

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 15 DEL CONVENIO 169 DE LA
OIT, RELACIONADO A LAS CONSULTAS A PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES
EN LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES**

ADRIANA ELIZABETH DOMINGO CABRERA

GUATEMALA, JULIO 2014

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 15 DEL CONVENIO 169 DE LA
OIT, RELACIONADO A LAS CONSULTAS A PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES
EN LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Por

ADRIANA ELIZABETH DOMINGO CABRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio 2014

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Jorge Leonel Franco Moran
Vocal: Lic. Gerardo Prado
Secretario: Lic. Armando Dagoberto Palacios Urizar

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal: Lic. Vilma Karina Rodas Recinos
Secretario: Lic. Marvin Vinicio Hernández Hernández

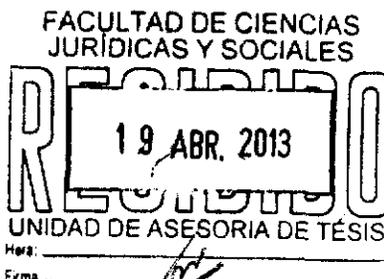
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. Guillermo Maldonado Castellanos
Abogado y Notario
11 Calle 8-14, zona 1 Tel. 2328038

Guatemala, 18 de abril de 2013

Doctor
Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Mejía Orellana:

De conformidad con la resolución de fecha catorce de mayo de dos mil doce, en la cual se me designó ASESORAR el trabajo de tesis de la estudiante: **ADRIANA ELIZABETH DOMINGO CABRERA**, carné 200716841, que luego de mi asesoramiento encomendado se titula: **"La autoejecutividad de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, relacionado a las consultas de pueblos indígenas y tribales en la explotación de recursos naturales"**; por lo que me es grato manifestarle que:

Considero que el trabajo presentado reúne los requisitos establecidos, por lo que manifiesto que la estudiante **ADRIANA DOMINGO** completó su investigación, tras las correcciones que realicé. El trabajo elaborado merece la siguiente opinión:

a) El documento establece un desarrollo científico y técnico donde determina las características de una norma autoejecutable y las formas en que éstas se aplican en el país, realizando un análisis específico de las normas objeto del estudio y su implementación dentro del sistema de derecho guatemalteco.

b) Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: histórico, con el cual se conocieron los antecedentes del tema, desarrollo y conexiones históricas del problema en distintos momentos de la historia; dialéctico, con el cual se estudiaron los fenómenos en distintas épocas de la sociedad guatemalteca; analógico, con el cual se realizaron comparaciones entre distintos ordenamientos jurídicos y el desenvolvimiento del fenómeno en distintas sociedades con *similares problemas*; analítico, para la desintegración del problema en sus partes para la identificación de la esencia del problema, inductivo, para la identificación de los elementos primarios y secundarios del fenómeno y simultáneamente el deductivo para la identificación de las leyes y principios generales que guían los elementos esenciales del fenómeno. Las técnicas empleadas fueron la bibliográfica, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada de autores sobre el tema y de campo a través de las entrevistas con las cuales se consultó a expertos en el tema.

c) La redacción utilizada para el desarrollo del trabajo de tesis es clara al explicar la problemática de la carencia de un cuerpo normativo que haga ejecutable el convenio 169 de la OIT dentro del derecho interno.



Lic. Guillermo Maldonado Castellanos
Abogado y Notario
11 Calle 8-14, zona 1 Tel. 2328038

d) Estimo que la contribución científica aporta nuevos elementos a la doctrina de esta materia, además cuenta con la adecuada validez, debido a que la sustentante enfoca con propiedad durante todo el desarrollo de la investigación criterios objetivos, certeros y actuales relacionados con el tema.

e) En las conclusiones, la autora se refiere a la carencia de una norma que contenga procedimientos específicos y claros para realizar el proceso de consulta con las poblaciones indígenas y las consecuencias que ello ha traído; en lo relativo a las recomendaciones, la autora hace un importante aporte al sugerir la creación de una norma que haga efectivo el derecho, debiéndose incluir en tal cuerpo normativo elementos claros y precisos, y comparto la opinión que dicho cuerpo debe ser redactado en conjunto con los mismos pueblos indígenas.

f) La bibliografía empleada tiene relación directa con el tema y las citas bibliográficas incluidas.

g) Es conveniente cambiar el título del trabajo investigativo de "La autoejecutividad de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, relacionado a las consultas a pueblos indígenas y tribales en la realización de megaproyectos hidrocarburíferos" a "La autoejecutividad de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, relacionado a las consultas a pueblos indígenas y tribales en la explotación de recursos naturales"; esto, debido a que la investigación se basa en el estudio de la implementación y autoejecutividad de las normas mencionadas en el marco general de la explotación de recursos naturales y no solamente a la realización de megaproyectos, siendo estos una manera de explotación de tales recursos.

Por lo anteriormente señalado, la tesis reúne efectivamente los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe el trámite correspondiente, previo a que la autora opte al grado académico en Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Guillermo Maldonado Castellanos
Asesor de tesis
Colegiado No. 5948

Lic. Guillermo Maldonado Castellanos
ABOGADO Y NOTARIO



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ADRIANA ELIZABETH DOMINGO CABRERA, titulado LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 15 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT, RELACIONADO A LAS CONSULTAS A PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/silh.

Lic. Avidio Ortiz Orellana
DECANO



Horario



DEDICATORIA

- A DIOS: Por ser el dador de vida, la fe, la esperanza y sabiduría.
- A MI MADRE: Patricia Cabrera, por ser pilar en mi vida; por su apoyo económico, moral e incondicional y toda la experiencia que como mujer y madre me ha transmitido.
- A MI PADRE: Mario Domingo, por toda su ayuda, disposición, tiempo, consejos y sabiduría compartida para la elaboración de este proyecto y mi superación personal.
- A MIS HERMANOS: Daniel Domingo y Mariano Domingo, por instarme a continuar mi superación.
- A MIS ABUELITOS: Por ser ejemplo de esfuerzo y constancia.
- A ALEXANDER RODRÍGUEZ: Por su incondicional amistad y ser mi compañero de experiencias estudiantiles, por el apoyo que me hizo más fácil el camino.
- A LOS LICENCIADOS: Hugo Martínez, Magdalena Cruz, Guillermo Maldonado, Percy Méndez, José Díaz, por su entera y desinteresada disposición y apoyo.
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES: Por formarme como la profesional que hoy soy.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS: Por permitirme formar parte de tan histórica y digna casa de estudios.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La autoejecutabilidad de las normas.....	1
1.1. Normas Programáticas.....	5
1.2. Pueblos indígenas.....	7
1.2.1. Los Pueblos Indígenas y el derecho de consulta.....	10
1.2.2. El derecho de consulta y las actividades extractivas.....	16
1.2.2. El derecho de consulta y la autoejecutividad en Guatemala.....	19
1.3. Los proyectos extractivos.....	22

CAPÍTULO II

2. Historia del derecho Internacional en el derecho interno de los Estados.....	27
2.1. Fuentes del derecho internacional.....	29
2.1.1. La costumbre.....	29
2.1.2. Los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos.....	30
2.1.4. Los tratados.....	34
2.1.5. Otros instrumentos internacionales relacionados a pueblos indígenas.....	37
2.2. La adopción del Convenio 169 de la OIT.....	38
2.2.1. Antecedentes.....	38
2.2.2. El Convenio 169 como instrumento de derechos humanos.....	41
2.3. Proceso de adopción de un tratado en Guatemala.....	45
2.4. La jerarquía de las normas desde el punto de vista kelseniano.....	48
2.4.1. Normas constitucionales.....	49



2.4.2. Normas ordinarias.....	49
2.4.3 Normas reglamentarias.....	50
2.4.4. Normas individuales.....	52
2.5. Procedimientos de aplicación del Convenio 169 utilizados en otros Estados.....	52

CAPÍTULO III

3. El derecho de consulta como espíritu del Convenio 169.....	57
3.1. El derecho objetivo y subjetivo.....	57
3.2. La finalidad del derecho de consulta de pueblos indígenas.....	59
3.3. El derecho a la autodeterminación de los Pueblos Indígenas.....	63
3.4. La autodeterminación y la consulta.....	70
3.5. Mecanismos de implementación del derecho de consulta utilizados en distintos Estados.....	71

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de solución al contenido de los Artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, para la legislación guatemalteca.....	97
4.1. Promulgación de un cuerpo legal ordinario.....	97

CONCLUSIONES	109
RECOMENDACIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	113



INTRODUCCIÓN

Tomando en cuenta que la autoejecutabilidad de las normas se cumple en todos sus parámetros cuando son claras, precisas y no ambiguas u oscuras y que los Artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT carecen de dichos elementos, es necesario realizar el análisis pertinente de las vías de aplicación de los artículos mencionados en relación con la consulta a pueblos indígenas y tribales cuando afecten sus intereses, ya sea que las decisiones legislativas y/o administrativas se lleven en sus tierras o no.

Los Artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, buscan actuar como freno a las arbitrariedades contra los sujetos de derecho de la consulta, promoviendo de esa forma el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, pero sobre todo su autodeterminación.

Por ello, en este informe se plantea la hipótesis, no autoejecutabilidad de los Artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, debido a que carecen de precisión y especificidad en cuanto a cómo debe hacerse efectivo el derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala, los responsables, los alcances y consecuencias.

El objetivo de esta investigación se basó en la comprobación del establecimiento de la autoejecutabilidad del Convenio 169 de la OIT en el ámbito socio-jurídico interno, en relación a la consulta a pueblos indígenas en Guatemala, a través del conocimiento de las formas de ejercicio del derecho de consulta, adoptadas por los pueblos indígenas que hasta la fecha han defendido el mismo, quiénes han sido los responsables, qué legislación se ha aplicado hasta ahora y cuál ha sido el resultado de estas prácticas.

Derivado de ello, este estudio ha identificado que la legislación interna no ha sido suficiente para una efectiva aplicación del Convenio 169 de la OIT y la defensa del derecho de consulta a pueblos indígenas, provocando distintas aplicaciones e interpretaciones al mismo, sin unificación de criterios.

La realización de este estudio inicia en el primer capítulo, con el entendimiento de conceptos básicos y generales que es necesario aclarar previo a la proposición o implementación de cualquier medida tendiente a afectar a los pueblos indígenas, así como el por qué es necesaria la creación de una norma específica dirigida a regular el derecho de consulta previa; en el segundo capítulo, se hace una descripción de las diversas teorías de aplicación de dichos tratados y los elementos necesarios para que éstos sean autoejecutables; el tercer capítulo toma los elementos positivos de las acciones de los Estados que se han aventurado a normar la aplicación del derecho de consulta; el cuarto y último capítulo propone una solución a tal problema a través de la creación de un cuerpo normativo que cuente con las líneas base para hacer autoejecutables y por ende efectivos, los Artículos 6 y 15 del Convenio 169.

Para el desarrollo de esta investigación se emplearon como base los métodos científico histórico, dialéctico, analógico, analítico-sintético e inductivo-deductivo. Las técnicas empleadas fueron: fichaje, resúmenes, análisis, entrevistas, cuestionarios.

En el contexto político, cultural, social y jurídico actual es necesario y urgente reconocer los derechos de los pueblos indígenas e implementar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los instrumentos internacionales que Guatemala ha reconocido, por ello, el presente documento aporta propuestas de acción para el respeto y promoción a dichos pueblos.

CAPÍTULO I

El derecho de consulta a pueblos indígenas es un tema del cual han surgido controversias sobre su aplicación, sobre todo en países donde no se cuenta con una ley específica, reglamento o protocolo, donde se dicten las directrices a utilizar para una eficaz aplicación, defensa y respeto de tal derecho. Este es el caso de Guatemala, lo que exige una profundización en el derecho que asiste para develar la necesidad de un problema que se ha aplazado por intereses que se contraponen a los de la mayoría, es decir, de la población indígena.

El comprender de dónde surge el derecho de Consulta y la legislación que lo regula, es esencial para un análisis integral del mismo y de la situación de reconocimiento y participación de los pueblos indígenas. En este caso, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-. Se comenzará por entender la naturaleza de la autoejecutabilidad de las normas.

1. La autoejecutabilidad de las normas

La autoejecutabilidad es una característica de la norma o cuerpo normativo en relación a su aplicación y operatividad inmediata dentro de un sistema legal ya sea interno de un Estado o bien Internacional.

El estudio de las normas autoejecutables ha sido tratado por diversos autores, sobre todo en materia de derecho internacional. Para el efecto del presente estudio, la aplicación directa e inmediata de las normas, responde básicamente a dos aspectos esenciales: 1) El espíritu del convenio, en cuanto a la voluntad y compromiso de las partes en cumplir lo convenido, y 2) La especificidad de la norma. Estas posiciones se explican a continuación:

Según Humberto Nogueira, una norma es autoejecutable "(...) cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del estado la aplicación de esa norma en su favor."¹

Por su parte, Santiago Benadava aduce que hay que referirse al contenido mismo de la norma, de manera que serán autoejecutables aquellas cláusulas que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente por los tribunales en los casos que se les presenten.²

Eduardo Jiménez de Aréchega, jurista uruguayo, exige dos características para la autoejecutividad de la norma: por una parte, que debe ser una norma de la cual se pueda derivar directamente un derecho o una pretensión, en favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla, en su caso, y que comparece ante el juez o el administrador, solicitando esa aplicación. Pero además, la regla debe ser lo suficientemente específica, como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su

¹Nogueira A. Humberto. **Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno**. Pág. 37

²Benadava Santiago. **Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos**. Pág. 42.

ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.³

Por su parte, el autor Von Potobsky señala tres criterios para determinar el carácter autoejecutivo de las normas contenidas en un tratado: "1) la intención de las partes; 2) la precisión y los detalles de los términos utilizados; 3) y la relación del tema con las facultades de la rama judicial, más que de las ramas legislativa o ejecutiva".⁴

Se es de opinión, que el mejor criterio es el de Jiménez de Aréchega, puesto que extrae características de la norma que conminan a una aplicación inmediata y directa, tales como la precisión y especificidad, por cuanto el derecho reclamado pueda, en efecto, ser exigido, sin necesidad de medidas previas ni mayor trámite.

En relación a la autoejecutabilidad de las normas internacionales en el derecho interno, se remonta a lo que parece ser el inicio de este criterio: el derecho estadounidense. En una sentencia emitida por el juez Marshall en 1828, en la cual interpretaba la Constitución, se refirió a que "...los jueces deben considerar un tratado como equivalente a un acto legislativo, siempre que opere por sí mismo sin necesidad de una disposición legislativa".⁵ Un posterior antecedente fue cuando la Corte Suprema de EE.UU., conociendo del asunto Foster v. Nielson (1829), sostuvo en su sentencia que,

³ Jiménez de Aréchega, Eduardo, **Revista del instituto interamericano de derechos humanos**, No. 7, Pág. 27

⁴ http://training.itcilo.org/ils/ils_judges/training_materials/spanish/VonPotobsky.pdf. **Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional**. (Guatemala, 8 de agosto de 2012).

⁵ Citado por Federico Thomas, **La aplicación de las normas del Derecho del trabajo internacional en el derecho interno**, pág. 187

“...cuando los términos de una estipulación importan un contrato, cuando cualquiera de las partes se obliga a ejecutar un acto particular, el tratado se dirige al órgano político, no al judicial, y la legislatura debe ejecutar el tratado antes de que éste pueda devenir en una regla para las cortes.”⁶

Ambos pronunciamientos indican la necesidad de desarrollar, a través de un acto posterior a su aprobación, las normas dispuestas en los tratados, en caso de que estas carezcan de suficiente especificidad, con el fin de que el órgano judicial pueda hacer uso de ellas inmediatamente.

Se insiste pues, en los elementos que le otorgan el carácter autoejecutable a una norma: la precisión y la especificidad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la precisión es: “1. *la determinación, exactitud, puntualidad, concisión*. 2. *Concisión y exactitud rigurosa en el lenguaje, estilo.*”⁷

Es decir, la precisión en una norma es la característica que permitirá establecer el alcance, sujetos, el contenido y límite de lo establecido por ella así como el órgano encargado de solucionar los conflictos dados por la inobservancia de ella. La ausencia de precisión en una norma conduce, a su vez, a la falta de certeza sobre el derecho que se debe aplicar, creando conflictos jurídicos tales como lagunas, contradicciones entre

⁶http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2004/comejo_f/html/index-frames.html. **Normas autoejecutables.** (Guatemala, 8 de Agosto de 2012)

⁷ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.



normas, problemas sintácticos o semánticos en la formulación lingüística de las normas jurídicas.

No saber, con exactitud, de qué se habla jurídicamente o a qué se refiere una norma, es causa a su vez de un status jurídico impredecible, entendiéndose como la situación inestable en que se encuentra un sujeto de derecho al no poder predecir qué sucederá si ese status jurídico es cuestionado, dejando al órgano judicial la responsabilidad de aplicar el derecho, según criterio propio basado en normas generales que pueden no prever la situación específica.

Por su parte, la especificidad de la norma considera un principio de aplicación por el cual, en un determinado caso, se hace uso de la misma en relación directa al caso concreto que se observa, sin cortapisas ni alambicados jurídicos. Esto es conocido, también, como el principio de especialidad, que no es sino aquel por el cual una norma especial prima sobre la norma general, y por la cual se sientan los lineamientos concretos para la ejecución de la misma.

1.1. Normas programáticas

En contraposición a las normas autoejecutables existen las llamadas normas programáticas, o no autoejecutables, caracterizándose por carecer de elementos que les hagan de aplicación inmediata, debiéndose proceder previamente a la creación de procedimientos que les hagan operativas.

Sin embargo, existen distintos grados de programaticidad que dependen del grado de precisión o condicionamientos establecidos para su aplicación. Así pues, algunas normas exigirán condiciones fácticas para poder ser observadas y aplicadas; otras se dirigen específicamente a un órgano como responsable de desarrollarla, como por ejemplo al legislador, indicando la orden de crear normas para hacer efectiva la norma de origen, además de precisar sobre su alcance y efectos.

La inherencia de los derechos humanos, refiere a que “todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse ilícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra”.⁸ Tomando en cuenta que la inherencia es una característica de los derechos humanos, se presume que las normas que contienen estos derechos son, por sí, operativas, condición tal que exige que dichas normas deban ser aplicables obligadamente por los Estados.

La Comisión de expertos de la OIT, se ha pronunciado respecto a la programaticidad o autoejecutabilidad de las normas contenidas por los convenios emanados de ese órgano, indicando que los mismos se dirigen a los Estados que los ratifican a fin de obligarlos a reglamentar una cuestión en sentido determinado.⁹

⁸http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/ddhh01_0.pdf. (Guatemala, 06 de abril de 2013).

⁹ Von Potobsky, **Ob Cit.**

El caso del Convenio 169 de la OIT se ha asumido como un instrumento de derechos humanos, por contener, en esencia, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, es decir, el convenio asumido por el Estado es de cumplimiento obligado, lo que implica la obligación del Estado a crear mecanismos de aplicación de las normas que contengan, tal este caso, el derecho a la consulta a pueblos indígenas.

1.2. Pueblos indígenas

No existe una definición específica, a nivel internacional, que señale directamente qué son los pueblos indígenas. En el mundo existen alrededor de 5,000 pueblos indígenas y tribales¹⁰, los cuales poseen distintas características; por ello el Convenio 169 de la OIT aporta ciertos criterios con los cuales los pueden identificar a los pueblos indígenas: a) Continuidad histórica, es decir que son sociedades anteriores a la conquista o la colonización; b) Conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región); c) Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias).¹¹

Para los pueblos tribales también existen ciertos elementos que les identifican, tales como: a) Condiciones económicas, culturales, organización social y forma de vida que los distinguen de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo en la forma

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo. **Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica.** Pág. 9

¹¹ Ibid.



de ganarse el sustento, el idioma, etc.; b) Tener tradiciones y costumbres y, c) Un reconocimiento legal especial.¹²

En Guatemala, los pueblos indígenas son reconocidos, en primer lugar, por la Constitución Política de la República, la cual, en el Artículo 66, regula: "Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos." Además, obliga al Estado a proteger sus derechos, instituciones y tierra que históricamente les reconocen, tal y como lo establece el Artículo 67; por cuanto el accionar del Estado en cumplimiento del Convenio 169 de la OIT debiera estar orientado a respetar y promover tales aspectos de manera directa y complementándose con los instrumentos internacionales que regulen disposiciones comunes o más favorables para la población indígena.

El acuerdo sobre Identidad y Derechos de los pueblos indígenas, reconoce a la población maya y xinca como originarios desde antes de la colonia y al pueblo Garífuna le otorga reconocimiento histórico, pues surgió a causa de las migraciones obligatorias durante la época de la colonia.¹³ Por medio de este Acuerdo, el Estado les reconoce a estos pueblos sus derechos económicos sociales y culturales y sus formas de organización política y participación (haciendo uso de sus propias instituciones),

¹² Ibidem

¹³ <http://www.inembousa.com/historial/pueblo-garifuna/index.html>. (Guatemala, 06 de abril de 2013).



comprometiéndose a ejercer las acciones necesarias para hacer valer sus derechos y proteger y respetar sus formas de vida.

En la normativa internacional, existen distintos instrumentos que reconocen a los Pueblos Indígenas y promueven el respeto hacia ellas, entre ellas, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y tribales en Estados independientes y la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. El primero promueve la participación de los Pueblos Indígenas y tribales en la toma de decisiones dentro de las medidas administrativas, legislativas o judiciales que hayan de realizar los Estados y que sean susceptibles de afectarles. El segundo instrumento también reconoce y promueve el respeto por los derechos de los Pueblos Indígenas a poseer sus propias instituciones y, sobre todo, el derecho a su autodeterminación, además de reafirmar el derecho que tienen sobre sus tierras y territorios.

Los instrumentos de protección a Pueblos Indígenas surgen de la observancia de explotación, irrespeto e intolerancia que históricamente, desde la época de la conquista, se ha suscitado en contra de estos pueblos, y marcan a su vez un límite para los Estados parte en cuanto al accionar indiscriminado y anti democrático en su contra, especialmente sobre el uso y utilización de las tierras que les corresponden, por ser ésta no solo parte fundamental de su cosmovisión, sino el recurso principal del cual obtienen su sustento.

1.2.1. Los pueblos indígenas y el derecho de consulta

Existen varios órganos encargados de velar por el cumplimiento de los derechos humanos en los Estados, que se han pronunciado respecto al derecho de consulta, derivado de las grandes y graves violaciones observadas en contra de los pueblos indígenas y sus territorios se han emitido una serie de pronunciamientos sobre sus derechos en particular, sin embargo, el instrumento más utilizado es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Dicho convenio toma en cuenta los derechos culturales y ecológicos de los pueblos indígenas y tribales, el cual comprende integralmente los derechos de estos pueblos, garantizando la propiedad de sus tierras, obligando a la indemnización y compensación por las explotaciones mineras, hidrocarburíferas, madereras, hidroeléctricas, entre otras llevadas a cabo, por lo general, por empresas trasnacionales, todo esto a través del llamado "espíritu del convenio", es decir, del derecho de consulta.

La OIT define a la consulta y la participación como dos principios sobre los cuales versan las disposiciones expuestas en dicho convenio, por el cual se exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan y que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que de una u otra forma repercute en su forma de vida.

Dichos principios no se dirigen solamente a proyectos de desarrollo específicos, sino a cuestiones más amplias de gobernanza y de participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública.

Según Magdalena Gómez, la consulta consiste en "...recabar la opinión, el asesoramiento y la asistencia de los pueblos indígenas y tribales, quienes resultan directamente afectados por las medidas legislativas, administrativas o por los programas que adopten los Estados Miembros de la OIT".¹⁴ Esta definición apunta a ver el derecho de consulta como un mecanismo de participación por el cual se busca el consenso de la población afectada; sin embargo hay quienes ven este derecho como la potestad de los pueblos en decidir sobre las acciones a tomar sobre las acciones judiciales, administrativas o legislativas que sean propuestas, tal es la posición de Gloria Amparo Rodríguez, quien define la consulta como "...el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas de poder decidir sobre medidas judiciales o administrativas, o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera, proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación."¹⁵

Gloria Amparo agrega un elemento al derecho de consulta, siendo el carácter de *previo*, el cual incluye en su definición indicando que "...es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas de poder decidir sobre medidas judiciales o administrativas, o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades

¹⁴Gómez, Magdalena. **Derechos indígenas, lectura comentada del convenio 169 de la organización internacional del trabajo.** Pág. 62

¹⁵Amparo Rodríguez, Gloria, **Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia,** Pág. 114

dentro de sus territorios, buscando de esta manera, proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación”.¹⁶

El derecho de consulta es integrado por otros elementos esenciales tales como el consentimiento previo, libre e informado llevado de buena fe. Sin elementos que sustenten la consulta, esta sería una simple herramienta. En ese sentido, la buena fe de la consulta significa según Gloria Rodríguez, “...que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, el cual se genera a partir de la información dada a las comunidades en forma previa e integral (transparente y completa)”.¹⁷

El carácter libre de la consulta refiere a que la consulta incluye prestar atención a las opiniones de los pueblos sobre las situaciones a las que estén susceptibles a ser afectados, pudiendo ser éstas: reformas legales, implementación de proyectos extractivos y de aprovechamiento de recursos naturales y/o cualquier otro proyecto de desarrollo. Sin embargo, el verdadero punto de partida de este es la participación de los pueblos, pues es a través de esta que se toma en cuenta la opinión de los sujetos de derecho, pudiendo influir sobre el desempeño del derecho que les corresponde.

No se debe confundir el derecho de consulta con la consulta popular, pues si bien éste es un mecanismo de participación ciudadana por el cual se toma en cuenta la opinión

¹⁶ **Ibid.**

¹⁷ **Ibidem.**

de la población para decidir sobre asuntos de trascendencia nacional,¹⁸ no es un término que aluda específicamente al derecho de consulta de los pueblos indígenas.

En Guatemala, la consulta popular, como tal, está a cargo del Tribunal Supremo Electoral, según lo preceptúa el Artículo 196¹⁹, Decreto 1-85 del Congreso de la República, con el fin de regular el sufragio de los ciudadanos que participarán, el cual, por lo general, se entiende como el voto directo sobre una decisión de importancia para el Estado.

La consulta a pueblos indígenas, en especial cuando se trata de implementación de proyectos mineros, es un proceso libre e informado que es llevado antes, durante y después de la implementación del mismo, solamente con las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas, ya sea para llegar a acuerdos sobre la manera de implementar los proyectos o sobre las medidas de resarcir a los afectados por los daños a los que estén vulnerables.

Por otro lado la consulta, como derecho de los pueblos indígenas, no debe confundirse con el veto, ya que el mismo es la potestad o el derecho que tiene exclusivamente el presidente de la República de Guatemala de aprobar o improbar una ley que, según su criterio y el acuerdo de su Consejo de Ministros, no es conveniente para el país que

¹⁸ Cárdenas López, Jorge Humberto. **Derecho electoral.** Pág. 128

dirige,²⁰ no así el derecho de consulta a pueblos indígenas, ya que éste, mientras no exista una disposición legal que así lo establezca, no es vinculante.

Del latín *vetare* de vedar significa prohibir por ley, estatuto o mandato²¹ por lo que, al no ser vinculante, la consulta como derecho no puede constituir un derecho a veto, en primer lugar, porque no es un derecho reconocido ni en la Constitución ni en otro cuerpo legal, sino un derecho reconocido en forma exclusiva para el presidente de la República; y en segundo lugar, porque la consulta constituye un proceso que busca el acuerdo de las partes, y constituye la mejor y democrática opción para desarrollar proyectos de exploración o explotación de los recursos naturales en las tierras donde habitan los pueblos indígenas, por lo tanto, constituye un proceso de negociación y no una decisión definitiva que puedan determinar las acciones estatales dirigidas a la realización de proyectos mineros.

Tanto en la consulta popular como en el veto, las acciones tienden a dirigir las decisiones públicas sobre una decisión directa dentro del ámbito legislativo. En el caso de la consulta popular, el objeto es promover la democracia a través de la participación de la población, es decir, del sujeto sobre quien recaerán las consecuencias de tal o cual decisión.

El derecho de participación es generalmente aplicado al ejercicio ciudadano en la toma de decisiones e incidencia política dentro de una sociedad democrática. En el

²⁰ Roberto Alejos Cámbar. **Como Presentar Proyectos de Ley**. Pág. 65.

²¹ Diccionario de la Real Academia Española.

caso de Guatemala, este ejercicio se encuentra determinado en el Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y se considera como la “intervención” de los particulares en las actividades públicas de trascendencia a los intereses sociales.

La importancia de la participación en el derecho de consulta ha sido tratado reiteradas veces por la mayoría de Estados Americanos, los cuales la han considerado como un derecho de cuyo ejercicio depende la vigencia de otros derechos colectivos;²² así la Corte de Constitucionalidad Colombiana estableció, al respecto, que “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, (...) sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.²³

²² Comisión de Pueblos Indígenas. **Iniciativa de Ley de Consulta a Pueblos Indígenas**. Pág. 2

²³ Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia SU-039/97**.

En un Estado democrático como Guatemala, la participación ciudadana es el motor de la aplicación directa de las decisiones públicas, involucrando así el elemento de exigibilidad por el cual los gobernantes se ven obligados a cumplir una norma.

Pero el derecho de consulta va más allá de una simple composición entre pueblos indígenas y Estados: para los pueblos indígenas, incidir en la administración de los territorios donde habitan, no es solamente defender la tierra que les provee. El sentido de la tierra y los recursos naturales va más allá del propio sustento, es defender a la madre tierra, como una obligación de proteger no solo lo que hoy da, sino a todo lo que proveerá mañana.

1.2.2. El derecho de consulta y las actividades extractivas

Desde la adopción del Convenio 169 de la OIT por las Naciones Unidas, el tema de la consulta de buena fe "...significa que los pueblos indígenas reciban la información relevante y completa, de tal forma que pueda ser entendida por ellos. Además debe ser llevada a cabo con la reconocida y legítima autoridad de los pueblos que también decide en otros asuntos de la vida comunal. El Estado tiene la obligación de identificar previamente a esta autoridad."²⁴, cobra esencial importancia por ser el espíritu del instrumento que reconoce la importancia de la participación de los pueblos indígenas cuando el Estado se encuentre dispuesto a implementar medidas administrativas,

²⁴Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para Los Derechos Humanos. **Los derechos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT, guía para la aplicación judicial.** Pág. 59

legislativas y/o judiciales que vayan a afectarles directamente o que hagan que su vigencia gane positividad.

El Artículo 15 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT indica que: "...en los casos en que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derecho 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 recursos naturales".

En el sistema guatemalteco se establece que la propiedad de la tierra no otorga, por sí, ningún derecho a los particulares o comunidades sobre los recursos del subsuelo, sino que éstos pertenecen al Estado. Por ello el Estado de Guatemala está obligado a consultar a los pueblos, previo a emprender cualquier medida sensible de afectar a los pueblos indígenas, no obstante los recursos naturales y el subsuelo le pertenezcan.

Sin embargo de lo expuesto en el Artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT puede interpretarse que "...la propiedad de los bienes que serán objeto de explotación o explotación no es relevante para efectos de realización de una consulta a pueblos indígenas, ni condiciona su contenido ni sus efectos".²⁵

²⁵ Comisión de pueblos indígenas. **Iniciativa de Ley de Consulta a Pueblos Indígenas**. Pág. 3.

Este artículo fue implementado con el objeto de proteger a los pueblos Indígenas en las situaciones en que los recursos objeto del proyecto involucren bienes del Estado, con miras a consultar a los pueblos interesados antes de emprender cualquier programa de prospección y explotación de recursos. Lo que en realidad resulta relevante es determinar si la actividad a efectuarse con los recursos, atenta contra la integridad, sobrevivencia física, material o espiritual o el desarrollo de los pueblos indígenas perjudicaría a los pueblos indígenas y en qué medida.²⁶

Así, el Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT se refiere al derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, obligando a los gobiernos a crear o mantener los procedimientos, con el fin de consultar a los pueblos interesados y establecer en qué medida serán afectados, todo ello previo a autorizar e iniciar cualquier proyecto de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras.

En ese orden de ideas, el derecho de consulta regulado en el Convenio 169 de la OIT, respecto a los proyectos de extracción minera, puede considerarse como obligatorio e inmediato, debido a que no importa la propiedad de los recursos o bienes sino se toma como base los efectos que estos puedan causar a los pueblos indígenas.

²⁶Ibíd., pág. 8.



1.2.3. El derecho de consulta y la autoejecutabilidad en Guatemala

Partiendo del punto de vista de que la autoejecutabilidad de una norma se da cuando contiene elementos claros que definen su proceder, sin necesidad de acciones legislativas o administrativas previas, pudiendo ser judicialmente aplicables con inmediatez, nos encontramos con el derecho de consulta, tal y como es reconocido en el Convenio 169 de la OIT y regulado dentro del derecho interno.

El Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT refiere, "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; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 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."



Dicha norma es, entonces, programática, toda vez que toca aspectos que son llamados a desarrollarse dentro del ordenamiento interno, tales como la definición de sus instituciones representativas, establecimiento de medios a través de los cuales los pueblos indígenas puedan participar, establecimiento de recursos para llevar a cabo acciones dirigidas a hacer efectivo el derecho de consulta, sus efectos, la vinculación, etc.

Asimismo, el Artículo 15 del mismo convenio expresa "1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o 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."

Esta norma también insta a regular sobre los procedimientos a realizar en pro de hacer efectivo el derecho de consulta, debiendo instaurar indicadores que permitan determinar la afectación o daño que puede producirse a la cultura del pueblo indígena.



En ese sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia indicando: "...se advierte que es incuestionable el derecho de los pueblos interesados a ser consultados; sin embargo, esta Corte aprecia que dichos artículos carecen de precisión en cuanto al 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 cuando 'prevean' que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa"²⁷

En observancia de dichos vacíos procedimentales, el Estado de Guatemala, ha emitido ciertas disposiciones tendientes a complementar dichas normas; así pues, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto 11-2002 del Congreso de la República, en los Artículos 6, 8, 10, 12, y 14 establece las funciones que tienen todos y cada uno de ellos en cuanto a promover y facilitar la organización y participación efectiva de la población y de sus organizaciones en la priorización de necesidades, problemas, sus soluciones para el desarrollo integral, nacional, regional, departamental, municipal y comunitario. El Artículo 26 de esta misma Ley constituye un interesante precepto que reconoce la implementación de un cuerpo legal especializado para la reglamentación del derecho de consulta, e indica que, provisoriamente, cuando deba consultarse a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que les afecten directamente, sus representantes podrán ser los líderes o delegados de los Consejos de Desarrollo, quienes a su vez son electos por la población.

²⁷Corte de Constitucionalidad. **Inconstitucionalidad General Total, expediente 1179-2005.**

Asimismo, la representatividad de los pueblo está reconocida, en los Artículos 20, 55, 56, 57, 58, y 59 del Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República, los cuales se refieren a las Comunidades de los pueblos indígenas, Alcaldías Indígenas, Comunitarias y Auxiliares, desarrollando la norma contenida en el Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y que se refiere a la toma de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos que, a su vez, plantea el Convenio 169 de la OIT.

El derecho de consulta, como perteneciente a una colectividad, es de aplicación inmediata por cuanto es de interés social; sin embargo, la carencia de un protocolo de actuación, que señale a los responsables directos de realizar, acompañar y dar seguimiento al proceso, hace que la aplicación directa de este derecho se vea limitada, reflejando sus efectos en resultados que muchas veces no son tomados en cuenta para la ejecución de los megaproyectos y desembocan muchas veces en asuntos litigiosos.

1.3. Los proyectos extractivos

Las actividades extractivas son aquellas que permiten obtener recursos naturales para ser utilizados como materias primas en otras actividades o para el consumo directo; es un género bastante amplio ubicado en el sector primario de la economía. Entre éstas se incluyen, la minería, las actividades forestales, la pesca y el aprovechamiento de afluentes acuíferos, entre otros.

En Guatemala los procesos extractivos se encuentran regulados, en su mayoría, por el Decreto del Congreso de la República número 48-97, Ley de Minería; sin embargo de éste se exceptúan **a) El petróleo y los carburos de hidrógeno, líquidos y gaseosos; b) Las sustancias contenidas en suspensión o disolución por aguas subterráneas siempre que no provengan de un depósito mineral distinto de los componentes de los terrenos. Éstos últimos son regulados por la Ley de Comercialización de Hidrocarburos, Decreto 109-97 del Congreso de la República.**

Sin embargo, para actividades como la deforestación, que muchas veces va de la mano con los proyectos extractivos, deben tomarse en cuenta las leyes respectivas, tales como la Ley Forestal, Decreto 101-96 del congreso de la República y el Reglamento para la Protección, Conservación, Uso y Aprovechamiento de los árboles del Ecosistema Manglar, resolución 01.25.98, del Instituto Nacional de Bosques. Esto constituye una grave limitación para la implementación de medidas de protección del medio ambiente, pues estas medidas deben encontrarse reguladas dentro de las leyes que norman las actividades que, cierta o probablemente, provoquen estos efectos.

Las actividades extractivas se implementan en mega proyectos, cuyo recurso principal es la tierra, ya sea para la extracción directa de minerales o la instalación de plantas de extracción de recursos del subsuelo, o bien la inundación de sectores en el caso de las hidroeléctricas.

El proceso señalado en la Ley de Minería para la obtención de licencias para la explotación de recursos naturales es el siguiente:

- a) Se presenta la solicitud de obtención de licencia para el reconocimiento de área que será explorada.
- b) Posterior a reconocida el área, se solicita la licencia de exploración por la cual se confiere al titular la facultad exclusiva de localizar, estudiar, analizar y evaluar los yacimientos para los cuales le haya sido otorgada.
- c) Una vez localizado el material que se desee extraer, se solicita la licencia de explotación, la cual debe establecerse dentro de los límites del área que fue explorada.

Existen ciertos mecanismos de control ambiental para cada uno de los procedimientos señalados. Para la obtención de las dos primeras licencias es preciso que se presente un estudio de mitigación, relacionado con las operaciones mineras que llevarán a cabo. Posterior a la realización de las actividades por las cuales se obtuvo la licencia, es obligación del solicitante presentar un informe que indique los minerales reconocidos o encontrados y la localización de los mismos.

La licencia de explotación minera debe sustentarse en un estudio de impacto ambiental, por el cual se determinen las consecuencias de la actividad minera a realizar, pero también, las medidas que se tomarán posteriores a esta, para volver al estado normal el área afectada. Además, el titular del derecho minero concedido debe compensar la



totalidad de los daños y perjuicios provocados a terceras personas, en la realización de las operaciones mineras.

Las actividades extractivas se realizan, por lo general, en territorios indígenas. Siendo, en el caso de Guatemala, un país con mayoría de población indígena, dichos proyectos son causa de conflictos sociales, no solo porque se ocupan sus tierras y no hay negociaciones previas, sino porque, además, no existe una certeza jurídica para la regularización de tierras.

El impacto en las poblaciones indígenas se relaciona a la contaminación ambiental de las tierras y ríos, deforestación de las tierras, acaparamiento de los recursos utilizados para la vida doméstica y fuente de trabajo, y la modificación o anulación de sus prácticas tradicionales de convivencia entre las comunidades y su relación con la naturaleza.

Entre los conflictos sociales más notorios se encuentra la contratación de mano de obra de pobladores comunitarios, que muchas veces son señalados por la población que se opone a los mega proyectos, estigmatizándolos, creando así divisiones y fisuras en la cohesión comunitaria.



CAPÍTULO II

2. Historia del derecho internacional en el derecho interno de los Estados

El derecho internacional se define como el conjunto normativo que determina las relaciones entre los sujetos de la sociedad internacional o como derecho positivo reconocido y realizado entre las naciones.²⁸

Las relaciones entre naciones se remontan a las más antiguas civilizaciones, especialmente las del Nilo, del Tigris y Éufrates y la de Huan-ho, las cuales aparte de mantener los datos históricos en forma escrita, formaron un centro de relaciones entre las sociedades tribales y las naciones primitivas. Por ejemplo, en la civilización del Nilo, donde las naciones aborígenes establecieron relaciones con los Estados tribales de diferentes razas esparcidas en la región. Otro ejemplo es el de La Biblia, que contiene las costumbres, reglas de intercambio de los enviados, reglas de guerra y hasta códigos establecidos como el de Talión, que no es sino un código de conducta entre enemigos, o las leyes de Moisés, que constituyen un acuerdo de coexistencia social. La civilización del Tigris, por su parte, mantuvo como norma la costumbre, la relación entre los Estados Ciudades y la regla de la guerra a través del código de Babilonia (y posteriormente a través del Corán), y otras leyes.

²⁸Cho, Key-Sung. **Derecho Internacional**. Pág. 29

Por su parte la civilización del Huan-ho se estableció el centro del continente asiático, en el sentido político, cultural y social. En el continente Americano, las civilizaciones más fuertes fueron la Maya, la Azteca e Inca, las cuales establecieron sus propias sociedades, regímenes, leyes, costumbres y religión que prevalecían entre ellos y las tribus vecinas.²⁹

En Europa también existieron la costumbre, los compromisos y los acuerdos en forma verbal, que fueron estudiadas, analizadas e interpretadas por filósofos e ideólogos como Sócrates, Platón y Aristóteles. De tales postulados surgen instituciones como el tratado de alianza, limitación del medio bélico, intercambio de enviados diplomáticos con inmunidad y privilegios, el derecho de asilo y el usado entre las ciudades Estado, que más tarde aportarían al concepto de Derecho Internacional contemporáneo.

El derecho internacional actual surge formalmente en 1648, con el tratado de Westfalia, que tuvo por objeto dar fin a la guerra de los treinta años (1618-1648). En la Conferencia de Reconciliación, cuando se firmó dicho tratado, se reconoció la igualdad entre las naciones católicas y protestantes.

Es en el siglo XX que los juristas, tratadistas, filósofos y políticos, aportan a la evolución del derecho internacional, a través de la concertación de tratados bilaterales y multilaterales, así como la codificación de los tratados internacionales, tras las dos guerras mundiales.

²⁹ Ibid.

Las mismas dan lugar al surgimiento a la Organización de las Naciones Unidas, la precedente de la Liga de las Naciones, que tiene por objeto normar, de la manera más justa, las relaciones entre sujetos de derecho internacional; así los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas constituyen la base ideológica que propiciaría cambios jurídicos revolucionarios en el mundo.

2.1. Fuentes del derecho internacional

Existen diversas fuentes del derecho internacional, las cuales se han desarrollado debido a las necesidades de los Estados de establecer mecanismos de apoyo y solidaridad entre ellos, y respetar la soberanía de cada uno a la vez. Sin embargo, han sido los tratados la fuente con mayor valor jurídico entre las naciones, por constituir un *acuerdo consensuado entre las partes*.

Entre las fuentes también se encuentran: la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y las resoluciones de los organismos internacionales. Por ser de suma importancia se dejará de último el tema de los tratados, previo a dar una breve explicación de las otras fuentes que se mencionan.

2.1.1. La costumbre

Es la práctica general aceptada como jurídica y por lo tanto obligatoria para el grupo social donde se ejerce. La misma es reconocida por el Estatuto de la Corte

Internacional de Justicia, el cual preceptúa, en el Artículo 38, que dicha Corte deberá tomar en cuenta al momento de decidir: "(...) b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".

Es decir, todas aquellas acciones que regulen y limiten, de una u otra manera, las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, no deben ser precisamente escritas y ratificadas por procedimientos formales, sino basta con la simple aceptación por parte de los sujetos involucrados, para que esta se tome como norma y, por lo tanto, de posterior cumplimiento obligatorio, al punto de que si en cierto caso o momento se irrespetare, tal acción u omisión puede ser valorada en un caso concreto con trascendencia internacional.

2.1.2. Los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos

Los principios, como su nombre lo indican, es el punto de partida que marca los parámetros sobre los cuales se desarrollarán las relaciones de los Estados y organismos internacionales.

Entre los más utilizados se encuentran: la buena fe, el principio de *pacta sunt servanda*, *jus cogens*, y ante todo el principio *pro homine*.

2.1.2.1. El principio de buena fe

Es entendido como el “Principio jurídico de relevante importancia para el derecho que hace referencia al obrar con honradez, veracidad, lealtad, lo que lleva implícita la creencia de que se está actuando conforme a lo que prescribe el ordenamiento jurídico”.³⁰

En ese sentido, se entiende que la buena fe es un principio rector de una actuación correcta entre las partes, para lo cual no basta la creencia en que se actúa rectamente, sino debe comprobarse y verificarse con acciones tendientes a demostrar tal extremo.

Se entiende, entonces, como buena fe, la disposición de los estados de dar cumplimiento a lo acordado en los instrumentos prescritos sin necesidad de ser requerido o exhortado a la implementación de los mismos.

2.1.2.2. Principio de pacta sunt servanda

El principio de pacta sunt servanda es tratado, con carácter principal, en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y se refiere al carácter obligatorio de lo pactado entre las partes, ya que esto se tomará como marco legal y la observancia ineludible por los Estados.

³⁰<http://iusnews.50webs.com/doctrina/diazrobledo/buenafe.htm>. (Guatemala, 20 de febrero de 2013).

Este principio se vincula al de buena fe en la ejecución de los contratos y refiere a las partes no solamente deben acatar lo acordado sino deben hacerlo de buena fe, es decir, sin abusar de los derechos u obligaciones pactados, que le otorgan o imponen dichos instrumentos y ceñir su conducta a lo allí establecido.³¹

2.1.2.3. El principio de *ius cogens*

El principio del *ius cogens* se refiere a la imperatividad y obligatoriedad de las normas internacionales y no admiten acuerdo en contrario, debido a que, de lo contrario, perderían su objeto, el cual es proteger y defender los intereses de la comunidad internacional, limitando así la autonomía de los Estados y colocando lo pactado por sobre las voluntades de los Estados; por lo tanto, toda acción que contravenga lo pactado es nulo de pleno derecho.³²

De acuerdo al autor Carrillo Saucedo,³³ "(...) son principios de Derecho internacional con carácter de *ius cogens* los que respondan al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su supervivencia y a las necesidades morales de nuestro tiempo". Este autor, además, desglosa varios aspectos esenciales que deben caracterizar a las normas *ius cogens*, a saber:

³¹<http://es.scribd.com/doc/94927479/pacta-sunt-servanda>. (Guatemala, 20 de febrero de 2013)

³²http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21318/1/ADI_XI_1995_01.pdf. Normas de *ius cogens*, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos. (Guatemala, 20 de febrero de 2013).

³³Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Pág. 284.

- a. La existencia de unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger.
- b. El derecho de los pueblos a su libre determinación.
- c. La prohibición del recurso al uso de la fuerza o a la amenaza de fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales y,
- d. La igualdad de *status* jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de la jurisdicción interna de los Estados.

Este principio apareja un efecto en su aplicación, y es el efecto *erga homes*, que no es más las obligaciones que tienen los Estados frente a la comunidad internacional.

2.1.2.4. El principio pro homine

Tanto en los tratados internacionales como en la ley interna, este principio forma el carácter inherente y protector del ser humano, por el cual informa a los derechos humanos que se debe acudir a la interpretación más amplia o la norma más favorable, cuando de proteger un derecho humano se trata.³⁴

³⁴<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20principio%20pro%20homine.pdf>. **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine.** (Guatemala, 11 de abril de 2012)

2.1.3 Los tratados

Se entiende como un acuerdo entre los sujetos de derecho internacional celebrado por escrito e inherentemente codificado.³⁵ Este tipo de instrumento puede existir en un único instrumento o bien en otros conexos y semejantes.

El valor de obligatoriedad de los tratados y convenios lo dio la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, el cual contribuyó al reconocimiento, como derecho positivo, al derecho internacional. Vale resaltar que, en el derecho internacional contemporáneo, son los tratados su fuente principal.

Sistemas de incorporación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos

La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos pueden responder a distintos tipos de aplicación, a saber: i. la aplicación inmediata que concuerda con el principio de *selfexecutin*; ii. la aplicación indirecta; y iii. la repetición de la norma en una ley especial.³⁶

³⁵<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/325/5.pdf>. **Derecho Internacional Público**. (Guatemala, 20 de febrero 2013)

³⁶http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122003000100004&lng=en&nrm=iso&ignore=.HTML. **Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán**. (Guatemala, 20 de abril de 2012)

a. La aplicación inmediata

Esta se refiere a la característica de una norma que es de aplicación directa (self executing). En el sentido objetivo, sus condiciones y consecuencias jurídicas están claramente definidas, mientras que, en el sentido subjetivo, se califica si las partes tratantes buscaron la aplicación inmediata al finalizar su redacción.

Las normas con esta calificación poseen presunción de operatividad, por cuanto son claras y completas para su directa aplicación, por los Estados partes e individuos, sin necesidad de una implementación directa.

b. La aplicación indirecta

Este tipo de aplicación toma distintas formas de implementación partiendo, en primera instancia, del derecho interno, y pudiendo manifestarse como: 1) el acto o resolución final que se confirma al final del proceso con las normas internacionales a las que el Estado esté sujeta; 2) la aplicación indirecta puede tomar la norma internacional, si esta cumple con ser más concreta al caso que la nacional, por ser ésta última muy general; 3) la norma que más concuerde con la norma internacional; y 4) la autoridad que conoce elegiría la norma más favorable si todas las normas de derecho interno llegaran a concordar con el cuerpo normativo internacional.

c. La repetición de la norma en una ley especial

Esto no es más que la incorporación de una garantía de un tratado internacional, implementada en una ley especial, por cuanto carece de precisión suficiente.

La Constitución Política de la República reconoce, en su Artículo 46, que los tratados que reconocen a los derechos humanos tienen *preeminencia* sobre el derecho interno, reconociendo, con esto, la aplicación inmediata de este tratado por cuanto refiere garantías tendientes a proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Por otro lado, existen, en la aplicación de la normativa internacional, dos teorías históricamente debatidas, que si bien ha sido un tema bastante estudiado, sus posiciones, respecto a la aplicación de las normas, aún no han sido resueltas. Estas teorías son la Dualista y la Monista, definidos como sistemas de aplicación del derecho internacional.

La primera, según Triepel, crea normas obligatorias para los Estados, mas no a sus nacionales, por constituir normativas independientes que no forman parte de un mismo sistema,³⁷ y por lo tanto la recepción de las normas internacionales no es automática, requiriéndose, para su observancia, una promulgación de legislación interna especial.³⁸

³⁷Citado por Juan Álvarez Vita. *Tratados Internacionales y Ley Interna*. Pág. 54.

³⁸*Ibid.*, Pág. 63.

La segunda es defendida por su máximo representante: Hans Kelsen,³⁹ quien sostuvo que todas las normas jurídicas del derecho interno se encuentran subordinadas a las del derecho internacional, creando un solo sistema normativo, toda vez que son consideradas válidas, para el mismo espacio y el mismo tiempo, dando como resultado que el derecho internacional no requiera de transformación alguna para que tenga efectos en el derecho interno, siendo de aplicación directa, tanto para los órganos del Estado, como para sus nacionales. Sin embargo esta norma, conforme al ordenamiento legal de cada Estado, requerirá su publicación oficial, siendo este acto una participación del órgano legislativo a la creación del derecho internacional de observancia inmediata y obligatoria.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha señalado que el Convenio 169 de la OIT ingresa a la normativa interna a través del Artículo 44, reconociendo derechos y garantías para los pueblos indígenas que no se mencionan expresamente en otra normativa, adoptando, con esto, la teoría monista, respecto a este convenio.

2.1.4 Otros instrumentos internacionales relacionados a pueblos indígenas

En el plano internacional son varios los instrumentos que han sido creados para reconocer los derechos de los pueblos indígenas, pero son tres los que desarrollan los mismos: a. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; b. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; y

³⁹Hans Kelsen. **Principios de derecho internacional público**. Pág. 346.

c. La Declaración sobre los derechos de las Personas Pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

En los tres instrumentos anteriores se reconoce y defiende, principalmente, el derecho al libre auto determinación de los pueblos indígenas, como grupo social culturalmente independiente y de distintas formas de gobernanza interna.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que dos de esos instrumentos, son declaraciones, las cuales no siempre tienen un carácter jurídico vinculante, sino, la mayoría de veces, constituyen una simple manifestación de aspiraciones políticas o compromisos ante la comunidad internacional.

Por ello, es el Convenio 169 de la OIT el instrumento internacional sobre Pueblos indígenas de mayor peso y vinculancia en cuanto a la obligatoriedad de los Estados parte para cumplirlo, respetarlo y promoverlo.

2.2. La adopción del Convenio 169 de la OIT

2.2.1. Antecedentes

En el ámbito internacional, el órgano que mayor preocupación mostró por la situación de los indígenas fue la Organización Internacional del Trabajo, lo cual se puede explicar de la siguiente manera: si bien la distinción entre trabajador y empleador son propias de una economía industrial, y difícilmente acepta otras posturas o figuras en

contra ese modelo económico, la realidad es que entre los sectores más explotados de trabajadores (especialmente en el área rural), y como característica de las invasiones, siempre se han encontrado los indígenas.

Así las cosas, en 1926 la OIT estableció un comité de expertos en trabajo nativo que motivó una serie de convenios y recomendaciones que hacían referencia a los pueblos indígenas, tales como el Convenio 29, sobre Trabajo Forzoso (1930); la Recomendación 35, sobre la Imposición Indirecta del Trabajo (1930); la Recomendación 36, sobre la Reglamentación del Trabajo Forzoso (1930); el Convenio 50, sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas (1936); la Recomendación 46, sobre la Supresión del Reclutamiento (1936); el Convenio 64, sobre los Contratos de Trabajo de Trabajadores Indígenas (1939); el Convenio 65, sobre Sanciones Penales a los Trabajadores Indígenas (1939); la Recomendación 58, sobre los Contratos de Trabajo de los Trabajadores Indígenas (1939); y la Recomendación 59, sobre la Inspección del Trabajo en el caso de los Trabajadores Indígenas (1939). La obra de un comité de expertos, creado a partir de 1945, para atender específicamente los problemas del trabajo indígena, concluyó con la aprobación en 1957 del Convenio 107 y de la Recomendación 104, ambos sobre "poblaciones" indígenas y tribales. Es por tal motivo que, cuando se realizaban las propuestas para el Convenio 169, algunos países consideraron que mucho de los temas tratados se extralimitaban de la competencia de la OIT; sin embargo, tales cuestionamientos se descartaron debido a los antecedentes

de la organización en el tema, entendiéndose que el debate se había resuelto en 1957, cuando se aprobó el Convenio 107.⁴⁰

El Convenio 169 de la OIT surge, en realidad, de una revisión al Convenio 107 del mismo órgano, el cual constituyó, en materia internacional, el primer instrumento que reconoció a dichos pueblos como sujetos de derecho e intentó codificar las obligaciones internacionales de los Estados respecto a estos.

A pesar que el Convenio 169 contiene temas similares al Convenio 107, tales como acceso a la tierra, contratación y condiciones laborales, formación profesional, industrias rurales y comercio artesanal, seguridad social y salud, educación y medios de comunicación, se tomó en consideración que el Convenio 107 poseía, en esencia, un carácter integracionista.

Es hasta 1970 cuando se inicia un mayor movimiento en pro de los pueblos indígenas a nivel internacional, y cuando los organismos de control retoman un análisis más detenido y detallado en las regulaciones existentes en los Estados parte. Así pues, la Organización de las Naciones Unidas inicia un examen sobre la situación de los pueblos indígenas y tribales, y fue esto lo que condujo al Consejo de Administración de la OIT a convocar a una Comisión de expertos, en 1986, el cual concluyó que ese "(...) enfoque integracionista del Convenio [107] estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno".

⁴⁰Gómez, María Micaela y Cía. **Convenio 169 de la OIT y su aplicación en el derecho interno Argentino**. Pág. 16.

En 1989 se adopta el Convenio 169, y se cierra para su ratificación el Convenio 107, no obstante este convenio sigue siendo utilizado para algunos países (Cuba, El Salvador, Haití), que no han adoptado el convenio posterior.

Convenios núm. 107 y 169: diferencias principales	
Núm. 107	Núm. 169
<ul style="list-style-type: none"> • Se basa en el supuesto que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la «modernización» 	<ul style="list-style-type: none"> • Se basa en la creencia que los pueblos indígenas constituyen sociedades permanentes
<ul style="list-style-type: none"> • Hace referencia a «poblaciones indígenas y tribales» 	<ul style="list-style-type: none"> • Hace referencia a «pueblos indígenas y tribales»
<ul style="list-style-type: none"> • Fomentaba la integración 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce y respeta la diversidad étnica y cultural

<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>

2.2.2. El Convenio 169 como instrumento de derechos humanos

Rodolfo Rohrmoser expone que la naturaleza jurídica del Convenio 169 de la OIT es la de ser un tratado sobre Derechos Humanos, ya que su contenido se refiere a éstos,

enfocándose en los derechos de los pueblos indígenas, y refiriéndose a la forma de cómo pueden hacerse efectivos los mismos ante el Derecho Interno.⁴¹

Sin embargo la característica de tratado de derechos humanos la otorga el Convenio 98 de la OIT, el cual sienta los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Este convenio se basa en las diferentes convenciones de las Naciones Unidas y obedece a la consideración de situaciones específicas de grupos humanos que, a pesar de ser reconocidos en otros instrumentos partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no gozan de los derechos y libertades fundamentales de la misma manera que otros.

En cuanto a su aplicación, Magdalena Gómez indica que la ratificación del Convenio 98 produce efectos inmediatos dentro del ordenamiento jurídico interno para la mayoría de países en Latinoamérica, considerándolo, así, un instrumento de implementación inmediata, dentro del marco normativo del derecho interno y exponiendo que "(...) su ratificación implica la obligación para que el Estado firmante cumpla con todas sus disposiciones y asegure que en el orden jurídico interno no haya leyes en contra".⁴²

Considerado, entonces, como un instrumento de derechos humanos, el Convenio 169 de la OIT cobra plena vigencia en el ámbito jurídico-normativo nacional al ingresar a éste, por medio del Artículo 44 de la Constitución Política de la República, por cuanto

⁴¹Rodolfo Rohmoser Valdeavellno. **La operatividad del convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco**. Pág. 263

⁴² Gómez, Magdalena. **Derecho indígena y constitucionalidad**. XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Arica, Chile, ponencia marzo de 2000.

reconoce derechos que, aunque no figuren expresamente en la Constitución, son inherentes a la persona humana.⁴³

Dicho convenio regula, en el Artículo 33.2.b, que, para implementarlo, los programas sobre pueblos indígenas deben incluir "(...) la proposición de medidas legislativas y el control de la aplicación de las medidas adoptadas, en cooperación con los pueblos interesados. Por lo que reconoce una serie de derechos de los pueblos indígenas cuya implementación nacional requiere una adecuación de la legislación y de las instituciones y de un mecanismo de control permanente y por los pueblos indígenas".

El Artículo 6 especifica el derecho de consulta a los pueblos indígenas y es complementado por el Artículo 7, enunciando en conjunto la vía por la cual debe ser aplicado el convenio, reconociendo el derecho de participación de las poblaciones indígenas susceptibles a ser afectadas con las acciones administrativas, judiciales o legislativas que ejerzan los gobiernos.

La observancia de los enunciados propuestos en dichos artículos promueve la democracia, reconociendo el poder del pueblo a través de sus instituciones representativas legítimas, así como el establecimiento de procesos constantes y permanentes en la toma de decisiones sobre situaciones que les atañen.

⁴³ Corte de Constitucionalidad. **Opinión consultiva, expediente No. 199-95.**

De esa forma, el Artículo 6 cobra plena vigencia al reafirmar lo expuesto por la Constitución Política de la República en su Artículo 152, en el cual hace mención sobre la radicación del poder en el pueblo, dotando entonces al artículo enunciante del derecho de consulta de observancia inmediata y aplicación directa, puesto que la inobservancia de la misma resulta la viabilidad de la demanda judicial por parte de los sujetos de derecho.

El derecho de consulta, entonces, es reconocido, aplicado directamente y defendible ante su negación, violación, vulneración o limitación, en el derecho interno; sin embargo carece de la especificidad suficiente sobre los mecanismos a implementar para hacerlo efectivo, por lo cual resulta difícil su aplicación, desembocando en dilemas de trascendencia social al ser reclamados o denunciados ante los órganos judiciales.

El Artículo 15 de este convenio, no obstante, refleja la promoción de la democracia en defensa de los intereses de los pueblos indígenas, otorgando el derecho de poder participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales en los territorios que habitan, aun cuando la propiedad objeto de explotación sea propiedad del Estado.

Regularmente los tratados propuestos por la OIT tienen una duración de diez años, pudiendo un Estado, al término de dicho período, presentar un alegato o renuncia justificada ante algún convenio. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT es la excepción, debido a que éste es considerado como instrumento de derechos humanos y por ende su carácter irrenunciable se hace manifiesto.

2.3. Proceso de adopción de un tratado en Guatemala

El proceso de adopción de instrumentos internacionales, en materia de Derechos Humanos en Guatemala, corresponde principalmente al organismo ejecutivo y legislativo, lo cual se manifiesta en las siguientes fases:

- a. **Negociación:** De acuerdo al Artículo 180, literal o) de la Constitución Política de la República, la negociación lo realiza el ejecutivo y consiste en la transacción que el Estado realiza con el órgano o Estados que proponen el instrumento.
- b. **Discusión:** Se da mediante el canje de notas o acuerdos celebrados por el Organismo Ejecutivo a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- c. **Celebración prima:** Lo realiza el ejecutivo mediante la Suscripción o Firma del Tratado, mediante el Organismo Ejecutivo a través del Presidente de la República, de acuerdo con el Artículo 183, literal o), de la Constitución Política de la República.
- d. **Aprobación:** Es la aceptación del tratado por parte del Estado, como norma de Derecho Internacional y futuro derecho interno.

De acuerdo con el Artículo 171, inciso l) de la Constitución Política de la República de Guatemala, es obligación del Congreso de la República: "Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional, cuando:

- a) Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos.

- b) Afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano.

- c) Obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda al uno por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado.

- d) Constituyan compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales.

- e) Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional”.

Sin embargo, de acuerdo con el Artículo 272, inciso e) de la Constitución Política de la República, en Guatemala algunos instrumentos necesitan de previa opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad, en relación a la posibilidad de que las normas contenidas en instrumentos internacionales puedan contradecir el máximo ordenamiento legal interno, si alguno de los organismos de Estado lo llegasen a

requerir. Este fue el caso del convenio 169 de la OIT, por el cual la Corte de Constitucionalidad emitió opinión, a través de la Opinión Consultiva número 199-95.

La aprobación de los instrumentos internacionales, en materia de derechos humanos, es aprobada, entonces, por una mayoría simple, tal como lo estipula el Artículo 171 de la Constitución.

e. **Ratificación:** Es la confirmación por parte del Ejecutivo de la aceptación del tratado como norma de derecho internacional, de conformidad con el Artículo 183 k) de la Constitución Política de la República.

El Congreso, entonces, lo aprueba mediante un decreto y lo envía al Ejecutivo para su ratificación. El Ejecutivo elabora el documento de ratificación y en el mismo manda a la publicación del decreto para que entre en vigencia como ley nacional.

El instrumento de ratificación se envía, para su depósito, al Organismo Internacional proponente o contralor para que surta efecto como tratado. El ente contralor, a su vez, acusa de recibido. Al ser recibido dicho acuse o depósito, se gira la orden de publicación dentro del Organismo Ejecutivo. Concluido este procedimiento, el tratado tiene efectos de cumplimiento obligatorio del Estado ante la comunidad internacional, no así ante los habitantes del territorio, para quienes cobra carácter obligatorio desde la fecha en que se indique en su publicación.

2.4. La jerarquía de las normas desde el punto de vista kelseniano

La jerarquía de las normas se refiere a la prioridad en cuanto a la creación y aplicación de una norma. No surge como tal, hasta que el jurista austríaco Hans Kelsen propone una categorización, por niveles, de los cuerpos normativos existentes dentro de un Estado, partiendo de la Constitución como base de los cuerpos normativos a emitirse dentro de un Estado.

Hans Kelsen defiende la unidad del sistema jurídico normativo de un Estado, descartando así cualquier dualidad de las normas; así pues, la existencia y vigencia de una ley dependerá de otra jerárquicamente de mayor peso y observancia previamente existente, tomando la Constitución como la base fundamental de toda norma dentro del territorio.

El nivel jerárquico de una ley, entonces, deriva de la ley que le precede, del conjunto de personas a quienes va dirigido, y del órgano del que emana, dando lugar a la especialidad de las normas y los reglamentos.

Según Hans Kelsen "Las leyes o normas jurídicas, se jerarquizan de la siguiente forma ordenada y escalonada: primero las leyes constitucionales; bajo de éstas las leyes ordinarias; bajo de éstas las leyes reglamentarias y por último las leyes individualizadas"⁴⁴, mismas que se explican a continuación:

⁴⁴Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*. Pág. 109

2.4.1. Normas constitucionales

Son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento de un Estado, y "(...) desarrollan principios fundamentales y naturales que rigen a todo el ordenamiento jurídico, teniendo consigo la evocación del espíritu del hombre organizado en un Estado y la forma de actuar de éste frente a aquellos, enunciando principios universalmente aceptados y que se consideran normas principales o fundamentales".⁴⁵

En Guatemala existen 5 leyes constitucionales, creadas por la Asamblea Nacional Constituyente designada en 1984 y creadora de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, las cuales se detallan a continuación:

- a. Constitución Política de la República de Guatemala;
- b. Ley de Emisión del Pensamiento, Decreto 9 de la Asamblea Nacional Constituyente;
- c. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86;
- d. Ley del orden Público, Decreto 7 de la Asamblea Nacional Constituyente;
- e. Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85, de la Asamblea Nacional Constituyente.

Debe aclararse que, aunque los decretos arriba mencionados son tomados como normas Constitucionales, debido al órgano que las creó, sigue siendo la Constitución

⁴⁵ García Santiago, Brian Efraín. Tesis: **El Juzgado y Fiscalía de turno de primeras declaraciones de imputados como garantía de los derechos de defensa y detención legal.** Pág. 4

Política la que determinará los principios y fines del Estado, a los que deberán apegarse las leyes ordinarias.

2.4.2. Normas ordinarias

Las normas ordinarias, desarrollan el contenido de los macro temas contenidos en los mandatos Constitucionales. Estas son creadas por un organismo estatal permanente, cuya función específica es la de crear, abrogar o derogar leyes y cuyo proceso de creación es flexible en comparación con las normas constitucionales.

Dentro de este nivel de clasificación también se encuentran las llamadas leyes orgánicas, las cuales pueden definirse como "(...) el ordenamiento jurídico que establece y desarrolla las atribuciones y facultades de las unidades administrativas que comprende el aparato estatal, ya sea en su función ejecutiva, legislativa o judicial"⁴⁶ es decir, organizan y estructuran administrativamente a las instituciones estatales.

2.4.3. Normas reglamentarias

Máximo Pacheco dice que "Los reglamentos son un conjunto sistemático de normas jurídicas destinadas a la ejecución de leyes o al ejercicio de atribuciones o facultades consagradas por la Constitución".⁴⁷

⁴⁶http://jacisne.mex.tl/700320_Estructura-jerarquica-de-las-normas.html. (Guatemala, 21 de diciembre de 2012

⁴⁷ *Ibid.*

En la jerarquía propuesta por Hans Kelsen, las leyes reglamentarias se ubican en tercer lugar, en forma descendente. Dentro de la Administración Pública, según esta teoría, pueden ubicarse dos tipos de reglamentos:

- a. Los reglamentos del organismo ejecutivo: Son los que tienen por objeto "(...) explicar y facilitar la aplicación de leyes ordinarias".⁴⁸ Es el Presidente quien los emite a través de los distintos ministerios del Estado.
- b. Los reglamentos internos de cada institución estatal: Son normas o directrices que regirán el funcionamiento interno y la estructura de una institución.

La naturaleza jurídica de los reglamentos se clasifican, entonces, por el órgano que los emite y la función con la que se emiten; así pues, se encuentra que existen dos situaciones: si se emitió como facultad del Presidente de la República o si es un acto administrativo. Hugo Calderón observa que "(...) el reglamento no es facultad legislativa del presidente, pues dentro de las normas reglamentarias no se están creando situaciones de derecho, ni se puede dotar de competencia administrativa a los órganos, pues (...) los reglamentos dependen de una ley".⁴⁹

⁴⁸ Calderón M, Hugo Haroldo. **Derecho Administrativo, Parte General**. Tomo I. Pág. 130

⁴⁹ *Ibid.* Pág 131

Además, señala este autor que la naturaleza de dichas normas es de ser un instrumento operativo y dinamizador de la administración y cuyo objeto es regular los procedimientos de los órganos administrativos.⁵⁰

De lo anterior se deduce que el reglamento, como norma, está dirigida por naturaleza a regular procedimientos de ciertas leyes, por lo tanto debe existir un cuerpo jerárquicamente superior que le permita su nacimiento y ejecución.

2.4.4. Normas individuales

Dentro de la escala jerárquica de las normas éstas ocupan el lugar inferior de todas las leyes, ya que su cobertura de influencia normativa se limita a ciertas personas en particular, y que han participado dentro de la relación jurídica que se intenta regular, siendo de observancia solamente entre las partes y no así a la totalidad de la sociedad; entre ellas se encuentran las sentencias emitidas por un órgano jurisdiccional, los contratos civiles, laborales y mercantiles, etc.

2.5. Procedimientos de aplicación del Convenio 169 utilizados en otros Estados

El procedimiento de aplicación del convenio 169, deriva en primer término de la jerarquía normativa que exista en el Estado que lo implementa. En la mayoría de países latinoamericanos, la tendencia es monista; sin embargo, aunque pocos, también existen

⁵⁰Ibid. Pág. 132

países de tradición dualista que adoptan y hacen uso de las condiciones de dicho concepto cuando de la aplicación de dicho convenio se trata.

Es de recordar que la insistencia y lucha por la aplicación del convenio 169 se debe, principalmente, a los pueblos indígenas y sociedad civil que defienden los derechos de los indígenas en los diversos Estados. Es por ello que la aplicación de este convenio en cada Estado varía en cuanto a la observancia de su jerarquía normativa. Sin embargo, ha sido en los órganos regionales de derechos humanos donde dicho convenio ha sido utilizado como norma interpretativa, es decir, que desarrollan los derechos señalados en otros instrumentos de derechos humanos y especifican obligaciones de los Estados.⁵¹

El autor Christian Courtis, realiza un breve estudio comparativo respecto a la jerarquía normativa en distintos Estados de América Latina, que a continuación se desarrolla:

Es en Bolivia y Colombia donde se ha ubicado al convenio 169 en un nivel similar al de la Constitución, integrándolo al llamado "bloque de constitucionalidad". Esto significa que la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno obliga al órgano encargado del control constitucional a leer e interpretar los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y los tratados internacionales, los cuales necesariamente se complementan, formando una unidad en la que, en casos de diferencias entre una

⁵¹http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo_courtis.htm. Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina (Guatemala, 16 de noviembre de 2012)



norma y otra, prima el principio *pro homine*, es decir, la que reconoce mayor extensión a los derechos.

En Argentina, por ejemplo, existió una reforma constitucional en 1994, en la cual, a través de una norma de carácter *numerus clausus*, plasmada en la Constitución Política de la Nación Argentina, Artículo 75, inciso 22, se concede jerarquía constitucional a una serie de listados internacionales de derechos humanos, en un listado específico, dejando un margen de inclusión a futuros instrumentos de derecho internacional, a través del voto de una mayoría calificada del Congreso. Empero, el convenio 169 no forma parte de esa lista, por lo que estaría en un nivel inferior a la constitución, pero superior a la normativa ordinaria, pudiendo, además, estar sujeto a la inclusión de dicho listado.

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el Artículo 23, otorga jerarquía constitucional a todos los tratados de derechos humanos, aunque en la práctica, los tribunales no se muestran dispuestos a aplicar directamente los tratados, en comparación con otros países.

La Constitución Política de la República de Costa Rica, Artículo 7, asigna a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes ordinarias, pero inferior a la Constitución. Un dato que resulta importante es que la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha interpretado que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y pueden primar frente a ella, cuando reconocen más derechos o garantías a las personas.



En otros países de la región se ha planteado la cuestión de la jerarquía normativa de los tratados en derechos humanos sobre el derecho interno, y la tendencia ha sido asignar una jerarquía inferior a la Constitución y superior a la ordinaria, tal es el caso de Guatemala.





CAPÍTULO III

3. El derecho de consulta como espíritu del Convenio 169

3.1. El derecho objetivo y subjetivo

El derecho, como tal, ha extendido su estudio, desde los inicios de la sociedad humana, hasta convertirse en una de las ciencias más profundas, extensas y cambiantes del pensamiento del hombre. Dice el autor Edgar Bodenheimer⁵² que el derecho "(...) trata de crear y mantener un equilibrio" fijando límites al poder tanto de los individuos como al Estado mismo. En esta parte, se desarrollará, de manera general, el concepto de derecho para la utilidad de nuestro estudio.

El Derecho puede ser tomado desde dos puntos de vista: el objetivo y el subjetivo, los cuales denotan la constante polémica entre lo que es y lo que debiera ser, buscando el punto medio que por lo general será la justicia.

El derecho subjetivo, entonces, se entiende como una "(...) facultad, de posibilidad de que dispone el sujeto; en definitiva de poder⁵³ un poder que se manifiesta con la voluntad del sujeto en hacer o no hacer, o bien exigir la realización de una conducta determinada a otro sujeto de derecho. Se puede decir, entonces, que el derecho

⁵²Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. Pág. 26.

⁵³García Garrido, Manuel. *Nociones Jurídicas Básicas*. Pág. 294.

subjetivo es la "(...) facultad atribuida por la norma a un sujeto de poder exigir de otro u otros ya una conducta concreta, ya una conducta de abstención y no impedimento".⁵⁷

Existe cierta clasificación del derecho subjetivo siendo: a. derechos de libertad; b. derechos de pretensión y c. derechos de modificación jurídica.

a) *Derechos de libertad*: son aquellos que el sujeto puede realizar libremente, basándose cualquier reclamo, en la exigencia hacia los demás, de respetar la actuación del sujeto portador del derecho, sin perjudicarlo o impedirle ese ejercicio.

b) *Derechos de pretensión*: son aquellos que se encuentran sujetos a la voluntad del titular para exigir su efectividad, es decir que si bien el derecho existe, éste no podrá ser reclamado si no es por iniciativa del titular.

c) *Derechos de modificación jurídica*: son los que confieren al titular la posibilidad de dar nacimiento a nuevas situaciones o relaciones jurídicas.

Desde el punto de vista subjetivo, el derecho de consulta es, entonces, una facultad de pretensión de los pueblos indígenas (como titulares del mismo), ante el Estado que está sometido a un derecho objetivo, asumido ante la comunidad internacional a través del convenio 169 de la OIT.

⁵⁷ Ibid.



3.2. La finalidad del derecho de consulta a pueblos indígenas

La consulta, vista por muchos como “la piedra angular” del convenio, descansa sobre los Artículos 6 y 7 del mismo, los cuales norman: “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;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Artículo 6(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 7(1). Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Dichos preceptos buscan la participación efectiva de los pueblos indígenas en todos los niveles de los procesos de gobernanza y toma de decisiones de carácter administrativo, legislativo, judicial y cualquier otra que sea de afectación directa al patrimonio o formas de vida de los pueblos indígenas.

En términos del convenio 169 de la OIT, la consulta es una forma clave que busca el diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y con ellos evitar o resolver conflictos.

El derecho de consulta se integra paralelamente con los derechos de participación y autodeterminación, refiriendo a que los pueblos indígenas no solamente tienen derecho al alegato sobre aquellas acciones que recaigan sobre sus intereses sin previo consentimiento, sino la facultad de proponer sobre las acciones a previo a la implementación de cualquier acción contraria a su beneficio.

Según la observación general de la comisión de expertos sobre el convenio 169 (2008), la participación de los pueblos indígenas en los ámbitos susceptibles de afectarles, constituye un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo.⁵⁸

Si bien, la consulta, como derecho, está señalada expresamente en los Artículos 6 y 7 mencionados, la misma es susceptible a la aplicación eficaz de todos los preceptos del convenio 169. En ese sentido, existen otras disposiciones que refieren casos concretos en los cuales se deberá observar este derecho, tal es el caso del Artículo 15. 2, en el que se obliga a consultar antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo.

Así mismo, existen en el Convenio 169 disposiciones que hacen referencia directa a la participación de los pueblos indígenas tal es el caso de los Artículos 6, 7, 15, 22, 23 de ese instrumento internacional, además de utilizar otros términos que observan tal derecho y obligan a los Estados a reconocer respetar los mismos, como los siguientes:

- Obligación de “cooperar” con los pueblos indígenas (Artículos 7, 20, 22, 25, 27 y 33);
- Obligación de *no* tomar medidas contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas (Artículo 4);
- Obligación de buscar “(...) el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa” de los pueblos indígenas (Artículo 16);

⁵⁸Comisión de Expertos OIT. Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79.ª sesión, 2008

- Derecho de ser consultados a través de “instituciones representativas” (Artículo 6).

En el mismo sentido refiere la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas que el propósito de los mecanismos de consulta y participación es alcanzar un consentimiento *libre, previo e informado*. Esta Declaración también se refiere a los mecanismos de consulta y participación, insistiendo en que el propósito de las consultas es alcanzar un consentimiento libre, previo e informado, reconociendo, además, que los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre *determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales* (Artículo 4).

Las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM) sobre los asuntos de los pueblos indígenas, exponen las características de los “Elementos del consentimiento libre, previo e informado”.⁵⁹

Libre: Implica que no debe existir coerción, intimidación ni manipulación, por parte de ningún sujeto con interés en el asunto.

Previo: Refiere a que durante el proceso, se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas;

⁵⁹Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Elementos del consentimiento, libre, previo e informado, 2008: p. 28



Informado: Es decir que el Estado como sujeto responsable, debe proporcionar a los pueblos involucrados, información que abarque como mínimo los siguientes aspectos:

- a. Naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
- b. Razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad.
- c. Duración del proyecto o la actividad;
- d. Ubicación de las áreas que se verán afectadas;
- e. Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución;
- f. Personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y
- g. Los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

3.3. El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas

El derecho a la autodeterminación de los pueblos es uno de los principales derechos reconocidos en los distintos instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas, tal como la Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas, y el Convenio 169 de la OIT. Este término tiene sus antecedentes en la lucha de los éstos pueblos para su coexistencia digna e igual con otras culturas no natas del territorio donde habitan, producto de procesos sociales de colonización.



La autodeterminación, refiere en esencia este instrumento, es el derecho de cada pueblo a controlar su propio destino y da lugar a formas de reparación que rompen con los legados del imperialismo, la discriminación, la supresión de la participación democrática y la subyugación cultural.⁵⁷

Según el estudioso en el tema, James Anaya, la naturaleza de tal derecho deriva del postulado de igualdad como valor inherente a todas las personas. Mismo que ha sido principio en distintas culturas alrededor del mundo, tal como lo expuso el juez Ammoun, en su voto concurrente en el caso *Namibia* ante la Corte Internacional de Justicia, en la cual vinculó el mismo principio a dos corrientes de pensamiento, una de corriente grecorromana y otra asiática y africana.⁵⁸

El término de autodeterminación, ha tenido injerencia durante distintos momentos de la historia humana, como la primera guerra mundial, sin embargo se demuestra con mayor fuerza por los políticos Lenin y Stalin, quienes asumieron la retórica de la autodeterminación a principios del siglo xx, asociando presupuestos marxistas de lucha y liberación de clases.

Después de la Segunda Guerra Mundial aparece la Organización de las Naciones Unidas y el primer término como "libre determinación de los pueblos" fue asumido como uno de los principios fundamentales dentro de su Carta fundacional (Artículo 1).

⁵⁷ Anaya, James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional.** Pág. 137.

⁵⁸ *Ibid.* Pág. 138.



Posteriormente, otros pactos internacionales de derechos humanos reconocieron la autodeterminación como un derecho de todos los pueblos, de ahí que surgiera imponentemente en el marco internacional de los derechos humanos, y por lo tanto se asume como un beneficio para las colectividades humanas y no así para las entidades soberanas como tales. Es precisamente por ese carácter de derecho humano que su aplicación es universal.

Uno de los primeros instrumentos en reconocer la autodeterminación, como derecho, fue la Declaración sobre la Concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, de la ONU, la cual apunta a una definición del mismo, y la cual fue adoptada universalmente, a raíz de que los Estados estaban convencidos que "(...) el proceso de liberación [era] irresistible e irreversible y de que, para evitar crisis graves, [hacía falta] poner fin al colonialismo y a todas las prácticas de segregación y de discriminación que lo acompañan".⁵⁹

Posteriormente se adoptan dos instrumentos que desarrollan tales preceptos: El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, los cuales, ambos, en su Artículo 1, prescriben: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

⁵⁹ONU. Preámbulo de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.

El derecho de la autodeterminación conlleva implícitamente, en los distintos instrumentos donde se reconoce, el derecho al desarrollo integral de los pueblos, además de la obligación de los Estados de promover, respetar y observar tales disposiciones. Así pues, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de la ONU, en el Artículo 2, regula que cada estado tiene el deber de "(...) formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste".

A nivel regional, se puede traer a colación la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, aunque no lo reconoce explícitamente, si enuncia ciertos preceptos que coadyuvan a la interpretación del derecho a la autodeterminación de los pueblos, entre los cuales se pueden destacar: el derecho a la vida (Art. 4); el derecho al reconocimiento de la dignidad (Art. 11); y el derecho a la propiedad privada, cuyo uso y goce pueden estar subordinados por ley al interés social (Art. 21).

Tomando como base los instrumentos antes descritos, entre otros, se puede deducir que existen ciertos elementos comunes que influyen en el concepto del derecho a la autodeterminación como tal,⁶⁰ entre éstos:

- la libre elección de la condición política y del desarrollo económico, social y cultural;

⁶⁰<http://www.cetim.ch/es/documents/bro12-auto-A4-es.pdf>. El **derecho de los pueblos a la autodeterminación**. (Guatemala, 20 de enero de 2013)



- la soberanía de los pueblos sobre sus recursos naturales;
 - la igualdad de los derechos de los pueblos;
 - la no discriminación;
 - la igualdad soberana de los Estados;
 - el arreglo pacífico de las controversias;
 - la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y en las relaciones internacionales;
- la abstención del recurso a la fuerza;
 - la cooperación internacional y el respeto por parte de los Estados de sus
 - compromisos internacionales en particular en materia de derechos humanos.

Como se ha podido notar, la autodeterminación es un derecho de reciente reconocimiento, que ha adoptado varios términos en cuanto a su nombre mismo, así como a los actores que intervienen, pero cuya esencia siempre será la misma: la defensa, respeto y promoción de la libertad de los pueblos que han sido históricamente sometidos por imposiciones generalmente occidentales.

Aureliu Cristescu, experto de la ONU, propone una definición del término "pueblos" con la finalidad de identificar los grupos sociales que son acreedores del derecho de autodeterminación o por quienes fue adoptado el mismo término, e indica que: "a) el término pueblo designa una entidad social que posee una evidente identidad y tiene características propias; b) implica relación con un territorio, incluso si el pueblo en cuestión fue injustamente expulsado de él y sustituido artificialmente por otra población;

c) el pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas cuya existencia y derechos reconoce el Artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos".⁶¹

En ese sentido, los titulares del derecho a que nos referimos serán los pueblos, no el Estado, pues éste último será el garante, el sujeto obligado a la observancia del mismo y el mismo que debe aplicar las disposiciones necesarias dentro del territorio que le corresponde con miras a propiciar las condiciones idóneas para el ejercicio de tal derecho.

El derecho objeto de este apartado se refiere, entonces, a factores económicos, sociales, políticos y culturales que ubicados de manera integral darían como resultado la facultad de los pueblos a decidir sobre su destino, pudiendo establecer ciertas prioridades entre los factores a tomar en cuenta, que posicionados en grado de necesidad pero sin perder la integralidad, proporcionan medios propicios para el desenvolvimiento de otros.

En ese sentido, la independencia económica, por ejemplo, daría las condiciones necesarias para el establecimiento de una organización política independiente, sin necesidad de condicionamientos externos, propiciando así una actuación de gobernanza plena y soberana, producto de las formas de organización propia de cada pueblo.

⁶¹Cristescu, Aureliu. **El derecho a la autodeterminación: desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas.** Pág. 279

Promover el desarrollo, respetar las formas de organización propias de cada pueblo, respetar la cultura y dar condiciones para el desenvolvimiento propio de cada Estado, no da lugar al desligue de responsabilidad de un Estado ante ese pueblo y reconocerle los derechos que como habitantes de ese territorio correspondan, al contrario, el término de autodeterminación vincula al Estado a buscar las maneras idóneas de convivencia entre los distintos pueblos, los sistemas que ancestralmente manejan y el sistema que el Estado reconoce generalmente en su constitución.

La potestad de los pueblos a disponer sobre sus recursos naturales, constituye un elemento esencial del derecho en mención. Sin tal facultad el derecho a una economía propia y el deber de respetar y promover la misma no tendría fundamento ni soporte. En ese sentido se ha referido la Asamblea General de la ONU, cuando afirma que los *pueblos tienen el derecho a asegurar "(...) libremente su desarrollo económico, social y cultural"*, pero además a "(...) disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio de las obligaciones derivadas de la cooperación económica internacional, basada en el principio del interés mutuo, y del derecho internacional. En ningún caso, ningún pueblo podrá ser privado de sus propios medios de subsistencia".⁶²

Lo anterior es reconocido, además, por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, en el Artículo 25, señala que "(...) ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho

⁶²<http://www.cetim.ch/es/documents/bro12-auto-A4-es.pdf>. El derecho de los pueblos a la autodeterminación. (Guatemala, 20 de enero de 2013).

inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales⁷.

Preceptos como los anteriores denotan la postura internacional asumida, en cuanto a que el derecho de autodeterminación implica la soberanía de los pueblos y es derivada de ésta el derecho a tomar decisiones libres, es decir no viciadas y plenas en cuanto al manejo, administración y utilidades sobre los recursos naturales que les corresponden.

Es necesario resaltar que entre los elementos que dan vida al derecho de autodeterminación, tal como lo menciona el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de Sahara occidental, sobresale "(...) la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio".⁶³

3.4. La autodeterminación y la consulta

Puede entenderse, a grandes rasgos, que la autodeterminación es el género y la consulta la especie, es decir es resultante del ejercicio pleno de la primera y elemento adjetivo del mismo, pues sin una consulta efectiva no podría realizarse la promoción de la economía, cultura, decisiones de los pueblos, especialmente de los indígenas.

Como se mencionó en el apartado anterior, la decisión de los pueblos indígenas sobre el uso y fin de los recursos naturales que poseen marca un indicio importante para el reconocimiento de la independencia y respeto a sus formas de organización propias;

⁶³ Tribunal Internacional de Justicia, Sahara occidental. **Opinión consultiva del 16 de Octubre de 1975.** Pág. 162.

así pues, la realización de una consulta efectiva daría la pauta no solamente para la promoción de las culturas sino la conjunción armoniosa entre los sistemas ancestralmente utilizados, y los sistemas oficiales adoptados e implementados por el Estado.

Sin embargo, en ese punto hay que tomar en cuenta que, si bien se debe buscar la conciliación entre ambos sistemas, es el Estado el responsable de adoptar las medidas útiles y necesarias para dar lugar a tal conjunción y no los pueblos indígenas a cambiar su forma de organización para adecuarse a las formas de organización estatales, pues de lo contrario se rompería con todo el marco protector de los pueblos indígenas en cuanto al respeto de sus formas de vida y cosmovisiones que sustentan cada cultura.

3.5. Mecanismos de implementación del derecho de consulta utilizados en distintos Estados

Bolivia

En diciembre de 1991 Bolivia ratificó el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y Tribales, incorporado al derecho interno el mismo año, mediante la ley 1257; en el 2007 el Congreso emitió la Ley 3760 por la cual se eleva a rango de ley de la República los 46 artículos de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los pueblos indígenas; ambos actos un avance significativo para el reconocimiento del derecho a la participación de los pueblos indígenas. Aunado a esto, en el 2009, con el



gobierno de Evo Morales, surge una nueva Constitución Política de Estado la cual eleva a rango Constitucional los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, entendiéndose dentro de ellos, el Convenio 169 de la OIT.

En materia de consulta, la Constitución Política del Estado de Bolivia, reconoce, en el Artículo 30, numeral 2, inciso 15, el derecho de los pueblos indígenas a "(...) ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan".

Atendiendo las normas programáticas del Convenio 169 de la OIT, se crearon dos decretos supremos que establecen ciertas directrices para llevar a la práctica el proceso de consulta y participación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, en relación a la implementación de actividades hidrocarburíferas que afecten las tierras comunitarias de origen (tipo específico de propiedad, relacionada con la preexistencia de un territorio que es imprescriptible, inembargable y no enajenable)⁶⁴ propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso, procedimiento que tiene las características siguientes⁶⁵:

⁶⁴CEACR. Observación individual sobre el convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Pág. 2.
⁶⁵Oxfam. El derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas. Pág. 29.

1. Es obligatorio, previo, transparente, informado, de acuerdo con los usos y costumbres indígenas;
2. Es previo a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos y es condición necesaria para ello;
3. Es previo a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental Analítico Integral;
4. Está compuesto de cuatro fases mínimas:
 - Coordinación e información;
 - Organización y planificación de la consulta;
 - Ejecución de la consulta;
 - Concertación;
5. Es nulo si la información presentada por la autoridad competente a los pueblos indígenas afectados no correspondiere, fuere falsa o contradictoria; o cuando la firma del convenio de validación de acuerdos fuere lograda por presión, amedrentamiento, soborno, chantaje o violencia, o no cuente con el acuerdo mutuo emergente del proceso de consulta y de participación;
6. La decisión a la que se arribe luego del proceso de consulta plasmada en un acuerdo debe ser respetada;
7. En caso de resultado negativo de la consulta, el Estado podrá promover un proceso de conciliación en el mejor interés nacional.

Lo que resulta interesante, dentro del ámbito jurídico normativo de Bolivia, es que existe una diferenciación entre los procedimientos a llevar a cabo en la implementación de

actividades hidrocarburíferas y en las actividades extractivas mineras de metales, esto derivado a que la producción hidrocarburífera se concentra en manos del Estado, no así la minería de metales; en consecuencia, se toman los lineamientos generales establecidos por el derecho internacional y los tratados internacionales ratificados por Bolivia.⁶⁶

En materia de la explotación o utilización de las áreas protegidas, Bolivia promulgó la Ley del Medio ambiente (Ley 1333), que si bien no desarrolla el derecho a la consulta previa, reconoce el derecho a la participación de los pueblos indígenas en cuanto a que el Estado debe "(...) garantizar el rescate, difusión y utilización de los conocimientos sobre el uso y manejo de los recursos naturales con la participación directa de las comunidades tradicionales y pueblos indígenas" (Art. 78).

De lo anterior, se puede observar que, si bien la legislación constitucional y ordinaria de Bolivia ha realizado avances plausibles en pro del reconocimiento a la participación y consulta de los pueblos indígenas, los avances en la implementación se ven limitados e inaplicados por el Estado mismo, esto debido a la carencia de un procedimiento legal formal que haga efectiva la aplicación y el ejercicio del derecho a la consulta previa e informada, que además, sienta las bases para una seguridad jurídica estable a los titulares de tal derecho.

⁶⁶Ibid. Pág. 41.

Colombia

Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1991, y reformó su constitución ese mismo año incorporando en rango constitucional principios de dicho convenio, por lo que fue considerada una de las más progresistas en América Latina, especialmente en términos de la incorporación de derechos territoriales, indígenas, auto Gobierno y autonomía.⁶⁷

En el texto Constitucional Colombiano no se menciona expresamente el "(...) derecho de consulta a pueblos indígenas", sin embargo se configura bajo el derecho de participación, en el Artículo 40, lo cual se integra con el Artículo 330, que dispone que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas no debe realizarse en desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas,⁶⁸ y que "(...) en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".⁶⁹

En 1993, Colombia emite la Ley 99, la cual, en el Artículo 76, establece que la explotación de recursos naturales deberá hacerse previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y negras. Asimismo, el Decreto 1397, promulgada en 1996, obliga al Estado a involucrar y consultar a las comunidades,

⁶⁷ Ibid. Pág. 49.

⁶⁸ James Anaya y Robert A. Williams Jr. *La protección del derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pág. 62.

⁶⁹ Ibid. Pág. 61.

pueblos y organizaciones indígenas respecto de cualquier proyecto o plan de desarrollo que lleve a cabo en sus territorios.⁷⁰ Este decreto aporta, además, un mecanismo de freno y prevención ante cualquier arbitrariedad o actividad que contravenga los intereses de los pueblos indígenas, pues indica que no se podrá otorgar ninguna licencia ambiental sin la realización de estudios de impacto económico, social y cultural, los cuales deben ser completados con la participación de comunidades indígenas, sus autoridades y organizaciones.⁷¹

En 1998, Colombia promulga el decreto 1320 que regula el procedimiento de consulta, sin embargo, el mismo ha sido criticado nacional e internacionalmente por contradecirse con el Convenio 169. En efecto, la Corte Constitucional colombiana⁷² como la Organización Internacional del Trabajo⁷³ ha concluido que dicho Decreto es incongruente con el Convenio 169 de la OIT, lo que ha derivado en la solicitud a los órganos competentes de revisarlo y no observar su aplicación.⁷⁴

En 2009, se creó un Grupo de Trabajo sobre Consulta Previa en el Ministerio del Interior y de Justicia, el cual elaboró un proyecto de ley estatutaria para reglamentar el proceso de consulta, la cual, contradictoriamente, no fue realizada en participación con los titulares del derecho y que, además, era similar al Decreto 1320. En marzo de 2010, el entonces presidente de ese país emitió una directiva en busca de regular la consulta

⁷⁰ Lila K. Barrera-Hernández. **Participación en América Latina: Argentina, Colombia, Perú en Derechos Humanos en el desarrollo de los recursos naturales: participación pública en el desarrollo sustentable de la minería y los recursos energéticos.** Pág. 606.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-652/98.**

⁷³ **CEAR. Observación individual sobre el convenio sobre pueblos indígenas y tribales.** Pág.2.

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, **Sentencia T-880/06.**

previa, la cual fue objeto de inconformidades por parte de los interesados, generando el quiebre del diálogo entre el gobierno y los pueblos indígenas.⁷⁵

La Corte de Constitucionalidad de Colombia ha fallado en reiteradas ocasiones a favor de medidas tendientes a proteger el derecho de consulta de los pueblos indígenas, a manera de ejemplo, dicha Corte, declaró inconstitucionales los cuerpos normativos como la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006) y el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007), por no haber sido consultados previa y adecuadamente con los pueblos indígenas.

En cuanto al deber de consultar las medidas legislativas, la Corte de Constitucionalidad destacó que dicha consulta es obligatoria al darse las circunstancias siguientes:⁷⁶

1. No surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente.
2. Es necesario poner el proyecto de ley en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo.

⁷⁵<http://prensa.politicaspUBLICAS.net/index.php/latina/colombia-directiva-presidencial-sobre-consulta-desvirtua-el-convenio-169-bartolome-clavero#more9621> (Guatemala 2º de enero de 2013).

⁷⁶Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-030/08.**

Tomando en cuenta lo anterior, se puede afirmar que el mayor aporte en cuanto a la promoción del derecho de los pueblos indígenas a la consulta ha sido el Tribunal Constitucional, al emitir sentencias que señalan la inconstitucionalidad de leyes o la violación de derechos fundamentales debido a la falta de una consulta y un proceso adecuado para la realización de éste.

Ecuador

En 1998, Ecuador emitió una Constitución Política que consagra derechos colectivos a los pueblos indígenas y, en el 2008 se aprobó una nueva Constitución que incorporó un apartado específico sobre los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, bajo una óptica más proteccionista y consagrando, específicamente, el derecho a la consulta previa.

Sin embargo, a pesar de esto, la realidad práctica dista mucho de las disposiciones legales vigentes, ejemplo de esto es el caso de la *Comunidad Sarayaku vrs. Ecuador* conocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la cual el Estado permitió iniciar actividades de extracción a una empresa petrolera sin previa consulta ni consentimiento al pueblo de Sarayaku, resolviendo a favor de éste.⁷⁷

⁷⁷CIDH. *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Sarayaku v. Ecuador.*

En cuestión de compromiso internacional, Ecuador ratificó, en 1998, el Convenio 169 de la OIT, otorgando a la vez la prevalencia de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos sobre la legislación nacional y normas internas, y he acá algo importante: la constitución Política Ecuatoriana vigente, en su Artículo 11, reconoce que los derechos reconocidos en ellos "(...) serán de directa e inmediata aplicación [subrayado propio] por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".

De esta manera, dicho cuerpo constitucional, en su Artículo 57, establece que los derechos colectivos se reconocen y garantizan a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y los tratados, convenios, declaraciones y otros instrumentos de derechos humanos. Es de esta forma que se reconoce el derecho a los pueblos indígenas, afro ecuatorianos y montubios, a ser consultados sobre los planes relacionados con proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables ubicados en sus tierras y que puedan ir en detrimento del medio ambiente o su cultura.⁷⁸

Así también en el inciso 7 del Artículo 57 se establece que se tiene derecho a "La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por

⁷⁸ Jaime Vintimilla. "La consulta previa en Ecuador: Un derecho colectivo justiciable o una mera formalidad administrativa? Pág. 21.

los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”.

Nótese pues que dicha base legal se establece un “plazo razonable”, además de advertir el procedimiento correspondiente ante la falta de consentimiento, debiéndose proceder “conforme a la Constitución y la ley”, ambos enunciados nada específicos, pero que sientan el punto de partida de la obligatoriedad de establecer plazos y procedimientos específicos en dicho tema.

Dicho razonamiento se agrega, además, en la orden constitucional contenida en el Artículo 398 de la Constitución que establece que “La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”.

Esta no es sino otra disposición bastante general y que ordena la institución de una norma reguladora sobre el tema de la consulta que, sin embargo, no toma en cuenta las

características específicas como un derecho especial de los pueblos indígenas, además de carecer de la característica de consenso que debe primar en cualquier disposición legal a emitir, remitiendo dicho derecho a un plano alterno y no principal.

De todo esto se puede concluir que, a pesar de los intentos de dar la importancia al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, y con la intención de que un Estado reconozca ese derecho con carácter constitucional, esto no será suficiente si no existe en la práctica medidas positivas, como una ley que establezca el procedimiento de consulta, asignando responsabilidades directas a un órgano administrativo sobre la aplicación de la misma, o un presupuesto público con el cual se logren los objetivos que se pretenden con ella, es difícil lograr una exigencia efectiva de los preceptos que establezca la Constitución, convirtiéndolo dichas disposiciones en letra muerta.

Perú

En Perú, el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente desde 1995, a pesar de haberse ratificado dos años antes. Los tratados internacionales en Perú, en materia de derechos humanos, tienen la misma jerarquía que la Constitución, según lo prescribe los Artículos 3 y 5 y las disposiciones transitorias y finales de dicho cuerpo normativo; sin embargo, lo interesante en la legislación peruana es que dichos tratados tienen fuerza de ley a partir de su ratificación.⁷⁹

⁷⁹Tribunal Constitucional Ecuatoriano. Sentencia N° 03343-2007-PA/TC, fundamento N° 31.

Sin embargo, como en los casos vistos anteriormente, al no estar el Convenio 169 de la OIT plasmado expresa y directamente en una ley, reglamento o Constitución, no es posible considerar su aplicación en forma directa, puesto que no se da la importancia ni valor debido, al derecho de la consulta previa, ni a otras disposiciones en él enunciadas. El argumento anterior, denota una clara posición formalista y poco avanzada sobre la aplicación de dicho convenio dentro de la legislación peruana. Es por ello que, en junio de 2010, el Tribunal Constitucional le otorgó, a dicho instrumento, el valor que le corresponde, asumiendo la postura de que la misma se debe armonizar, en cuestión interpretativa y aplicativa, al derecho interno y los tratados internacionales,⁸⁰ con miras de respetar lo establecido en el Artículo 1 de la Constitución de ese Estado, que establece: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

En sus inicios, la legislación peruana señalaba, de manera dispersa, ciertas disposiciones tendientes a reconocer y regular el derecho de consulta, tales como la Ley General del Ambiente (Ley No. 28611, 2005) que refiere, en forma general, a los derechos de los pueblos indígenas y al derecho de consulta; sin embargo no establecieron los mecanismos para llevar a cabo tal proceso de consulta ni los de sus alcances.

⁸⁰<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=187>. **Argumentos del Estado en defensa de los decretos emitidos en ejercicio de facultades delegadas, presentados en los procesos de inconstitucionalidad iniciados ante el Tribunal Constitucional.** (Guatemala. 05 de febrero de 2013).

Otro ejemplo es el Decreto Supremo No. 12-2008-Em por el cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y, a diferencia de la Ley General de Ambiente, reconoce el derecho a ser escuchadas las preocupaciones de los pueblos interesados, sin embargo no se orienta a conseguir acuerdos.

Es hasta en mayo de 2012 cuando el Congreso peruano aprobó la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas y originarios reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, la cual es considerada como la de mayor avance en este tema, sobre todo por haber sido trabajada en conjunto con organizaciones representantes de los pueblos indígenas.⁸¹

A pesar de los esfuerzos existentes en este Estado, la normativa que aborda el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas sigue siendo dispersa e insuficiente. Además es de notar que los avances logrados han surgido por la lucha incesante de los pueblos indígenas, como ejemplo se puede citar que los mayores logros surgieron luego de los acontecimientos sucedidos en Bagua a causa de la aprobación, en junio de 2008, por parte del Ejecutivo, de una serie de decretos legislativos, con base en facultades legislativas delegadas por el Congreso, que afectaban los derechos de los pueblos indígenas, sin ser previamente consultados con ellos, lo que repercutió en

⁸¹ Oxfam. Ob cit. Pág 74.

manifestaciones de los pueblos indígenas y que fueron reprimidas por el Estado, dejando un saldo de 33 fallecidos, 83 detenidos y 200 heridos.⁸²

Tales acontecimientos, deben servir como precedente para tomar medidas voluntarias por parte del Estado en pro del respeto y promoción a los derechos de los pueblos indígenas, en especial al derecho de consulta previa, tal como lo reconoció el mismo Estado al haber adoptado el Convenio 169 de la OIT.

Chile

El convenio 169 de la OIT fue ratificado en Chile el 15 de septiembre de 2008, durante el gobierno de Michelle Bachelet, sin embargo se dispuso que entrara en vigencia un año después de su ratificación.⁸³

Dicho plazo tan prolongado entre la ratificación y entrada en vigencia del convenio, dio tiempo prudencial a los gobernantes para deliberar sobre las adecuaciones en el sistema interno para la efectiva aplicación de dicho convenio, sobre todo, lo que respecta al derecho a la consulta previa.

Así pues, el mismo día de su entrada en vigencia, el gobierno chileno anunció la promulgación de un reglamento para hacer operativo el derecho de la consulta

⁸³<http://www.elmorrocotudo.cl/admin/render/noticia/17706>. Chile ratifica íntegramente el convenio 169 de la OIT. (Guatemala, 6 de febrero de 2013)

establecido en el mencionado convenio, en especial sobre el deber de consulta estatal a los pueblos indígenas respecto de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, y el derecho a la participación de los mismos en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas regionales y nacionales que puedan afectarles lo cual contrastó en cierto modo con la opinión del tribunal constitucional, por cuanto se pronunció sobre a que tales extremos son normas autoejecutables.⁸⁴

Tal acción dio como resultado la creación del Decreto Supremo 124, del 25 de septiembre de 2009, conocido como "Reglamento de Consulta en Chile", el cual tuvo por objeto hacer operativo el deber de consulta estatal en ese Estado, sin embargo, el mismo fue creado unilateralmente por el gobierno, contradictoriamente a lo establecido en el convenio 169 de la OIT.⁸⁵

Derivado de las polémicas y resistencias causadas en la sociedad civil⁸⁶ dicho decreto generó pronunciamientos internacionales como la del Relator de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los pueblos indígenas, James Anaya,⁸⁷ quien en las recomendaciones hace mención a la necesidad de que dicho instrumento normativo-procedimental sea elaborado en conjunto con los representantes legítimos de los

⁸⁴Corte de constitucionalidad de Chile. Sentencia Rol 1050, 03/04/2008. Y Causa Rol 36-2010

⁸⁵<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=3313> (Guatemala 15 de febrero de 2013).

⁸⁶<http://www.mamiña.ci/index.php/acciones-desde-los-pueblos/93-rechazo-a-propuesta-de-reglamento-de-consulta-a-pueblos-indigenas-en-chile-declaracion-de-autoridades-y-dirigentes-de-pueblos-indigenas-autoconvocados-en-chile> (Guatemala, 15 de febrero de 2013).

⁸⁷James Anaya. Informe A/67/301.



pueblos indígenas en Chile, todo esto, llevó a que dicho reglamento no entrara en vigencia.

Posteriormente, Chile inició acciones consensuadas en pro de la promoción y respeto al derecho de la consulta previa, por ello, se inició el proceso de consulta para acordar la forma de implementación de tal derecho.⁸⁸ Esta intención tuvo, como primera medida, dar a conocer el proceso y permitir el diálogo entre los pueblos consultados y, en el año 2012, el gobierno chileno entregó a los representantes indígenas y a los organismos internacionales la "Propuesta de Nueva normativa de Consulta y Participación Indígena", el cual fue analizado y discutido con los representantes de diversas organizaciones indígenas con el fin de elaborar una contrapropuesta que una vez trasladada dé lugar a la última fase del proceso consistente en la redacción de la normativa definitiva; dicho proceso se espera ser concluido durante el primer semestre de 2013.⁸⁹

Noruega

Noruega ratificó el convenio 169 en 1990. A diferencia de los ejemplos latinoamericanos que se han mencionado, en Noruega, Suecia y Finlandia existen cuerpos indígenas, hasta cierta medida formales (por cuanto tienen voz y voto en relación a las instituciones oficiales del Estado) denominados "Parlamentos". Tales instituciones representativas pueden tomarse como una expresión legítima a los derechos inherentes

⁸⁸<http://www.consultaindigena.cl/qconsulta.html> (Guatemala 15 de febrero de 2013).
⁸⁹*Ibid.*

a sus formas de organización propia, lo que concuerda con el Artículo 8 numeral 2 del convenio 169 de la OIT.

La legitimidad y eficacia de esta forma representativa del pueblo Sami se deduce de la función y estructura que poseen, así por ejemplo, en Finlandia dicho parlamento es el encargado de velar por los derechos del pueblos Sami así como promover la economía, la sociedad y la cultura Sami, asimismo tiene competencias avaladas por el Estado para la administración del lenguaje y la cultura⁹⁰.

El caso de los Sami en Noruega es bastante ejemplar: la Constitución Política de ese Estado permite regular, como deber de las autoridades, creando condiciones para la protección y desarrollo de la cultura, sociedad y lenguaje Sami. El Parlamento Sami, juega una importante labor de incidencia, por cuanto gestiona las áreas de trabajo del Estado en relación a dicho pueblo, así como ser la voz ante las autoridades oficiales e instituciones privadas de presentar cuestiones que afecten los intereses del pueblo Sami.⁹¹

Interesante resulta el poder reconocido a este pueblo, por cuanto el Plenario (autoridad máxima del Parlamento Sami) organiza y delega funciones a diferentes comités que administran, desde escuelas Samis hasta el presupuesto que le corresponda sobre los fondos económicos de la Unión Europea, lo cual concuerda con las funciones y obligaciones del Parlamento Sami Sueco, en cuanto a la administración económica.

⁹⁰ <http://indigena.nodo50.org/sapmi/parlames.htm>

⁹¹ Ibid.

Lo anterior, revela que un auténtico reconocimiento de la legitimidad de las autoridades indígenas en un Estado, conlleva necesariamente al otorgamiento de un presupuesto propio dirigido especialmente a satisfacer las necesidades de estos pueblos, respetando sus formas de organización, sin que esto afecte el sistema oficial reconocido.

Las obligaciones del Parlamento Sami en Suecia ejemplifican la incidencia de éste pueblo en tal Estado, por cuanto, de manera muy amplia, se reconoce y efectiviza el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, haciendo efectivo como consecuencia, el derecho a consulta previa. A continuación se señalan algunas: 1. Crear líneas de acción; 2. Administración Económica; 3. Presentar declaración de Opiniones; 4. Coordinación del trabajo con los parlamentos Samis de Noruega y Finlandia; 5. Contacto con las autoridades y organizaciones públicas; 6. Seguimiento del desarrollo sobre temática indígena en los países nórdicos; 7. Asuntos de Personal; 8. Representación del Pueblo Sami; 9. Revisión económica.⁹²

De estos tres Parlamentos mencionados (Finlandés, Sueco y Noruego), deriva el "Consejo del Parlamento Sami" el cual tiene como objeto fortalecer la cooperación entre los Samis y ser el máximo representante del pueblo Sami a nivel Internacional.

⁹² Ibid.

En mayo de 2005, el gobierno de Noruega y el Parlamento Sami de este Estado acordaron procedimientos para efectuar el derecho de consulta previa. Dicho instrumento reafirma el derecho a ser consultados en cuestiones que les afecten directamente. Tal acuerdo tiene los alcances más amplios en cuestión de la cultura Sami, sus formas de vida, organización, economía, entre otros; sin embargo en cuestiones de naturaleza en los que se considere afectan a la sociedad en su conjunto, dicho acuerdo no tiene alcance. Por ello, en cuestión de territorio, las medidas afectadas se refieren directamente a las reconocidas por el Estado, como áreas Sami tradicionales.

En cuanto al deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, el gobierno informó a sus organismos el objeto de las consultas, el cual se traduce en alcanzar un acuerdo de manera "sincera y genuina" sobre las medidas propuestas y aunque manifiesta que no en todos los casos debe alcanzarse un acuerdo o consenso, el requisito más importante a satisfacer es el de establecer los procesos y procedimientos de consulta necesarios a fin de que el Parlamento Sami ejerza una verdadera influencia sobre el proceso y el resultado final.⁹³

Es pues éste un ejemplo de seriedad y respeto de un Estado hacia los pueblos indígenas que le conforman, por cuanto existe un reconocimiento pleno de los representantes delegados de los Sami, pero también se les da participación en cuanto a la toma de decisiones en las cuestiones sensibles de afectarles directamente, así como

⁹³Organización Internacional del Trabajo. **Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica.** Pág. 68

también se reconoce el Parlamento Sami como un órgano político de necesaria influencia para la actuación del gobierno, y uno de los aspectos más importantes lo constituye la incidencia en la economía propia y la asignación de un presupuesto específico para el desenvolvimiento de las acciones para el desarrollo de ese pueblo, por cuanto se respeta su libre determinación, pero no se excluye del Estado al que pertenecen.

Guatemala

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, en 1996, el derecho de consulta en Guatemala ha sido objeto de polémica respecto a su aplicación, responsable de ejecutar la misma, ámbito de aplicación y los efectos en cuanto a su vinculación.

Lo anterior se refleja en las distintas consultas realizadas en distintos departamentos del país y los conflictos derivados de éste. Así pues, como se explicó en el primer capítulo, han existido diversos mecanismos y vías tomadas generalmente por las municipalidades para hacer efectivo tal derecho, sin embargo, la mayoría de veces las mismas no han sido vinculantes.

A consecuencia de un cuerpo normativo especialmente creado con el fin de regular el procedimiento de consulta, las efectuadas con anterioridad han utilizado como base fundamental el empleo de cuerpos normativos alusivos al derecho de los pueblos

indígenas y que se han utilizado para subsanar la carencia de éstas, entre ellas se encuentra en primer lugar la Constitución Política de la República de Guatemala; el Decreto 11-2002, Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, y el Decreto 11-2002, Código Municipal.

En cuanto a los procesos de supervisión e información en actividades de explotación de recursos renovables y no renovables, se ha utilizado el Decreto 48-97, Ley de Minería; el Decreto 101-96, Ley Forestal; y el Reglamento para la Protección, Conservación, Uso y Aprovechamiento de los árboles del Ecosistema Manglar, Resolución 01.25.98, del Instituto Nacional de Bosques.

Sin embargo, a pesar de que en efecto tales cuerpos normativos pueden implementarse como suplicio en ausencia de un cuerpo normativo específico, los mismos fueron creados para atender determinadas situaciones, como las consultas de vecinos o comunitarias o los cabildos, sin distinción alguna de la condición de pueblo indígena o no.

El gobierno de Guatemala intentó, en el año 2011, promulgar un reglamento por el cual se regulara el procedimiento del derecho de consulta a los pueblos indígenas. El mismo se elaboró unilateralmente por parte del gobierno. Tal acción creó el descontento de los pueblos indígenas y de la sociedad civil.⁹⁴ El reglamento también fue analizado por el relator para las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James

⁹⁴<http://xa.yimg.com/kq/groups/17809804/1885761191/name/Reflexiones.pdf> (Guatemala, 21 de febrero de 2013); <http://www.copaeguatemala.org/2.html> (Guatemala 21 de febrero de 2013)

Anaya, quien, entre otros comentarios, señaló la necesidad de que el mismo fuera consensuado y elaborado en conjunto con los pueblos indígenas, a los cuales afectaría dicho cuerpo normativo.⁹⁵

A consecuencia de la resistencia puesta por parte de la sociedad, tal reglamento no entró en vigencia debido a un amparo interpuesto⁹⁶ el cual fue oportunamente resuelto por la Corte de Constitucionalidad a favor de los interponentes, señalando también la necesidad de que el mismo debía ser consultado con los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, tal como lo estipula el Convenio 169 de la OIT.

Dentro de los mecanismos utilizados, según Camilo Salvadó, investigador, un conteo realizado por la Asociación para el Avance en las Ciencias Sociales, los mecanismos o "modalidades" como ellos le llaman, para realizar las consultas han sido, hasta 2011, el alzamiento de la mano o bien por papeleta, ambos debiendo expresar sobre la aceptación o rechazo de los proyectos a realizar. Sin embargo, previo a la decisión final dentro de las comunidades, se da una serie de procesos informativos, bajo sistemas propios de la comunidad, y se dan momentos de diálogo y discusión entre sus representantes, en especial los líderes oficialmente reconocidos, y parte de los consejos de desarrollo comunitario.

Existen diversos criterios en cuanto a la forma de implementar la consulta a pueblos indígenas, tales como una información a ciertas comunidades previo a la

⁹⁵<http://www.politicaspublicas.net/panel/re/docs/732-2011-observaciones-relator-proyecto-reglamento-guatemala.html#b.6> (Guatemala, 18 de febrero de 2013)

⁹⁶Corte de Constitucionalidad. **Sentencia en amparo en única instancia**, expediente 1072-2011.

implementación de un proyecto de explotación de recursos naturales renovables y no renovables; sin embargo no ha cumplido con el fin del derecho a la consulta como lo inspira el Convenio 169, sino se ha limitado a recabar la opinión de un sector de la población en cuanto a la aprobación o rechazo de tal o cual proyecto en el área que habitan.⁹⁷

Una modalidad, como ejemplo, se puede señalar en lo ocurrido en torno a las actividades de extracción minera de oro por la Compañía Canadiense Montana, S.A. en la mina Marlin I, ubicada en el municipio de Ixtahuacán, departamento de San Marcos, la cual desembocó en el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, evaluando la magnitud de los derechos violentados, solicitó al Estado de Guatemala suspender las actividades mineras hasta resolver las situaciones de daños causados por la mina.⁹⁸

Este caso adquirió relevancia por pasar a una instancia externa fuera de la competencia nacional. Los reclamos de las poblaciones fueron totalmente válidos, si se exponen en *materia de derechos humanos*: la explotación minera conllevó a la contaminación de las fuentes de agua y escasez de las mismas, deforestación del hábitat, enfermedades en las personas y daños a las viviendas.

A causa de la trascendencia dada, al encontrarse este caso ante los ojos de la comunidad internacional, el gobierno de Guatemala intentó promulgar el reglamento de

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Medidas Cautelares 260-07.**



consulta antes mencionado. Como en Colombia, Perú, Ecuador y Chile, tal cuerpo normativo no fue consensuado previamente con los pueblos indígenas, además de no poseer claridad sobre quiénes representaban a los pueblos indígenas ante instancias estatales, pues si bien el Código Municipal reconoce a las comunidades indígenas - siempre y cuando estén debidamente inscritas-, no reconoce la legitimidad de sus representantes. Por el contrario, somete su autodeterminación al control subordinado de un ente estatal oficial e impuesto.

Es de hacer notar, que las actividades de explotación no siempre se limitan a una sola jurisdicción, sino muchas veces abarcan tierras de varios municipios y comunidades indígenas, y éstos se imponen de manera unilateral sin tomar en cuenta la relación no solo económica y cultural de los pueblos indígenas, sino merma en las mismas formas de vida en cuanto a su relación con la naturaleza.

Derivado de todo esto se denota, entonces, la urgente necesidad de tomar acciones por parte del Estado tendientes a reconocer, de manera plena e integral, los derechos de los pueblos indígenas.







CAPÍTULO IV

4. Propuesta de Solución al contenido de los Artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, para la legislación guatemalteca

Como se ha demostrado a lo largo de los capítulos anteriores del presente trabajo, es necesaria y urgente la promulgación de una ley específica, por cuanto el Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de consulta previa a pueblos indígenas y lo desarrolla como derecho coadyuvante a la libre determinación de los pueblos.

En primer lugar, debe tomarse en cuenta la no autoejecutabilidad del Convenio 169 de la OIT, en cuanto al procedimiento para hacer efectivo el derecho de consulta regulados en sus Artículos 6 y 15. Por consiguiente, lo necesario sería promulgar una normativa que regulara este aspecto, *la cual, como se ejemplifica en otros Estados, debe hacerse tomando en cuenta en su discusión y aprobación, a los pueblos susceptibles de ser afectados por este instrumento.*

A continuación se desarrollan ciertos aspectos a tomar en cuenta, al momento de la realización de éste.

4.1. Promulgación de un cuerpo legal ordinario

El intento de promulgar una norma reglamentaria por parte del Gobierno de Guatemala, en el año 2011, fijó criterios para la población sobre lo que no se busca, es decir, si bien

es necesaria una normativa que sustente un proceso de consulta y detalle las garantías, objeto y fin del derecho de consulta para conservar el orden público, esta no puede ser promulgada unilateralmente, pues, como se ha visto, el derecho de consulta involucra, necesariamente, a las medidas legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, por lo que la creación de una normativa, en conjunto con sus legítimos representantes, marca el inicio al respeto del Derecho a la consulta a pueblos indígenas y promovería una real observancia de los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Guatemala.

Una normativa promulgada por el organismo legislativo, implica un proceso de creación formal que otorgaría mayor estabilidad a una legislación previamente negociada y trabajada conjuntamente, garantizando con ello la permanencia, observancia y obligatoriedad de respetarla y ejecutar un procedimiento con apego a la ley, y disminuyendo con ello, los variados criterios provenientes de las distintas aplicaciones e interpretaciones dadas en cada territorio y en cada proceso de consulta individual.

En algunos Estados (como Bolivia o Uruguay) el derecho de consulta se ha colocado en un rango constitucional. Tal acción ha logrado, no solo el reconocimiento al derecho de consulta como tal, sino el poder impugnar ciertas resoluciones o acciones estatales que han pretendido lesionar este derecho, resolviéndose desde el ámbito legal procedimental interno. Por lo que elevar el derecho a un rango constitucional constituiría una garantía de respeto y eficacia del mismo, sin embargo tal posibilidad no soluciona el problema de la no autoejecutabilidad del proceso.

Los Artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT buscan lograr el respeto del derecho de consulta a los pueblos indígenas, a través de la promoción de una negociación e intercambio de propuestas por parte del Estado, los pueblos indígenas y las empresas de explotación de recursos naturales y extractivas. Y habiendo ratificado Guatemala el Convenio 169 de la OIT, se asume que el Estado tiene la obligación de cumplir con ello, debiéndose respetar lo ahí establecido, por lo que no la elevación a rango constitucional del derecho de consulta no sería necesario, si se cumple, con buena fe, dicho convenio.

Por otro lado, también existen normativas internas que, supletoriamente, se utilizan. Sin embargo, éstas no llenan los elementos que señala el convenio en cuanto a las garantías protectoras de una población.

Uno de los principales puntos a tomar en cuenta es el fondo del contenido de la posible ley. La misma, deberá contener, como mínimo, aspectos sobre a quiénes va dirigida, quiénes serán los responsables de ejecutarla y velar por su cumplimiento (lo ideal es crear un órgano específico para esta materia), en qué situaciones deberá aplicarse y, por supuesto, el procedimiento a seguir.

Una disposición de este tipo debe ir dirigida en primer lugar, a los pueblos indígenas, cuyo concepto se complica, sobre todo, por el derecho a la auto identificación y pertinencia de cada individuo. Sin embargo, a nivel internacional este aspecto ha sido ampliamente discutido y sin trascender a los debates que alrededor de tal término se ha dado, pues existen términos propuestos tanto por las Naciones Unidas como por la OIT referente a qué se denomina pueblos indígenas, el cual ha sido uno de los más



reconocidos y utilizados. Incluir una definición sobre qué son pueblos indígenas dentro del cuerpo normativo, identificando directamente a los pueblos que son tenidos por tales en Guatemala, lograría solventar un problema de aplicación a los sujetos a quienes va dirigida.

Actualmente, existen competencias de órganos estatales que velan por que se haga efectiva la consulta o información a las poblaciones, y cuya intervención se limita al tema que les atañe en cuestiones de medio ambiente, entre éstos está el Decreto 11-2002, ley de consejos de desarrollo urbano y rural, regula en su Artículo 1 el sistema de consejos de desarrollo para la participación de los pueblos maya, xinca y garífuna; el Acuerdo Gubernativo No. 84-2009, Sistema Nacional de Diálogo, crea dicho sistema como la vía para un acercamiento político, social y económico de los pueblos indígenas para resolver problemáticas a sus intereses; el Decreto 431-2007, Reglamento de evaluación, control, evaluación y seguimiento ambiental estatuye en el Artículo 47 la participación de la población durante el proceso de elaboración de los instrumentos de evaluación ambiental, para lo cual se debe tomar en cuenta: a) Forma de incentivar la participación pública durante la elaboración del instrumento, b) Forma de participación de la comunidad (entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y/o reuniones de trabajo; describiendo la forma de solicitud de información y demostrando la respuesta si las hubiere, y c) Forma de resolución de conflictos potenciales.

Por ello, la creación de un ente responsable del cumplimiento de la normativa y efectividad del derecho a la consulta para los pueblos indígenas contribuiría a solventar la carencia de un órgano dotado de competencia específica que actúe como mediador



de las negociaciones entre Estado. Dicho ente no tendría funciones técnicas específicas, como los que tienen los ministerios que actualmente intervienen en la autorización a proyectos de explotación de los recursos naturales, y su función más bien tendría que orientarse a la promoción de la negociación y el consenso entre los involucrados. El monitoreo constante a lo acordado y las verificaciones de cumplimiento a su exigencia del cumplimiento de los compromisos posteriores a la terminación de un proyecto de extracción y explotación de los recursos naturales, debería ser expreso.

Administrativamente, dicho ente tendría que dársele el carácter de autónomo, con el fin de evitar que las decisiones u opiniones no tomen partido alguno sobre intereses de las partes que negocian. Según la Constitución Política de la República, en su Artículo 134, es necesario el voto de tres cuartas partes de los diputados al Congreso de la República para la creación de este, votos que serían de difícil obtención. No obstante ello, siempre se puede otorgar independencia suficiente a dicho órgano, y por supuesto, la asignación de un presupuesto para su subsistencia administrativa y ejecutiva del mismo debe ser necesariamente contemplada, respetando su asignación y ejecución.

El derecho de consulta previa es susceptible en todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales que les puedan afectar a los Pueblos Indígenas; en este caso se limitará a desarrollar sobre la implementación de las medidas convenientes a implementar, respecto a la participación de los pueblos y comunidades interesados sobre la utilización, administración y conservación de los recursos naturales.

La creación del cómo deben efectuarse dichas acciones constituiría la base del cuerpo normativo. Un cuerpo normativo de este tipo debe tomar en cuenta las formas de organización propias de cada pueblo indígena, por lo cual no sería viable uniformar un mecanismo o manera de proceder para llevar a cabo una consulta de este tipo, pues contravendría con el respeto a las propias culturas existentes.

Bajo esta consideración, la creación de un cuerpo normativo debería tener el carácter de "Ley Marco", es decir, enmarcarlo dentro de aquellas que versan sobre temas específicos, como los señalados taxativamente en la Constitución Política, y cuya finalidad es la de señalar, a través de normas generales, los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno, cuando proceda a desarrollar y aplicar dichas normas, sin que le esté permitido exceder o desbordar los parámetros trazados.⁹⁹

Lo que se busca es establecer clara y precisamente los momentos en que debe hacerse, determinar quiénes serán los legítimos representantes de los Pueblos Indígenas, y los casos concretos en que se llevará a cabo la consulta, en otras palabras, hacer ejecutable el Convenio 169 de la OIT.

Determinar la representatividad exacta en cada región suele ser complicado, debido a la diversidad de criterios utilizados en las formas de organización de las comunidades, pero pueden ser considerados como tales, como actualmente sucede, los delegados pertenecientes al Sistema de Desarrollo Urbano y Rural, el cual comprende cinco

⁹⁹<http://www.buenastareas.com/ensayos/Ley-Cuadro-Ley-Marco/345344.html>. Guatemala, 13 de marzo de 2013.



niveles: nacional, regional y departamental, previstos constitucionalmente; municipal, contenido en el Código Municipal, Decreto Legislativo 58-88; y el comunitario, contemplado en los Acuerdos de Paz, tal como lo regula el considerando tercero del Decreto 11-2002, ley de consejos de desarrollo urbano y rural.

Además, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural considera que la organización de la población en consejos de desarrollo, tiene por objeto "un instrumento permanente de participación y representación de los pueblos maya, xincay garífuna y de la población no indígena, así como de los diversos sectores que constituyen la nación guatemalteca, sin exclusión ni discriminación de ninguna especie, mediante la creación de los mecanismos y criterios idóneos en los niveles comunitario, municipal, departamental, regional y nacional."¹⁰⁰

La integración de este sistema no es exclusivo de los Pueblos Indígenas y depende jerárquicamente del Presidente de la República, en coordinación con otros órganos gubernamentales, es decir, no otorga independencia a la participación y representatividad de los Pueblos Indígenas, sino por el contrario, crea dependencia de funciones al estar sujetos a una jerarquía oficial preestablecida por una norma formal fuera de las formas de elección propia de autoridades e integrantes de cada población indígena.

Si bien, este tipo de organización trasciende la variedad de funciones administrativas y promueve la participación de los pueblos, desde las bases comunitarias, no es

¹⁰⁰ *Ibid*

específica a las cuestiones que atañen las medidas susceptibles de afectar sus intereses, en cuanto a la toma de decisiones sobre la administración y utilización de los recursos naturales en las tierras que habitan y que son susceptibles de afectarse.

Las autoridades y representantes indígenas han permanecido y variado a lo largo de la historia pre-colonial y colonial, así pues, de los primeros puede ejemplificarse los *aj'quija'b*, quienes son guías espirituales o sacerdotes mayas, o los *kamalbe*, llamados así a los ancianos o principales. Su saber, conocimiento y reconocimiento como autoridad en una comunidad, deriva de su nacimiento según el calendario maya, donde se cree que reciben un don especial que les faculta como personas capaces de ejercer autoridad, como un servicio que deben prestar a la comunidad.¹⁰¹

Las segundas, de origen colonial fueron instauradas en un primer momento para el control de las autoridades del mundo colonial pero luego fueron reapropiadas por la cultura indígena, como las alcaldías y cofradías. Las alcaldías indígenas, fueron instauradas como instituciones de enlace entre las autoridades oficiales y las poblaciones indígenas, para facilitar el control de éste último, sin embargo, al ser reformuladas por los propios Pueblos Indígenas, permiten hoy en día espacios de auto regulación y control propio. Las cofradías en cambio, fueron creadas para el control religioso del mundo indígena.¹⁰²

¹⁰¹<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/06.pdf>. Guatemala, 17 de marzo de 2013.

¹⁰²*ibid.*

La autora Raquel Yrigoyen Fajardo expone que, en la actualidad, han surgido autoridades y formas de liderazgo que tienen su origen en la presencia de movimientos sociales, organizaciones gremiales, partidos políticos, movimientos religiosos y nueva presencia o nuevas formas de presencia en las iglesias, formas de organización local para el desarrollo, organizaciones de promotores de salud, derechos humanos, entre otras. Estas nuevas formas de liderazgo se conjugan con las antiguas, dando un nuevo contenido y que, en tanto son reapropiadas desde el eje cultural indígena, se convierten también en parte de su derecho.¹⁰³

Es importante también formular procedimientos a la consulta a Pueblos Indígenas que marquen los parámetros generales de la actuación en la consulta y regulen los mecanismos propios.

En principio, es necesario definir términos clave como ¿qué es consulta?, ¿Qué se entiende como Pueblos Indígenas? ¿Qué son recursos naturales? Los ámbitos susceptibles de aplicación, los momentos en que deberá recurrirse a la normativa especial, objeto y finalidad de la ley, principios que rigen la ley, y etapas claras y detalladas a seguir.

Así pues, el término de consulta puede tomarse de lo determinado por la misma OIT o bien la convención de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como instrumento promotor del derecho de consulta previa, pues así podría determinarse

¹⁰³ **Ibid.**



como un proceso de diálogo y negociación que tenga por objeto el consenso y beneficio mutuo para las partes, con una génesis genuina y dotada de autoridad.

Es necesario contemplar, en este postulado legal, una descripción de qué son recursos naturales y qué ámbitos abarca, esto debido a que, a pesar de que existen recursos que son propiedad exclusiva del Estado, su explotación afectará el medio ambiente y posibles recursos que son de utilidad a las poblaciones cercanas y poblados inmediatos.

No hay que olvidar que el derecho de consulta debe ir encaminado al diálogo, no solamente sobre medidas administrativas, sino también las legislativas y judiciales susceptibles de afectarles. Por ello es preciso que se defina, no solamente la terminología de lo que se entiende por recursos naturales, sino a las medidas administrativas que conlleven consecuencias a las poblaciones, con inherencia a esos recursos.

Definir los ámbitos o circunstancias en los que debe aplicarse la ley conlleva a especificar los momentos de aplicación de la misma y cuándo tendrá competencia para ser exigida, es decir, es necesario detallar la *afectación directa a los sujetos protegidos* por la mismas, por ejemplo en los casos de minería, explotación o utilización de los recursos forestales, hídricos, carburíferos, fauna y flora; en el caso de que algún proyecto o medida requiera desplazamientos, reasentamiento o división de poblaciones, utilización de sitios sagrados; afectación de actividades económicas, culturales y

sociales en relación con su cosmovisión; alteración de infraestructura; formas de organización, etc.

Debe establecerse claramente el objeto que la ley promueve, bajo un orden y respeto de los procesos, y por supuesto esto debería girar en torno al objeto que promueve el Convenio 169 de la OIT, sobre la búsqueda del consenso o negociación de las partes, prevaleciendo la integridad y autodeterminación de los Pueblos Indígenas y teniendo como fin último la armonía entre Estado y las poblaciones afectadas, en búsqueda del desarrollo óptimo de los Pueblos Indígenas.

Cuando se habla de un consenso se habla de buena fe por las partes involucradas, principio que también regula el Convenio 169 de la OIT, y refiere a establecer parámetros de actuación libre de vicios o ventajas sobre ellas, esto con el fin de lograr un intercambio de información plena y un diálogo libre de coacciones o actuaciones tendentes a favorecer, forzosamente, a una de las partes, previniendo con esto el desorden público y acuerdos justos.

La finalidad de esta normativa sería, en todo caso, hacer ejecutable el Convenio 169 de la OIT, es decir, que sea de aplicación inmediata, eficaz y eficiente. Por ello, es necesario detallar las etapas en que el proceso de consulta debiera llevarse. Ese proceso debe respetarse y promoverse, previo a la implementación de una medida administrativa, legislativa o judicial de afectación directa a los Pueblos Indígenas, haciendo necesario contemplar una etapa de información y divulgación a las poblaciones a través de sus representantes, con el fin de dar inicio al diálogo y



negociación; contemplar una etapa intermedia de monitoreo a lo acordado y establecer una tercera etapa de información sobre los resultados, acompañada de una fiscalización paralela en todo el proceso, con miras de hacer respetar los acuerdos llegados.

Finalmente, siendo esta *normativa* una medida legislativa que afectará directamente a los Pueblos Indígenas y su relación con el Estado, es necesario que la misma se formule con la participación y consentimiento de los legítimos representantes en calidad de referéndum, solo así se puede afirmar una verdadera democracia de Estado y un verdadero respeto a los derechos de los Pueblos Indígenas.



CONCLUSIONES

1. Las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT no son autoejecutables, toda vez que no contienen cláusulas suficientemente precisas y claras, para poder ser aplicadas directamente por los tribunales en caso de que se requiera su reclamo ante éstos, sin necesidad de una medida administrativa o legislativa previa.
2. Al no existir acciones estatales legislativas, administrativas o judiciales no se respeta ni promueve el derecho de consulta previa provocando el irrespeto al derecho de autodeterminación y alejando todo consenso entre la población afectada y el Estado.
3. La implementación de proyectos de explotación de recursos naturales es cada vez más frecuente, hechos que han llevado a la organización de los pueblos indígenas a ejercer, según sus propias formas, el derecho de consulta. El resultado no ha sido respetado ni evaluado por el Estado.
4. El Estado cuenta con legislación supletoria para la observancia del derecho de consulta de los pueblos indígenas que atienden al reconocimiento de ciertas autoridades indígenas; sin embargo, estas leyes son de carácter y aplicación general a la población sin hacer una distinción preferente del derecho a la consulta previa.



5. El Estado al no implementar las medidas necesarias para hacer autoejecutable el Convenio 169 de la OIT, siendo este un instrumento internacional, incumple con sus obligaciones internacionales, siendo susceptible de cualquier llamada de atención o medidas de hecho por la comunidad internacional a la que debe de rendir informe sobre la efectiva implementación de dicho convenio.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, como parte de sus obligaciones internacionales, tiene el deber de promulgar un cuerpo normativo que regule el procedimiento para el ejercicio del derecho de consulta, sin necesidad de medidas administrativas o legislativas previas; en especial para las actividades tendientes a la explotación de los recursos naturales dentro del territorio.
2. Es necesario que el Estado de Guatemala, cree un órgano especializado en la dirección, organización y control de asuntos sobre pueblos indígenas integrado por miembros estatales y representantes de la sociedad civil, debido a la falta de consenso reflejado actualmente, para que éste vele y promueva una normativa que haga autoejecutable los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT.
3. Que el Estado de Guatemala, vele por el respeto al derecho de consulta a pueblos indígenas a través de sus órganos competentes y la creación de un órgano especializado de acuerdo a su propia organización para que se respete, cumpla y monitoree periódicamente los acuerdos llegados, ya que actualmente se imponen formas de consulta ajenas a la población.



4. El Estado, no obstante tener legislación supletoria para la práctica del derecho de consulta, debe crear un cuerpo legal específico, haciendo distinción preferente del derecho de consulta para hacer efectivo y operativo el proceso de consulta especialmente en la implementación de megaproyectos que afectan no solo el territorio de la población sino su autodeterminación.

5. Que el Estado de Guatemala, dé reconocimiento constitucional al derecho de consulta y realizarlo con la participación y anuencia de los pueblos indígenas, por ser derecho fundamental de la población y obligación internacional para una mejor observancia y protección a los derechos de los pueblos indígenas.



BIBLIOGRAFÍA

ALEJOS CÁMBARA, Roberto. **Cómo presentar proyectos de ley**. Guatemala: Fondo de desarrollo democrático y centro canadiense de estudio y cooperación internacional, 1997.

ANAYA, James y Robert A. Williams Jr. **La protección del derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos**. Harvard human rights journal, Vol. 14, s.l.i, 2001.

ANAYA, James. **Informe A/67/301**. S.l.i., s.e. 13 de agosto de 2012. **Apuntes sobre la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina**. http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo_courtis.htm. (Guatemala, 16 de noviembre de 2012).

Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala (AVANCSO), Área de Estudios sobre Campesinado (AEC). **Consultas comunitarias contra megaproyectos**. Guatemala, 2010.

BARRERA–HERNÁNDEZ, Lila K. **Participación en América Latina: Argentina, Colombia, Perú, en derechos humanos en el desarrollo de los recursos naturales: participación pública en el desarrollo sustentable de la minería y los recursos energéticos**. s.l.i. Oxford University Press, 2000.

BENADAVA, Santiago. **Las relaciones entre derecho internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos**. S.l.i., s.e., s.a.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

CALDERON M., Hugo Haroldo. **Derecho administrativo, parte general**. Tomo I. Guatemala: 2,010.

CÁRDENAS LÓPEZ, Jorge Humberto. **Derecho electoral**. Bogotá: Ed. Librería del profesional, 2002.



CARILLO SLACEDO, Juan Antonio. **Soberanía del Estado y derecho internacional**. Madrid: s.e., 1976.

CHO, Key-Sung. **Derecho Internacional**. Argentina: Ed. Belgrano, 1997.

CLAVERO, Bartolome. **Consulta y consentimiento previo, libre e informado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos**. España, 2010.

Comisión de Expertos OIT. **Observación general sobre el Convenio 169, 79.ª sesión, 2008**. (Publicación 2009).

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. **Observación individual sobre el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.(núm. 169)**. Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Demanda de la Comisión Interamericana de derechos humanos en el caso Sarayaku v. Ecuador**. 26 de abril de 2010.

Comisión de Pueblos Indígenas. **Iniciativa de ley de consulta a pueblos indígenas**. Guatemala, 2007.

CONTRERAS GARCÍA, Ana Gabriela. **Comisión de comunidades indígenas, congreso de la República –Programa Valores Democráticos y Gerencia Política/OEA, Iniciativa de Ley de Consulta a los pueblos indígenas**. Guatemala, 2007.

CORNEJO GARCÍA, Felipe. **Normas autoejecutables en los tratados internacionales**. Chile: Universidad de Chile, facultad de derecho, departamento de Derecho Internacional, 2002.

CORREA, Enrique y Marcela Noé. **Nociones de una ciudadanía que crece**. Santiago, Chile: FLACSO-Chile, 1998.



Corte de Constitucionalidad de Chile. **Sentencia Rol 1050, 03/04/2008.** Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989

Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-652/98, M.P.:** Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-737/05, M.P.:** Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, **Sentencia T-880/06, M.P.:** Álvaro Tafur Galvis.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Opinión consultiva, expediente No. 199-95.** Guatemala 18 de mayo de 1995.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Inconstitucionalidad general total, expediente 11792005.**

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Sentencia en amparo en única instancia, expediente 1072-2011.**

CRISTESCU, Aureliu. Relator especial de la subcomisión de la lucha contra las medidas discriminatorias y la protección de las minorías. **El derecho a la autodeterminación: desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas.** 1981.

Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición, 2001.

GARCÍA GARRIDO, Manuel. **Nociones jurídicas básicas.** 5ª edición, Madrid: Universidad nacional de educación a distancia, 1991.

GÓMEZ, Magdalena. **Derecho indígena y constitucionalidad.** Chile: Ponencia, XII Congreso Internacional de la comisión de derecho consuetudinario y pluralismo Legal, Arica. Marzo, 2,000.



GÓMEZ, Magdalena. **Derechos indígenas, lectura comentada del Convenio 169 de la organización internacional del trabajo** México:INI, marzo de 1995.

<http://www.cetim.ch/es/documents/bro12-auto-A4-es.pdf>. **El derecho de los pueblos a la autodeterminación.** (Guatemala, 20 de enero de 2013)

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/325/5.pdf>. **Derecho internacional público.** (Guatemala, 20 de febrero 2013).

<http://es.scribd.com/doc/94927479/pacta-sunt-servanda>. (Guatemala, 20 de febrero de 2013)

<http://prensa.politicaspublicas.net/index.php/latina/colombia-directiva-presidencial-sobre-consulta-desvirtua-el-convenio-169-bartolome-clavero#more9621> (Guatemala 2º de enero de 2013)

http://training.itoilo.org/ils/ils_judges/training_materials/spanish/VonPotobsky.pdf. **Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional.** (Guatemala, 8 de agosto de 2012)

<http://xa.yimg.com/kq/groups/17809804/1885761191/name/Reflexiones.pdf> (Guatemala, 21 de febrero de 2013)

<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20princ%C3%ADpio%20%20homine.pdf>. **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine.** (Guatemala, 11 de abril de 2012)

<http://www.elmorrocotudo.cl/admin/render/noticia/17706>. **Chile ratifica íntegramente el convenio 169 de la OIT.** (Guatemala, 6 de febrero de 2013)

<http://www.politicaspublicas.net/panel/re/docs/732-2011-observaciones-relator-proyecto-reglamento-guatemala.html#b.6> (Guatemala, 18 de febrero de 2013)



Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
Los derechos de los pueblos indígenas en el convenio 169 de la OIT.
Guatemala, s.e., 2004.

ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. **La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco.** Estudios constitucionales [en línea]. vol. 3 [fecha de consulta: 15 de abril de 2012], No.001, 2005, páginas 263-279, disponible en:
<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/IndArtRev.jsp?iCveNumRev=8159&iCveEntRev=820>.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. **Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia.** Argentina: Ed. Universidad del Rosario, 2005.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. **La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos en Colombia.** Grupo Semillas, Revista No. 36/37. Septiembre, 2008.

THOMAS, Federico. **La aplicación de las normas del derecho del trabajo internacional en el derecho interno,** Revista Latinoamericana de Derecho Social, No. 14, enero-junio 2012.

Tribunal Internacional de Justicia. **Sahara occidental, opinión consultiva del 16 de octubre de 1975.**

Tribunal Constitucional Ecuatoriano. **Sentencia N° 03343-2007-PA/TC, fundamento N° 31.**

VINTIMILLA, Jaime. **La consulta previa en Ecuador: ¿Un derecho colectivo justiciable o una mera formalidad administrativa?** En *AportesDPLF*, revista de la fundación para el debido proceso legal, Número 14, año 3, S.l.i., septiembre de 2010.

VITA, Juan Álvarez. **Tratados internacionales y ley interna.** Perú: Fondo de cultura económica, 2001.



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea nacional constituyente, 1986.

Convenio 169. Organización Internacional del Trabajo. 1989.

Código Municipal. Congreso de la República. Decreto 12-2002.

Ley Electoral y de Partidos Políticos. Asamblea nacional constituyente. Decreto 1-85, 1985.

Ley de Comercialización de Hidrocarburos. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 109-97.

Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 11-2002.

Ley Forestal. Congreso de la República. Decreto 101-96.

Ley de Minería. Congreso de la República de Guatemala. Decreto del número 48-97.

Constitución Política de la Nación de Argentina. Congreso General Constituyente, 1994.

Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente, 1999.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Asamblea Nacional Constituyente, 1949.