionales que han realizado informes especializados sobre la materia.

En base a dicha documentación especializada, se llevó a cabo una agrupación de los estándares internacionales en

materia de derechos de los pueblos indígenas relacionados estrechamente con el derecho de consulta, los cuales se eligieron de forma intencionada para ser punto de partida del análisis comparado de las sentencias de la justicia constitucional guatemalteca y así tener mayores elementos para encontrar diferencias y semejanzas y el grado de coherencia con respecto al sistema del derecho internacional que ha perfilado los estándares internacionales de la materia.

Asimismo del estudio de las sentencias que emanaron de la Corte de Constitucionalidad, también se identificaron algunos criterios que consideramos aportes adicionales a los estándares internacionales propiamente dichos, los cuales también se utilizaron para hacer el análisis jurídico crítico y comparativo de sus propias sentencias, especialmente con las partes resolutivas donde queríamos comprar la coherencia sistémica entre los fundamentos y los fallos finales. Estos hallazgos a tener en cuenta para las propias sentencias, fueron: el reconocimiento del derecho de consulta como derecho fundamental de carácter colectivo, autoejecutable y justiciable y el reconocimiento del derecho de consulta como parte de la doctrina denominada bloque de constitucionalidad.

El estudio también recogió, para construir algunas valoraciones puntuales y conclusiones finales, las experiencias compartidas por algunos miembros de la AAMG que acompañaron y vivieron de cerca la mayoría de experiencias de procesos, tanto en cuanto a los hechos suscitados en diversas comunidades que demandaron

protección a sus derechos, como del litigio propiamente en los tribunales y cortes del país.

Finalmente, el informe se estructuró de forma flexible, considerando los ajustes necesarios que obligaban la lectura y los hallazgos de las distintas fuentes de investigación. De esta forma el informe contiene, una parte de presentación, que incluye la introducción y la descripción de la metodología, otra sección que recoge el análisis y la agrupación del derecho internacional de los pueblos indígenas y la forma de recepción que el derecho y la jurisprudencia nacional hicieron de los estándares relativos a esa rama del derecho internacional, una tercera parte específica dedicada al análisis de la jurisprudencia de la justicia constitucional de Guatemala y la última parte, dedicada a las conclusiones y recomendaciones globales que a modo de reflexiones finales pueden ser útiles para el seguimiento de futuros ejercicios de investigación e incidencia en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas.

II. El derecho de consulta en el marco normativo internacional y nacional

a) Recepción del derecho internacional de los derechos humanos relativo a los pueblos indígenas en la Constitución Política de la República de Guatemala

Antes de hacer el análisis correspondiente de las sentencias –contenido central del presente estudio– es fundamental hacer una breve reseña jurídica de la recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, en especial del derecho de los pueblos indígenas, como ejercicio útil para clarificar la recepción constitucional del derecho de consulta previa y de entrada contar con un sólido criterio normativo para ir desarrollando los contenidos propios del presente estudio sin estar constantemente recurriendo sobre su viabilidad constitucional.

Lo anterior que parece una obviedad en otros contextos no lo es en el medio jurídico guatemalteco, donde

permanentemente se niega la validez del derecho internacional por una visión positivista muy arraigada que ni siquiera es acorde a los postulados de la misma teoría de quienes la sustentan, más bien es una visión de mera legalidad,⁹ así como por una constante negación de la supremacía de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre el derecho interno. Por si fuera poco, esta negación de hecho y de derecho arrecia cuando se alega la validez constitucional de los tratados y convenios internacionales que contienen derechos de los pueblos indígenas.

Aunque no es objeto del presente estudio –más bien del campo sociológico y antropológico– hay que señalar que ambas visiones del derecho si bien constituyen serios obstáculos para hacer efectivo los derechos de los pueblos indígenas, los mismos esconden un fenómeno arraigado en la conciencia y en la práctica que consiste en la negación sistemática de los derechos humanos de dichos pueblos a lo largo de la historia del Estado de Guatemala.

No obstante las visiones anteriores, la Constitución de Guatemala, como varios textos constitucionales de la región,¹⁰ adoptó normas y mecanismos para hacer recepción del derecho internacional de los derechos humanos y les dio plena validez y jerarquía constitucional,

9 Para una amplia lectura del concepto “mera legalidad” frente a los modelos de estricta legalidad y su compatibilidad con las democracias constitucionales y el propio Estado democrático de derecho, ver Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Editorial Trotta. S. A. 2008 y *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. S. A. 2004.

10 Para una exposición más extensa, ver Fundación del Debido Proceso Legal. *Op. cit.* Primera Parte, pp. 3-13.

pero no como un mero ajuste para evitar que dichas normas estuvieran al mismo nivel de la Carta Magna, como pretende el monismo jurídico, sino más bien para que su observancia fuera absoluta con rango de norma suprema *erga omnes*.¹¹ En otras palabras la Constitución consagró un conjunto de derechos, principios y garantías que cumplen en buena parte con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y las estableció con carácter vinculante para el ordenamiento y la jurisdicción nacional.

Para desarrollar lo indicado en el párrafo anterior, diremos en primer lugar, que el Estado como titular del monopolio de la producción jurídica estableció en la Constitución el principio general del derecho internacional que consiste en que los Estados adquieren y cumplen sus obligaciones internacionales de buena fe –*Pacta Sunt Servanta*– y lo prescribió de la siguiente forma: *Artículo 149. De las relaciones internacionales. 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.*¹²

En segundo lugar, la Constitución estableció dos reglas fundamentales¹³ para consolidar e incorporar los

11 Aforismo jurídico o locución latina que significa: "Frente a todos" y se usa para referirse a la aplicabilidad de una norma, un acto o contrato.

12 Las cursivas son nuestras.

13 Para una exposición más amplia de la ley fundamental, ver Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Segunda Edición. Editorial Temis. Capítulo II. Apartado 62, pp. 169 y SS.

tratados de derechos humanos al ordenamiento jurídico interno del país; por un lado, incorporó la regla general que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno, artículo 46; y por el otro lado, una regla más amplia en el sentido 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 [...]", artículo 44. Esta última regla, la más amplia, la del artículo 44, es la que eligió la Corte de Constitucionalidad en la opinión consultiva del Convenio 169 de 1995, como mecanismo ideal de incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico guatemalteco.¹⁴

Bajo las reglas enunciadas anteriormente podemos afirmar que la Constitución da plena validez normativa a todos los instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos el Estado de Guatemala ha suscrito, aprobado y ratificado, y por tanto pasan a formar parte del ordenamiento jurídico con rango de norma constitucional. Esto es así porque Guatemala como cualquier país que es parte de la comunidad internacional en uso soberano de su poder se obliga a sí misma a cumplir los instrumentos internacionales conforme las reglas del derecho internacional.

La propia Corte de Constitucionalidad ha confirmado lo anterior. Efectivamente al evacuar la referida opinión

14 *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente No. 199-95. Numeral VIII. Análisis de la Constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT.

consultiva sobre la constitucionalidad del contenido de las normas del Convenio 169, opinó, entre otras cosas, que los tratados y convenios internacionales en que se reconocen derechos humanos y libertades, suscritos, aprobados y ratificados por Guatemala, forman parte de su legislación,¹⁵ es decir de su ordenamiento jurídico. Y siendo que el Convenio 169 de la OIT ratificado por Guatemala desde 1996, es un instrumento internacional de derechos humanos, no queda duda que conforme las normas ya expuestas de la Constitución y lo dicho por la propia Corte en relación con la consulta como parte del bloque de constitucionalidad, son parte de la Constitución con rango de Norma Fundamental.

Para no dejar un ápice de duda sobre lo expuesto anteriormente, en la misma opinión consultiva ya citada, la Corte afirmó que el Convenio 169 de la OIT, en su conjunto, no contraviene la Constitución, ya que no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental sino que, al contrario, trata aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria.¹⁶ Además la Corte dio un paso más –y como más adelante se desarrollará– estableció en su jurisprudencia que los tratados multilaterales, dentro

15 *Ídem*. Numeral VI. Marco Constitucional Guatemalteco. *Por otra parte, Guatemala ha suscrito, aprobado y ratificado varios tratados y convenios internacionales, que forman parte de su legislación, en los que se reconocen los derechos humanos y las libertades fundamentales, encontrándose dentro de ellos la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Cursiva son nuestras.

16 *Ídem*. Numeral VIII. Análisis de la Constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT.

de los cuales está el Convenio 169 tienen *reconocimiento normativo propiamente dicho y por ende forman parte del bloque de constitucionalidad como norma fundamental* por virtud de los artículos 44 y 46 ya citados.¹⁷

Este análisis expuesto en líneas generales sobre la recepción de los tratados multilaterales en la Constitución guatemalteca no debería dejar dudas sobre la jerarquía de los instrumentos internacionales en derechos humanos y por ende del Convenio 169. Sin embargo, debemos advertir que a pesar de la nitidez normativa y jurisprudencial expuesta, la realidad dista de esta claridad, especialmente, como ya se dijo, cuando se trata de reconocer y respetar los derechos de los pueblos indígenas. Las experiencias que se deducen de los casos analizados en el presente estudio, confirman la anterior afirmación, ya que el Estado sigue autorizando proyectos para explorar y explotar recursos naturales en territorios indígenas y otras medidas, sin respetar el citado convenio y la jurisdicción constitucional, y a pesar de sus elocuentes exposiciones y fundamentos de derecho internacional, no ha sido capaz de reestablecer de manera efectiva los derechos violados de los pueblos indígenas pues mantuvo vigentes las autorizaciones otorgadas sin ningún tipo de reparaciones por los daños ya ocasionados.

De esta forma, podemos concluir esta sección afirmando que pese a las vicisitudes expuestas en líneas anteriores, que los derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre los cuales está el derecho de consulta previa, tienen

17 Para una comprensión más amplia, ver: 1) Corte de Constitucionalidad. Expedientes 1822-2011 y 3878-2007. 2) Norberto Bobbio. *Op. cit.* Capítulo II, apartado 62. Norma Fundamental.

pleno reconocimiento como norma fundamental en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

b) Estándares internacionales relativos al derecho de consulta previa

Desde aproximadamente tres décadas la comunidad internacional ha perfilado los derechos de los pueblos indígenas como componentes destacados del derecho y de las políticas internacionales. Por este motivo se han ido construyendo mecanismos de participación de actores internacionales vinculados a esos derechos, incluyendo a los propios Estados, lo que ha ocasionado una eclosión de participación sin precedentes de los propios pueblos indígenas, a nivel global y regional,¹⁸ en la construcción de convenios, declaraciones, mecanismos de evaluación y toda una institucionalidad en organismos internacionales que las han adoptado.

En “el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas (sus mecanismos, leyes y políticas) ha ocupado un lugar central en este proceso mediante órganos el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, que cumplió innovadoras funciones de las que hoy se ocupan el Consejo de Derechos Humanos y sus mecanismos en colaboración con otras instancias destacadas, como el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígena”¹⁹ (FPCI o Foro Permanente).

18 En este sentido. *Op. cit.* Folleto Informativo No. 9 de la Rev. 2 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, p. 1.

19 *Ídem.*

Desde entonces la consulta previa a los pueblos indígenas y otros grupos sociales se ha convertido en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos, debido a que los intereses económicos, por un lado, y la supervivencia de los propios pueblos indígenas, por el otro, generan conflictos jurídicos, políticos y sociales. En países como Guatemala, donde el porcentaje mayor de su población pertenece a este segmento social, aunque minoría política conforme el derecho internacional, las demandas derivadas del respeto de este derecho adquieren características y dimensiones de verdaderos conflictos históricos nunca resuelto en nuestro entorno.

En este contexto los propios pueblos indígenas han tenido que acudir a órganos judiciales en demanda de tutela de su derecho colectivo, casi siempre teniendo como base los instrumentos internacionales, como el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas. Es en este escenario que se contraponen los estándares internacionales del derecho de consulta previa y los mecanismos normativos nacionales utilizados por las autoridades locales para conceder y autorizar proyectos en territorios indígenas. Y aunque de momento el derecho de consulta previa en Guatemala se relaciona casi siempre con proyectos de carácter económico no hay que olvidar que este puede ser invocado en proyectos de diversa índole, tanto administrativos y legislativos que pueden ser susceptibles de afectar sus derechos.²⁰

20 En este sentido, ver Universidad de los Andes. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Colombia. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Los Estándares del Derecho Internacional. Consultas de Medidas Administrativas y Legislativas, p. 58.

La importancia de los estándares internacionales, es pues, indiscutible en el actual estado de cosas ya que en última instancia pueden funcionar, y de hecho así ha sido en muchos casos, como verdaderos parámetros normativos en las decisiones judiciales del país y como parámetro de desarrollo de la jurisprudencia de las altas cortes.

Son dos instrumentos internacionales específicos que contienen los estándares sobre el derecho de consulta previa. El Convenio 169 de la OIT, único instrumento con carácter convencional, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, alcanzan el mayor desarrollo en este sentido, pero vienen precedidos de sendos instrumentos internacionales que sentaron las bases para el actual estado del derecho internacional en la materia.²¹ Asimismo existen determinados órganos especializados, que por un lado interpretan y desarrollan estándares internacionales en resoluciones y sentencias vinculantes para los Estado, y otros que si bien sus resoluciones no son vinculantes, su importancia radica en que son guías indicativas de la aplicación de determinados contenidos de instrumentos internacionales.²²

En el primer grupo están órganos como los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que han adoptado

21 Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el propio Convenio 107 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

22 Para una comprensión más detallada sobre el carácter vinculante y no vinculante de los estándares internacionales, ver *Op. cit.* Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Primera parte. Las fuentes del Derecho del Derecho Internacional sobre Consulta Previa.

resoluciones y decisiones en materia de consulta que son vinculantes para los Estados de la región. En segundo lugar, se encuentran aquellos órganos como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Foro Permanente cuyo trabajo, informes y recomendaciones, son indicativos para los Estados, en tanto desarrollan los contenidos o estándares, en este caso de la consulta previa, que contienen el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas.

Como instrumento internacional de carácter convencional y por tanto vinculante, el Convenio 169 contiene obligaciones específicas en materia de participación y consulta previa, entre otros ámbitos fundamentales para los pueblos indígenas. En materia de consulta propiamente dicho, el Convenio regula con carácter de normas prescriptivas las situaciones en las cuales los Estados tienen el deber de consultar y dotar de contenidos, los cuales han sido posteriormente desarrollados por órganos de derecho internacional.²³

23 Artículo 6. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos **deberán**: a) *consultar* a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [...] 2. *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.* Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos

En atención a su efectividad, el Convenio 169 debe interpretarse de manera armónica en su conjunto y deben respetarse otros derechos reconocidos por otros instrumentos internacionales (derecho de participación, derecho de acceso a la información, derecho de acceso a la justicia, debido proceso, etc.), pues muchas de sus normas son perfectamente aplicables entre sí. En cuanto al tema que ocupa el presente estudio, el instrumento internacional “establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6º), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6º y 7º) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15).²⁴

recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, *antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Artículo 16. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, *sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa*. [...] Artículo 17. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. Las cursiva son nuestras.

24 En este sentido. *Op. cit.* Ver Universidad de los Andes. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Colombia. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Los Estándares del Derecho Internacional. Consultas de Medidas Administrativas y Legislativas, p. 58.

Además, el Convenio establece otros ámbitos de aplicación de consultas a los pueblos indígenas, tales como: programas especiales de formación para niños y de carácter profesional, tanto aquellas impulsadas por el propio Estado o por los propios pueblos indígenas (arts. 22 y 27).

Por su parte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, también regula el derecho de consulta para otras situaciones similares que el Convenio y para otras específicas en las que igualmente los pueblos a quienes se les aplica pueden ser susceptibles de ser afectados.²⁵

25 "Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. *No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción de regreso.* Artículo 15. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad. Artículo 17. Los Estados en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños [...]. Artículo 19. *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.* Artículo 30. 2. *Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.* Artículo 32. 2. *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propios instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.* Las cursivas son nuestras.

Aparte de las situaciones concretas en que los Estados deben consultar a los pueblos interesados, la Convención de la Naciones Unidas regula obligaciones específicas de los Estados en materia de reparación a todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado.²⁶

De las normas y de la exposición anterior podemos afirmar que el derecho de consulta para que sea compatible con el derecho internacional, debe reunir determinados requisitos y contenidos, porque: 1) Es un derecho colectivo de carácter obligatorio; 2) Deben ser previa; 3) Deben ser informadas; 4) Deben ser culturalmente adecuadas; y 5) Deben ser de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo.

Dada la importancia del derecho a la consulta, órganos internacionales como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, los comités creados por las principales convenciones de derechos humanos del Sistema de las Naciones Unidas y la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos se han pronunciado sobre diferentes aspectos de la consulta previa, como su naturaleza, sus objetivos, sus ámbitos de aplicación, sus requisitos y condiciones de legitimidad.²⁷

26 *Op. cit.* Convención de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

27 Due Process Of Law Fundation. DPLF. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. Washington, D.C. 2003, pp. 73 y 74.

Por ello, los estándares del derecho de consulta aparte de haber quedado establecidos en los dos instrumentos internacionales que hemos venido citando, también han sido objeto de sendos pronunciamientos por parte de diversos órganos universales del Sistema de las Naciones Unidas, así como por órganos regionales, como los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los que han venido a desarrollarlos ante situaciones concretas sometidas a su conocimiento.

Debido a la diversidad de contenidos y pronunciamientos por dichos órganos, a continuación exponemos y desarrollamos los estándares del derecho de consulta previa, como parámetros de observancia obligatoria para los Estados, que como Guatemala, son parte de convenios y declaraciones de las Naciones Unidas, así como de las convenciones de la Organización de Estados Americanos (OEA), y han aceptado la competencia de sus distintos órganos.

i) La consulta es de carácter obligatorio para los Estados

El deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales es uno de los pilares fundamentales del Convenio 169 de la OIT.²⁸ En efecto, tanto las normas del Convenio 169 como las de la Convención de la ONU establecen normas prescriptivas, es decir, normas que

28 *Op. cit.* Due Process Of Law Fundation. DPLF. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria, pp. 73.

imponen a los Estados parte o miembros la obligación de llevar a cabo consultas a los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos en los que pueden ser susceptibles de afectarlos directamente; así el Convenio 169 obliga a adoptar medidas legislativas o administrativas (art. 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6 y 7), la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15), también cuando se prevén medidas de traslados de sus miembros de sus territorios que tradicionalmente ocupan (art. 16) y cuando se lleven a cabo programas especiales de formación para niños y de carácter profesional (arts. 22 y 27).²⁹

Por su parte la Declaración de la ONU en materia de consulta, también recoge normas prescriptivas y no facultativas en los que los Estados parte *celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas [...]*, (art. 19). En la misma línea prescriptiva, el art. 30, numeral 2 establece que: *Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, [...]*. El art. 32 que regula las consultas en materia de explotación de recursos minerales, hídricos u otro tipo, no deja lugar a dudas que la consulta previa a los pueblos indígenas es de carácter obligatorio.

29 *Op. cit.* Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, p. 19.

En armonía con las normas internacionales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha hecho énfasis *en la obligación* de los Estados de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios,³⁰ porque esta es una manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos, según dispone el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas.³¹

Por si fuera poco, la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) en el caso *Saramaka vs. Surinam*, *también se ha pronunciado sobre la obligación de los Estados de consultar*, y ha manifestado que para garantizar la participación efectiva de los miembros del pueblo en los planes de desarrollo o inversión que se vayan a ejecutar en el territorio de un pueblo indígena o tribal, *el Estado tiene el deber de “consultar activamente” con la comunidad*, según sus costumbres y tradiciones, y la obligación de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados.³²

30 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1058.

31 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2010. Citando a varios informes de la propia CIDH, normas del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas e informes del Relator Especial, p. 108.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.130. Ver también, Corte IDH, Caso Pueblo Indígena

Por otra parte, la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas sobre los mecanismos y procedimientos de la consulta propiamente dicha, también ha sido desarrollada desde hace una década por otros órganos de derecho internacional.

En el 2006, Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas (el Relator Especial), en su informe temático resaltó la necesidad de que todas las medidas sobre mecanismos de consulta y participación, así como todas las normas orgánicas y reglamentarias necesarias para la aplicación de los derechos indígenas, fueran desarrolladas en consulta con los pueblos interesados.³³

Un año después, en el 2007, la Corte Interamericana en la misma línea que el Relator Especial, estableció con carácter vinculante que la obligación de consultar también se extiende a los propios mecanismos de consulta. Un ejemplo es el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Saramaka vs. Surinam* y la interpretación de este, que afirmó que “todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo Saramaka, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la ‘justa indemnización’ que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el

Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, Párrs. 165, 177 y 201. Las cursivas son nuestras.

33 Ver Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Informe temático 2006.

pueblo Saramaka de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales.”³⁴

Otros componentes importantes que se derivan del derecho de consulta y su correlativa obligación general, son por un lado, la responsabilidad estatal de llevarla a cabo y no delegarla en otras partes interesadas y, por el otro lado, que la ausencia de un marco regulatorio adecuado no exime la obligación de consultar a los pueblos interesados bajo los parámetros internacionales. El desarrollo de los estándares internacionales en esta materia es importante, particularmente en el contexto de Guatemala, donde la práctica estatal sin excepción alguna, ha consistido en delegar a las propias empresas interesadas en los proyectos, las etapas de la consulta, pero entendida esta como el llenado de un conjunto de requisitos formales, como si se tratase de un expediente en sede notarial y con criterios que en nada cumplen con los contenidos del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas.

En el primer caso, la CIDH ha dicho que la realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión. Además ha detectado que en muchos países que forman parte del sistema interamericano, se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa

34 Op. cit. Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Segunda parte. Los temas fundamentales de la consulta en el Derecho Internacional. Citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 66.

a empresas privadas, generando una privatización de *facto* de la responsabilidad del Estado. Como consecuencia de ello ha dicho el órgano regional que los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, [...] no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias.³⁵

En el segundo caso, también la CIDH ha sostenido sustentándose en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que la obligación estatal de consulta debe regularse en el derecho interno a través de medidas legislativas o administrativas, pero que la ausencia de ella no lo exime de dicho deber.³⁶ El órgano en mención incluso ha recordado que la utilización de otras normativas para subsanar el derecho de consulta no son suficientes para satisfacer el derecho de consulta conforme los estándares internacionales y que si bien la jurisprudencia y la práctica interamericana han desarrollado contenidos mínimos sobre el deber de consulta, al no existir un única fórmula aplicable a todos los casos, habrá que acudir al principio de flexibilidad del Convenio 169 teniendo presente las condiciones propias de cada país.

35 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Párr. 291.

36 *Idem*, p. 116. Párr. 298. La CIDH ha ido más allá del tema de consulta y sostiene que los Estados tienen la obligación de aprobar legislación que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de índole política, económica y social que no afecten sus derechos y que incremente su participación política en la adopción de decisiones de nivel nacional.

ii) La consulta debe ser previa

Si la consulta debe realizarse de buena fe, de forma informada, mediante procedimientos adecuados y su propósito es buscar un acuerdo entre las partes, entonces el momento apropiado en que debe realizarse es antes y no durante o después de autorizar o emprender cualquier proyecto en los que haya obligación de llevarla a cabo. Y si bien, el Convenio solo lo recoge de manera explícita en las situaciones de explotación de recursos naturales “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15. 2)”, la Declaración de Naciones Unidas lo amplía a otras situaciones susceptibles de afectar los derechos de los pueblos indígenas, tales como explotación de recursos minerales e hídricos (art. 32.2); casos de desplazamiento de sus tierras o territorios (art. 10); situaciones donde se pretenden adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten (art. 19); y situaciones en donde se pretende utilizar sus tierras o territorios para actividades militares (art. 30.2).

Tomando en cuenta el carácter vinculante del primer instrumento y el carácter declarativo del segundo, así como los pronunciamientos de distintos organismos internacionales los cuales han coincidido en afirmar que la consulta para todas las situaciones debe llevarse a cabo siempre, antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades. Así en el caso de medidas legislativas y administrativas, si bien el Convenio 169 no ordena específicamente en qué etapa debe llevarse a cabo la consulta, la CEACR ha establecido

que debe realizarse previamente a la adopción de las medidas. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos indígenas, incluidas las legislativas, depende de que las comunidades *hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas*.³⁷

El mismo Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales a Canadá en el 2006, indicó que el estado parte debía “consultar con [la comunidad indígena] la Band *antes* de conceder licencias para la explotación económica de las tierras objeto de controversia y garantizar que en ningún caso la explotación de que se trate atente contra los derechos reconocidos en el pacto”.³⁸

Los órganos regionales de protección de los derechos humanos también se han pronunciado en varios casos y situaciones sobre el carácter previo de la consulta. Así la CIDH ha sostenido que la consulta para ser previa, debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Más en concreto la CIDH ha dicho que los

37 En este sentido, *Op. cit.* Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Segunda parte. Los temas fundamentales de la consulta en el Derecho Internacional. Citando al Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika 213 vs. Nueva Zelanda*, párrs. 9.5, 9.8. Las cursivas son nuestras.

38 Para una exposición más amplia de resoluciones y recomendaciones de diversos organismos internacionales sobre las distintas situaciones en que la consulta debe ser previa, ver. *Idem*. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Segunda Parte.

procedimientos de consulta se deben desarrollar *antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas*.³⁹

Por su parte, la Corte Interamericana ha sostenido en su fallo sobre el caso Saramaka vs. Surinam que “se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, *en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión* y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso”. Porque *el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado*.⁴⁰

La Corte Interamericana también ha dicho en el mismo caso antes citado, que el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.⁴¹

Un elemento fundamental que no debe dejarse de lado es que *el derecho de consulta se vincula con múltiples*

39 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Citando a la propia CIDH. Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 38, 28 de junio de 2007, párr. 249. Las cursivas son nuestras.

40 *Op. cit.* Corte Interamericana. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, p. 42, párr. 133. Las cursivas son nuestras.

41 Ver. *Ídem*, pp. 42 y 43, párr. 133.

*derechos humanos*⁴², pero particularmente con los derechos de participación establecido en el artículo 23 de la Convención Americana, con el derecho a la propiedad comunal y con el derecho a la identidad cultural.⁴³ Estos criterios centrales que se vienen desarrollando para enriquecer los contenidos del derecho en cuestión, sin lugar dudas, tienen una importancia fundamental para afirmar que la consulta a los pueblos indígenas, es todo un verdadero proceso de ejercicio de derechos que los Estados aún no logran comprender y respetar en la dimensión que viene haciéndolo la jurisprudencia internacional.

iii) La consulta debe ser informada

Asumiendo lo establecido en el artículo 15.2 del Convenio 169, que establece que los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales deben tener como finalidad *determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida, [...]*, la consulta previa a los pueblos indígenas interesados, debe llevarse a cabo en un marco de plenitud informativa para que sus miembros se impongan de todos los aspectos positivos y negativos de los proyectos.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas es más específica en cuanto al carácter informador de la consulta

42 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Citando al Relator Especial, p. 109, párr. 274.

43 *Ídem.* Párrs. 274, 275 y 276.

y la impone para todas las situaciones en las cuales debe llevarse a cabo; así en su artículo 10.2, establece que el desplazamiento de los pueblos indígenas de las tierras o territorios no procederá sin su consentimiento libre, previo e *informado*. Asimismo el artículo 32, obliga a los Estados a consultar a los pueblos indígenas de manera libre e *informada*, antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Además del principio de buena fe, el derecho internacional ha sostenido el deber de suministrar información completa a las comunidades consultadas. Así, la Corte Interamericana ha establecido que el deber de consultar *requiere que el estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes*. Asimismo, ha sostenido que el estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas *tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento*,⁴⁴ y de forma voluntaria.

Por su parte la CIDH citando al Relator Especial ha dicho más concretamente que *puede requerirse al Estado que suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar decisiones*

44 *Op. cit.* Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Citando a la Corte Interamericana en el caso Saramanka vs. Surinam, p. 72. Las cursivas son nuestras.

plenamente informadas.⁴⁵ Lo que la jurisprudencia interamericana está indicando con estos criterios es que el carácter informador del derecho de consulta impone al Estado adoptar todas las medidas necesarias, incluidos estudios científicos independientes para que las comunidades y sus miembros estén plenamente informados de todos los impactos y beneficios que en sus vidas, cultura, espiritualidad, medio ambiente, etc., pueden acarrear sus decisiones.

Lo anterior significa que el carácter informador del proceso de consulta, obliga al Estado como responsable principal de satisfacer el derecho de consulta de los pueblos indígenas, a proporcionar información precisa sobre la naturaleza y posibles consecuencias de los proyectos a las comunidades afectadas, antes y durante la consulta, incluyendo los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, porque como dice la CIDH, “el derecho de los pueblos indígenas a estar plenamente informados –de manera previa, de buena fe, de acuerdo a sus valores culturales–, se deriva conforme el artículo 7.1 del Convenio 169, del derecho de estos pueblos a determinar y elaborar sus propias prioridades y estrategias de desarrollo y la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.⁴⁶

También el Foro Permanente se ha pronunciado sobre el contenido del carácter informador de la consulta previa, y

45 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 121.

46 En este sentido. *Ídem*. Citando el artículo 7.1 del Convenio 169.

ha enfatizado que las comunidades indígenas deben tener como mínimo, una serie información sobre: *a. La naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. Las razones por las que se quiere llevar el proyecto; c. La duración del proyecto; d. Qué áreas serían las afectadas; e. Las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales de los proyectos; f. El personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto; g. Los procedimientos que tendrían que llevarse a cabo para la realización del proyecto.*⁴⁷

Como se puede observar el derecho de consulta no es un simple requisito a la usanza en sedes notariales o de los tribunales con esquemas netamente escritos y formalistas, es más bien, un auténtico proceso participativo, donde el derecho de información pública adquiere una dimensión especial porque debe satisfacer precisamente la dimensión cultural de quien se pretende consultar. Solo cuando este requisito esté plenamente satisfecho las comunidades consultadas estarán en condiciones de poder tomar una decisión e informar al Estado.

iv) La consulta debe ser culturalmente adecuada

Otro factor central para la realización de una consulta efectiva, que no se limita a la mera provisión de información, es el desarrollo de procedimientos de consulta

47 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del "Taller sobre metodología de consentimiento previo e informado". 2005, párr. 46.

que sean culturalmente adecuados.⁴⁸ Así, los estándares internacionales contenidos en los instrumentos universales, en la jurisprudencia interamericana y reforzada por los órganos especializados en sus respectivos pronunciamientos, han establecido precisamente que la consulta culturalmente adecuada está conforme al derecho internacional.

Este requisito, el de la consulta culturalmente adecuada, está íntimamente vinculado con la propia identidad indígena y con el propio reconocimiento que de los derechos de los pueblos indígenas vienen haciendo los principales instrumentos internacionales en la materia. No cabe entenderlo de otra manera si la consulta se quiere llevar a cabo conforme el derecho internacional de derechos humanos.

Conforme lo anterior, el Convenio 169 ha establecido (artículo 5), como norma general en aplicación de todo el convenio, que: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales y culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos. Para reforzar la identidad de los pueblos indígenas, el artículo 6 también establece que al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán: a) *consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas [...]*.⁴⁹

48 *Op. cit.* Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, p. 73.

49 *Op. cit.* Convenio 169. La cursiva es nuestra.

La Declaración de las Naciones Unidas también recoge el criterio de que la consulta efectiva debe celebrarse por medio de procedimientos apropiados y en particular por medio de instituciones representativas (artículo 30. 2), pero preceptúa como criterio general de aplicación de sus normas, el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente (artículo 5); y el derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura (artículo 8.1), de lo cual se desprende la obligación estatal de respetar el marco cultural en el cual se lleven a cabo los procesos de consulta.

La Corte Interamericana ha reconocido este criterio en distintos momentos de su sentencia en el caso *Saramaka vs. Surinam* y ha dicho que el deber de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo presente sus métodos tradicionales para la toma de decisiones.⁵⁰ De esta forma, la regla de la adecuación cultural exige, según la Corte, que la representación de los pueblos indígenas sea definida de conformidad con sus propias tradiciones⁵¹ y no conforme los criterios estatales definidos en las leyes y prácticas judiciales.

La Corte Interamericana ha dado un paso adicional y ha dicho que respetar la consulta efectiva, según

50 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 119. Párr. 305

51 *Ídem.* p. 119. Párr. 306.

las tradiciones y costumbres, se constituye como una garantía de no repetición para proteger la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial de los pueblos indígenas.⁵²

La CEARC aparte de reconocer, en sus observaciones individuales a Colombia en el 2004 y a México en el 2005, la importancia de respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas en los procesos de consultas, ha desarrollado otros criterios de vital trascendencia los cuales recomendó al Estado para que determinará: *un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinar los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas.*⁵³

La CEACR ha afirmado que “una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y puedan participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”.⁵⁴ De ahí que los plazos fijos a los que tradicionalmente los Estados y sus operadores jurídicos someten los procesos de consulta, deben quedar sujetos a las costumbres y formas de tomar decisiones de los pueblos indígenas.

52 *Op. cit.* Corte Interamericana. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, p. 60. párr. 194.

53 *Op. cit.* Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, p. 73.

54 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación Individual sobre el Convenio 169, Colombia, 2004, párr. 3 (citando GB.282/14/3, párr. 79).

Los anteriores desarrollados dejan claro que los procesos de consulta deben respetar como mínimo el propio idioma de los pueblos indígenas, sus instituciones representativas, sus costumbres y tradiciones y sus resoluciones conforme sus tiempos y procedimientos de toma de decisiones. Estos criterios del derecho internacional han sido en todo caso desarrollados en razón de los titulares del derecho de consulta, a quienes les está reconociendo una diferencia cultural que debe ser respetada íntegramente en todas las fases del proceso.

v) *La consulta debe ser de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo*

Partiendo del derecho internacional podemos afirmar que los procesos de consulta llevados a cabo en aplicación del Convenio 169 deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.⁵⁵ Nótese que el Convenio asimila la finalidad de llegar a un acuerdo con el del consentimiento de las medidas. Este es el motivo principal por el cual abordamos en este subtítulo el criterio de buena fe y el del consentimiento libre previo e informado.

También la Declaración de las Naciones Unidas regula el derecho de consulta de buena fe en similares términos pero añade un criterio adicional y normativo que consiste en que los Estados *deben consultar y colaborar de buena fe con*

55 Ver artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT.

*los pueblos indígenas*⁵⁶ antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten, lo cual viene a reforzar el concepto que las consultas no son procesos meramente formales sino procesos participativos en los que el respeto a los valores culturales de los pueblos adquieren importancia más allá de los intereses meramente económicos.

Porque como dice la jurisprudencia de la Corte Interamericana *[e]l énfasis puesto por la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta previa a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales, una práctica frecuente que desafortunadamente ha sido denunciada consistentemente por los pueblos indígenas*⁵⁷.

Tomando en cuenta los parámetros normativos anteriores y las diversas interpretaciones que han realizado al respecto otros organismos especializados, podemos afirmar que la “buena fe” es un principio rector que debe inspirar todos los aspectos, las etapas y los momentos del proceso de consulta.⁵⁸ Por lo tanto no es válido desde el punto de vista de la buena fe, que se oculte información o que esta sea incompleta y poco comprensible o que

56 Ver artículos 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

57 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 122. Párr. 317.

58 Los órganos que se han pronunciado sobre la buena fe son, entre otros: el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

no se informe con suficiente antelación a los posibles afectados, además no es incompatible con la buena fe que se actué con coerción y coacción para sacar ventaja u obtener un resultado conveniente, o que se haga bajo presión o violencia que pueda alterar la expresión libre de las posiciones y opiniones de los pueblos indígenas,⁵⁹ entre otros.

A este respecto la Corte Interamericana en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador ha sostenido en su sentencia que *la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, dijo la Corte, que la buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunitarios o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.*⁶⁰ A este respecto la Fundación del Debido Proceso Legal, citando a la propia Corte Interamericana en el caso ya citado, indicó que *[l]a buena fe también implica que el Estado no delegue en las empresas privadas o en terceros la planificación y realización del proceso de consulta.*⁶¹

59 En similar sentido, *Op. cit.* DPLF. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria, p. 127.

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, p. 57. Párr. 186. Las cursivas son nuestras.

61 *Op. cit.* DPLF. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria, p. 128. Las cursivas son nuestras.

También la CIDH se ha pronunciado sobre la buena fe y entre otros criterios, sostiene, que la buena fe requiere el establecimiento de un clima de confianza mutua entre las partes, basado en el respeto mutuo. Y citando al Comité Tripartido del Consejo de Administración de la OIT ha dicho que los mecanismos de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo.⁶²

Por su parte otros órganos internacionales han puesto de relieve la importancia del establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común, así como de crear un clima de confianza para llevar a cabo un diálogo productivo.⁶³

Con base en lo anterior se puede afirmar que actuar de buena fe en los procesos de consulta es un requisito fundamental para que los pueblos indígenas puedan dar a conocer su consentimiento libre e informado a cerca de las medidas propuestas; esta finalidad está contenida en el Convenio 169 y ha sido desarrollado por el derecho y la jurisprudencia internacional, y es uno de los criterios más complejos, y polémicos de los procesos de consulta,

62 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 123. Párr. 320.

63 *Op. cit.* Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Citando a la CEARC en la observación individual sobre el Convenio 169 a Bolivia y el Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento 196 por Guatemala del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1, 2005, párr. 53.

debido a que se pone en debate los efectos jurídicos que tiene para las partes los resultados de la misma o más específicamente se debate si los pueblos indígenas tienen derecho de veto con respecto a los proyectos que se desean llevar en sus tierras o territorios.

El estándar del consentimiento libre, previo e informado es muy *alto*, en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su consentimiento libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecten. El lenguaje del consentimiento previo ha sido incorporado, por ejemplo en la declaración de los Pueblos Indígenas y en los pronunciamientos del Foro Permanente, que otorgan un poder de veto a las comunidades. Sin embargo, la mayoría de las fuentes de derecho internacional sobre el tema incorporan el lenguaje de consulta previa, sin exigir que los estados y terceros logren el consentimiento de las comunidades afectadas, lo que resulta en una ambigüedad sobre el efecto que dichas consultas deben tener en el contenido y la realización de los proyectos y medidas consultadas.⁶⁴

No obstante lo anterior, el CEDR adoptó el estándar del consentimiento libre, exhortando a los Estados a garantizar que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado. El mismo Comité, también resaltó la importancia del *pleno consentimiento* de los

64 En este sentido. *Ídem*. p. 78.

pueblos afectados antes de la extracción de recursos naturales de sus tierras.⁶⁵

Ahora bien “[por] lo general, los estados han abogado por un entendimiento limitado del efecto de la consulta previa, en el cual el deber de consultar se agota en la realización de un diálogo con las comunidades, cuyo resultado no vincula al Estado.⁶⁶ A pesar de esa posición, recordamos que el artículo 6.2 del Convenio, que establece la finalidad de los procesos de consulta, es una norma general de aplicación para todo el convenio y no para solo una parte, por lo que sumando la regla de interpretar el Convenio de manera integral, consideramos que las distintas situaciones en las que procede la consulta previa, deben conciliarse con esta finalidad general establecida en el artículo mencionado.⁶⁷

Porque a nuestro juicio, la OIT al interpretar los artículos 7 y 15, como una negación del derecho a vetar los proyectos y medidas consultadas –puesto que tales artículos no exigen el consentimiento libre, previo e informado– obvia el contenido del artículo 6.2, ya citado, en el que impone como norma general en aplicación de todo el Convenio la búsqueda del acuerdo o consentimiento.⁶⁸

65 *Idem.* Citando al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CEDR. Recomendación General 23, 1997, art. 4º(d).

66 *Idem.*, p. 80.

67 Ver *supra*, sección de análisis jurídico de las sentencias de la justicia constitucional y su relación con los estándares internacionales en materia de consulta previa.

68 Para más detalles ver Organización Internacional del Trabajo. Guía de Aplicación del Convenio 169. Pregunta: ¿El artículo 7 implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo? pp. 14 y 15.

También el informe del Relator Especial de la ONU, siguió la línea de la OIT e indicó que la exigencia del consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho de imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas, además, el Relator Especial, dijo que el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas.⁶⁹

A pesar de ello, consideramos en nuestro análisis jurídico, que si bien el consentimiento no confiere a los pueblos interesados derecho a imponer su voluntad, tampoco se lo confiere al Estado, de otro modo no se entendería que la finalidad última del proceso de consulta sea precisamente obtener el consentimiento y que los pueblos interesados tengan derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (artículos, 6.2 y 7.1 del Convenio 169). Al contrario, el Estado como los propios pueblos interesados deben trabajar de buena fe hasta alcanzar consensos que beneficie a las partes y que respete especialmente los derechos de los pueblos indígenas.

69 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 48-49.

A este respecto, la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs. Surinam*, adoptó por primera vez un estándar más alto que incluye la necesidad de lograr, en ciertas circunstancias, el consentimiento de las comunidades afectadas. Así: *cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.*⁷⁰

A diferencia de la posición de los Estados y de la propia OIT y siguiendo con el estándar que marcó la Corte Interamericana, en el sentido que existe un deber de consultar y exigir el consentimiento para una gama más amplia de situaciones de consultas, la CIDH ha indicado que *[e]xiste por tanto un deber estatal de consultar y, en casos específicos, de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en relación con los planes o proyectos de desarrollo, inversión o explotación de los recursos naturales en territorios ancestrales.*⁷¹

Siguiendo con la línea anterior, la CIDH, ha indicado que los Estados deberían acomodar o incluso cancelar los planes y proyectos con base en los resultados de las consultas o en todo caso proporcionar motivos objetivos y razonables

70 *Op. cit.* Corte Interamericana de DH. Sentencia Pueblos Saramaka vs. Surinam. Párr. 131. Las cursivas son nuestras.

71 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 114. Párr. 290. Las cursivas son nuestras.

para no haberlo hecho, porque no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de esos planes y proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar.⁷²

c) La reparación en el derecho internacional por violación al derecho de consulta previa

Durante los últimos años en Latinoamérica han existido fuertes debates y conflictos por los alcances de la consulta a los pueblos indígenas, los más fuertes son aquellos en los que las comunidades toman medidas de hecho y denuncian violación a su derecho colectivo porque la autoridad autorizó la puesta en marcha de grandes proyectos, generalmente, inconsultamente con las comunidades.

En muchos de estos casos las comunidades indígenas denuncian daños graves e irreparables a sus territorios y al medio ambiente, que constituyen su hábitat natural para su existencia individual y colectiva, así como la sobrevivencia de su cultura. Guatemala no es la excepción, porque *[la omisión de la consulta previa e informada ha ocasionado diversos sucesos de conflictividad en las comunidades indígenas, principalmente porque los pobladores de lugares donde se asientan megaproyectos se organizaron para protestar ante atropellos y violaciones a sus derechos y para*

72 Para mayor amplitud ver *Ídem*, p. 124. Párrs. 324 y 325.

*rechazar activamente la instalación de empresas extractivas e hidroeléctricas.*⁷³

A pesar de los daños ocasionados por la autorización de proyectos sin la autorización estatal, las resoluciones de los tribunales nacionales son escasas, por no decir nulas, en cuanto a la provisión de medidas de reparación individuales y colectivas que deberían imponer a los sujetos obligados por violar el derecho de las comunidades indígenas: Estado y/o empresas.

A este respecto, diferenciamos las medidas indemnizatorias que deberían provenir de los acuerdos logrados o del consentimiento expresado de forma libre e informada por parte de las comunidades afectadas y las medidas de reparación cuando se incumple la obligación de consultar a los pueblos indígenas; en el caso particular de Guatemala es una constante la ausencia ambas formas de resarcimiento, pues las comunidades indígenas han sido víctimas tanto por la omisión de consultarles previamente para llegar a acuerdos, como por la falta de reparaciones cuando se autorizan proyectos sin consultarles igualmente.

La Fundación del Debido Proceso Legal, ha dicho en cuanto al último supuesto, que “en caso de vulneración del derecho a la consulta previa, bien sea por la realización de una consulta inadecuada o por la omisión completa de consultar con la población afectada por una medida

73 Konrad Adenauer Stiftung. Manual entre las buenas y malas prácticas en la consulta previa. Caso América Latina, Guatemala. Los megaproyectos y la afectación a la cultura indígena, p. 78.

o proyecto, tanto la violación del derecho a la consulta como la consiguiente violación de otros derechos, tales como los derechos al territorio, a la participación, a la autodeterminación y a la identidad cultural, generan la obligación de reparar a las víctimas.⁷⁴ En tanto la Universidad de los Andes recalcó que las reparaciones que proceden como consecuencia de la aplicación del derecho de consulta pueden ser tanto individuales como colectivas.⁷⁵

*El derecho internacional contempla [la] obligación general de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos [...] y adquiere ciertas características propias cuando se trata de reparar a pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros por violaciones de sus derechos.*⁷⁶

*De esta forma el principio general de derecho internacional del deber de reparar los daños causados por violaciones del derecho internacional quedó establecido desde 1928, con un fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el caso Usine de Chorzow, que afirmó que es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada.*⁷⁷

74 Due Process Of Law Foundation. DPLF. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, p. 27.

75 Para una exposición más detallada sobre este aspecto, ver *Op. cit.* Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Situaciones y aspectos propios de reparación a los pueblos indígenas, pp. 85 y ss. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Reparaciones por violaciones del derecho a la propiedad territorial, pp. 143 y ss.

76 *Ídem*, p. 83. Las cursivas son nuestras.

77 *Ídem*, p. 83. Las cursivas son nuestras.

A partir de entonces diversos instrumentos internacionales han consagrado el principio de reparar a las víctimas de violaciones a sus derechos, habiéndose consolidado en el derecho internacional. En materia de reparaciones por violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, la CIDH citando el Convenio 169, dijo que *los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a percibir una indemnización por cualquier daño que pudieran sufrir como resultado de las actividades de utilización de sus recursos naturales*⁷⁸. A nuestro entender el artículo 15.2 del Convenio citado por la CIDH, contempla tanto la indemnización proveniente de procesos de consulta, como las reparaciones por violación al mismo derecho.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas, también contempla en términos generales el derecho de los pueblos indígenas a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. Con esta formulación amplia, el derecho internacional *sugiere que el deber de reparación es aplicable no solo al impacto negativo de actividades llevadas a cabo por las autoridades del Estado, sino también por empresas comerciales u otros actores privados*.⁷⁹ La Declaración de las Naciones Unidas tiene en cuenta una amplia gama de reparaciones siempre que las privaciones se hayan dado “sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres, e incluye, tanto reparaciones de

78 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser. L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 26. Las cursivas son nuestras.

79 En este sentido. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 146. Párr. 386.

orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”, y también contempla la de los daños inmateriales surgidos como consecuencia de la privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales.⁸⁰

Con respecto a los daños materiales e inmateriales la propia CIDH ha recomendado a los Estados reparar tanto en el ámbito individual como comunitario las consecuencias de la violación de los derechos enunciados. En este ámbito de reparación la indemnización a ser pagada por el Estado [...] debe ser calculada conforme los parámetros internacionales y debe ser un monto suficiente tanto para resarcir, tanto los daños materiales como morales, sufridos con ocasión a las violaciones a los derechos humanos [...]. La forma y monto de la reparación debe ser acordada con los miembros de la comunidad [...] y sus representantes, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, los usos y costumbres de la comunidad indígena.⁸¹

Por su parte la Corte Interamericana, atendiendo al vínculo especial que los pueblos indígenas tienen con sus territorios, en el caso *Moiwana vs. Surinam*, ordenó medidas de reparación por daños inmateriales al pueblo Maroon N’djeka y dijo que *la conexión de los miembros de la comunidad con su territorio ancestral fue interrumpida de forma brusca, provocando su dispersión por todo Surinam y la Guyana Francesa. Dado que la relación de una comunidad n’djuka con su tierra tradicional es de vital importancia*

80 En este sentido. Universidad de los Andes. La consulta Previa a los Pueblos Indígenas, p. 86.

81 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 146. Párr. 387.

*espiritual, cultural y material, el desplazamiento forzado ha lesionado emocional, espiritual, cultural y económicamente a los integrantes de aquélla.*⁸²

Como se podrá observar, en el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado de manera sólida el derecho de los pueblos indígenas a ser reparados cuando se violen sus derechos humanos y no queda ninguna duda que los Estados y sus instituciones, sean estas administrativas y judiciales, tienen la responsabilidad internacional de cumplir conforme estos estándares y hacerlas efectivas a los pueblos indígenas cuando se viole su derecho a la consulta.

d) El derecho de consulta previa en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Como ya se adelantó en las líneas anteriores, el derecho de consulta previa como derecho colectivo de los pueblos indígenas tiene plena acogida y reconocimiento en la Constitución guatemalteca. No por regulación explícita, sino más bien por los mecanismos de recepción o incorporación del derecho internacional previsto en la Constitución y por la jurisprudencia desarrollada por la Corte de Constitucionalidad que la ha complementado en general de manera satisfactoria.

Ahora bien, en este apartado se analizará y valorará de manera sucinta el grado de desarrollo del derecho

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, IDH. Sentencia del caso *Moiwana vs. Surinam*, párr. 195(c).

de consulta previa, que previeron los constituyentes, legisladores y autoridades administrativas con facultades reglamentarias, en el derecho interno, y su grado de coherencia con los estándares internacionales.

Con base en ello, iniciamos afirmando que el derecho de consulta como derecho colectivo de los pueblos indígenas no fue previsto concretamente por la Constitución Política de la República, ni por las leyes ordinarias del país. Es más, en su conjunto, los derechos de los pueblos indígenas son los menos desarrollados en el ordenamiento jurídico a lo largo de los más de treinta años de retorno a institucionalidad democrática y de haberse firmado los Acuerdos de Paz, en los cuales se previeron una agenda completa para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho de consulta.⁸³

A pesar de lo anterior, Guatemala se encuentra dentro de aquellos países que si bien no tienen disposiciones explícitas sobre el derecho de consulta en su Constitución, contienen otros derechos conexos⁸⁴ que en armonía con lo que opinó la CC en relación con la constitucionalidad del Convenio 169, puede inferirse su recepción por esa vía. Así, el artículo 58 reconoce el derecho a la identidad cultural tanto de las personas individuales como de las comunidades de acuerdo a sus valores, lengua y

83 Ver Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. México. D. F. 1995.

84 Due Process of Law Foundation. Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina, avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Primera Parte, p. 6.

costumbres; la sección tercera sobre comunidades indígenas, artículos 66 al 70, contiene disposiciones relativas a la protección, reconocimiento y promoción de los grupos indígenas de ascendencia maya y sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, idiomas, entre otros (art. 66); disposiciones para proteger las tierras de las comunidades indígenas que históricamente les pertenecen y han administrado de forma especial (art. 67); disposiciones para proveer de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo (art. 68); así como una disposición final para que el Congreso de la República apruebe una ley para desarrollar toda esa sección.

A pesar de este mandato constitucional, hasta la fecha el Congreso de la República no ha cumplido con el mandato constitucional de emitir una ley que desarrolle esos derechos, al contrario, existe una posición que penetra todos los ámbitos de la institucionalidad pública, que sin ninguna base jurídica constitucional, sostiene que reconocer derechos colectivos a los pueblos indígenas sería contrario a la igualdad jurídica que esta reconoce.

Tampoco existe regulación ordinaria o reglamentaria del derecho de consulta previa a pesar que han transcurrido más de 17 años desde que Guatemala ratificó el Convenio 169 y de las reiteradas ocasiones en que la Corte de Constitucionalidad en diversas sentencias ha ordenado al Congreso de la República su debida reglamentación⁸⁵.

85 La Corte de Constitucionalidad ha reiterado esta exhortativa en prácticamente todas las sentencias analizadas en el presente estudio.

Sin embargo la reglamentación del referido derecho puede por fin encontrar eco, y no por genuino interés del Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales, sino más bien, porque las últimas decisiones provisionales de la Corte de Constitucionalidad, suspendiendo licencias, ha puesto en alarma suprema a las grandes empresas inversoras y a la organización más poderosa del empresariado del país,⁸⁶ que ante el franco riesgo de perder sus millonarias inversiones en el sector, han puesto en marcha toda una estrategia mediática y lobby a escala nacional e internacional para exigir su reglamentación para obtener seguridad y certeza jurídica.⁸⁷

No obstante el inexcusable vacío legal, existen otras disposiciones en distintas leyes que prevén determinadas consultas que no están inspiradas en el derecho de consulta previa como derecho colectivo de los pueblos indígenas, ni conforme los estándares internacionales, pero que en muchas ocasiones se han invocado y utilizado como *mutatis mutandis*⁸⁸ para celebrar determinadas consultas en comunidades indígenas.

86 El Comité Coordinador de Asociaciones Comerciales, Industriales y Financieras, CACIF.

87 Los medios de comunicación de Guatemala, Siglo XXI, Prensa Libre, el Periódico, por citar algunos, recogen las conferencias de prensa, comunicados, foros públicos, en los que también el CACIF, públicamente han exigido la reglamentación del Convenio 169 de la OIT debido a los últimos fallos de la CC en donde suspende provisionalmente licencias por incumplir con el derecho de consulta. Ver www.s21.gt/2017/01/cacif-pide-reglamentacion-convenio-169-oit; www.prensalibre.com/economia/economia/cacif-teme-que-fallo-ahuyente-inversiones; <https://elperiodico.com.gt/cartas/2017/03/15/la-debida-reglamentacion-juridica-del-convenio-169/>

88 Aforismo latino que significa "cambiando lo que haya que cambiar y se utiliza para comparar dos cosas o ámbitos entre los que se puede establecer una analogía siempre que se pase por alto ciertos aspectos".

En efecto, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural,⁸⁹ es una disposición ordinaria que prevé mecanismos de consulta y que en algunas ocasiones ha sido invocado para llenar el vacío legal existente. En su artículo 26 establece 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 consejos de desarrollo. Resulta llamativo que la propia ley reconozca las insuficiencias y limitaciones de su normativa y establezca la necesidad de regular específicamente sobre tal derecho, reconocimiento que no es más que la aceptación expresa que la consulta del Convenio 169 posee estándares que sobrepasa su regulación.

También el Código Municipal, regula otros mecanismos de consulta en el ámbito de competencias de los municipios. En efecto esta normativa regula la consulta a vecinos, la consulta a solicitud de vecinos, la consulta a comunidades o autoridades indígenas del municipio, así como modalidades de estas consultas.⁹⁰ Cabe resaltar que estas herramientas han sido utilizadas por las propias comunidades indígenas en proyectos que se venían desarrollando en sus territorios ancestrales, a través de las denominadas consultas comunitarias de buena fe.⁹¹

89 Decreto Legislativo 11-2002, del Congreso de la República.

90 Decreto 12-2002 del Congreso de la República. Artículos 63 al 66 del Código Municipal.

91 En este sentido Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de

En concreto, el Código Municipal regula de la siguiente forma las consultas a los vecinos de sus respectivas jurisdicciones:

Consulta de Vecinos: *Art.63. Consulta a los vecinos cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos, el concejo Municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes, podrá acordar que tal consulta se celebre tomando en cuenta las modalidades.*⁹²

Consulta Comunitaria: *Art. 65. Cuando la naturaleza del asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.*

Por otra parte, la Ley General de Descentralización⁹³ contiene una disposición que sin referirse expresamente a la consulta prevé mecanismos de participación de las organizaciones comunitarias reconocidas por la ley, en

los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011, párr. 28. Disponible en <http://www2.ohchr.org/> el informe del Relator Especial de Naciones Unidas.

92 El resaltado y cursivas es nuestro.

93 Decreto 14-2002 del Congreso de la República.

la realización de obras, programas y servicios públicos de su comunidad, en coordinación con las autoridades municipales (Artículo 18).

Otras normas internas que las autoridades ejecutivas han utilizado en los procesos de otorgamiento de licencias son las contenidas en la ley de Minería,⁹⁴ Ley de Comercialización de Hidrocarburos,⁹⁵ Ley Forestal,⁹⁶ Ley General de Electricidad,⁹⁷ el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, las cuales no contienen disposiciones ni mecanismos referentes al derecho de consulta, algunas contienen procedimientos de participación pública, previo a la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental para el otorgamiento de licencias, tal es el caso del Acuerdo Gubernativo 431-2007 del 17 de septiembre de 2007, pero al igual que la gran mayoría de normativas citadas en esta sección, su incompatibilidad con normas internacionales lo ha dejado establecido la propia Corte de Constitucionalidad en varios expedientes, algunas ya citadas en el presente estudio.⁹⁸

La propia Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Guatemala, OACNUDH, informó un hecho que evidencia la utilización de normativas y prácticas contrarias a los derechos de los pueblos indígenas. En 2015 *el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos*

94 Decreto 48-97 del Congreso de la República.

95 Decreto 109-97 del Congreso de la República.

96 Decreto 101-96 del Congreso de la República

97 Decreto 93-96 del Congreso de la República.

98 Para este caso particular ver *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad, expediente No. 3878-2007.

*Naturales reformó el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, con el Acuerdo Gubernativo Número 60-2015, 2 de febrero de 2015. A pesar de la jurisprudencia internacional, regional y nacional de derechos humanos en la materia, el Ministerio no integró ningún mecanismo adecuado de consulta a los pueblos indígenas. Como resultado, en 2015, el Ministerio de Energía y Minas autorizó siete proyectos hidroeléctricos sin consultar a los pueblos indígenas.*⁹⁹

En efecto esa ley favorece a las empresas extractivas especialmente en materia de regalías y estudios de impacto ambiental, además, vulnera los derechos de los pueblos indígenas, pues, teniendo en cuenta que en Guatemala la mayoría de los proyectos extractivos se encuentran en territorios de los pueblos indígenas, las disposiciones de dicha ley referidas a las servidumbres de paso y de agua, afectan principalmente a dichos pueblos al permitir que las empresas abran caminos y puedan realizar excavaciones y perforaciones y, todo lo que sea necesario para llevar a cabo las operaciones mineras.¹⁰⁰

De igual forma la ley referida regula que los propietarios de los terrenos deberán permitir la construcción de las instalaciones y el paso de trabajadores, transporte de

99 Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, Guatemala, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala, 2015, p. 16. Las cursivas son nuestras.

100 En este sentido y para una exposición más completa sobre la problemática y las malas prácticas en materia de consulta previa en Guatemala, ver *Op. cit.* Konrad Adenauer Stiftung. MANUAL Entre las buenas y malas prácticas en la consulta previa. Caso América Latina, Guatemala, pp. 76 y 77 y la Ley de Minería, Decreto 48-97 del Congreso de la República, Arts. 20, 61 al 63, 72 al 80, entre otros.

materiales y equipo; además, regula que los propietarios no podrán construir ni sembrar dentro del área de la servidumbre. Para coronar a las empresas extractivas, la Ley de Minería faculta a las empresas o al titular de la licencia minera, en caso el propietario se oponga, acudir a juez para que este imponga la servidumbre en rebeldía y contra la resolución que este juez emita “no cabe recurso de apelación”.¹⁰¹

En las sentencias analizadas en el presente estudio, se podrá demostrar que todas estas normas y sus procedimientos utilizados en ausencia de otros mecanismos legales, la Corte de Constitucionalidad en varias ocasiones las ha considerado incompatibles con la Constitución y con las normas internacionales aplicables a la materia. En varios casos analizados en el presente estudio, se han detectado que las autoridades responsables de realizar las consultas a los pueblos indígenas, han privilegiado en el trámite de los asuntos, prácticas meramente legalistas y una infinidad de formalidades que en mínimo suplen los requisitos de la consulta previa.

Además esa cultura jurídica de naturaleza meramente legalista y no culturalmente acostumbrada a la utilización del precedente y los estándares internacionales como normas fundamentales y de control de toda la producción jurídica, sin dudas explica en buena parte la constante negación y desnaturalización que hacen las instituciones del derecho de consulta. *En definitiva en esta cultura jurídica, la consulta previa es vista como el cumplimiento de un simple requisito.*

101 *Idem.*

Para ir concluyendo la presente sección, es importante destacar que los contenidos de las leyes citadas no resisten ningún análisis comparativo con las normas y los estándares internacionales del derecho de consulta, además puede constatar un choque de naturaleza normativa, entre una posición meramente legalista, escrita y formalista y otra pluralista, sensible y afín al desarrollo progresivo de los derechos humanos que no termina de consolidarse en las leyes ordinarias y las prácticas de Guatemala.

III. Análisis jurídico de las sentencias paradigmáticas en materia de consulta previa en Guatemala. Principales hallazgos

Como ya lo hemos adelantado en líneas anteriores, la violación al derecho de consulta previa y la problemática que esta genera para la supervivencia individual y colectiva de los pueblos indígenas, han obligado a sus representantes a acudir a las instituciones judiciales en busca de la tutela jurídica que se les ha negado sistemáticamente en las instituciones y autoridades ejecutivas y judiciales del Estado. De igual forma, otras comunidades que no se autoidentifican como indígenas, han reclamado la aplicación del Convenio 169 para que sus corporaciones municipales les consulten sobre proyectos mineros e hidroeléctricos que se autorizaron en sus territorios, como en los casos de los municipios de Jalapa, departamento de Jalapa y Río Hondo, departamento de Zacapa.

Tomando en cuenta lo anterior, en este capítulo analizaremos cómo responde y resuelve la justicia

constitucional responsable de: a) Conocer las solicitudes de tutela judicial por parte de los pueblos indígenas que reclaman la restauración de sus derechos violados por distintas disposiciones estatales, y b) Aplicar los contenidos de los estándares internacionales que informan el derecho de consulta previa. Además analizaremos si las sentencias seleccionadas contienen contradicciones e incoherencias, falta o limitada aplicación de dichos estándares y si existe contradicción con respecto a la doctrina legal que se ha sentado en materia de consulta.

Las resoluciones que se analizarán son primordialmente de amparo, tanto aquellas planteadas directamente a la Corte como tribunal máximo en materia constitucional, como sentencias de apelaciones de amparos que conoce el máximo tribunal en alzada, procedentes de otros tribunales constituidos por mandato legal en tribunales de esa categoría.¹⁰² También se analizarán sentencias de inconstitucionalidades por casos presentados por los propios pueblos indígenas y entes privados –empresas beneficiadas con licencias de explotaciones mineras o hidroeléctricas y el CACIF– que básicamente han utilizado la vía constitucional para atacar la inconstitucionalidad de reglamentos de consulta que las municipalidades aprobaron en las comunidades donde se han instalado o autorizado proyectos sin la respectiva consulta de vecinos que prevé el Código Municipal.

102 Ver artículos 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, en adelante Ley de Amparo.

Las acciones constitucionales que regula la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad son medios jurídicos para garantizar el irrestricto respeto a los derechos inherentes al ser humano, a la libertad de su ejercicio y a las normas fundamentales que rigen la vida de la República.¹⁰³ Tomando en cuenta la excepcionalidad de la justicia constitucional, la propia ley y la jurisprudencia han coincidido en requerir para acudir a la vía del amparo, que se cumplan con los requisitos de existencia de agravio, legitimación de parte de quién solicita la protección constitucional y agotar los recursos ordinarios previstos en los asuntos administrativos y judiciales donde se produce el agravio, es decir, el requisito de definitividad.¹⁰⁴

Aparte de lo anterior, la Ley de Amparo es la que regula los requisitos, la competencia, el procedimiento y los efectos jurídicos de las resoluciones y sentencias en materia de amparo y las inconstitucionalidades de las leyes y disposiciones gubernamentales o de cualquier otra índole.¹⁰⁵ Por razón de competencia la CC conoce en única instancia de los amparos que se presenten en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y Vicepresidente de la República, y, como Tribunal de Apelaciones de amparo en todas las apelaciones que se presenten en esta materia; en cuanto a acción de inconstitucionalidad la CC es la única

103 *Idem*. Primer considerando.

104 Para una exposición más amplia sobre los requisitos o presupuestos del amparo. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. El amparo fallido. Capítulo III. Los Presupuestos Procesales del Amparo. 2da Edición. Guatemala. 2004.

105 *Op. cit.* Ley de Amparo. Artículo 115.

instancia facultada para conocerlas y pronunciarse sobre la materia. Lo anterior explica porque todos los asuntos de envergadura, incluyendo los de consulta previa, los conoce y resuelve la Corte de Constitucionalidad.¹⁰⁶

a) El acceso a la justicia y el derecho de consulta previa

Hemos analizado anteriormente que las previsiones constitucionales, los instrumentos y el derecho internacional contienen un amplio marco jurídico a favor de los derechos de los pueblos indígenas, y ante ello no queda ninguna duda que las constantes y graves violaciones a los derechos que los pueblos denuncian no son imputables a la ausencia o falta de normas de rango superior, sino más bien a otras falencias de tipo normativo inferior, institucional e incluso cultural.

De ahí que una de las tareas primarias del Estado, con la participación plena de los pueblos interesados, es la de adaptar las leyes ordinarias, los reglamentos, los procedimientos y las instituciones a las exigencias del derecho internacional de la materia. En este sentido, la jurisprudencia internacional ha insistido que el Estado al no contemplar normas adecuadas sobre el derecho de consulta previa en tanto derecho fundamental en la legislación ordinaria y las disposiciones reglamentarias, aparte de contradecir los estándares internacionales, está incumpliendo con una de sus obligaciones internacionales, referida a facilitar el acceso a la justicia a los pueblos

106 *Ídem*. Artículos 11, 60 y 61.

indígenas. Esta obligación se extiende también a la prohibición de emitir leyes y disposiciones regresivas que afecten o disminuyan los derechos de los pueblos y de las personas.

Con razón la CIDH ha insistido que *las disposiciones constitucionales y la legislación sobre el respeto a los derechos de los pueblos indígenas deben ir acompañadas del desarrollo e implementación de políticas y acciones de Estado para su aplicación, con la participación de los pueblos indígenas.*¹⁰⁷ También ha dicho que *[l]as autoridades administrativas tienen la responsabilidad primaria de implementar la legislación que proteja los derechos territoriales y sobre los recursos naturales de los pueblos indígenas.*¹⁰⁸

Además, la jurisprudencia internacional ha sostenido que para el pleno ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, no es suficiente con un alto grado de desarrollo de las normas de rango superior, es importante garantizar mediante medidas de protección eficaces, que estos derechos no se vean afectados directa e indirectamente por terceros. Estas medidas deberían ser al menos de cuatro tipos: a) *Medidas preventivas que disuadan la acción de terceros de apoderarse o usar ilegítimamente sus territorios y otros derechos colectivos;* b) *Medidas que prohíban y castiguen la acción de terceros contra los derechos de sus titulares;* c) *Medidas que resarzan la acción de terceros cuando se hayan violado tales derechos;* y d) *Medidas o*

107 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Párr. 335, p. 128.

108 *Ídem.*

*recursos judiciales para la tutela efectiva de los derechos de los pueblos indígenas.*¹⁰⁹

En ese sentido, el Convenio 169 tomó en cuenta la necesidad de protección especial a los pueblos indígenas, y dispuso en su artículo 17 que *Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.* A este respecto, “tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se inspiran en la idea de que los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en tanto tales, merecen una protección especial, orientada a preservar y a fortalecer sus identidades particulares y diferentes así como su diversidad cultural, consideradas por la comunidad internacional como patrimonio común de la humanidad”.¹¹⁰

Atendiendo a lo anterior la CIDH sostiene que *los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos territoriales, derecho amparado por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y las disposiciones conexas con la Declaración Americana.*¹¹¹ Más específicamente la Corte Interamericana *ha dicho que como regla general, los pueblos indígenas y tribales*

109 En esta línea expositiva, Universidad de los Andes. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, p. 52 y ss.

110 *Op. cit.* DPLF. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria, p. 44.

111 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 134. Párr. 351.

*tienen derecho de acceso a la justicia cuando quiera que se presenten amenazas o violaciones a sus derechos territoriales, en cualquiera de sus manifestaciones o componentes.*¹¹²

Estos mecanismos o recurso judiciales disponibles para que los pueblos indígenas puedan defenderse de la violación a sus derechos colectivos, deben ser accesibles, adecuados, efectivos, imparciales, justos y deben estar previstos en condiciones de igualdad. Además no es suficiente que la existencia formal del recurso, es necesario, además, que estos sean idóneos para restablecer los derechos violados, es decir, que sean eficaces para dar una solución definitiva a las reclamaciones planteadas por las comunidades.¹¹³ Una previsión no compatible con estos estándares violaría los artículos, 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y provocaría una situación de indefensión imputable plenamente al Estado.

“Los órganos del sistema interamericano han aclarado que los pueblos indígenas y tribales y sus miembros tienen derecho a contar con mecanismos judiciales específicos que les permitan impugnar las consecuencias que sufren por los efectos nocivos de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios. [...] La falta de dichos mecanismos judiciales exacerba

112 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Año 2006. Serie C No.146, Párr. 74.

113 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, pp. 134 y 135. Párrs. 352, 353 y 354.

su estado de indefensión ante tales proyectos. Dichos mecanismos judiciales deben incluir: acciones penales, instrumentos judiciales cautelares para situaciones extremas susceptibles de afectar el derecho a la vida, y acciones judiciales colectivas que puedan ser ejercidas por grupos afectados por la misma situación”¹¹⁴

A este respecto, la CIDH sostiene que [l]as actuaciones oficiales que deben estar sujetas a la revisión judicial [...] deberían incluir, como mínimo: a) las decisiones relativas a la aprobación del plan o proyecto, *o las relativas a la consulta previa, incluyendo el acomodo de los resultados de la consulta y, en su caso, la aplicación del deber estatal de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas*; b) las decisiones relativas a los estudios de impacto social y ambiental, o la falta de realización de dichos estudios, incluyendo alegaciones relativas al carácter objetivo e independiente, la calidad o el alcance de dichos estudios, así como a la incorporaciones de medidas de mitigación y/o alternativas en relación con los impactos negativos allí identificados; c) las decisiones relativas al establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios u otras formas de compensación o la ausencia de dichos mecanismos”¹¹⁵

En Guatemala, de los cuatro mecanismos de protección especial descritos en este apartado, los tres primeros prácticamente son inexistentes, las previsiones son genéricas y no en ocasión de adaptar la legislación interna a los instrumentos internacionales como sería

114 *Ídem.* Párr. 361, p. 138.

115 *Ídem.* Párr. 364, p. 138. Las cursivas son nuestras.

deseable. El cuarto presenta un determinado desarrollo aunque más por vía jurisprudencial que por reformas legales e institucionales como demandan los estándares internacionales. Estos mecanismos no prevén normas y procedimientos que garanticen el acceso a la justicia de forma adecuada a los pueblos indígenas desde las primeras etapas administrativas en que se toman las decisiones, tampoco están previstas adecuadamente para las etapas ulteriores, ni para las vías judiciales.

Del presente estudio se pudo demostrar que las leyes y reglamentos, los procedimientos y fases administrativas utilizadas para autorizar proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas y en buena medida la vía judicial, no contemplan mecanismos eficaces que faciliten el acceso a la justicia de los pueblos indígenas para reclamar la restauración efectiva de sus derechos y dar solución definitiva a los asuntos que les afectan como pueblos, al contrario, en las sentencias analizadas, que abarcan un período de diez años aproximadamente, hubieron prácticas reiteradas y contrarias a sus derechos, sin que hubiesen iniciativas para intentar corregirlas y evitar la continuidad de las violaciones.

No obstante lo anterior, los pueblos indígenas tuvieron que acudir a las instancias administrativas y judiciales para reclamar protección a sus derechos, casi siempre amparándose en los instrumentos internacionales que Guatemala ha ratificado. En este sentido, a pesar de lo significativo para los pueblos indígenas algunos avances logrados, la jurisprudencia ha mantenido serias

contradicciones y vacíos que siguen repercutiendo de manera negativa en los derechos de dichos pueblos, especialmente porque los trámites y competencias de las autoridades administrativas y municipales disponibles no están diseñadas para las necesidades de protección que requieren los pueblos indígenas y proveer soluciones definitivas y coherentes a sus demandas, sus trámites son engorrosos y las prácticas que se deducen del análisis de las sentencias, denotan claramente omisiones injustificadas que niegan reiteradamente el derecho de las comunidades, y aunque las cortes han constatado violaciones al derecho de acceso a la justicia y consulta previa, sus resoluciones caen en la lógica de valorar ese entramado de normas y procedimientos incoherentes, sin restaurar plenamente los derechos violados, tampoco establecen reparaciones cuando se declaran las violaciones al derecho de consulta, los mecanismos de cumplimiento de las sentencias son sumamente débiles y prácticamente son incumplidas por las instituciones responsables y por las empresas interesadas en la explotación de recursos naturales.¹¹⁶

En efecto, atendiendo al derecho de acceso a la justicia, en varias sentencias analizadas (San Juan Sacatepéquez, Hidroeléctrica Entre Ríos, la Vega I, entre otras) se pudo constatar esas prácticas descritas anteriormente y a pesar de que la propia jurisprudencia y doctrina legal han sentado doctrina legal sobre la obligatoriedad de consultar a los pueblos indígenas antes de autorizar

116 Para más detalles sobre estas afirmaciones, ver sentencias de la Corte de Constitucionalidad: Expedientes 3878-2007, Acumulados 156-2013 y 159-2013 y 1008-2012, entre otras.

proyectos susceptibles de afectarles, las autoridades administrativas responsables del Ministerio de Energía y Minas y Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, de manera reiterada y con pleno conocimiento, omitieron consultar a las comunidades y obviaron una mínima notificación a los pueblos indígenas para que estos pudieran al menos apersonarse, pronunciarse y oponerse a dichos proyectos.

Atendiendo a lo anterior, en el presente estudio se pudo demostrar que las autoridades del Ministerio de Energía y Minas, actuaron con plena intencionalidad de omitir consultar a los pueblos indígenas, a pesar de saber que debían hacerlo conforme las sentencias de la Corte. Dos casos nos sirven para demostrar este extremo, porque transcurren aproximadamente ocho años entre la emisión de la primera sentencia con respecto a la segunda. En efecto, en los casos 3878-2007 y 156 y 159-2013, en los cuales se incumplió con la consulta previa, el Ministerio de Energía y Minas se apersonó a los procesos por haber otorgado licencias de explotación de recursos naturales en dos territorios indígenas distintos y tanto en la primera sentencia, como en la segunda, el tribunal constitucional estableció que el derecho de consulta previa es un derecho incuestionable a favor de los pueblos indígenas como derecho fundamental de carácter colectivo y que debía respetarse conforme las normas del Convenio 169.

Sin embargo el mencionado Ministerio no respetó las sentencias citadas ya que a pesar de la claridad de la primera sentencia, en 2007, siguió autorizando licencias sin considerar lo que la Corte estableció, y en el 2013,

de los autos de la segunda sentencia se demuestra nuevamente los mismos patrones de actuación en la autorización de licencias de explotación en territorios indígenas. Por supuesto durante el período de tiempo mencionado hubo otras sentencias en similar sentido, sin que el Ministerio en cuestión modificara un ápice en sus prácticas en relación con consultar a los pueblos indígenas.

Además se pudo constatar que las propias autoridades administrativas mencionadas al apersonarse a los juzgados y cortes para responder al reclamo de los afectados, se pronunciaban negando legitimidad de las autoridades ancestrales para acudir a la justicia y argumentando, incluso, que dichas autoridades no podían ser tenidas en cuenta porque no se opusieron a las medidas en momentos anteriores, cuando fueron ellos quienes no cumplieron con la consulta previa y la mínima notificación.¹¹⁷

No obstante lo anterior, se han dado algunos avances significativos en la justicia constitucional, que analizaremos en el transcurso del presente estudio: a) el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos, y por lo tanto legitimados para acudir a reclamar tutela judicial ante los órganos estatales, sean estos administrativos o judiciales, b) el reconocimiento del derecho de consulta como un derecho fundamental por virtud de la incorporación de los estándares internacionales en materia de derecho de consulta como parte del bloque

117 Para más información ver expedientes, 3878-2007, 1149-2012, 4419-2011, entre otras.

de constitucionalidad, c) el reconocimiento explícito de los criterios y contenidos del derecho de consulta y la obligación estatal de desarrollar un marco regulatorio acorde con los estándares internacionales en materia de consulta.

b) El reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha sido gradual y progresivo. Después de un intenso debate sobre la ratificación y la incorporación del Convenio 169 al derecho interno, se han ido dando pasos significativos en la jurisprudencia para ir consolidando el reconocimiento de diversos aspectos y contenidos de los derechos de los pueblos indígenas. Uno de esos pasos fundamentales para poder ejercer otros derechos ha sido sin lugar a dudas el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho.

En cuanto al reconocimiento progresivo, la previsión constitucional ha sido la base para este desarrollo, así el artículo 58 en cuanto a la identidad indígena, “[...] reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”; y, el artículo 66 contenido en la sección destinada a las comunidades indígenas en la Constitución, específicamente estableció que “[...] El estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, *formas de organización social*, [...]].

Aunque de manera insuficiente para desarrollar otros derechos conexos, el Código Municipal también significó un avance importante, ya que estableció que las comunidades indígenas tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, debiéndose inscribir en el registro civil correspondiente, conforme sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado.¹¹⁸

Sin negar la importancia de los anteriores avances normativos, pero atendiendo a la jerarquía normativa, el reconocimiento en el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido el paso más importantes para consolidarlos y hacerlos valer frente a las instituciones nacionales. En efecto, el Convenio 169, en su artículo 5, inciso b) estipuló, que al aplicar las disposiciones del presente Convenio, deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e *instituciones de esos pueblos*. Para complementar el contenido del artículo anterior, el artículo 6, inciso a) del mismo Convenio, estableció que, al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán consultar con los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que [...] ¹¹⁹

118 Ver artículo 20 del Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República.

119 Ver artículos 5 y 6 del Convenio 169 de la OIT, que aparte de los incisos señalados exige y establecen el reconocimiento de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, como la protección de otras prácticas propios de dichos pueblos y los derechos de participación, consulta, medios para el desarrollo de sus instituciones, entre otros.

En el marco del desarrollo del derecho internacional, el Sistema Interamericano también se ha pronunciado sobre la obligación estatal de reconocer la personalidad jurídica tanto individual como colectiva de los pueblos indígenas para que puedan acceder al ejercicio y al reclamo de sus derechos. Por estos motivos, la Corte Interamericana partiendo del artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹²⁰ definió la personalidad jurídica como el derecho a ser reconocido legalmente como sujeto de derechos y obligaciones y ha dicho que representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer. En especial, la Corte ha observado que el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.¹²¹

Por su parte la CIDH también ha contribuido a desarrollar este derecho y ha sostenido que “el proceso de reconocimiento oficial de los pueblos indígenas a través del otorgamiento y registro de su personalidad jurídica no puede ser considerado una barrera para que puedan disfrutar plenamente de su derecho a la propiedad

120 Convención Americana de Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969. Artículo 3. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

121 Ver en este sentido, *Op. cit.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, p. 52. Párr. 166. Citando otros casos e informes del Sistema Interamericano.

comunal".¹²² Este criterio de la CIDH también significa a su vez, que el reconocimiento de la personalidad jurídica si bien puede convertirse en mecanismo efectivo para dar certeza jurídica, el mismo solo tiene carácter declarativo y no constitutivo de la existencia de los pueblos indígenas y sus formas tradicionales de autoridad.¹²³

Adicionalmente a lo anterior, la Corte Interamericana en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, profundizó de manera adecuada el derecho a la personalidad jurídica para los pueblos indígenas y lo ha conectado de manera irremediable con otros derechos: el derecho de consulta, el derecho de goce y disfrute del territorio y con el de acceso a la justicia e igualdad ante la ley. La falta de adopción de estas medidas por el Estado conlleva violación a los artículos 2, 3, 21 y 25 de la Convención Americana ya citado.¹²⁴

Como expusimos anteriormente, en Guatemala existen previsiones constitucionales y legales que permiten que el reconocimiento a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas se lleve a cabo con el cumplimiento de ciertos requisitos formales. No obstante lo anterior, la jurisprudencia nacional con base en el principio de flexibilidad fue concebido el Convenio 169, ha dado importantes pasos sobre el reconocimiento de las comunidades indígenas y sus autoridades para ejercer sus derechos colectivos para acudir a la justicia con la

122 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 142. Párr. 375.

123 *Ídem*, p. 142. Párr. 175.

124 *Ídem*, p. 54. Párr. 174.

legitimidad que esta exige. En este informe analizamos algunas que consideramos relevantes.

Uno de los antecedentes más importantes del reconocimiento de las autoridades indígenas como sujetos de derechos, se dio en una sentencia de casación en el 2003, en esa histórica resolución, la Corte Suprema de Justicia reconoció la constitucionalidad de la decisión de las autoridades tradicionales de Panajxit del municipio de Santa Cruz del Quiché, Quiché, que impusieron penas conforme al derecho consuetudinario a varias personas en un caso de robo agravado y declaró que si las autoridades indígenas habían resuelto el caso conforme su derecho, el Estado no podía perseguir de nuevo a dichas personas sin violar normas internacionales de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.4), Convenio 169 (arts. 8 y 9) y de la Constitución Política de la República (art. 46), reconociendo de esta forma el derecho indígena y la legitimidad como sujetos de derecho de las propias autoridades tradicionales para resolver conflictos que les atañen.¹²⁵

Ahora bien en materia propiamente del derecho a la consulta, la justicia constitucional también ha dado importantes pasos y ha consolidado su jurisprudencia en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas como sujeto de derechos. En efecto, en varios casos dentro de los cuales se encuentran los contenidos en los expedientes 2863-2006, 834-99, 527-2013,

125 Para una comprensión más amplia del caso, ver Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación. Expediente 218-2003. Octubre de 2004.

3878-2007 y 4419-2011, la CC ha sentado jurisprudencia sobre legitimación activa de los pueblos indígenas para acudir a la justicia constitucional sin mayores requisitos que la propia autoidentificación y explícitamente ha reconocido, citando varias fuentes del derecho internacional, que las comunidades indígenas por medio de sus representantes electos conforme su derecho tienen legitimación activa en casos de interés colectivos de relevancia constitucional.

En concreto la Corte ha dicho, que la representatividad de las comunidades indígenas “debe entenderse de forma flexible, pues dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa; lo más importante es que estas sean el fruto de un proceso interno propio de aquellos. Además, debe observarse que los criterios de representatividad, i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre que, como ya se apuntó, respondan a procesos internos de estos pueblos; y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género”.¹²⁶

En el caso de la “Hidroeléctrica La Vega I” (sentencia de apelación de amparo contra el Ministro de Energía y Minas, por no haber consultado previamente a las comunidades

126 Para más detalles ver *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad. Expedientes 3878-2007, Considerando d, distintos párrafos y 1149-2012 considerando III. Legitimación activa de los postulantes.

indígenas maya ixiles, del departamento de Quiché, sobre la autorización de instalación de una central generadora de electricidad) la Corte dijo que se ha creado doctrina legal cuando se denuncia en amparo la violación de derechos o intereses de carácter colectivo con relevancia constitucional en casos calificados. Estos incluyen a peticionarios con distintos grupos de composición determinable en torno a características y aspiraciones comunes, entre otros: personas con discapacidad, agremiados, entidades dedicadas a labores educativas y pueblos indígenas.¹²⁷

Además, citando la sentencia 1101-2010, la Corte apuntaló adicional a la legitimación activa de carácter difuso, que instituciones como las municipalidades o alcaldías indígenas son distintas a corporaciones municipales previstas en la ley ordinaria, porque devienen de la tradición histórica de los pueblos originarios, funcionan con organización y conformación definidas y son percibidas como tradicionales e importantes autoridades locales para resolver conflictos, y actúan como intermediarios ante el poder público oficial. Además dijo que negarles la representatividad que establecen conforme sus prácticas y costumbres violarían el artículo 66 de la Constitución de la República y los artículos 8 y 12 del Convenio 169.¹²⁸ En anteriores y sucesivos casos los tribunales han seguido sosteniendo este criterio.¹²⁹

127 Corte de Constitucionalidad. Sentencias en Expedientes Nos. 2863-2006, 834-99, 527-2013, 3878-2007 y 4419-2011.

128 *Idem.*

129 Ver entre otros fallos, Corte de Constitucionalidad expedientes 527-2013, 3878-2007, 4419-2011 y 156, 159-2013.

De esta forma, la doctrina legal que ha creado la Corte de Constitucionalidad debe tener importantes efectos en el derecho interno, para: a) la consolidación del reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos; b) la obligatoriedad que supone para todos los tribunales del país la aplicación del principio de flexibilidad en cuanto a la legitimación activa para acudir al amparo y otros procedimientos y procesos judiciales; c) la prohibición de no modificar la doctrina legal para la propia Corte de Constitucionalidad, salvo que sea con carácter innovador,¹³⁰ y d) el reconocimiento en el derecho interno del principio de protección especial como componentes del acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

c) La consulta previa como un derecho fundamental y parte del bloque de constitucionalidad

Hemos venido analizando cómo la doctrina internacional y en parte la nacional han venido desarrollando los derechos humanos de los pueblos indígenas. En ese análisis hemos ido encontrando hallazgos importantes, tanto normativos como jurisprudenciales, que van sumando al proceso de consolidación de los derechos de uno de los colectivos mayoritarios de Guatemala pero de mayor vulnerabilidad según el derecho internacional.

De esta cuenta, recordando el carácter obligatorio del derecho de consulta que desarrollamos en el título II de

130 A este respecto ver artículo 43 de la Ley de Amparo.

este informe, en esta sección analizamos la jurisprudencia relativa al derecho de consulta como derecho fundamental de carácter colectivo y parte de la doctrina denominada bloque de constitucionalidad que la Corte ha incorporado en sus fallos.

En efecto, como ya describimos brevemente en el título mencionado en el párrafo anterior, la Corte de Constitucionalidad en diferentes fallos ha sustentado la constitucionalidad y la validez de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por vía de los artículos 44, 46 y 149, y para el caso del Convenio 169, adicional a los artículos anteriores, también el 57, 58 y 66 al 70 de la Constitución que contienen la sección de las comunidades indígenas.

Coherente con lo anterior, la Corte ha ido desarrollando en varias sentencias algunos parámetros fundamentales de interpretación y aplicación del derecho de consulta previa; estos parámetros son: a) que el derecho de consulta es un derecho humano fundamental de carácter colectivo a favor de los pueblos indígenas; b) que el derecho de consulta forma parte del bloque de constitucionalidad; y c) que la carencia de legislación ordinaria *ad hoc* sobre este derecho no puede significar la nulidad del derecho que asiste a las poblaciones indígenas y su ejercicio, así como la obligación de respetarlo. Como desarrollo adicional, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido en algunos fallos que por razones de igualdad, justicia y equidad social, el derecho de consulta previa también es un derecho extensible a otras comunidades que no se reconozcan a sí

mismas como indígenas, como consecuencia del principio *pro homine*.¹³¹

En efecto, en el caso conocido de San Juan Sacatepéquez, la CC en su fallo definitivo dijo que el Estado al ratificar los contenidos en los documentos multilaterales asumió compromisos internacionales y una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes, en primer lugar, su reconocimiento normativo propiamente dicho 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; en segundo lugar, y como consecuencia de ese reconocimiento, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos pertinentes; y en tercer lugar, el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal, sobre todo en cuanto a la legislación aplicable para dar cumplimiento a esa obligación.¹³²

También la Corte en el mismo fallo analizado, añadió que la consulta previa es un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades. El carácter de prestación, dijo la Corte viene dado porque supone la actuación positiva del Estado para su plena y real vigencia. Además dijo que este

131 Corte de Constitucionalidad. Sentencia de Inconstitucionalidad, caso "Río Hondo". Expediente. 2376-2007, p. 12. En el mismo sentido, Sentencia de Amparo, expediente 3878-2007, p. 24.

132 En este sentido, *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad. Expediente 3878-2007. Considerando IV, literal d).

reconocimiento surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que por factores ligados a su identidad cultural se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. Para complementar su desarrollo la Corte aparte de erigir el derecho de consulta como garantía de igualdad, dijo que este derecho opera como una extensión o primera línea de defensa de otros derechos fundamentales, tales como el de propiedad.¹³³

Este criterio lo ha mantenido la Corte en más de tres fallos, por lo que al hacerlo en este número de casos y de manera conteste ha sentado doctrina legal, y por lo tanto deviene en observación y aplicación obligatoria para todos los tribunales del país. Estos criterios se han expresado en los casos siguientes: San Juan Sacatepéquez, expediente 3878-2007; Hidroeléctrica Entre Ríos, expediente 4419-2011; Hidroeléctrica la Vega I, expediente, 1149-2012; inconstitucionalidad total de la Ley de Minería, expediente 1008-2012; así como expedientes 1031-2009, expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013, entre otros.

La consolidación de la jurisprudencia al declarar el derecho de consulta previa como derecho fundamental de carácter colectivo, tiene implicaciones jurídicas de especial relevancia que aún no han sido comprendidos y atendidos a cabalidad en las distintas esferas de la administración pública y judicial.

133 *Ídem*. Considerandos IV y V.

En primer lugar, la consulta previa se la ha blindado de manera especial y se le ha colocado en el eje primario del sistema jurídico del país en la misma posición que aquellos derechos fundamentales que forman parte del *núcleo duro de los derechos humanos*, como la vida, integridad, la libertad, etc., es decir, una posición de categoría superior en la arquitectura del ordenamiento jurídico con respecto al resto de disposiciones positivas del país; en segundo, la Corte no podrá modificar su jurisprudencia sino es en innovación, lo cual implica un mayor afianzamiento del carácter fundamental del derecho de consulta; en tercer lugar, porque implica para el Estado guatemalteco la obligación de garantizar su efectividad y realizar las modificaciones estructurales e instrumentales que se requieran para su pleno disfrute; en cuarto, la ausencia de normativa específica *ad hoc*, no puede ser valladar u obstáculo infranqueable para incumplir con esta obligación estatal, porque ese reconocimiento trasciende la necesidad de su instrumentalización, pues es un derecho autoejecutable, es decir, no está supeditado a la existencia de una ley que lo desarrolle; y, en quinto, que la consulta previa es un derecho justiciable (justiciabilidad), por el cual las personas o colectivos a quienes se les viole este derecho pueden acudir a los tribunales del país para activar los mecanismos para restaurarla.¹³⁴

Ahora bien el reconocimiento del derecho de consulta, como parte integrante del bloque de constitucionalidad,

134 En este sentido pero construido y deducido de diferentes considerandos, sentencias de la Corte de Constitucionalidad, expedientes 3878-2007, 1008-2012 y 1149-2012, acumulados 156-2013 y 159-2013.

implica para los tribunales del país, un herramienta o parámetro de primera importancia para el control constitucional de las leyes del país, sean estas previas o posteriores a la declaración que hizo la Corte, es decir, tienen una fuerza reformadora por sí misma para el adecuado control de aplicación e interpretación de las leyes del país. La CC atendiendo a esta doctrina la ha definido así: *conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal [...] garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país.*¹³⁵

No obstante el alentador desarrollo de la jurisprudencia en cuanto al reconocimiento del derecho de consulta como derecho fundamental y parte del bloque de constitucionalidad, la realidad dista mucho de esos sendos pronunciamientos que la Corte realiza en los considerandos de sus sentencias, ya que la fuerza de la doctrina legal que enuncia queda limitada y pierde fuerza jurídica cuando las partes resolutivas no coinciden con estas.

En efecto, en la propia parte resolutive de las sentencias de la Corte es normal que el alto tribunal constitucional otorgue el amparo a los pueblos indígenas por violación a su derecho fundamental, pero no restaura su derecho a las

135 Sentencias de la Corte de Constitucionalidad, expedientes 1822-2011 y 1149-2012.

etapas iniciales para garantizar plena eficacia del derecho de consulta, al contrario, salvo en un caso, en todos los demás analizados en el presente estudio, la CC dejó vigente las licencias respectivas de los proyectos y los trabajos continuaron, bajo un argumento que no correspondía discutir en ese momento procesal, que es de los efectos del consentimiento, aspecto que desarrollaremos más adelante.

Ahora bien, en dos casos analizados en que las autoridades indígenas acudieron a la justicia constitucional por la violación al derecho de consulta porque se emitieron medidas legislativas que les afectaban sin consultarles previamente, la Corte tuvo dos posiciones distintas; en un caso, asumió la tesis de las autoridades indígenas y ordenó suspender y reencausar, conforme los estándares internacionales, el procedimiento de emisión del Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT que impulsaba el Presidente de la República; y en el otro, les denegó la protección constitucional por un criterio de temporalidad, ya que la Ley de Minería se había aprobado unos meses antes de que se ratificara y depositara el Convenio 169, por lo que no podía adaptarse a dicho instrumento internacional por esa circunstancia, cuando hubiese podido ordenar perfectamente que el Congreso lo adaptará conforme dichas normas.¹³⁶

Uno de los efectos más perversos que producen las sentencias dictadas conforme el análisis anterior, se

136 Ver Sentencias de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes 1072-2011 y 1008-2012.

producen en sede administrativa; en efecto, la fuerza de tales reconocimientos queda anulado porque a pesar que se ha sentado jurisprudencia sobre el carácter fundamental del derecho de consulta, los ministerios del Organismo Ejecutivo responsables de autorizar licencias y en su caso organizar los procesos de consulta, simplemente la omiten y recurren permanentemente a los mismos argumentos legalistas sobre los tramites y los procedimientos formales que cumplieron con “rigor”, y la Corte sencillamente vuelve a recordar, exhortar y a resolver con la misma lógica de siempre: reconocer el derecho, exponer sendos pronunciamientos de los órganos de derecho internacional y mantener incólume las autorizaciones ilegales otorgadas por los organismos responsables, generando una especie de círculo vicioso que ya lleva más de diez años.¹³⁷

Con este complaciente comportamiento jurisprudencial a favor de las empresas y los ministerios de estado respectivos, los reconocimientos y avances logrados en materia de consulta previa quedan anulados por sus propias decisiones finales y por la propia realidad que estas imponen, ya que en todos los casos analizados en el presente estudio donde se ordenó realizar la consulta en el estado en que se encontraban las cosas, es decir, sin suspender las licencias y las obras respectivas, tuvo un efecto desalentador para las comunidades y prácticamente perdieron el interés en retomar las consultas y las autoridades a quienes se les encomendó prácticamente actuaron en esa sintonía.

137 Ver sentencias de la Corte de Constitucionalidad, expedientes 3878-2007, 1008-2012 y 1149-2012, acumulados 156-2013 y 159-2013.

En definitiva, las decisiones que la Corte ha tomado en el sentido anterior, contradicen su propia jurisprudencia y dejan anulado de facto el reconocimiento del carácter fundamental del derecho de consulta; además al no proveer una solución definitiva a los derechos de los pueblos indígenas se viola, como ya lo dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT.

d) Los estándares internacionales del derecho de consulta en la jurisprudencia de Guatemala

En el Título II del presente informe desarrollamos de manera concreta los estándares del derecho de consulta en el derecho internacional de los derechos humanos, y para facilitar el análisis de los mismos los agrupamos en algunas categorías para mejorar su comprensión y síntesis, tarea nada fácil, pues cada uno de ellos se entrelazan permanentemente, se complementan e informan entre sí de manera sistémica.

Esa clasificación será el marco comparativo para desarrollar esta sección que está dedicada básicamente a analizar en qué medida la jurisprudencia constitucional ha sido receptiva o ha desarrollado esos estándares en el derecho interno y en qué medida son respetadas tanto por la propia justicia constitucional como por las autoridades administrativas que deben acatar y cumplir los fallos. Esta última, sin embargo, lo haremos únicamente infiriendo eso si desde la limitada cronología

de los hechos que nos da el análisis de las resoluciones judiciales y las mismas experiencias compartidas por la propia organización que financió el estudio, quienes como ya lo dijimos acompañaron en distintos niveles los casos hoy analizados.

Tomando en cuenta el estudio de los estándares internacionales y las sentencias de la justicia constitucional de Guatemala, no volveremos a listar y a desarrollar de nuevo la clasificación aludida –aunque si haremos breves resúmenes de los contenidos que la CC ha utilizado para fundamentar sus fallos– porque sería una tarea innecesaria tomando en cuenta el esfuerzo invertido y sobre todo porque el nudo de la cuestión, a nuestro juicio, no está en detectar si hay o no jurisprudencia sobre dichos estándares, sino en qué medida esa recepción ha sido eficaz para restaurar y mejorar la protección del derecho de consulta de los pueblos indígenas.

Con base en lo anterior, a manera de recordatorio para el presente análisis, diremos que la clasificación de los estándares internacionales que hicimos en secciones anteriores, básicamente son: i) el derecho de consulta como una obligación estatal, aspecto ya analizado de manera amplia en el presente capítulo; ii) la consulta debe ser previa; iii) la consulta debe ser informada; iv) la consulta debe ser culturalmente adecuada; y v) la consulta debe ser de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo.

Retomando lo dicho sobre la clasificación de los estándares en esta sección, es importante resaltar que en Guatemala la justicia constitucional, especialmente la que se produce en la Corte de Constitucionalidad,

ha sido generosa en la recepción de los estándares internacionales en materia de consulta y prácticamente todas las sentencias analizadas en el presente estudio, donde estuvieron en ponderación, la Corte no tuvo reparo en reconocerlas y hacer amplias exposiciones sobre cómo el derecho internacional las ha desarrollado en los distintos instrumentos internacionales, informes y órganos especializados de derechos humanos y “en resolver con base en ellos” los casos sometidos a su conocimiento.

Pero como dijimos el nudo de la cuestión no está en la falta de reconocimiento de los estándares del derecho de consulta, porque Guatemala como muchos países de la región, ha ratificado e incorporado a su derecho interno los principales instrumentos de protección de derechos de los pueblos indígenas y cuenta con un órgano a quien se le encomendó interpretar y desarrollar lo relativo a la materia constitucional,¹³⁸ y este órgano que es la Corte de Constitucionalidad, ha cumplido en principio con reconocer la constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales e incluso que estos operen como control de la constitucionalidad de las leyes del país, a través de la denominada doctrina del bloque de constitucionalidad.

Más bien, nuestro análisis se detendrá en explicar en qué medida ese reconocimiento es coherente con las propias resoluciones de la Corte y si eso al final de cuentas genera los efectos positivos que en un Estado de Derecho sin

138 Ver artículos 268 y 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

dudas debería generar. Efectivamente hemos determinado que en este punto es donde encontramos las mayores dificultades, incoherencias y contradicciones y es por ello que centramos nuestro análisis jurídico para reverlas y exponerlas con las herramientas disponibles de la ciencia jurídica.

Para dicho propósito citaremos y analizaremos las sentencias que recogen esos estándares internacionales, inmediatamente haremos un análisis de los aspectos más relevantes de dichos fallos y finalmente haremos una valoración analítica de las resoluciones finales para determinar si esas consideraciones y resoluciones finales guardan coherencia con esa exposición de los contenidos de dichos estándares.

i) Análisis comparado de los estándares internacionales en materia de consulta con la jurisprudencia de Guatemala

En efecto, la jurisprudencia guatemalteca ha reconocido de manera reiterada y sostenida a lo largo de los últimos diez años aproximadamente, los estándares internacionales en materia de consulta, lo que puede ser constatado sin dificultades con una simple lectura de las sentencias emitidas durante este período y dar por sentado que este reconocimiento es un hecho jurídico sin mayores discusiones.

Así las cosas, de las catorce sentencias objeto del presente análisis, en doce de ellas las comunidades indígenas acudieron a la justicia por omisión de consulta en medidas

de explotación y exploración de recursos naturales y medidas legislativas y reglamentarias; en trece casos igualmente, la Corte de Constitucionalidad reconoció con fundamentos similares a los estándares internacionales, que el derecho de consulta debe ser carácter previo e informado, que esta debe ser culturalmente condicionada, de buena fe y con el fin de buscar un acuerdo y obtener el consentimiento libre e informado de los pueblos interesados,¹³⁹ sin embargo, en doce de esos casos las sentencias no fueron guardaron la coherencia con la fundamentación que los precedió, pues las medidas que las autoridades adoptaron sin consultar a las comunidades quedaron vigentes sin ningún tipo de condicionantes más que llevar a cabo las consultas para conocer la opinión de los pueblos interesados.

En la casi totalidad de esos fallos, la Corte de Constitucionalidad se fundamentó en los principales articulados de las distintas convenciones internacionales que establecen las obligaciones de los Estados con respecto al derecho de consulta y sus contenidos (Convenio 169, Convención de las Naciones Unidas, Convención Americana de Derechos Humanos), también se fundamentó en las recomendaciones, informes de órganos especializados de las Naciones Unidas y las sentencias de la jurisprudencia del sistema interamericano, las cuales contienen amplios desarrollos de los estándares en materia de consulta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, observaciones individuales dirigidas a Guatemala dentro de su Informe General

139 *Op. cit.* Expedientes 3878-2007, 1008-2012, 4419-2011, 01011-2014-00081.

rendido en el marco de la 88 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2009, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas, observaciones finales acerca del informe presentado por Guatemala en el 68 período de sesiones, 2006, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, visita de trabajo a Chile, abril 2007 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay).

En todos estos informes, recomendaciones y sentencias, en las que se puso énfasis en los distintos contenidos de los estándares, la Corte las recoge de manera armónica y los utiliza como soporte normativo de sus fallos y como derecho exigible, especialmente lo relativo al “derecho de consulta de las poblaciones indígenas como 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.”¹⁴⁰

Es especialmente importante destacar que la Corte en varios fallos analizados asumió en sus considerandos el trabajo que realizó el Relator Especial de las Naciones

140 Estos párrafos derivados del derecho internacional, la Corte los utiliza como soporte normativo en la sentencia que contiene el expediente 3878-2007, considerando V, p. 18, pero también en varios de los catorce analizados en el informe.

Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, que con ocasión de una visita de trabajo a Chile en 2007, a solicitud de varias instancias gubernamentales de ese Estado para que contribuyera con sugerencias para llevar a cabo un proceso de consulta con los pueblos indígenas del país en relación con una iniciativa de reforma constitucional sobre cuestiones atinentes a los mismos. Ese informe, que la CC asumió de manera íntegra, es un documento que el Relator Especial redactó en el que expuso lo que denominó Principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos Indígenas, compilando y condensando algunos criterios relevantes asentados por órganos internacionales que practican control sobre la materia y algunos precedentes de otros países.¹⁴¹

Si bien hizo sus propias apreciaciones, la Corte incluso indicó 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. [...]”¹⁴²

141 *Ídem*. Considerando V, p. 20.

142 *Ídem*.

Para demostrar lo afirmado en cuanto a la recepción que hizo la CC sobre los estándares internacionales, a continuación hacemos un resumen de ese documento citado en la sentencia 3878-2007 y replicado en otros fallos de la propia CC:¹⁴³

- a. La consulta debe realizarse con carácter previo [“o con finalidad reparadora cuando las circunstancias ocurran frente a hechos consumados” –Acotación propia del Tribunal–]. Los órganos de control de la OIT han sido consistentes en afirmar esta consigna, sobre todo cuando las medidas que se prevean susceptibles de afectar a las poblaciones indígenas sean de índole legislativa; *lato sensu*, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica “que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso” [...] La dinámica que conlleva el derecho de consulta debe impulsarse, idealmente, con antelación o en los albores de la disposición gubernamental a la que alude; y aún resulta pertinente una vez puesta en marcha ésta, en tanto no se haya consumado en su plenitud –de ahí que esta directriz sea

143 Expedientes 3878-2007 Y 1149-2012; además los expedientes 1072-2011, 1031-2009, 4419-2011, 1925-2014 y expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013 citan el expediente 3878-2012 refiriéndose como los fundamentos de esa sentencia, en otros casos como Xalalá expedientes 1011-2014, 1179-2005, 2376-2007, y expedientes acumulados 2432-2011 y 2481-2011 solo realizan un análisis general de los artículos del Convenio 169 que se relacionan con el derecho de consulta y los artículos constitucionales sobre comunidades indígenas.

especialmente importante cuando se trata de una modificación normativa-; [...] El Tribunal anota que de haberse completado las mismas, lo que cabría sería más bien la promoción de acciones que propendan a disponer medidas reparadoras y, en casos especiales, resarcitorias que mitiguen posibles daños y establezcan compensadores sociales de beneficio real para las poblaciones del entorno, dependiendo de la naturaleza y circunstancias propias de cada caso.

- b. *La consulta no se agota con la mera información.* Una de las situaciones más comunes a las que han tenido que enfrentarse los aludidos órganos de la OIT es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. Según han reiterado aquellos, una reunión de simple información no puede considerarse una consulta válida de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, sino que debe tratarse de un *diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común* [...]; esto es, un espacio de verdadero intercambio de ideas orientado a la concreción de acuerdos, expresión pura de una práctica democrática.

- c. *La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.* El cumplimiento por los Estados de la consulta “en buena fe” responde a la exigencia de cumplir con el fin último de dicha obligación; en ese sentido, los órganos de control normativo de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, con el objetivo de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso: “[...]el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, [...] La generación de ese clima es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas, “por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y [el] sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún” [...] Buena fe en la realización de la consulta significa entonces que ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas –aún aquellos otros sectores que, de estar involucrados en las medidas a implementarse, también están llamados a intervenir– deben esforzarse por propiciar un ambiente de confianza y respeto

recíprocos, en el que aquella pueda llevarse a cabo provechosamente, con independencia de las posiciones sustantivas que puedan surgir dentro del procedimiento establecido para el efecto. Un escenario de enfrentamientos, violencia y desconfianza no coadyuva a que su realización sea auténticamente productiva.

- d. *La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.* En el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta *los métodos tradicionales del pueblo saramaka [indígena] para la toma de decisiones [...]* El carácter adecuado o no de la consulta a los pueblos indígenas, por medio de sus instituciones representativas, no responde a una fórmula unívoca, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de la finalidad de la misma. Así lo patentizó un Comité Tripartito de la OIT en un caso relativo a Brasil: “la expresión procedimientos apropiados” [artículo 6, numeral 1 del Convenio 169] debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y este debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En

cuanto al propio proceso de consulta, este debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes (Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Brasil del Convenio 169, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), 2006, párrafo 42). Un rasgo que debe caracterizar a la consulta –en función de asegurar que sea adecuada– es la accesibilidad; ello implica que, sobre todo en ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas con relación a medidas administrativas o de carácter general, deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes. Asimismo, en función de asegurar la accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tenerse presente la variedad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no sea hablada por la mayoría, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 12 del propio Convenio 169, [...].

e. *La consulta debe ser sistemática y transparente.*

En atención a que constituyen un trámite prescriptivo respecto a la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas que afecten a las poblaciones indígenas, las consultas deben realizarse mediante procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, en función de evitar arbitrariedades y conflictos que serían contraproducentes. Cabe resaltar que la adopción de dichos procedimientos debería ser en sí misma un proceso que cuente con la participación activa de los pueblos indígenas. [...] Ello conlleva, en los casos donde no existan, el establecimiento de "instituciones y otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas", incluyendo "la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados" (artículo 33, numerales 1 y 2 del Convenio 169). [...] De esa suerte, puede apreciarse que, al igual que sucede con otros aspectos, no imperan criterios preestablecidos para la creación de órganos y mecanismos para hacer operante el derecho de consulta, pues su diseño debe obedecer a las características [...].

Como corolario de lo anterior, la Corte consideró en la sentencia que resolvió la acción de las autoridades indígena sobre el servicio de transporte de electricidad del proyecto denominado “Subestaciones Uspantán y Chixoy II y línea de transmisión Uspantán-Chixoy II” que “[e]sos estándares de derecho internacional ya han quedado reflejados en la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia (ver sentencias [...] 3878-2007, 1031-2009, 1072-2011, 4419-2011 y 1008-2012).¹⁴⁴ Con esta consideración taxativa, la Corte de Constitucionalidad ha creado una nueva doctrina legal y ha sentado jurisprudencia, por lo que la observancia y aplicación de los estándares internacional del derecho de consulta deviene de obligado cumplimiento y su violación puede aparejar responsabilidades legales conforme cada caso en concreto.

Como hemos insistido, la Corte de Constitucionalidad sin ningún tipo de reservas ha hecho recepción de los estándares internacionales del derecho de consulta y los ha asumido como fundamentos de varias sentencias, las anotaciones propias que el alto tribunal ha hecho básicamente han sido para complementar y reforzar que el incumplimiento de esos estándares deben aparejar medidas resarcitorias para los pueblos afectados por la explotación de los recursos naturales. En este sentido podemos concluir que a pesar de ausencia de ley o reglamento sobre el derecho de consulta, el alto grado de recepción de los contenidos del derecho de consulta es un avance significativo en Guatemala y puede constituir

144 Ver sentencia de apelación de amparo de la Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013. Considerando IX, p. 42.

una buena base para ir avanzando y corrigiendo prácticas, normas y jurisprudencia.

ii) *Análisis más relevante de los contenidos propios del derecho de consulta en la jurisprudencia guatemalteca. Principales hallazgos, incoherencias y contradicciones*

En el proceso de recepción de los estándares internacionales en materia de consulta, la Corte ha hecho hincapié en la importancia que para los pueblos indígenas significa ese reconocimiento y desarrollo en sede de los órganos de derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación no ha sido en absoluto menor.

No obstante ese ello, es importante resaltar que en ese recorrido también ha caído en algunas consideraciones y fundamentos que no necesariamente se corresponden con esos criterios que informan los estándares que el derecho internacional ha perfilado con un alto grado de solidez, lo que a nuestro juicio no es propio de un Tribunal que dentro de la estructura institucional de la justicia constitucional, es la que ostenta la más alta y prestigiosa jerarquía.

En primer lugar, si bien la Corte ha sostenido en prácticamente todas las sentencias analizadas que el derecho de consulta es un derecho incuestionable a favor de las comunidades indígenas en virtud de ser un derecho fundamental de carácter colectivo y forma parte del bloque de constitucionalidad, que es autoejecutable y justiciable,

en varias de ellas, incluso en las mismas en que le dio ese carácter, no logró ser coherente con los estándares internacionales y con la restauración del derecho violado, ya que al encargar a distintos entes estatales la realización de las consultas, Municipalidades, Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y más recientemente al Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad, prácticamente dispersa y debilita la obligatoriedad del Estado de consultar de manera adecuada a los pueblos indígenas, además, también debilita la certeza jurídica porque crea inseguridades sobre quién es el verdadero órgano responsable, qué procedimientos son aplicables y qué efectos debe tener la consulta.¹⁴⁵

Aunque no de manera absoluta, lo anterior está estrechamente relacionado con el débil desarrollo del derecho de consulta en la legislación interna del país, que como dice la Corte *a la fecha aún no ha sido consolidada una plataforma legal que en el ámbito nacional regule de manera integral y eficaz el derecho de consulta de los pueblos indígenas [...] y que la normativa que regula lo relativo a las consultas populares referidas en el Convenio 169 [...], es bastante amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta,*¹⁴⁶ y si bien en la mayoría de las sentencias analizadas ha hecho sendas exhortativas al Congreso de la República para efectivizar el derecho de consulta de los pueblo indígenas a través de

145 Expedientes 3878-2007, 1149-2012, 1072-2011, 1031-2009, 4419-2011, 1925-2014, acumulados 156-2013, 159-2013,1011-2014, 1179-2005, 2376-2007, 2432-2011 y 2481-2011.

146 *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad. Expediente 3878-2007. Considerando IV, p. 16. Las cursivas son nuestras.

legislación ordinaria, que incluya la forma de cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos, quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos,¹⁴⁷ el mismo Tribunal ha sostenido en consonancia con lo dicho por la Corte Interamericana, que la carencia de legislación ordinaria *ad hoc* no puede significar la nulidad del derecho que asiste a las poblaciones indígenas y que su ausencia no puede ser considerada valladar infranqueable para cumplir ese cometido, pues ello equivaldría a admitir que la pasividad del poder público tuviera como resultado legítimo vaciar de contenido a aquel, conclusión a todas luces incongruente con la Teoría General de los Derechos Humanos.¹⁴⁸

En segundo lugar, la jurisprudencia guatemalteca si bien recoge de manera nítida de los estándares internacionales el carácter previo de la consulta, a excepción de la sentencia conocida como “La Puya”,¹⁴⁹ en las demás las contradice inmediatamente cuando en las mismas resoluciones reconoce la violación a ese derecho pero a su vez ordena que las consultas deben realizarse en el estado que se encuentran las cosas sin suspender las licencias de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas, permitiendo con tales decisiones que la violación se mantenga en el tiempo de

147 En este sentido. Corte de Constitucionalidad, Expedientes: 1179-2005, 2376-2007, 3878-2007, 1008-2012, entre otras.

148 En este sentido. Ídem.

149 Para más detalles y una comprensión mayor y amplia de lo afirmado ver. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Expediente 1050-2014. 2014.

manera irremediable, generando con ello *una especie de violación del derecho de consulta de manera encubierta con la cobertura institucional de carácter jurisprudencial*.

En tercer lugar, otro aspecto cuestionable de esas decisiones en que se dejan vigentes las licencias es el razonamiento o la justificación al que ha acudido reiteradamente la Corte en varias sentencias, que si están establecidas en los estándares internacionales, se interpretan de manera errónea al adelantar que la ausencia o la negativa del consentimiento de los pueblos indígenas no es sinónimo de veto a los proyectos que el Estado quiere emprender en su papel de garantizar el bienestar general de todos los habitantes. En efecto varios órganos de derecho internacional, incluyendo la propia normativa del Convenio 169, han dicho en varias ocasiones que el consentimiento acerca de las medidas propuestas no equivale a una prerrogativa de veto sobre las acciones realizadas dentro de la esfera legal de atribuciones que compete a los organismos gubernamentales y que el derecho previsto en el artículo 6, numeral 2 del citado Convenio no debe interpretarse como el otorgamiento a los pueblos indígenas y tribales de un derecho de veto.¹⁵⁰

150 La sentencia del caso San Juan Sacatepéquez, expediente 7838-2007, Considerando VII, pp. 26 y 27, el cual la CC ha utilizado como base para otras sentencias, recoge este parecer de la propia Organización Internacional del Trabajo en la Guía para la aplicación del Convenio 169 (OIT), pp. 14 y 15, del Relator Especial sobre las cuestiones indígenas y la Corte Constitucional de Colombia, con ocasión de un planteamiento de inconstitucionalidad incoado contra una ley destinada a regular la explotación de minas de sal existentes en los municipios de Manaure y Zipaquirá.

Nuestro cuestionamiento y razonamiento jurídico radica en que el debate o la discusión sobre los efectos del consentimiento, en el sentido de si es vinculante o no para las autoridades estatales, no es válido cuando no se ha realizado, en palabras de la propia OIT, **verdaderas consultas** *en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones, implicando que el poder público tiene la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo,*¹⁵¹ es decir, para poder valorar los efectos del consentimiento de los pueblos indígenas, hace falta una condición –*sine qua non*– que es el de llevar adelante consultas previas con todas las garantías informadoras de los estándares internacionales, esto es, consultas libres e informadas, culturalmente condicionadas, de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo.

Retomando el debate sobre si las consultas son o no vinculantes para las autoridades estatales, insistimos en que la justicia constitucional no debería entrar a valorar este aspecto central en un momento procesal que no es el oportuno para tales consideraciones, porque si no se cumplió de manera íntegra y previa con todos los requisitos que exigen los estándares internacionales o más precisamente la doctrina legal de la Corte, simplemente debiese retrotraerse y dejarse sin efecto todo lo actuado desde el momento previo de la violación del derecho reclamado, de otra forma es casi imposible, garantizar

151 *Op. cit.* Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT, pp. 14 y 15. Las cursivas y negrillas son nuestras.

de manera efectiva el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas. En términos generales este fue el sentido de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Civil y posteriormente ratificado por la propia CC, en el caso conocido como la “La Puya” en la que se ordenó la suspensión de las actividades de construcción de la infraestructura del Proyecto Minero Progreso VII Derivada, hasta que se resolviera la consulta de vecinos.¹⁵²

De ahí que con base en el anterior razonamiento, es insostenible jurídicamente lo que ha considerado la Corte sobre que los efectos de los resultados de la consulta no podrán afectar los intereses legítimamente adquiridos por terceros que hayan obtenido, por medio de los cauces legales correspondientes, licencias para reconocimiento, exploración y explotación de minerales,¹⁵³ porque de otro modo se llegaría al débil y contradictorio sustento jurídico-constitucional en el que lamentablemente ha caído la CC, en sostener la legalidad en el otorgamiento de licencias de proyectos mineros o hidroeléctricos en flagrante violación de un derecho fundamental por omisión de consultar previamente a los pueblos interesados.

Es más, como lo vimos en el Título II en el que se desarrolló los estándares internacionales, la propia CIDH ha sostenido que los Estados deberían acomodar o incluso cancelar los planes y proyectos con base en los resultados de las

152 Sentencia de primer grado. Tribunal de Primera Instancia del Ramo Civil, constituido en Tribunal de Amparo. Expediente 1050-2014. Parte Considerativa y Resolutiva.

153 En este sentido, Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, expediente 1179-2005. Considerando V, p. 10.

consultas o en todo caso proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho, porque no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de esos planes y proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena que rige el deber de consultar.

En cuarto lugar y retomando los requisitos de la consulta informada y culturalmente condicionada, traemos de nuevo a colación las decisiones que hemos revisado en que la Corte deja vigente las licencias a pesar de constatar la violación al derecho de consulta, ya que al decidir de esa forma, le ha dado validez al entramado de procedimientos engorrosos y formalistas que la propia jurisprudencia internacional ha cuestionado en el sentido que el procedimiento de consulta para obtener el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma* y limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños,¹⁵⁴ porque como hemos demostrado en el presente estudio, los órganos del Estado han utilizado procedimientos inadecuados para cumplir con el derecho de consulta previo e informado, tales como, edictos o publicaciones en diarios con escasa cobertura nacional, encuestas y listados de trabajadores de la propia empresa, procedimientos administrativos sin una mínima notificación, entre otras.

154 En este sentido. *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, p. 112. Párr. 285.

Por si fuera poco, la misma Corte ha considerado en otras sentencias, que la simple publicación, en ciertos medios escritos de comunicación, de un edicto que contiene generalidades de la solicitud de autorización, *no representa un proceso de diálogo culturalmente pertinente y dirigido a la consecución de acuerdos* y que en muchos casos esa práctica ni siquiera alcanza a ser un mecanismo eficaz de mera divulgación, debido a la limitada circulación de algunos de los diarios utilizados para ese efecto y a la diversidad lingüística del país.¹⁵⁵

Como podrá observarse la nitidez de la argumentación anterior con respecto a los requisitos de la consulta informada y culturalmente condicionada no se corresponde con las decisiones finales que hemos venido cuestionando jurídicamente en el presente informe, ya que al dejar vigente las licencias antes aludidas bajo el criterio de que no se pueden afectar los derechos adquiridos, la Corte hace una ponderación equivocada de dos derechos en cuestión, en la que hace prevalecer uno que es de inferior categoría sobre otro que ella misma ha definido como derecho fundamental de carácter colectivo y por tanto equiparable a aquellos que forman parte del núcleo duro de los derechos humanos y por tanto oponible *erga homines*.

En quinto lugar y con respecto al carácter específico de la consulta como procedimiento culturalmente condicionado, la Corte si bien ha recogido de manera aceptable este estándar, en otras de sus resoluciones ha

155 En este sentido. *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad. Expedientes acumulados: 156-2013 y 159-2013 y 1008-2012.

sido contradictorio en sí misma y con el contenido de ella, ya que por un lado ha sostenido que *cabe señalar que la tónica que se trasluce en dichas formas contrae la consulta a un sufragio semejante al practicado con ocasión de unos comicios electorales o una consulta popular a nivel nacional; noción que, [...] resulta equivocadamente restrictiva en el contexto del derecho que se analiza, pues la efectivización de este supone la puesta en marcha de un proceso que no puede entenderse consumado con la sola realización de un acto de captación de votos,*¹⁵⁶ y por otro, ha argumentado que es necesario reforzar el procedimiento adecuado que *“las instituciones representativas” deben llevar a cabo para efectivizar ese derecho, pudiéndose estimar conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población,*¹⁵⁷ y que *para nuestro medio, el proceso de consulta mediante la emisión del sufragio constituye un método de participación idóneo para recoger las opiniones de las comunidades consultadas, siendo necesario que, en su desarrollo, se observen los principios electorales reconocidos para garantizar la fidelidad de los resultados que se obtenga.*¹⁵⁸

En este sentido, traemos a colación lo que sostuvo la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs. Surinam*, que en cuanto a los proyectos de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma

156 Ver *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad, expediente 3878-2007. Considerando IV, p. 15. Las cursivas son nuestras.

157 Ver *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad. Expediente 4419-2011. Considerando III, p. 7. Las cursivas son nuestras.

158 Ver *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad. Expediente 1179-2005 Considerando IV, p. 8. Las cursivas son nuestras.

del otorgamiento de la concesión, garantizando de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, a través de sus métodos tradicionales de toma efectiva de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes.¹⁵⁹ De esta forma se colige que la exigencia del estándar internacional referido, es que para obtener la opinión o en su caso el consentimiento de los pueblos indígenas no es compatible obtenerlo bajo cualquier método, sino debe ser conforme su derecho consuetudinario y a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones.

Un aspecto adicional pero de vital importancia para los derechos de los pueblos indígenas, que la jurisprudencia constitucional no ha considerado pero debería desarrollar en el futuro, es lo atinente al efecto de garantía que la consulta debería tener y que la Corte Interamericana en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam resolvió. En efecto dicha Corte sostuvo en la parte final de su fallo que respetar la consulta efectiva, según las tradiciones y costumbres, se constituye como una garantía de no repetición para proteger la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial de los pueblos indígenas.¹⁶⁰ En este sentido, la justicia constitucional tiene la obligación de reestablecer el derecho consulta de manera eficaz para que las violaciones provocadas por la inobservancia de las autoridades del

159 *Op. cit.* CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 304. Párr.119.

160 *Idem*, p. 60. Párr. 194.

Estado no vuelvan a producirse como ha ocurrido en reiteradas ocasiones en Guatemala.

En sexto lugar, la Corte de Constitucionalidad al dictar sus fallos definitivos y establecer los efectos de la violación al derecho de consulta previa, también ha caído en la contradicción y omisión de fijar las medidas reparatoras concretas por los daños materiales, morales y espirituales ocasionados a los pueblos indígenas por las actividades ilegales de las empresas mineras e hidroeléctricas y por las iniciativas legislativas y reglamentarias llevadas a cabo inconsultamente.

En efecto, si bien la Corte no ha evadido en varios considerandos de sus sentencias el desarrollo de las medidas compensatorias o reparatoras que deben surgir como consecuencia de los procesos de consulta y ha dicho consistentemente, citando a la Convención de las Naciones Unidas, que “[l]os Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptaran medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural y espiritual”, y además haciendo sus propias anotaciones al informe del Relator Especial sobre los estándares internacionales, el Tribunal dijo que “de haberse completado las mismas, lo que cabría sería más bien la promoción de acciones que propendan a disponer medidas reparatoras y, en casos especiales, resarcitorias que mitiguen posibles daños y establezcan compensadores sociales de beneficio real para las poblaciones del entorno, dependiendo de la naturaleza

y circunstancias propias de cada caso”,¹⁶¹ en las partes resolutivas de los casos objeto de estudio que tratan sobre violación al derecho de consulta la Corte en ninguno de ellos estableció medidas reparadoras concretas que demostrasen la coherencia jurídica entre las partes considerativas y resolutivas de esas sentencias.

En el único caso en que la CC se pronunció (Subestaciones Uspantán y Chixoy II y línea de transmisión Uspantán-Chixoy II) sobre eventuales medidas reparadoras, hizo énfasis en que “si al realizarse la consulta, se verifica que las actividades desarrolladas por la tercera interesada han estado o están provocando efectos no deseados a las comunidades mayas ixiles de San Juan Cotzal, Quiché, deberán concertarse mecanismos destinados a revertirlos, corregirlos, mitigarlos o, eventualmente, resarcirlos”,¹⁶² siendo a la fecha desconocida e incierta el cumplimiento de estas medidas considerativas que hizo el alto tribunal

161 *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad. Expedientes: 3878-2007, en la cual cita el artículo 32.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; en la acotación del propio tribunal al informe del propio Relator Especial, considerando V, p. 20. Además indicó que: “La conveniencia de cierta apología del cemento (por ejemplo, por su importancia para la construcción de obras públicas como carreteras pavimentadas, presas, puertos y aeropuertos) 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 podría negar su acceso. Esto último, preservando a toda costa, los intereses y derechos de los pobladores de regiones aledañas a tal industria, para que obtengan todo tipo de medidas preventivas, mitigadoras y reparadoras que les haga tolerable su coexistencia y, sin dejar de suponer que, en caso de susceptibilidad a daños graves e irreparables, el Estado debería privilegiar el derecho fundamental a la vida de las personas”. En similar sentido: 1031-2009 y haciendo consideraciones sobre los contenidos de los estudios de impacto ambiental. Considerando V, p. 11.

162 Ver *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013. Considerando XII, p. 54

constitucional y si este o algún órgano estatal o privado, nacional o internacional ha pedido cuenta sobre los asuntos que se consideraron en esa sentencia.

Lo anterior nos lleva a otro tema, que aunque no es objeto del presente estudio, si al menos es posible perfilarlo y dejar algunos cuestionamientos para futuros trabajos de investigación que la organización que la financia podría llevar adelante. En efecto, después de más de una década de intensos debates públicos y en los tribunales de justicia por los distintos casos litigados, no se tiene cuenta del nivel de cumplimiento de las sentencias de los tribunales de amparo, especialmente los referidos a la Corte de Constitucionalidad.

Hace falta según nuestras apreciaciones hacer no solo un estudio sobre qué mecanismos de cumplimiento existen en la justicia constitucional, qué mecanismos concretos aluden las Cortes cuando toman decisiones por violación al derecho de consulta, cuáles son los niveles de cumplimiento de sus sentencias en esta materia y que propuestas se requieren para mejorar el cumplimiento de ellas.

En las páginas anteriores, pudimos demostrar no solo las limitantes de la jurisprudencia nacional,¹⁶³ sino también las limitantes de las leyes para regular de manera adecuada los procesos de consulta a los pueblos indígenas; ante ello, consideramos que el cumplimiento estricto de las diversas exhortativas que la Corte ha hecho al Congreso de la

163 Ver *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013. Considerando XII, p. 54. Ver *Op. cit.* Corte de Constitucionalidad. Expedientes 1179-2005, 2376-2007 y 4419-2011.

Republica, en cuanto a llevar adelante la aprobación de una regulación estricta del derecho de consulta, podría ser positivo siempre y cuando ello fuera bajo una verdadera participación de los pueblos indígenas y no como la experiencia de estos años en que se ha demostrado cómo el aparato estatal y empresarial interesado, ha obrado de manera ilegal e inconstitucional en contra de los pueblos indígenas.

Hacemos hincapié que la importancia capital de ese proceso legislativo requeriría una dinámica absoluta distinta a los procesos que hemos observado y analizado en el presente estudio, en que los órganos del Estado incluyendo el legislativo, han actuado sin la más mínima participación y pertinencia cultural que las ocasiones legislativas y reglamentarias demandaban conforme los estándares internacionales y la propia Constitución. Una legislación conforme los estándares internacionales debería ser un ejercicio democrático en donde los pueblos indígenas serían los protagonistas principales porque se pondría en valoración su derecho de consulta en consonancia con los otros derechos colectivos y en especial la consagración de su derecho a decidir su propio modelo de desarrollo.

IV. Conclusiones y recomendaciones

a) Conclusiones

1. De las normas nacionales e internacionales estudiadas, así como del análisis realizado de las distintas sentencias en el presente estudio, podemos afirmar que Guatemala cuenta con un consolidado nivel de normas de rango superior, tratados, convenios, convenciones internacionales de derechos humanos y normas constitucionales, que consagran y protegen los derechos humanos de los pueblos indígenas, dentro de los cuales se encuentra específicamente el derecho de consulta. En ese proceso de contar con normas de rango superior, ha sido fundamental el papel interpretativo de la Corte de Constitucionalidad al establecer en diversos fallos, por un lado, los mecanismos constitucionales de recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y por el otro lado, los mecanismos o normas específicas de la

Constitución que complementan la recepción del Convenio 169 de la OIT.

2. El derecho internacional de los derechos humanos ha ido perfilando y desarrollando los estándares internacionales en materia de consulta previa en distintos instrumentos y organismos multilaterales y regionales especializados en la materia. Afortunadamente, Guatemala no ha sido ajena a ese proceso y en el marco de las sentencias analizadas pudimos constatar que la Corte de Constitucionalidad no solo fue receptiva con el derecho internacional, sino además sentó doctrina legal:
 - I) En cuanto a los estándares internacionales en materia de consulta, que han quedado reflejados en la jurisprudencia del alto Tribunal Constitucional en más de tres sentencias, con lo cual se superó el umbral del número de tres sentencias que en forma conteste se requieren para sentar doctrina legal.
 - II) Al reconocer y establecer el derecho de consulta previa como derecho fundamental de carácter colectivo de los pueblos indígenas, autoejecutable y justiciable, lo que significa que este derecho pasó a formar parte del “núcleo duro de los derechos humanos que la Constitución garantiza”, con observancia y aplicación obligatoria y exigible ante los tribunales de justicia.

- III) En reconocer que el derecho de consulta previa forma parte del “bloque de constitucionalidad”, con lo cual este derecho también pasó a formar parte del conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales que garantizan la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y la garantía de los derechos humanos en el país.
 - IV) En reconocer, con base en el principio de flexibilidad que inspiró el Convenio 169, a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y por lo tanto legitimados para acudir a la justicia constitucional, sin mayores requisitos que sus propios mecanismos de organización y participación tradicionales.
3. A pesar de ese nivel consolidado de normas superiores y de la doctrina legal sentada por la Corte de Constitucionalidad, de las sentencias analizadas en el presente estudio, podemos concluir que los pueblos indígenas siguen careciendo de niveles absolutos de participación en las decisiones administrativas y legislativas que el Estado ha llevado a cabo en sus territorios y en los cuales han sido materialmente afectados. Al contrario el derecho de participación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho de consulta previa, han sido violados de manera sistemática y reiterada en toda las instituciones del Estado y a pesar que en la justicia constitucional se han dado importantes

desarrollos, esta no ha logrado restaurar de manera efectiva los derechos violados, de tal forma que esta funcione como mecanismo y garantía de no repetición de los derechos violados a los pueblos indígenas.

4. La Corte de Constitucionalidad por mandato constitucional tiene la función esencial de resguardar el orden constitucional, que no es más que la defensa de la Institucionalidad como medio para el goce y disfrute de los derechos humanos de los habitantes de Guatemala. En ese proceso, la Corte necesita ir consolidando su jurisprudencia, especialmente en lo relativo a los derechos de los pueblos indígenas, para lo cual es de vital importancia que la justicia constitucional refleje los avances jurisprudenciales en las decisiones finales, de tal forma que exprese la coherencia sistémica entre los fundamentos y las partes resolutivas, pues es donde se han constatado los mayores vacíos y la falta de conexión entre fundamento y fallo final.
5. El acompañamiento y litigio estratégico a los casos que los pueblos indígenas presentan a la justicia constitucional, ha sido un elemento clave que ha permitido poner en debate y en perspectiva el conocimiento de las violaciones reiteradas al derecho de consulta por parte de las autoridades administrativas y legislativas en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, a pesar que en ese proceso se comprobó limitaciones específicas en las resoluciones finales, no se incrementaron las

estrategias de litigio para exigir el cumplimiento y verificación de las obligaciones establecidas en las sentencias y posteriormente requerir las debidas ejecutorias de sentencias.

b) Recomendaciones

Con base en los estándares internacionales, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y los hallazgos encontrados en el presente estudio:

1. **Al Estado:** Llevar a cabo un proceso integral de armonización de las normas y estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas, en especial el derecho fundamental de consulta previa, que incluya, reformas institucionales, legislativas y reglamentarias, manuales de procedimientos y protocolos de actuación, con la plena participación de los pueblos indígenas y el acompañamiento de los actores más relevantes, nacionales e internacionales, que garanticen un proceso previo y adecuado, informado, de buena fe, logrando los acuerdos necesarios que garanticen certeza jurídica y respeto de los derechos de dichos pueblos desde las primeras etapas de los procesos administrativos y legislativos que puedan afectarles.
2. **Al Estado:** Dado la experiencia negativa de los últimos años en los procesos de consulta previa y en tanto se lleven a cabo los procesos de armonización integral de reformas institucionales y reglamentarias, suspender cualquier proceso de autorización de

licencias de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas y así evitar que se sigan violando sus derechos humanos reflejados en el deterioro de sus condiciones de vida, material y espiritual, modos tradicionales de organización y cohesión social, paz y armonía social.

3. A la Justicia Constitucional y en especial a la Corte de Constitucionalidad, seguir consolidando los derechos humanos de los pueblos indígenas internacionalmente reconocidos, especialmente el derecho de consulta previa, a través de revisiones, análisis y exámenes minuciosos de sus respectivos fallos, de tal forma que los abundantes y meticulosos fundamentos que en buena medida han sido coherentes con los estándares internacionales, se reflejen de manera fiel en sus apartados definitorios de sus fallos, primordialmente estableciendo las medidas efectivas para restablecer el derecho violado, mecanismos de reparación justas y dignas, así como mecanismos efectivos de cumplimiento de las sentencias para todos los responsables del derecho violado.
4. A las organizaciones de la sociedad civil que acompañan de diversas maneras los procesos de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, a través del litigio de casos, seguir aglutinando de manera armoniosa, estrategias y acciones de mediano y largo plazo, que permitan ir consolidando de manera progresiva los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el derecho

participación, acceso a la justicia y consulta previa, y exigir las reformas integrales necesarias en las distintas esferas del Estado, administrativas, legislativas y judiciales, para armonizar los estándares internacionales a las prácticas, políticas y decisiones de Estado.

5. A las organizaciones de la sociedad civil que acompañan de manera directa el litigio de casos en materia de derechos de pueblos indígenas y en especial en materia de consulta previa, diseñar estudios y estrategias de casos para seguir fortaleciendo sus recursos y capacidades en la presentación, seguimiento y litigio en los distintos tribunales, cortes del país, órganos y sistemas de protección de los derechos humanos a nivel universal y regional, de tal forma que el incremento de sus capacidades se vea reflejado en el fortalecimiento y consolidación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas de Guatemala.

V. Bibliografía

a) Leyes y acuerdos

1. Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.
2. Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. México. D. F. 1995.
3. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.
4. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. 1967.
5. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos. 1969.
6. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. 1989.

7. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 2007.
8. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86. Asamblea Nacional Constituyente.
9. Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto 11-2002 del Congreso de la República.
10. Ley General de Descentralización, Decreto 14-2002 del Congreso de la República.
11. Ley General de Electricidad, Decreto 93-96 del Congreso de la República.
12. Ley de Hidrocarburos, Decreto 109-97 del Congreso de la República.
13. Ley de Forestal, Decreto 101-96 del Congreso de la República.
14. Código Municipal, Decreto 12-97 del Congreso de la República.
15. Ley de Minería, Decreto 48-97 del Congreso de la República.

b) Informes y obras

1. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya. Consejo de Derechos

Humanos de las Naciones Unidas. Doc. ONU A/HRC/12/34. 2009.

2. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. 2011.
3. Taller sobre metodología de consentimiento previo e informado. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. 2005.
4. Observación Individual sobre el Convenio 169, Colombia, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. 2004.
5. Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT. 2007.
6. Folleto Informativo No. 9 de la Rev. 2 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Los pueblos indígenas y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2013.
7. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010.

8. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 54, de 2009.
9. Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, de 2000.
10. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Universidad de los Andes. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Colombia. 2011.
11. Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Informe temático. Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos. 2006.
12. Derecho a la consulta y el consentimiento libre e informado en América Latina. Avances y desafíos en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Fundación del Debido Proceso Legal, DPLF. Washington D.C. 2015.
13. Manual. Entre las buenas y malas prácticas en la Consulta Previa. –Caso América Latina– Konrad Adenauer Stiftung. 2015.
14. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. Due Process Of Law Fundation. DPLF. Washington, D.C. 2003.

15. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process Of Law Fundation, Oxfam. DPLF. 2011.
16. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala. Guatemala, 2015.
17. Democracia y Garantismo, Luigi Ferrajoli, 2008.
18. Derecho y Razón, Luigi Ferrajoli. Teoría del Garantismo Penal. 2004.
19. Teoría General del Derecho, Norberto Bobbio.
20. El amparo fallido. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. 2004.



Asociación de Abogados y Notarios
Mayas de Guatemala

NIM AJPU

11 Calle 10-56, zona 1, Edificio Santo Domingo, 5to Nivel, Oficina 501

Tel: 2230-3295

www.nimajpu.org

comunicacion@nimajpu.org

asociaciondeabogadosmayas@gmail.com