

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONSULTA COMUNITARIA EN GUATEMALA Y LA
NECESIDAD DE CREAR UN ADECUADO MARCO NORMATIVO EN LA MATERIA
COMO SOLUCIÓN A LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL SUSCITADA POR
ACTIVIDADES MINERAS**

EVA ROCÍO HERRERA RAMÍREZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2015

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONSULTA COMUNITARIA EN GUATEMALA Y LA
NECESIDAD DE CREAR UN ADECUADO MARCO NORMATIVO EN LA MATERIA
COMO SOLUCIÓN A LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL SUSCITADA POR
ACTIVIDADES MINERAS**



y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril de 2015

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

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Br. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Vocal:	Lic. Mauro Danilo García Toc
Secretario:	Lic. Gamaliel Sentés Luna

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Enrique Culajai Chacach
Vocal:	Licda. María Leonor Acevedo Morataya de MC.NISH
Secretario:	Lic. José Antonio Meléndez Sandoval

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).




Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 13 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, LUIS FERNANDO GONZALEZ TOSCANO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
EVA ROCÍO HERRERA RAMÍREZ, con carné 200815660,
 intitulado ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA INEFICACIA DE LA CONSULTA COMUNITARIA DEL CÓDIGO
MUNICIPAL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA LEGISLATIVA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
 bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
 de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
 concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
 técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
 estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
 bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
 que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
 pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

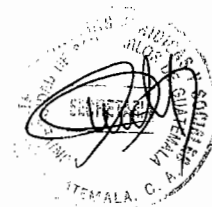
Fecha de recepción 15 / 10 / 2014. f)



Asesor(a)
Licenciado
Luis Fernando Gonzalez Toscano
Abogado y Notario



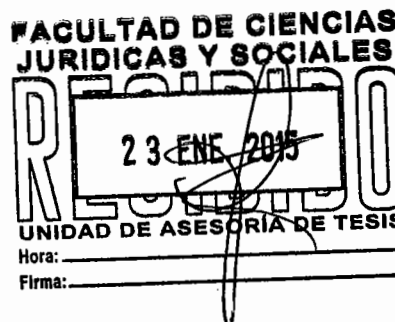
LICENCIADO LUIS FERNANDO GONZALEZ TOSCANO
2ª. Avenida 1-27, zona 1, Cuilapa, Santa Rosa. Tel. 78786523
Correo electrónico mandotoscano@hotmail.com
Colegiado 5,997



Guatemala, 15 de diciembre 2014

Doctor

Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Respetable Dr. Bonerge Mejía:

Como asesor de tesis de la bachiller **EVA ROCÍO HERRERA RAMÍREZ**, en la elaboración del trabajo intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONSULTA COMUNITARIA EN GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE CREAR UN ADECUADO MARCO NORMATIVO EN LA MATERIA COMO SOLUCIÓN A LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL SUSCITADA POR ACTIVIDADES MINERAS”**, me permito manifestarle que dicho trabajo contiene:

a) El título inicial de este trabajo de tesis, era el siguiente: **“ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA INEFICACIA DE LA CONSULTA COMUNITARIA DEL CÓDIGO MUNICIPAL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA LEGISLATIVA”**. Que de conformidad con el contenido del tema, sugerí a la estudiante modificar el título de tesis, fundamentado en el artículo 26 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, con el fin de que fuera más congruente por el tipo de análisis de los temas y subtemas, estando la estudiante conforme a dicha modificación.

b) Desarrolla en el curso del trabajo de investigación, una explicación doctrinaria y legal de la consulta comunitaria. Asimismo manifiesto expresamente que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

c) De conformidad con el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, la estudiante **EVA ROCÍO HERRERA RAMÍREZ**, para la realización del presente trabajo de tesis utilizó el método inductivo, deductivo, y método comparativo, que le facilitaron la producción de conocimientos y criterios válidos para llegar a desarrollar un análisis de la Consulta comunitaria en Guatemala. Se realizó un análisis doctrinario crítico que inicio con el Estado hasta el sistema de gobierno y sistema político, desentrañando el sistema jurídico-político constitucional guatemalteco como fundamento del derecho de participación a través del derecho de consulta; así mismo se abordó la Consulta, principios, etapas del proceso y sujetos abstraídos de jurisprudencia latinoamericana en la materia; se realizó un diagnóstico de la situación de la Consulta comunitaria en Guatemala a través del análisis de dos fallos nacionales de tipo constitucional en la materia; por último se realiza un examen de toda la legislación nacional sobre la que se fundamenta en la actualidad la Consulta y se arriba a una conclusión y una propuesta de generación de un marco

Luis Fernando Gonzalez Toscano
Abogado y Notario

LICENCIADO LUIS FERNANDO GONZALEZ TOSCANO
2ª. Avenida 1-27, zona 1, Cuilapa, Santa Rosa. Tel. 78786523
Correo electrónico mandotscano@hotmail.com
Colegiado 5,997



jurídico adecuado en la materia, estableciendo algunos parámetros ajustados a estándares internacionales. La utilización de la metodología adecuada le permitió hacer las comparaciones pertinentes; se apoyó en una bibliografía adecuada, como fuente de doctrina, posibilitándose de esta manera la estructura de un estudio completo y adecuado de la relación entre la doctrina extranjera y nacional, las citas de la legislación extranjera y la legislación vigente nacional para fundamentar todo el trabajo de investigación de esta tesis. Asimismo

d) Al hacer el análisis del contenido del tema propuesto por la estudiante, el cual reúne los requisitos de la actualidad no sólo en el aspecto académico doctrinario, sino en el aspecto normativo de la legislación guatemalteca vigente, por cuanto en el desarrollo del trabajo trata adecuadamente la necesidad de reformular el papel del Estado, empresas y población en el proceso de Consulta comunitaria, por lo tanto se concluye con una propuesta para la generación de un adecuado marco normativo. En el análisis pude comprobar una redacción coherente y técnica lo que le permite un orden lógico a un trabajo de *tesis ad gradum*.

e) Es importante mencionar que el presente trabajo, contribuye científicamente y sienta las bases de una doctrina para futuras investigaciones.

f) La conclusión discursiva como síntesis del contenido del trabajo de investigación es válida y firme, permite entender con facilidad el desarrollo de la tesis.

g) La bibliografía es extensa, científica, contiene obras mayores y menores de acuerdo a la clasificación bibliotecológica vigente y es novedosa en relación a contenidos y autores.

Durante el desarrollo de los distintos capítulos guie personalmente a la sustentante, la necesidad de modificar el título inicial para ser más congruente con el tema principal, lo que mostró la disponibilidad de acatar las recomendaciones; asimismo la aceptación de los señalamientos e indicaciones pertinentes del uso de una metodología adecuada durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada, lo que le permitió concluir su trabajo exitosamente.

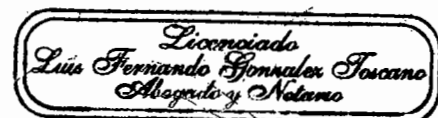
La tesis en cuestión, cumple con los requisitos legales prescritos y exigidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que, el mismo, le permita continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente,

LICENCIADO LUIS FERNANDO GONZALEZ TOSCANO

COLEGIADO 5,997

ASESOR

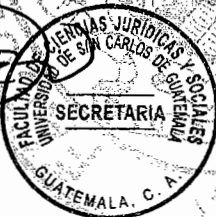




DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 19 de febrero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante EVA ROCÍO HERRERA RAMÍREZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONSULTA COMUNITARIA EN GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE CREAR UN ADECUADO MARCO NORMATIVO EN LA MATERIA COMO SOLUCION A LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL SUSCITADA POR ACTIVIDADES MINERAS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

[Handwritten signature]



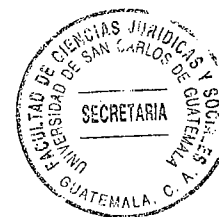
BAMO/srrs.

[Handwritten signature]

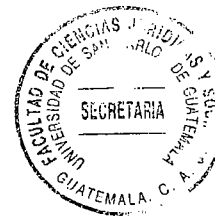
[Handwritten signature]
 Lic. Avidán Ortiz Crellana
DECANO



DEDICATORIA



- A DIOS:** Infinita gratitud.
- A MI PADRE:** Gustavo Herrera: “Por enseñarme a soñar, por darme alas, por cuidar que jamás me las cortaran y por pegarlas cuando lo hicieron. Gracias por romper paradigmas, por enseñarme que no hay límites con las metas que se propongan si hay mucho esfuerzo de por medio, por acompañarme incondicionalmente en cada paso por más pequeño que fue y por todo el amor que me haz dado.
- A MI MADRE:** Carolina Ramírez: “por impulsarme a volar y no dejar que me cayera jamás”. Gracias por enseñarme que en esta vida se debe tener determinación, que todos somos fuertes pero hay que descubrirlo y que sin importar cuantas veces te caigas te tienes que levantar, por ese abrazo que siempre lo cura todo de la paradoja de la mujer más seria y dulce a la vez.
- A MIS HERMANOS:** A mis hermanas: Astrid, Dorita y Karen las amo con todo mi corazón, gracias por su ejemplo, amistad, consejos y apoyo incondicional; a mi hermanito Gustavo porque llena mi vida de alegría.
- A MIS ABUELITOS :** Adolfo, Carmencita y María Olivia, gracias por ser parte fundamental de mi vida, por todo su amor y enseñarme el valor de la fe.
- A MIS PRIMOS Y TÍOS:** Especialmente a mis primos, que este logro sea una motivación para ustedes y sepan que con esfuerzo y dedicación todo se puede lograr.
- A MIS AMIGOS:** Porque han sido parte fundamental en mi vida, gracias por su apoyo incondicional, por compartir conmigo los momentos más alegres, graciosos y complicados.
- EN ESPECIAL A:** La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación es de tipo cualitativo, y versa principalmente sobre derecho administrativo y constitucional relacionado a otras ramas como: derechos humanos, de pueblos indígenas, ambiental y político. Fue realizado en el ámbito temporal comprendido a partir del año 2007 a 2013 y geográfico de San Marcos y Jalapa.

El objeto de investigación de esta tesis, es el análisis de la normativa jurídica en torno a la Consulta Comunitaria en Guatemala y sentencias constitucionales, que niegan su vinculación jurídica, enfatizando la conflictividad social que genera; el sujeto de esta investigación es el caso de Sipacapa, San Marcos y Mataquescuintla, Jalapa.

Con base en un análisis jurídico-social profundo de esta problemática y sus aristas, se genera una propuesta de solución basada en el desarrollo de lineamientos, que deben cumplir en el desarrollo de un adecuado marco normativo en materia de Consulta Comunitaria, que constituye el aporte académico de este trabajo de investigación.



HIPÓTESIS

Se establecieron las variables independientes, dependientes, intervinientes y discretas. El objeto de investigación fue el análisis de teoría, normativa jurídica y sentencias constitucionales sobre consulta; fue el caso de Mataquescuintla, Jalapa y Sipacapa, San Marcos el sujeto de investigación. Se utilizó una hipótesis nula, ya que no se comprobó la variable independiente planteada inicialmente como la única; al haber sido contrastada con la información obtenida se reconoce la existencia de otras variables como resultado.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis fue sometida a comprobación a través del método deductivo, con las variables independientes, dependientes, intervinientes y discretas. La hipótesis inicial fue desvalidada después de haber analizado las sentencias constitucionales, con lo cual se estableció que la reforma del Código Municipal, solo era una arista contemplando todo el ordenamiento jurídico en antinomia jurídica y la aplicación de una política minera antidemocrática por parte del Estado.



ÍNDICE

Introducción.....	(I)
-------------------	-----

CAPÍTULO I

1. El Estado.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Finalidad del Estado.....	1
1.3. Soberanía.....	2
1.4. Características del Estado.....	2
1.4.1. Separación de poderes.....	2
1.4.2. Primacía de ley.....	2
1.4.3. Reconocimiento de garantías y derechos fundamentales.....	3
1.4.4. Integración democrática de los poderes del Estado.....	3
1.5. Elementos.....	3
1.5.1. Población.....	3
1.5.2. Territorio.....	3
1.5.3. Soberanía.....	6
1.5.4. Poder.....	6
1.5.5. Gobierno.....	4
1.6. Formas de gobierno.....	4
1.6.1. Aristocracia.....	4
1.6.2. Monarquía.....	4
1.6.3. Parlamentarismo.....	5
1.6.4. Presidencialismo.....	5
1.6.5. Democracia.....	5
1.7. Democracia como sistema político.....	5
1.7.1. Desarrollo histórico de la democracia.....	6
1.7.2. Autores de la democracia.....	8
1.7.3. El contrato social.....	10



1.7.4. Acontecimientos que configuran la democracia moderna.....	11
1.7.5. Otros conceptos fundamentales.....	12
1.8. Constitucionalismo como sistema jurídico.....	14
1.8.1. Historia del constitucionalismo.....	14
1.8.2. El Estado liberal de John Locke.....	15
1.8.3. Derechos límites del poder.....	15
1.8.4. Separación de poderes.....	16
1.8.5. Reforma constitucional.....	17
1.8.6. El sistema de rigidez constitucional.....	17
1.9. El sistema jurídico-político de democracia-constitucional.....	18
1.9.1. Historia de la democracia-constitucional.....	19
1.9.1. Control constitucional.....	19
1.10. Forma de gobierno jurídico político en Guatemala.....	21

CAPÍTULO II

2. Generalidades de la consulta comunitaria.....	23
2.1. Derecho de participación.....	23
2.2. Definición de consulta comunitaria.....	24
2.3. Fuentes de la consulta comunitaria.....	26
2.3.1. Constitución Política de la República.....	26
2.3.2. Convenios y tratados en materia de derechos humanos.....	26
2.3.3. Leyes ordinarias.....	26
2.3.4. Reglamentos.....	27
2.4. Tipos de consulta en la legislación guatemalteca.....	27
2.4.1. Consulta popular.....	27
2.4.2. Consulta municipal.....	28
2.4.3. Consulta sobre medidas legislativas o administrativas.....	28
2.4.4. Consulta sobre traslados y reubicación.....	28
2.4.5. Convenios sobre enajenación y transmisión de tierras.....	29
2.4.6. Consulta sobre programas de educación.....	29



2.4.7. Consulta sobre aprovechamiento de recursos naturales.....	29
2.4.8. Convenios a vecinos.....	30
2.5. La consulta comunitaria como mecanismo de participación ciudadana..	30
2.6.El derecho de participación como manifestación de libre determinación	34
2.7.Principios de la consulta comunitaria.....	36
2.7.1. Previa.....	36
2.7.2. Libre.....	38
2.7.3. Informada.....	40
2.7.4. Buena fe.....	47
2.7.5. Culturalmente adecuada y accesible.....	49
2.8. Implicaciones de los principios de la consulta comunitaria.....	54
2.9. Origen de los principios de la consulta comunitaria.....	54
2.10.Etapas del proceso de consulta comunitaria.....	54
2.10.1. Etapa epistolar o de información.....	54
2.10.2. Etapa presencial.....	55
2.10.3. Sistematización e informe.....	55
2.10.4. Informe.....	55
2.11. Consecuencias de la falta de consulta comunitaria.....	57
2.11.1. Debilitamiento del régimen democrático-constitucional.....	58
2.11.2. Debilitamiento legal.....	59
2.11.3. Deterioro socio-cultural y ambiental.....	65
2.12. Actores del proceso de consulta.....	67
2.12.1. Contexto de los actores del proceso de consulta en Guatemala	67
2.12.2. Alcalde municipal.....	68
2.12.3. Principales o líderes comunitarios.....	69
2.12.4. Consejos comunitarios de desarrollo.....	71
2.12.5. Las mujeres.....	72
2.12.6. Los maestros.....	73
2.12.7. Organizaciones sociales y oneges.....	73
2.12.8. Partidos políticos.....	74



2.12.9. La comunidad.....	76
---------------------------	----

CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico de la consulta comunitaria en Guatemala.....	79
3.1. Sentencias sobre casos procesos de consulta en Guatemala.....	79
3.2. Síntesis de la sentencia del caso Sipacapa, San Marcos.....	80
3.2.1. Fundamento de los accionantes.....	80
3.2.1. Alegato de los intervinientes.....	82
3.3. Análisis de la sentencia del caso Sipacapa, San Marcos.....	90
3.4. Síntesis de la sentencia del caso Mataquescuintla, Jalapa.....	102
3.4.1. Fundamento de los accionantes.....	103
3.4.1. Argumento de los accionantes.....	105
3.5. Análisis de la sentencia del caso Mataquescuintla, Jalapa.....	112

CAPÍTULO IV

4. La necesidad de desarrollar un adecuado marco normativo.....	117
4.1. Contexto de la consulta comunitaria en Guatemala y América Latina...	117
4.2. Marco jurídico internacional de la consulta comunitaria.....	121
4.3. Marco jurídico nacional de la consulta comunitaria.....	123
4.3.1. Instrumentos internacionales.....	123
4.3.2. Leyes ordinarias y normas reglamentarias.....	125
4.4. Sentencias sobre consulta comunitaria en Guatemala.....	132
4.4.1. Caso Sipacapa, San Marcos.....	132
4.4.2. Caso Mataquescuintla, Jalapa.....	134
4.5. Balance de las sentencias de Sipacapa y Mataquescuintla.....	135
4.6. Ineficacia de la regulación de la consulta en el Código Municipal.....	138
4.7. La necesidad de desarrollar un adecuado marco normativo.....	139
4.8. Lineamientos para el desarrollo de un adecuado marco normativo.....	139



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....

BIBLIOGRAFÍA.....



INTRODUCCIÓN

El derecho de consulta es la operativización del derecho de participación; característica esencial de un Estado democrático y constitucional de derecho; la inobservancia de y falta de reconocimiento ha generado un fuerte conflicto social, en todas aquellas comunidades donde se han llevado a cabo megaproyectos de minería química, sin haberse observado adecuadamente los procedimientos que en un sistema democrático son ineludibles; violando así una serie de derechos humanos consagrados en nuestra Constitución e Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Lo anterior justificó la necesidad de realizar una investigación; considerando que las causales referidas han desencadenado un grave conflicto, cuya respuesta estatal ha sido violenta y represiva, agudizando la crisis e ignorando la vía del diálogo y el consenso como la única vía de solución real.

La hipótesis no fue comprobada, puesto que el reconocimiento del derecho de consulta, no depende únicamente de una reforma al código municipal, sino del desarrollo de todo un marco jurídico en tema de Consulta como solución. Los objetivos se lograron parcialmente, al establecerse que debe desarrollarse todo un marco normativo de consulta vinculado con la política minera; apoyada en las directrices de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y no en las leyes internas; asimismo,



se estableció que la población tiene el legítimo derecho de ser consultada como un requisito esencial para autorizar o no una licencia extractiva.

La tesis contiene cuatro capítulos: el capítulo I aborda al Estado, sus elementos, características, formas de gobierno, enfatizando a la democracia, luego al sistema jurídico de constitucionalismo y su relación; el capítulo III, desarrolla a la Consulta en forma general, tipos, etapas y sujetos; el capítulo IV, expone sobre la Consulta en Guatemala a través de una síntesis, análisis y balance de dos sentencias constitucionales en esta materia que ilustran de forma clara el conflicto que existe entre las empresas apoyadas por el gobierno versus la población; y por último el capítulo V, aborda el contexto del conflicto, el marco jurídico críticamente y expone sus deficiencias, así mismo se analiza el actuar del Estado a través de dos sentencias constitucionales, realizando finalmente una propuesta de solución, estableciendo una serie de lineamientos para el desarrollo de un adecuado marco normativo que ponga fin a esta problemática.

Cada una de las postulaciones presentadas en la investigación, es producto del análisis de la doctrina, la legislación nacional e internacional y sentencias constitucionales; para lo cual se utilizaron los métodos analítico, deductivo y la síntesis. La técnica bibliográfica permitió la recolección del material de estudio.



CAPÍTULO I

1. El Estado

1.1. Definición

Es una forma de organización económica, cultural, social, política y soberana; comprendida dentro de las fronteras de un territorio, integrado por un conjunto de personas que son sujetos de derechos y obligaciones, que se encuentran sometidos a un ordenamiento jurídico, cuya estructuración está determinada con la finalidad de obtener el bien común.

1.2. Finalidad del Estado

El Estado es una organización política, jurídico- social, las causas de su creación son un amplio tema de discusión por los grandes tratadistas de la historia, como: Juan Jacobo Rousseau, John Lock, Thomas Hobbes, entre otros. Con fundamentos que se refieren desde la procura de la paz, así como la protección de la propiedad privada, la realización del bien común, entre muchas otras. Sin embargo, las cartas magnas y constituciones de los diferentes estados del mundo, reconocen formalmente como su fundamento y fin de estructuración: la paz social y la realización del bien común.



1.3. Soberanía

Con el objetivo de alcanzar la paz social y el bien común, el Estado Natural o apolítico pasa a ser un Estado político. En el cual cada uno de sus habitantes, llegan a un consenso o –contrato social-, por medio del cual ceden una cuota de su poder y a la suma de este conforma la –soberanía-. La cual es delegada en unos cuantos que conforman el gobierno, los cuales deben dirigir el Estado en procura de alcanzar sus fines.

1.4. Características del Estado

La organización jurídica, político-social que representa el estado, presenta las siguientes características:

1.4.1. Separación de poderes: la cual consiste en una separación de funciones, entre quien ejecuta las políticas públicas internas y externas, es decir la potestad ejecutiva; con respecto a quien crea, modifica o deroga leyes entendiéndose por esta la potestad legislativa; y quien tiene a su cargo la potestad Judicial de juzgar y aplicar estas normas.

1.4.2. Primacía de ley: los estados modernos se caracterizan por ser estados constitucionales, donde una carta magna rige los derechos humanos y fundamentales de la población, así como la estructura gubernamental y forma de gobierno que se debe seguir; base sobre la cual se rige una serie de instituciones y leyes por medio de las



cuales las autoridades, funcionarios y población se someten, siendo esto lo que conocemos como un estado de derecho.

1.4.3. Reconocimiento de garantías y derechos fundamentales que limitan el poder del Estado: la separación de los poderes del estado, la integración democrática de estos por la población y un marco constitucional y legal adecuado, son el contrapeso adecuado para frenar los excesos el ejercicio del poder por parte del Estado.

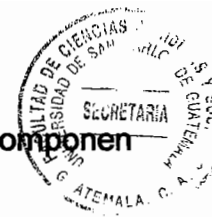
1.4.4. Integración democrática de los poderes del Estado: a través de la democracia representativa son electos los funcionarios que integran los organismos del estado: legislativo, ejecutivo y Judicial; a quienes les es delegada la soberanía, es decir: el poder que deviene de la población.

1.5. Elementos

A su vez el Estado se estructura a través de los siguientes elementos:

1.5.1. Población: se integra por un grupo de personas que comparten entre sí una cultura, etnia, lengua y costumbres similares.

1.5.2. Territorio: es la circunscripción física en la que se asienta la población del estado.



1.5.3. Soberanía: es la suma de libertades de cada uno de los sujetos que componen el conglomerado social, formando así el poder que delegan en el Estado.

1.5.4. Poder: es aquel que tiene la fuerza fundamental para dirigir el comportamiento de un conglomerado social hacia un fin determinado, que en este caso debe ser el bien común.

1.5.5. Gobierno: autoridad electa democráticamente que ejerce la dirección administrativa, económica y política del Estado.

1.6. Formas de Gobierno

Son las formas políticas que utiliza el gobierno de un estado para dirigir el Estado, de las cuales podemos encontrar las siguientes:

1.6.1. Aristocracia: una forma de gobierno concebida en la Grecia Antigua por Platón como el gobierno ejercido solo por los mejores.

1.6.2. Monarquía: es una forma de gobierno, ejercida por un sujeto a quien han delegado de forma hereditaria el poder de por vida; antes y durante la edad media se han dado monarquía absolutas y feudales hasta el siglo XVII, después de la Revolución francesa surge las monarquías constitucionales, así como las monarquías parlamentarias después de la Revolución inglesa.



1.6.3. Parlamentarismo: es una forma de gobierno en la cual el organismo ejecutivo esta sujeto para la designación de sus autoridades en el cargo por el organismo legislativo o parlamento, así mismo este se encuentra encargado de fiscalizar su desempeño.

1.6.4. Presidencialismo: es una forma de gobierno donde están delimitados cada uno de los poderes del estado; legislativo, judicial y ejecutivo. El presidente del organismo ejecutivo es electo de forma directa por la población, este poder es colegislador a través de la potestad legislativa autónoma, tienen injerencia en la creación de leyes a través del veto y hay un límite en la permanencia del poder.

1.6.5. Democracia: es una forma de gobierno que entraña el principio de autogobierno y es un conjunto de reglas y procedimientos para la formación de decisiones colectivas que no intervienen en el contenido o resultados de las mismas.

1.7. Democracia como sistema político

La democracia es un poder que nace desde abajo de la voluntad de la población, titulares de derechos políticos hacia arriba donde se toman las decisiones políticas; por encima del pueblo no existe ningún poder y siempre será el gobierno.

Según Salazar, en su obra: "Democracia- Constitucional", Robert Dahl y Norberto Bobbio, desarrollan una serie de aspectos a los cuales nominan: "Procedimientos universales de la democracia", de los cual se pueden exponer las siguientes ideas



principales: “En la democracia todas las personas tienen derechos políticos entre estos el de elegir y ser electos, su voto tiene valor idéntico de decisión y deben tener opciones para decidir, la decisión debe validarse sobre la base de la “regla de las mayorías”, sin afectar a los grupos minoritarios de la sociedad, que son parte de esta. Así mismo existe libertad de expresión y pensamiento sin importar raza, credo, genero, clase social, etc.”. Así mismo Salazar, en su obra expone la idea de -democracia-, que poseía Pericles en el siglo V a. C, de la cual se pueden extraer puntualmente, lo siguientes: “la administración del Estado, está en manos de la mayoría, no de una minoría; todos velan de igual forma por los intereses colectivos, como si fueran los propios; se interesan por el bienestar de la colectividad, como el propio. Sin importar su estado o su condición está obligado a procurar el bien común, los cargos y reconocimientos públicos son por mérito y esfuerzo y nadie será atacado por su linaje o posición social”.

1.7.1. Desarrollo histórico de la democracia

a. La democracia antigua: la democracia se remonta a la antigua Grecia, la historia política occidental la conoció en el siglo V y VI a. C, así como en el siglo XIX y XX. La democracia como se le conoce hoy en día, surge después de la segunda guerra mundial. Así mismo Salazar en su obra, expone las dos etapas históricas en las que Norberto Bobbio, divide el desarrollo de la democracia, siendo estas: la democracia analítica y la democracia axiológica.



La –democracia analítica-, se desarrolla en la antigüedad, pero cabe enfatizar que su existencia se limita al mundo de las ideas y su desarrollo intelectual. Se caracterizó, sobre las siguiente premisas: su forma directa y las decisiones tomadas colectivamente en asamblea general, por todas las personas que componen la sociedad: la masa, los pobres y la mayoría. Los mecanismos de elección de la democracia antigua eran propios de otros sistemas, como: la monarquía y la aristocracia lo que se consideraba la elección de los mejores. En el periodo antiguo la democracia era considerada el gobierno del pueblo, es decir asociado con los pobres y la plebe. La idea central de la democracia antigua, se basa en lo siguiente: “la sociedad es una misma, comprendiendo a cada una de las personas que la integran, las decisiones se toman en conjunto, ya que de lo contrario no tiene utilidad”. Asimismo, Salazar expone en su obra la percepción negativa de Platón y Aristóteles con respecto a la -democracia antigua-, resumiéndose en la siguiente idea central: “las masas populares o “plebe”, como despectivamente se refieren, son: incompetentes, intolerantes, incapaces e ignorantes y afectaban al gobierno popular”.

b. La democracia moderna: la -democracia axiológica-, se desarrolla en la democracia moderna, donde trasciende del mundo de las ideas a la puesta en práctica. Esta se caracteriza en que las decisiones son tomadas por los representantes populares y se considera el gobierno de todas las personas individualmente consideradas. A pesar de que la democracia estuvo marcada en dos periodos históricos definidos como anteriormente se estableció, la ausencia que tuvo la democracia en la historia política fue únicamente práctica. Ya que siempre estuvo desarrollándose en plano de las ideas puntualmente en: el “defensor de pacis de Marsilio de Padua de



1324”, donde se exige la legitimación del monarca a través de elección popular y no sucesión hereditaria, supremacía legislativa, posibilidad de revocar al gobierno, separación del poder civil y religioso y la afirmación que el gobierno proviene del pueblo; así mismo en “las Vindiciae contra Tyrannos publicada en Francia en 1529”, es allí donde se establece que el pueblo es superior al Rey, porque el pueblo es quien lo instituye, se aboga por la separación del poder civil del religioso y se da origen al pensamiento laico; y por último “el movimiento de los Levellers en la Inglaterra del siglo XVII”, en medio del conflicto social se retorna a la idea del poder popular, abogando por la no distinción de clases, decisiones tomadas por una asamblea con una representación política electa en sufragio universal, es así con el “Pacto del Pueblo Ingles de 1649 que da inicio la democracia con el reconocimiento sin discriminación social. Puede concluirse que la democracia antigua y la moderna son instituciones diferentes y sus similitudes radican esencialmente en los ideales de los cuales se fundan o surgen.

1.7.2. Los autores de la democracia: -Thomas Hobbes-, tiene un papel protagónico en el surgimiento inicial de la democracia, al desarrollar la teoría del “contractualismo”. Según Hobbes, los individuos son lo más importante, son el elemento constitutivo del “estado natural”, a su vez éste es el estado inicial, donde los hombres son libres e iguales y titulares de ciertos derechos naturales. Pero es el estado de libertad de hecho y la igualdad de derecho, la causa de que los hombres se generen el mayor daño: la muerte. Cuando no hay un poder común, hay anarquía y enfrentamientos violentos de los unos con los otros, se da un estado de guerra permanente y con la finalidad de conservar la vida deben salir del estado de naturaleza y fundar un estado civil que



funde un poder común que garantice la paz. Este poder común, se logra a través de la fundación de un estado, pero esto solo puede realizarse a través de un acuerdo, en el cual renuncian voluntariamente a sus bienes, derechos y poderes naturales lo que conforma el –contrato social-, que favorece a un tercero, que puede ser una persona física o moral a la que quedarán sometidos, este es el motivo por el cual el consenso es el principio de legitimidad de la sociedad. Es así como el “contractualismo es el antecedente más antiguo de la democracia-constitucional, porque recoge los derechos naturales y los convierte en positivos, se vuelve una expresión del poder ciudadano que condiciona y legitima al poder político. El poder soberano o político tiene una doble función: la interior que es la procura de la paz y unión; así como la exterior que es la defensa contra cualquier amenaza exterior; así mismo es el resultado de un acuerdo libre y voluntario entre los individuos, pero Hobbes lo interpreto como un poder ilimitado y absoluto.

-Juan Jacobo Rousseau-, es considerado el padre de la democracia, hoy en día su teoría no encaja con la democracia actual o contemporánea cuya forma es representativa; es la democracia antigua de Rousseau en su forma directa, el fundamento del “principio de autonomía política individual”, la pauta que desarrolla a la democracia como es conocida en la actualidad.

Para Rousseau, el poder no queda como lo quiso Thomas Hobbes en las manos de un solo individuo y soberano a través del poder absoluto-ilimitado, sino en las manos de toda la población que conforma la sociedad y constituye la soberanía. Así mismo sostenía en su teoría que el modo en el que los hombres vivían era en paz en el estado



de naturaleza donde eran independientes, aislados, autosuficientes y no vivían en sociedad. Se crea la sociedad civil debido a la aparición de la propiedad privada donde se genera un caos social y es necesario realizar el contrato social para constituir una República. Es el contrato social el que permite crear un acuerdo que distribuya el poder entre los individuos, donde abandonan la sociedad civil desigual y crean la república donde se da la democracia, que es una creación artificial.

1.7.3. El “contrato social”: la idea central de “contrato social” de Rousseau, se puede establecer en la siguiente idea central: “es el acuerdo de la sociedad, por medio de la cual ceden su libertad y su persona voluntariamente para configurar un poder común que los rija y proteja a la persona y los bienes de cada quien, cada miembro es considerado como parte indivisible del todo”.

La libertad se alcanza cuando todos obedecen las leyes que contribuyeron a crear, por ello no es necesario limitar el poder soberano para proteger los derechos individuales, ya que son los mismos individuos los creadores de las leyes a las que están sometidos. El Estado no nace para proteger al individuo de los peligros del estado de naturaleza como creía Hobbes, sino para convertirlo en un hombre libre que obedezca así mismo a través de la voluntad general según Rousseau. Este mismo autor en su concepción democrática, establece que la autoridad absoluta es garantía de libertad, porque esta en manos del “pueblo” su legítimo titular, que por su naturaleza no puede abusar del poder. La democracia de Rousseau fue considerada como el gobierno de las leyes, este defendió la generalidad de la ley como garantía de igualdad entre los ciudadanos, pero a la asamblea popular le otorgo un poder absoluto que por definición rechaza la



constitución como un límite a su poder; ya que este siendo expresión del poder popular garantiza la presencia del pueblo. Asimismo abogo por la separación de poderes; defendió la libertad como autonomía, la participación de la colectividad en las decisiones que limitan las libertades. Estas ideas tuvieron una influencia directa en la Revolución francesa de 1789.

1.7.4. Los acontecimientos que configuran la democracia moderna: en la -Revolución Francesa de 1789-, se limita básicamente la existencia de la Constitución, por primera vez el pueblo es soberano, este se sobrepone a las normas, se intentó asociar al pueblo o nación al ejercicio del poder constituyente. Según Sieyès el poder constituyente no podía quedar sometido a un cuerpo de normas, durante esta etapa no se pudo distinguir claramente entre un poder constituyente y un poder legislativo, este último tuvo una potestad desmedida, no existió el principio de supremacía constitucional y se privilegiaba sobre todas las cosas la voluntad popular.

La -Revolución Americana-, básicamente fue una revolución Constitucional donde se desconfió, estableciéndose reglas y limitaciones a todos los poderes constituidos del estado incluyendo el legislativo, tomaron la experiencia del parlamento inglés donde comprendieron la necesidad de limitar el poder legislativo para lograr la construcción del sistema institucional deseado. Aquí se afirmó la supremacía en una constitución rígida, en base a lo siguiente: permanencia de derechos naturales individuales y valor democrático del poder constituyente. Se puede concluir que los americanos apostaron a un ideal democrático y los franceses a un ideal constitucionalista.



1.7.5. Democracia y otros conceptos fundamentales: -Democracia y autocracia-, La autocracia es contraria al estado democrático; la autocracia es el poder que nace de una posición superior a una inferior, imponiéndose a individuos que carecen de poder y derecho. El gobierno no decide públicamente y no permite ver como y donde se adoptan decisiones, porque el poder autocrático tiene la estrategia de no decir, afirma falsedades, guarda silencio y dice mentiras fundamentándose en falacias, en cambio en la democracia parte de que todos los individuos tienen la misma dignidad, lo que los habilita, en igualdad de condiciones, para conocer y tomar parte en los asuntos públicos.

-Democracia e igualdad-, democracia significa igualdad, pero "igualdad democrática", está consiste en la distribución equitativa de poder de decisión colectiva entre todos los individuos miembros de la colectividad a los que las decisiones se encuentran dirigidas, justificada por el reconocimiento que todos los individuos son iguales y existe a partir del reconocimiento y garantía del sufragio universal.

-Democracia y representación-, en la democracia moderna, las decisiones políticas son tomadas por personas que han sido elegidas con esa finalidad; estas son adoptadas por representantes electos y no directamente por los ciudadanos, en teoría el gobierno representan intereses generales. La democracia es representativa cuando los representantes reflejan, reproducen fielmente las distintas orientaciones o intereses políticos de la sociedad.



-Democracia y Pluralismo-, la democracia además de representativa debe ser plural, ya que existen infinidad de orientaciones y opiniones, así como conflictos entre grupos, cuyos intereses diversos tienen un fundamento en la identidad. La concepción individualista, implica grupos sociales con formas de ver la vida similar en términos de religión, creencias e ideas particulares, pero también compone la sociedad algunas minorías que tengan sus propias formas de vida distintas al de la mayoría, las cuales deben ser respetadas.

-Democracia y regla de mayoría-, la regla de la mayoría es un mecanismo de elección de representantes del poder público en la democracia, “donde la decisión se toma en base a la voluntad colectiva”; pero no es el único método, también están los “pactos o acuerdos” entre las partes que son considerados por Hans Kelsen como “compromisos” cuyo consenso puede superar la necesidad del voto. La regla de mayoría se considera uno de los mejores mecanismos de decisión para un conglomerado social organizado, porque la verdadera garantía de libertad y de igualdad se encuentra en el sufragio universal. Esta regla tiene sus límites, hay casos concretos donde la inexistencia de estos puede desconfigurar el sentido de una democracia. Norberto Bobbio establece tres límites: “validez” porque no pueden suprimirse, ni violarse derechos fundamentales; “aplicación”, los derechos fundamentales no pueden someterse a decisión colectiva y la “eficacia”, las promesas incumplidas por el principio de igualdad que buscaba transformar las relaciones entre las diversas clases sociales. Se puede concluir que no es legítimo limitar, violar o suprimir los derechos fundamentales de ningún ser humano frente a ninguna decisión colectiva, esta escapa al fuero de la sociedad. Porque este



tipo de derechos son protecciones o garantías de los sujetos individualmente considerados frente a los demás.

1.8. Constitucionalismo como sistema jurídico

La “constitución” es un conjunto de reglas que ordenan un ordenamiento jurídico y “constitucionalismo” una forma de analizar e interpretar una constitución. En la antigua Grecia la Constitución era una forma de ordenar las magistraturas, las Constituciones actuales buscan limitar al poder público ejercido por un gobernante y resguardar los derechos fundamentales e individuales de la población, es el gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres.

1.8.1. Historia del constitucionalismo: se debe remontar a la -Carta Magna de las Libertades 1215-, donde se limitó el poder absoluto del monarca a través del parlamento, como sucedió en el artículo 39 de la referida, protegiendo la libertad e integridad personal por primera vez, a través del surgimiento del habeas corpus. Así mismo se sientan las bases para la creación del -“Petition of Right”- en 1628 que estableció una serie de garantías para los súbditos ingleses en el marco de la lucha contra el absolutismo limitando la prisión sin causa, el uso de la ley por parte del rey y cobro de impuestos, así mismo la referida carta es la pauta que inspira el surgimiento del -Bill of Right o Carta de Derechos de 1689-, también en Inglaterra.

1.8.2. El Estado liberal de John Locke: reconoce la existencia de los tres poderes del Estado, esto implica su limitación y coexistencia de una manera que no violen los



derechos fundamentales; ya que si se permite la unión de todos estos poderes obtenemos un Estado Totalitario y si las mezclamos una con otra podemos obtener estados teocráticos, etc. El pensamiento liberal y la doctrina de derechos naturales surgen a partir de la declaración francesa y americana en el siglo catorce (XIV), se afirma en estos cuerpos normativos la limitación del poder político, como ejemplificación el artículo 2 de la Declaración de los derechos del hombre estableció que la finalidad de las organizaciones políticas era la conservación de los derechos imprescriptibles del hombre¹; y en la declaración francesa de 1789 en su artículo 16 se estableció que no tiene constitución la sociedad que no tiene los derechos garantizados y la separación de poderes²; estas constituciones se gestaron en un contexto revolucionario y fundamentadas en ideas contractualistas, como origen de la obediencia del poder público al soberano, entendiendo al soberano como el pueblo. A partir de las dos últimas declaraciones citadas la Constitución del Constitucionalismo se caracteriza por la protección de derechos fundamentales y separación de poderes.

1.8.3. Derecho límites del poder: los derechos naturales se incorporaron a normas jurídicas que se convirtieron en derecho positivo, se convirtieron en derechos establecidos aplicables de igual forma a todos los miembros de la sociedad. El poder público se vio obligado a ejercer el poder público, limitado por el marco de derechos; la limitación jurídica del poder por las leyes, se da primero a través de la sujeción del gobernante realizando sus acciones determinadas por las leyes y el segundo a través de las leyes, limitando el poder para evitar los abusos, ofrece igualdad jurídica a través

¹ **Ibid.** Pág. 84

² **Ibid.** Pág. 109



de normas generales y abstractas. Aquí podemos distinguir entre un estado **jurídico** y un estado de derecho, los dos son estados limitados en sus acciones y realizados sus acciones a través de las leyes, pero solo el segundo limitado por los derechos fundamentales.

1.8.4. Separación de poderes: una característica esencial de un Estado Constitucional es la separación de poderes, es la que se da en la organización del poder político coordinando las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Todo los poderes deben de haber quedado limitados, el legislativo no puede emitir leyes tiránicas porque es vetado por el ejecutivo, los poderes del estado están integrados por toda la sociedad y todo sería producto de negociaciones justas y equitativas, el legislativo configurado por la representación de toda la sociedad; pero para esto debió haberse garantizado primero los derechos naturales y luego los individuales. Esto surge del “gobierno de las leyes” donde un estado enmarca su actuar a una norma y también nace del “despotismo” donde el hombre no tiene límites en el ejercicio del poder. La concepción de libertad de Montesquieu es realizar todas las acciones que la ley no prohíba, puede hacer lo que la ley le permita y no está obligado a todo aquello que la ley no lo obligue. Para garantizar la libertad debió desarrollarse el principio de legalidad y el de imparcialidad, el primero separando a los tres poderes del estado y la imparcialidad en la independencia entre todos los poderes de Estado.

1.8.5. Reforma constitucional: poder que crea las normas inferiores, es decir el legislativo; es un poder legal porque ha sido creando antes de crear las normativa, por el contrario el poder constituyente es un poder ilegal, y tienen una connotación política



que enfrenta sus dificultades en la modificación, abrogación y derogación de las normas constitucionales. La constitución se puede modificar a través de tres formas: incorporación, supresión y sustitución de una norma por otra; mientras que las normas legislativas son modificadas, abrogadas o derogadas. El -poder constituyente- es un poder revolucionario, el cual crea la norma constitucional y el encargado de reformarla le corresponde al -poder constituido-, paradójicamente la Constitución es un límite al poder de reforma. La reforma constitucional debe estar limitada únicamente a reformas marginales, de lo contrario el poder constituido sería constituyente y se vería seriamente amenazada la esencia del cuerpo normativo constitucional, es decir los principios supremos de esta y este límite está integrado por los derechos individuales.

1.8.6. El principio de rigidez constitucional: es la rigidez o flexibilidad de un cuerpo normativo constitucional, puede ser reformada a través de procedimientos constitucionales. La Constitución es flexible- cuando puede ser abrogada, modificada o derogada por una ley ordinaria o por un legislador y es -rígida- cuando las normas ordinarias y los propios legisladores están subordinados a las normas constitucionales. En la rigidez constitucional las normas tienen una fuerza particular, porque solo se pueden hacer cambios normativos a través de procedimientos constitucionales, muy complejos y este elemento es uno de los distintivos con las demás normas de tipo ordinario. La rigidez es un elemento fundamental en el cual se sostiene y edifica el Constitucionalismo. La Constitución debe ser bastante rígida para poder proteger los derechos fundamentales que se encuentran inmersos en este cuerpo de normas superiores.



1.9. El sistema jurídico-político de democracia-constitucional

La democracia-constitucional es una forma de gobierno compuesta por la fusión entre el sistema jurídico del constitucionalismo y el sistema político de democracia, caracterizado básicamente por garantizar el derecho de sufragio universal sin discriminaciones, control constitucional y el pleno ejercicio de derechos sociales mínimos, básico y fundamental como prerequisites para el ejercicio de este modelo jurídico-político.

En la democracia constitucional se unen los derechos fundamentales, libertades individuales y derechos políticos con los derechos sociales, en este sentido existe una enorme discusión con respecto a si su unión en la práctica es viable en el sentido que el Estado puede garantizarlos o en efecto son justiciables. Como antecedentes, diversos autores en el siglo XVIII en el contexto de la Revolución francesa y americana advirtieron de las incompatibilidades del constitucionalismo y la democracia que inevitablemente se fusionaron. Aunque es inevitable negar que estos dos sistemas coinciden en algunos aspectos centrales como el contractualismo (se refiere a la teoría del contrato social: donde todos los individuos seden una parte de su libertad a un representante en el que delegaran el poder para su ejercicio, pero siempre bajo la sujeción del pueblo soberano, la máxima autoridad), la libertad e igualdad en derechos y poder de participación política. El constitucionalismo regula a través de un sistema normativo las relaciones del Estado con los ciudadanos, así como reglas y límites de los poderes estatales. Por otro lado la democracia regula todos los procedimientos referentes a los sujetos tomadores de decisión y como estos se deben llevar a cabo.



1.9.1. Historia de la democracia-constitucional: la primera constitución democrático-constitucional fue la de Weimar en el año de 1919 y la Constitución mexicana en 1917, las cuales se estructuran en dos partes, una dogmática que alberga un conjunto de derechos fundamentales y una parte orgánica que organiza al poder público. Pero es la constitución alemana de Weimar la más notable, la cual se caracterizo por ser democrática, creada por el poder constituyente, que a su vez representa la voluntad colectiva; se reconocen una serie de derechos individuales, entre estos: libertad, participación y “por primera vez de tipo social”; cuyos cuerpos constitucionales le otorgan carácter de derechos fundamentales e inviolables y se debe enfatizar que se inicia la protección de control constitucional. En el modelo democrático-constitucional podemos identificar dos características muy marcadas, la primera son los derechos sociales y la segunda el control constitucional. La Constitución de Weimar fue eliminada con la entrada del nazismo y es por ello que la democracia-constitucional se instala después de la segunda guerra mundial.

1.9.2. Control constitucional: el control constitucional es la segunda característica más notable del modelo democrático-constitucional, el primero surgió en América en el siglo XIX y el segundo en Europa en el siglo XX.

El primero; surgió en américa y defendió de forma difusa los derechos a través de jueces que tenían competencia para conocer todos los asuntos, así mismo fueron utilizados para limitar el poder legislativo, fue así como los jueces desempeñaron el deber de defender la constitución y desarrollaron una interesante fuente jurisprudencial. Tomando las ideas de Alexander Hamilton el poder judicial es el encargado de



intermediar entre la población y el poder legislativo y hacer que este último respete los límites impuestos. Con el control difuso judicial se buscó resguardar las libertades individuales, proteger grupos minoritarios, evitar que el legislativo absorbiera mucho poder y se convirtiera en constituyente; busco garantizar la supremacía de la constitución por encima de la democracia. Se marca un poderoso precedente con el caso Marbury vs. Marshall, en el cual se estableció que la instancia judicial debe aplicar la ley, si hay conflicto entre dos o más leyes debe aplicarse solo una; la constitución supedita a cualquier otra normativa; entre una norma judicial y una constitución prevalece la última, la constitución limita al legislador. La crítica que recibió este – control constitucional de tipo judicial-, verso en el poder que el ente judicial tiene para vetar las normas de un órgano representativo como lo es el ente legislativo, pero hay que entender que los jueces solo están limitando aquella normativa contraria a la constitución, por lo tanto están defendiendo la supremacía constitucional.

En el segundo encontramos el modelo europeo de Hans Kelsen, quien propuso que el control constitucional se concentrara en un solo órgano. Ya que el poder legislativo es muy grande, por lo que se debe controlar al legislador para que no se extralimite en sus funciones, por lo que se establece un proceso de creación normativo que a su vez es una forma de aplicar la Constitución, razón por la cual se debe controlar la constitucionalidad de las normas. Hans Kelsen no diseñó este control constitucional para los derechos fundamentales precisamente, sino para la operativización de alguna estructura orgánica constitucional, este autor estableció que el tribunal constitucional no pertenece al órgano judicial, este realiza una actividad legislativa negativa porque anula una norma y tiene una observancia general y no contradice la separación de poderes,



el control constitucional no afecta la democracia, más bien es una condición para el mantenimiento de esta; la constitución para Hans Kelsen era un elemento técnico para proteger a las minorías, este autor le apuesta a un modelo de democracia parlamentaria que permita la autonomía política de la población, para que la voluntad de cada uno de este cuente y los votos tengan la misma validez e injerencia.

1.10. Forma de gobierno jurídico-político en Guatemala

Guatemala tiene normativamente un sistema democrático-constitucional, considerando que su Constitución posee una parte dogmática y una orgánica, en la primera se encuentran regulados una serie de derechos fundamentales y la segunda toda la estructura y organización del Estado. Asimismo, se reconoce constitucionalmente la protección de la persona humana y se reconoce “el bien común”, como fin supremo, así mismo se contemplan una serie de libertades individuales y derechos sociales.

En Guatemala constitucionalmente también se reconoce como un estado libre, independiente y soberano, que se organiza con la finalidad de garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y sus libertades. Destaca que su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo. Reconoce la separación de poderes legislativo, ejecutivo y judicial y prohíbe la subordinación entre estos. Se establece una limitación al ejercicio del poder público, al consignar que el poder proviene del pueblo y establecer claramente que su ejercicio esta limitado la Constitución; resaltando que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente, sujetos a la ley y jamás superior a ella.



Siguiendo el espíritu jurídico, político y filosófico que entraña el concepto de democracia, podemos establecer que el Estado de Guatemala al reconocer constitucionalmente su forma de gobierno como democrático y representativo, todas las decisiones trascendentales que el gobierno tome, deben ir encaminados a resguardar los derechos fundamentales y humanos de toda la población. Sin excepción; en el caso de Guatemala el estado tiene la obligación en específico de reconocer, respetar y promover las formas de vida de los grupos minoritarios como es el caso de los pueblos indígenas y no vulnerarlos como lo hace en la actualidad.


CAPÍTULO II



2. Generalidades de la consulta comunitaria

2.1. Derecho de participación

Según María Galviz y Ángela Ramírez en su obra: “Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria”, establecen sobre el “derecho de participación”, lo siguiente: “en las democracias constitucionales, la participación es un principio y un valor inherente a la noción y a la esencia misma de democracia, al punto que es difícil concebir la existencia de un verdadero régimen democrático sin derechos de participación y sin mecanismos que garanticen estos derechos de las personas en los procesos [...] de toma de decisiones estatales que puedan afectarlas. En esta lógica, la participación es, además, un fin principal de los gobiernos democráticos, habida cuenta que sus decisiones tienen legitimidad en la medida en que sean producto de la deliberación pública y de la participación ciudadana. Adicionalmente, el principio democrático debe concretarse en la protección de los derechos individuales de participación así como en su ejercicio colectivo. En las democracias constitucionales, los derechos de participación cuentan con protección jurídica tanto en normas internas, como las constituciones políticas, cuanto en instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 169 de la OIT. En este orden de ideas, la participación ciudadana va más allá de los derechos a acceder al



ejercicio de funciones públicas, a conformar los órganos de elección popular y a votar por quienes aspiran a integrar dichos [...] órganos. Para configurar una sociedad auténticamente democrática, los derechos políticos, como primera y básica manifestación del principio democrático, deben complementarse con otros mecanismos y formas de participación, que los Estados deben poner a disposición de todas las personas que habitan su territorio. Este deber estatal tiene particular importancia respecto de las minorías y los grupos vulnerables, a quienes se les deben garantizar las [...] condiciones que les permitan participar real y efectivamente en los asuntos y decisiones que les atañen. Este deber es especialmente importante en relación con los pueblos indígenas, habida cuenta que “los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender sus preocupaciones particulares y que estos pueblos por lo general quedan excluidos de la esfera política. La participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida política, económica y social es entonces un aspecto central y de vital importancia en una verdadera democracia constitucional”³.

Asimismo con respecto al derecho de participación se puede concluir que este se ejerce a través del derecho de consulta.

2.2. Definición de consulta comunitaria

La consulta comunitaria es un mecanismo de participación ciudadana, es la facultad de la que gozan los pueblos indígenas y no indígenas en el marco de una democracia

³ Galvis, María. **Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria**. Pág. 50.

constitucional, que se manifiesta a través de un proceso de diálogo en el cual el estado se comunica con la población, exponiendo los proyectos que se pretenden aplicar con el objeto de que ambas partes evalúen, estudien y analicen los posibles cambios beneficiosos y perjudiciales que dichas acciones tendrían sobre la vida y cultura de la población.

Al respecto Norman Schwartz y Anne Deruyttere en el informe: "Consulta comunitaria, desarrollo sostenible y el Banco Interamericano de Desarrollo", establecieron lo siguiente: "durante el proceso de consulta comunitaria se obtienen reacciones de la comunidad y acepta que la comunidad tiene conocimientos especializados [...] acerca de las dimensiones sociales y físicas de su propia situación, lo cual les lleva a enmendar el proyecto en función de esos conocimientos especializados, al hacerlo la comunidad se transforma en receptora de ayuda asociada en el cambio; es decir, que se aumenta la gama de opciones de que dispone la comunidad con respecto a las acciones que la afectarán, al ocurrir esto, el proceso de consulta habilita a la comunidad a configurar su propio destino. La consulta reconoce los conocimientos especializados de los garantes del proyecto a través de su personal técnico y de los miembros de las comunidades afectadas y se re-estructura en relaciones horizontales lo que puede haberse iniciado como una relación vertical. La consulta es una forma de ampliar la extensión y el alcance del control que tienen las personas sobre las decisiones que afectan a sus propias vidas y sienta [...] las bases para una participación comunitaria dinámica en el proceso de desarrollo"⁴.

⁴ Schwartz, Norman. **Informe de consulta comunitaria, desarrollo sostenible y el Banco Interamericano de Desarrollo**. Pág.11.



2.3. Fuentes de la consulta comunitaria

2.3.1. Constitución política de la República de Guatemala

La carta magna guatemalteca emitida en 1985, contiene una serie de derechos fundamentales entre estos el derecho a la vida, libertad, igualdad, petición, estado democrático y otros inherentes a la persona humana.

2.3.2. Convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos:

Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT; Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas; Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y Convenio marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

2.3.3. Leyes Ordinarias: Código Municipal; Ley de Minería; Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, así como la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente.

2.3.4. Reglamentos: Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental; así como todos aquellos reglamentos que desarrollan las leyes ordinarias citadas anteriormente.



Asimismo, debería existir un marco jurídico adecuado en materia de consulta comunitaria, que sea la base sobre la cual las propias comunidades configuren sus propios reglamentos del proceso, con la finalidad que sus preceptos respeten las instituciones e identidad, así como los demás aspectos sociales y culturales propios del grupo específico que será consultado; esto se fundamenta en el principio de la consulta comunitaria que establece que debe ser “culturalmente adecuado y accesible”.

2.4. Tipos de consultas en la legislación guatemalteca

2.4.1. Consulta popular: es un mecanismo de participación ciudadana, en el cual se convoca a la población para que a través de su voto, decidan sobre algún asunto de enorme trascendencia para el territorio en el que habiten y dicha decisión pueda afectar la vida en los siguientes aspectos: económico, social, cultural, político, etc. Estas consultas según la teoría pueden ser nacionales, departamentales, municipales, distritales o locales, en la legislación guatemalteca podemos encontrar las siguientes consultas populares: constitucional, nacional y municipal.

En Guatemala, la Constitución Política de la República en su Artículo 280, establece la figura jurídica de “consulta popular”; la cual se aplica para determinar la entrada en vigencia o no de alguna reforma constitucional que el Congreso de la República haya aprobado con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados; este tipo de consulta establece que debe someterse a un proceso consultivo previo a la adopción de decisiones políticas de especial trascendencia, cuya convocatoria está a cargo del Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del



Congreso de la República, que fijaran con precisión las preguntas que se someterán a los ciudadanos, esto según el Artículo 173 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

2.4.2. Consulta municipal: en el Artículo 17, inciso k del decreto 12-2002, Código Municipal; podemos encontrar este tipo de consulta de una forma meramente enunciativa, ya que solo se establece que será realizada en asuntos de gran trascendencia para el municipio, pero no se establece a lo largo del cuerpo normativo la forma en que debe realizarse y en qué casos específicos, incluso puede ser que se hayan referido a la consulta de vecinos con un término diferente.

2.4.3. Consulta sobre medidas administrativas y legislativas que afecten pueblos indígenas: es un procedimiento por medio del cual se consulta a los pueblos interesados, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas del tipo anteriormente referido; esto se encuentra fundamentado en el Artículo 6.1.a del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

2.4.4. Consulta sobre traslado y reubicación de pueblos indígenas: este procedimiento se da de forma excepcional, cuando una población indígena debe ser trasladada necesariamente y solo puede darse con el consentimiento externado de forma libre y con pleno conocimiento de causa. Cuando no exista consentimiento, el traslado y reubicación solo pueden darse siempre y cuando se hayan realizado los procedimientos adecuados establecidos en la ley del lugar. Esto se encuentra



fundamentado en el Artículo 16, numeral 2 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

2.4.5. Consulta a pueblos indígenas sobre enajenación y transmisión de tierras:

debe consultarse la forma de como se realizar la transmisión y venta de la propiedad o cualquier tipo de derecho sobre esta a otros sujetos, fuera del grupo poblacional indígena o tribal; según el Artículo 17, numeral 2 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

2.4.6. Consulta a pueblos indígenas sobre programas de educación:

este procedimiento se aplica para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional; según el Artículo 22, numeral 1 del Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

2.4.7. Consulta a pueblos indígenas sobre aprovechamiento de recursos naturales:

este tipo de procedimiento se da en aquellos casos en los cuales la propiedad de los minerales y recursos del subsuelo pertenezcan al Estado o tenga este último derechos sobre otros recursos existentes en las tierras. Esta consulta debe realizarse con la finalidad de determinar los intereses que los pueblos puedan tener y la magnitud en la que estos puedan ser perjudicados, esto se debe dar antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración de los recursos naturales. La población debe ser beneficiada con dicha actividad y percibir indemnizaciones equitativas por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de actividades



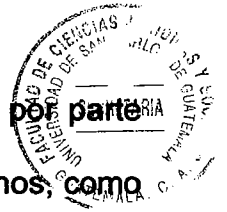
extractivas. Esto se fundamenta en el Artículo 15, numeral 2 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

2.4.8. Consulta a vecinos: cuando se den asuntos de enorme trascendencia y se haga conveniente consultar la opinión de los vecinos, el Consejo Municipal con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes acordara realizar la consulta de acuerdo a las modalidades que se proveen en el Código Municipal, eso según sus Artículos 63, 64, 65 y 66.

2. 5. La consulta comunitaria como un mecanismo de participación ciudadana

La consulta comunitaria, es un mecanismo de participación ciudadana, es la facultad de la que gozan los pueblos indígenas y no indígenas en el marco de una democracia constitucional, que se manifiesta a través de un proceso de diálogo en el cual el estado se comunica con la población, exponiendo los proyectos que se pretenden aplicar con el objeto de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios beneficiosos y perjudiciales que dichas acciones tendrían sobre la vida y cultura de la población.

En la actualidad, varios países latinoamericanos han reconocido en sus ordenamientos jurídicos el derecho a la consulta comunitaria previa, como una forma de participación especial, que pretende garantizar los derechos de los pueblos indígenas y comunidades en general, que se encuentran en el marco de los procesos de toma de decisiones estatales que los afectan.



El reconocimiento del derecho de consulta, se fundamenta en la ratificación **por parte** de los estados de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es así como la consulta comunitaria previa, se erige como una forma especial y específica de participación para comunidades indígenas y no indígenas, que son afectadas en sus derechos por la toma de decisiones a cargo de autoridades estatales, que deben realizar las gestiones necesarias para poner en conocimiento de la comunidad las consecuencias de las decisiones que se planean tomar y generar a su vez la oportunidad de que la población sea un verdadero participante en la adopción de estas, para obtener consentimiento y acuerdos antes de adoptar una decisión que pueda afectarlos de forma directa.

James Anaya Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades de los indígenas, en el año 2011, menciona que: “el deber de celebrar consultas se deriva del derecho primordial de los pueblos [...] indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular”⁵.

Al respecto, encontramos algunos extractos de un conjunto de fallos realizados en América Latina, que fundamentan la Consulta Comunitaria Previa como un mecanismo de participación ciudadana:

⁵ Galvis. **Op. Cit.** Pág. 65.



En Chile, encontramos en la sentencia Rol N° 11.040-2011, de la Corte Suprema, emitida 30 de marzo de 2012, en la que se establece lo siguiente: "QUINTO: Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura [...] el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible"⁶.

En Colombia, encontramos la sentencia C-891 de 2002, emitida el 22 de octubre de 2002, caso Jaime Araujo Rentería, en el cual se concluye lo siguiente:"¹⁵. Además de los mecanismos de participación ciudadana de que son titulares todas las personas (C.P. Art. 2), la participación de los pueblos [...] indígenas se concreta a través del derecho de consulta, tal como lo estipula el parágrafo del artículo 330 superior. Este derecho, ha sostenido la Corte, adquiere el carácter de fundamental en la medida en que constituye un importante medio para [...] garantizar el ejercicio de otro derecho de la misma estirpe, como es la preservación de la integridad étnica a que se refiere el citado canon constitucional"⁷.

Asimismo, se puede destacar otro fallo en Colombia, con la sentencia C-461 de 2008, emitida 14 de mayo de 2008, en el caso Manuel José Cepeda Espinosa, se estableció lo siguiente: "6.3.1. Los procesos de consulta previa son manifestaciones del derecho

⁶ **Ibid.** Pág. 66.

⁷ **Ibid.** Pág.66.

fundamental [...] a la participación de los pueblos indígenas, que se encuentran expresamente reguladas por el derecho internacional y la Constitución Política dentro de un marco jurídico “fuertemente garantista”⁸.



En Perú, la sentencia STC N° 03343-2007-AA, emitida el 19 de febrero de 2009, se resolvió lo siguiente: “En la actualidad, en el ámbito interno debemos referirnos al Decreto Supremo N.° 012-2008-EM, que regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. En dicha normativa se [...] establece que la “consulta es una forma de Participación Ciudadana” de aquellas poblaciones que podrían verse afectadas por un proyecto de Hidrocarburos. Este Decreto Supremo perfecciona lo establecido en la Resolución Ministerial N.° 535-2004-MEM-DM, que también disponía la realización de talleres y consultas a las comunidades que podían verse afectadas⁹”.

Nuevamente en Perú, se da la sentencia STC N° 06316-2008-PA/TC, emitida el 11 de noviembre de 2009: donde se argumentó lo siguiente: “Es decir, cuando nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades [...] en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este

⁸ Ibid. Pág. 67.

⁹ Ibid. Pág. 67.



modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios”¹⁰.


2.6. El derecho de participación como manifestación a la libre determinación

El derecho a la libre determinación, de forma general a todos los pueblos se consagra en el derecho internacional de los derechos humanos a partir de la Declaración de derechos cívicos y políticos, así como en el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales.

El reconocimiento del referido derecho en materia de derecho de los pueblos indígenas se da con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al respecto el “Digesto de jurisprudencia sobre derecho de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria”, establece al respecto lo siguiente: “el derecho a determinar libremente la [...] condición política, desarrollo económico, social y cultural, la libre determinación se refiere al derecho que tienen los pueblos indígenas a decidir sobre su propio destino como pueblos distintos. Este derecho ha sido reconocido ampliamente como un principio del derecho [...] consuetudinario internacional e incluso como una norma de carácter perentorio¹¹”.

¹⁰ **ibid.** Pág. 68.

¹¹ **ibid.** Pág. 68.



Como principio y derecho es “la libre determinación” indispensable para que los pueblos indígenas realicen una efectiva participación e incidencia en las decisiones estatales que los afectan directa o indirectamente. Implicando así también que tienen derecho a tomar decisiones de forma independiente en la que puedan decidir en el ámbito político, desarrollo económico, cultural y social. Así también la libre determinación se debe entender como un proceso continuo que busca asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre su destino, por lo tanto las instituciones de toma de decisiones deben estar establecidas y organizadas de una manera en la cual les permitan tomar decisiones relacionadas con sus asuntos internos-locales y externos de conformidad con estándares internacionales.

Al respecto el Relator de Naciones Unidas relativo a pueblos indígenas, estableció: “que el deber general de realizar consultas deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular [...]. Esta afirmación responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten”¹².

¹² *Ibid.* Pág. 69.



2.7. Principios de la consulta comunitaria

Los procesos de consulta según la jurisprudencia y las normas, deben ser: previa, libre, informada, culturalmente adecuados y accesibles, deben ser de buena fe y encaminados a obtener el consentimiento de las comunidades, contar con un marco regulatorio adecuado, y someterse al deber de obtener decisiones razonadas, objetivas y proporcionales.

2.7.1. Previa: según el Artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, se debe cumplir el deber de consulta debe cumplirse “antes” de:

- a. Adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas;
- b. Aprobar proyectos que afecten sus tierras, territorios y recursos naturales, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos;
- c. Utilizar las tierras de los indígenas para actividades militares; y
- d. Empezar o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

En los casos de Pueblo Saramaka y Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, la Corte Interamericana, estableció: “las consultas [...] deben realizarse con carácter previo, durante “las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. Los [...] estados deben

garantizar “de antemano” la participación efectiva del pueblo en el proceso de evaluación de la emisión de concesiones que van a operar en su territorio”¹³.



Todo proyecto, medida legislativa o administrativa debe ser comunicada a la comunidad afectada de forma inmediata, para que sea involucrada en todo el proceso que esta conlleva. La realización previa del proceso de Consulta, antes de una actividad extractiva de recursos naturales, permite un adecuado proceso de información, discusión y decisión de la población, así como una adecuada y pertinente respuesta por parte del Estado.

Asimismo, el Relator especial en materia de pueblos indígenas, expreso: “las consultas deben realizarse en las primeras etapas de la [...] elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”¹⁴.

Asimismo, el comité de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, estableció que: “las comunidades que puedan resultar afectadas con un Proyecto o una [...] medida legislativa o administrativa deben ser involucradas lo antes posible en el proceso”¹⁵.

¹³ **Ibid.** Pág. 116.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 116.

¹⁵ **Ibid.** Pág. 116.



En Colombia, podemos exponer los siguientes extractos de la sentencia C-129 de 2011, emitida el 3 de marzo de 2011, la cual estableció lo siguiente: “el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad [...] o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución”¹⁶. Asimismo, en la sentencia C-187 de 2011, emitida el 16 de marzo de 2011, versa que: “la consulta debe ser oportuna, lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada [...] la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio”¹⁷.

En Perú, un extracto de la sentencia STC N° 03343-2007-AA, emitida el 19 de febrero de 2009, resolvió lo siguiente: “la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto [...] relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural”¹⁸.

2.7.2 Libre: el consentimiento y los acuerdos a los que lleguen los pueblos indígenas con las autoridades deben ser libres, los estados y cualquier sujeto interno o externo deben abstenerse de influir en cualquier clase de posición que pueda adoptar la población en una Consulta. Según los Artículos 10, 19, 28, 29 y 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 118.

¹⁷ **Ibid.** Pág. 119.

¹⁸ **Ibid.** Pág. 119.



El Relator Especial en materia de Pueblos Indígenas, estableció: “Para que un proceso de consulta sea libre, los Estados deben [...] abstenerse de influir en las posiciones de los indígenas”¹⁹.

Se debe enfatizar que es necesaria la ausencia de coacción y violencia, es decir: de interferencias externas para que pueda establecerse que la Consulta es libre.

Al respecto podemos anotar algunos extractos de las siguientes sentencias: en Colombia, la sentencia SU-039 de 1997, emitida el 3 de febrero de 1997, en la que se establece: “Se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la [...] viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”²⁰.

En Perú, la sentencia STC N° 03343-2007-AA, emitida el 19 de febrero de 2009, en la que se argumentó lo siguiente: “Una vez superada esta etapa de suministro de información se podrá dar inicio a la etapa de participación [...] propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente,

¹⁹ *Ibid.* Pág. 120.

²⁰ *Ibid.* Pág. 121.



la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”²¹.

2.7.3. Informada: el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas es un objetivo, condición y requisito indispensable de las consultas, para la toma de decisiones estatales en ciertas circunstancias como traslados forzosos o almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en los territorios de estos, según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en sus artículos 10, 19, 29 y 32.2.

Una consulta informada necesita fundamentalmente que el estado proporcione información y establezca un vínculo de comunicación entre todas las partes involucradas en la situación de decisión. La población debe conocer todos los riesgos generales, impactos ambientales y de salubridad que tiene el plan de inversión o desarrollo que se planteó, ya que con estos instrumentos pueden tomar de forma voluntaria una mejor decisión.

Antes de autorizar las concesiones de recursos naturales, se deben llevar a cabo estudios de impacto socio-ambientales, que deben de realizarse por entidades con las suficientes capacidades técnicas, personal capacitado; cuya labor obedezca a los más altos estándares internacionales con respeto a las tradiciones y culturas de la población del lugar; y que goce de independencia en la realización de su labor sin que obedezcan

²¹ *Ibid.* Pág. 191.



a intereses empresariales que se dediquen a las actividades extractivas de recursos naturales; se deben incluir en estos estudios los impactos que se han dado en proyectos anteriores y los que producirá el que se pretende realizar.

Para fundamentar el trascendental requisito de la información en la consulta, citaremos algunos extractos de fallos notables al respecto: En el caso de Colombia, podemos ver la sentencia SU-383 de 2003, emitida el 13 de mayo de 2003, en la que se estableció: “conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con [...] miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas”²². Esta resolución resulta de vital importancia, al constatar que no solo establece que la población está en capacidad de discutir la propuesta, sino de plantear soluciones, proponer otros caminos de desarrollo para su comunidad.

Así también la sentencia constitucional plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), emitida el 19 de junio de 2012 en Bolivia, se estableció lo siguiente: “III.4.1. [...] Informada: De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la consulta debe ser informada, es decir, que los [...] pueblos indígenas tengan “...conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo,

²² *Ibid.* Pág. 125.



Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133). La consulta informada para la Corte implica que el Estado acepte y brinde información, y una “comunicación constante entre las partes” (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133). El carácter informado de la consulta se conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, de conformidad a lo señalado por el Relator Especial de la ONU, para quien “En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre [...] el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas deben conocer estos estudios de impacto en las primeras etapas de la consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que plantee...” (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53). Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a participar en la consulta previa y el derecho al acceso a la información son



elementos básicos para respaldar y acrecentar la capacidad de las personas a objeto de salvaguardar y reivindicar “los derechos a la vida y a la integridad personal en situaciones de riesgo ambiental grave, y así contribuir a lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen [...] una amenaza para la salud humana”. Como concluye la Comisión: “el acceso a la información es un prerequisite para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y del privados”²³.

En relación al requisito de “información” de la consulta, el relator especial en materia de pueblos indígenas, estableció: “los pueblos indígenas deben recibir información objetiva y completa, lo que incluye [...] el conocimiento de las repercusiones del proyecto en la vida y el entorno de los pueblos en cuyo territorio se pretende llevar a cabo el proyecto. Por esta razón, los pueblos indígenas deben tener acceso oportuno a [...] los estudios de impacto ambiental y contar con el tiempo suficiente para entenderlos, presentar observaciones y recibir información sobre las inquietudes o preocupaciones que les generen dichos estudios. En este sentido, en algunos casos puede ser necesario que el Estado suministre asistencia técnica a las comunidades, que les permita entender el contenido real de los estudios de impacto ambiental [...] de manera que puedan tomar decisiones plenamente informadas. En relación con las medidas legislativas o administrativas, los Estados deben brindar a los indígenas [...] información sobre las repercusiones que puedan tener dichas medidas”²⁴.

²³ Ibid. Pág. 124.

²⁴ Ibid. Pág. 122.



Según María Galvis y Ángela Ramírez, en su obra: “Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria”, hacen mención de lo siguiente: “La Corte Constitucional de Colombia ha informado que se brinda a los pueblos indígenas debe ser [...] apropiada, de manera que pueda ser comprendida por ellos. Para que los pueblos puedan contar con conocimientos e información plena y amplia sobre estos riesgos y puedan evaluar [...] voluntariamente si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, los Estados tienen la obligación de supervisar la realización de estudios de impacto social y ambiental, de manera que dichos estudios sean realizados i) por parte de entidades técnicas e independientes, ii) de acuerdo con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes, iii) con respeto de las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, iv) antes del otorgamiento [...] de una concesión; y v) deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos. Los pueblos indígenas deben recibir información objetiva y completa, lo que incluye el conocimiento de las repercusiones del proyecto en la vida y el entorno [...] de los pueblos en cuyo territorio se pretende llevar a cabo el proyecto”²⁵.

Para fundamentar el trascendental requisito de la información en la consulta, citaremos algunos extractos de fallos notables al respecto:

²⁵ **Ibid.** Pág. 122.



En el caso de Colombia, podemos ver la sentencia SU-383 de 2003, emitida el 13 de mayo de 2003, en la que se estableció: “conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con [...] miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas”²⁶. Esta resolución resulta de vital importancia, al constatar que no solo establece que la población está en capacidad de discutir la propuesta, sino de plantear soluciones, proponer otros caminos de desarrollo para su comunidad.

Así también la sentencia constitucional plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), emitida el 19 de junio de 2012 en Bolivia, se estableció lo siguiente: “III.4.1. [...] Informada: De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la consulta debe ser informada, es decir, que los [...] pueblos indígenas tengan “...conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133). La consulta informada, para la Corte, implica que el Estado acepte y brinde información, y una “comunicación constante entre las partes” (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133). El carácter

²⁶ *Ibid.* Pág. 125.



informado de la consulta se conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, de conformidad a lo señalado por el Relator Especial de la ONU, para quien “En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre [...] el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas deben conocer estos estudios de impacto en las primeras etapas de la consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que plantee...” (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53). Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a participar en la consulta previa y el derecho al acceso a la información son elementos básicos para respaldar y acrecentar la capacidad de las personas a objeto de salvaguardar y reivindicar “los derechos a la vida y a la integridad personal en situaciones de riesgo ambiental grave, y así contribuir a lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen [...] una amenaza para la salud humana”. Como concluye la Comisión: “el acceso a la información es un prerequisite



para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y del privados”²⁷.

2.7.4. Buena fe: es el objetivo de establecer un dialogo entre el estado y las comunidades basadas en los principios de respeto y confianza; así como la inexistencia de presión, interferencia, coacción o violencia por parte del estado, otros sujetos y terceros que actúan con su autorización o aquiescencia e intenten afectar la libre expresión de decisión de las comunidades con respecto a un asunto en un proceso de consulta comunitaria.

La buena fe debe estar presente en todo el proceso de consulta, todas las etapas y aspectos que este conlleve. Debe asumirse por las partes sin ningún tipo de carácter adversarial, más bien se debe convertir en un espacio para armonizar intereses diversos, es decir que no hay un ganador o un perdedor, sino que significa dialogo el cual permite conocer dos visiones del mundo completamente diferentes, busca un consenso sobre el tipo de desarrollo que es más conveniente adoptar.

Este requisito o principio implica que el proceso debe de iniciarse lo antes posible y resaltar que la información debe fluir adecuadamente de forma clara, comprensible y completa para todas las partes involucradas. Debe mediar un clima de confianza y respeto mutuo entre las partes para que se pueda lograr un dialogo real que permita llegar a un consenso. Es inadmisibles cualquier clase de interferencia o coacción por

²⁷ **Ibid.** Pág. 124.



parte del estado, u otro tercero que realice prácticas como: desintegración de la unión social o comunitaria de los lugares afectados, corrupción de líderes comunitarios, establecimiento de liderazgos paralelos o negociaciones individuales con algunos miembros de las comunidades. Asimismo, el estado no debe delegar en las empresas privadas o en terceros la realización del proceso de consulta.

Algunos extractos de sentencias latinoamericanas al respecto: en Bolivia, la sentencia Constitucional plurinacional 0300/2012, emitida el 19 de junio de 2012, establece lo siguiente:” La buena fe [...] está vinculada con la finalidad de la consulta: llegar a un acuerdo, es decir concertar”²⁸.

En Colombia, la sentencia T-547 de 2010, emitida el 1 de julio de 2010, establece lo siguiente: “por el contrario, se opone al postulado de la buena fe, la reticencia en [...] participar en los escenarios de consulta, o la obstaculización a los mismos, retener o demorar información relevante, actuar con actitud refractaria hacia las inquietudes de las comunidades indígenas y en plan de confrontación con ellas. De esta manera, cuando en torno a la medida que da lugar a la consulta hay una confluencia de intereses, de manera que, además de las comunidades indígenas, hay otros sectores que pueden verse afectados por el sentido de la decisión que se adopte, la consulta previa no puede mirarse como un proceso adversarial, sino, por el contrario, como un escenario de armonización de intereses.

²⁸ **ibid.** Pág.129.



Desde el punto de vista de las comunidades indígenas, a su vez, la buena gobernanza exige plantear ante las instancias correspondientes, de manera inmediata, tan pronto tengan conocimiento de una medida que sea susceptible de afectarles, el requerimiento de consulta y asumir el trámite dentro del espíritu de armonización que se ha señalado, sin que, particularmente, tenga cabida la utilización del instrumento de la consulta como medio para obstruir, obstaculizar o dilatar la ejecución de medidas legítimas. Ello implica aceptar que el proceso de la consulta previa es un escenario para la composición de los intereses divergentes, sin que quepa eludirlo, expresa o tácitamente, como estrategia para hacer prevalecer, al menos temporalmente una posición que no se ha dirimido en el lugar que, precisamente, se ha previsto para ello, que es la consulta²⁹.

2.7.5. Culturalmente adecuado y accesible: no existe una forma específica para el procedimiento de consulta, este debe ser de acuerdo a las circunstancias específicas del país, pueblo o comunidad de que se trate, deben utilizar las practicas propias del lugar que sea adecuado a la circunstancia y a la naturaleza de la decisión, esto según la interpretación de la Relatoría Especial en Pueblos Indígenas, sobre el principio de consulta culturalmente adecuada y accesible, establecida en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El Estado debe tomar medidas para que todos los sujetos que intervienen en el proceso de consulta comprendan procedimientos legales, facilitando intérpretes y demás

²⁹ *Ibid.* Pág. 132.



medidas que tengan en cuenta la diversidad lingüística y cultural en el caso de los Pueblos Indígenas.

Al respecto, se pueden exponer algunos extractos de jurisprudencia latinoamericana: en Bolivia, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012, emitida el 19 de junio de 2012, en la cual se estableció lo siguiente: “III.5.2. Es evidente e innegable que la [...] consulta, concebida como una forma de relación entre el Estado y los pueblos indígenas responde al respeto y reconocimiento de existencia de una sociedad plural; ahora bien, el ejercicio de la consulta como derecho de los pueblos indígenas conlleva a que su realización se efectúe en el marco del consenso y de los procedimientos que el o los mismos pueblos consultados determinen, base siempre, a su cosmovisión, costumbres y forma de vida; ello conlleva a su vez que la consulta constituya una construcción de acuerdos, en los que si bien Estado interviene; empero, debe [...] hacerlo respetando y recogiendo los procedimientos establecidos por los pueblos a través de sus instituciones representativas, actuación que además –tanto estatal como indígena originario campesina– debe efectuarse en el marco de la buena fe”³⁰.

En Perú, la sentencia STC 0022-2009-PI/TC, emitida el 9 de junio de 2010, se resolvió lo siguiente: “31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante [...] que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente

³⁰ *Ibid.* Pág. 141.



ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o **legislativa** que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”. 32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención [...] se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados³¹.

Así mismo el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el caso de los Pueblos Indígenas al establecer que el Proceso de Consulta debe ser culturalmente adecuado, implica tomar en cuenta las diferencias culturales, costumbres específicas de los pueblos y comunidades indígenas. Según el relator especial de pueblos indígenas, preciso lo siguiente: “No existe un modelo único de procedimiento apropiado sino que las circunstancias de cada país y de cada pueblo deben tenerse en cuenta para que el

³¹ **Ibid.** Pág. 141.



proceso de consulta sea adecuado a dichas circunstancias y a la naturaleza de la medida que se pretende consultar”³².

Los procesos deben adecuarse a las circunstancias geográficas y temporales de la comunidad o pueblo indígena, así mismo el Estado debe prestar el acompañamiento necesario a través de intérpretes o adopción de acciones que tomen en cuenta la diversidad lingüística y desconocimiento de la lengua oficial, para que las comunidades puedan acudir y comprender procedimientos legales.

Al respecto, podemos citar los extractos de algunas sentencias: en Bolivia, la sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), emitida el 19 de junio de 2012: “III.5.2...Es evidente e innegable que la consulta, concebida como una forma de relación entre el Estado y los pueblos indígenas responde al respeto y reconocimiento de existencia de una sociedad plural; ahora bien, el ejercicio de la consulta como derecho de los pueblos indígenas conlleva a que su realización se efectúe en el [...] marco del consenso y de los procedimientos que el o los mismos pueblos consultados determinen, en base siempre, a su cosmovisión, costumbres y forma de vida; ello conlleva a su vez que la consulta constituya una construcción de acuerdos, en los que si bien el Estado interviene; empero, debe hacerlo respetando y recogiendo los procedimientos establecidos por los pueblos a través de sus instituciones representativas, actuación que además –tanto estatal como indígena originario campesina– debe efectuarse en el marco de la buena fe”³³.

³² *Ibid.* Pág. 139.

³³ *Ibid.* Pág. 141.



En Perú, la sentencia STC 0022-2009-PI/TC, emitida el 9 de junio de 2010: “31 Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a [...] consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”.

32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración.

En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de [...] intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados”³⁴.

³⁴ *Ibid.* Pág. 141.



2.8. Implicaciones de los principios de la consulta comunitaria: la importancia en el cumplimiento de los requisitos radica en que estos pueden convertirse en un espacio de dialogo, cohesión social, así mismo pueden solucionar y evitar conflictos.

2.9. Origen de los principios de la consulta comunitaria: estos requisitos han surgido de jurisprudencia nacional, internacional, interpretaciones de la Relatoría de Naciones Unidas en materia de pueblos indígenas e interpretaciones del Comité de expertos en aplicación e interpretación de convenios y recomendaciones de la OIT.

2.10. Etapas del proceso de consulta comunitaria

Según María Clara Galvis y Ángela Ramírez en su obra: “Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria”, citan las etapas establecidas en el instructivo presidencial de Chile emitido en enero del año 2008, en el que se fija una serie de etapas para el proceso de consulta, siendo las siguientes: etapa epistolar o de información, etapa presencial, sistematización e informe, informe de consulta, y difusión del resultado de consulta. Las cuales consisten en lo siguiente:

2.10.1. Etapa epistolar o de información: versa principalmente en informar el contenido de la propuesta de proyecto a las comunidades y/o población, organizaciones y dirigentes por parte del estado. Deben apoyarse en medios de comunicación masivos, para asegurarse de que fluya la comunicación y los afectados puedan formular sus propuestas y observaciones.



2.10.2. Etapa presencial: consiste en la realización de talleres primero con las comunidades y segundo con los funcionarios y empleados públicos que participarán en el proceso de consulta. Para el primer grupo se busca explicar los contenidos del proyecto, lograr que todas las aristas de sus implicaciones sean ampliamente conocidas por la población y con el segundo grupo se busca capacitar al personal estatal para que estos comprendan los objetivos, estructura y necesidad de los procesos de consulta, logrando así mismo difundir el carácter multicultural al interior de estos.

2.10.3. Sistematización e informe: de cada uno de los procesos formativos realizados durante la “etapa presencial”, se debe dejar registro a través de la elaboración de un informe, que permita que los asistentes al taller en representación de la comunidad puedan difundirlos con estas, con la finalidad que estos continúen el diálogo con las comunidades y poder formular colectivamente observaciones, planteamientos y propuestas que puedan tomarse en cuenta para la modificación de la propuesta que se someterá a consulta.

2.10.4. Informe: posterior a la realización del proceso de consulta y una vez que se ha recibido la decisión colectiva, se elabora un segundo informe en donde se detalla el proceso en su totalidad y se pondera las decisiones y observaciones de las comunidades en torno a la modificación de la propuesta del proyecto.

Difusión del resultado del proceso: consiste en que el estado debe difundir ampliamente a las comunidades a través de todo tipo de medios masivos de comunicación local, regional y nacional el segundo informe elaborado posteriormente a



la realización de la consulta, donde se recogió la decisión colectiva, para que las comunidades formulen las propuestas, observaciones y planteamientos a la propuesta de proyecto.

En la actualidad no se encuentra regulado expresamente en ningún cuerpo normativo, que etapas o fases deben establecerse en un procesos de consulta, a grandes rasgos se ha señalado que son “los estados [...] los encargados de establecer mecanismos apropiados”³⁵, con esto se puede concluir que son el Estado y las poblaciones o comunidades en dialogo, los encargados de fijar la forma del procedimiento, respetando las instituciones propias de las últimas.

Asimismo, a nivel latinoamericano, existen algunos aportes jurisprudenciales de cortes nacionales que han regulado con respecto al proceso de consulta en Perú, Bolivia, Colombia y Chile. La Corte constitucional peruana estableció una serie de etapas que deben seguir, en Colombia así mismo fue su Corte constitucional la que estableció como requisito obligatorio la definición de un proceso posterior en el que se pueda dar cumplimiento a los acuerdos. En este mismo sentido Chile en la vía administrativa a través de un instructivo presidencial emitido el 25 de junio de 2008 reglamento consultas a iniciativas administrativas y legislativas, además de una complementación a través de un procedimiento muy completo, seguido a partir del mes de enero del año de la emisión de la normativa citada, la cual se desglosa en las fases indicadas anteriormente como etapas del proceso de consulta³⁶.

³⁵ **Ibid.** Pág. 143.

³⁶ **Ibid.** Pág. 142.



2.11. Consecuencias de la falta de consulta a las comunidades

En este sentido podemos acotar lo siguiente: a finales de la década de los 80 e inicios de la década de los 90, en América latina se da el fenómeno en el cual los países comienzan a salir de cruentas dictaduras y en algunos casos de conflictos armados internos, para dar paso a la configuración de un régimen democrático-constitucional, donde por un lado a nivel normativo se reconocen una serie de derechos fundamentales, resguardo de garantías que permitan proteger estos y una configuración de estado, donde sea también la población la que decida y ponga límites a los abusos al poder de los gobiernos.

Considerando la especialidad de América latina en cuanto su fracturada historia de conflictos armados y sociedades que tiene mucho que reestructurar a nivel psicosocial y político, además de la consideración de su riqueza étnica, cultural, geográfica y natural; los primeros pasos en la democratización resultan un verdadero desafío y con muchos problemas en su consolidación. En el contexto de la crisis energética mundial que da inicio en la década de los 90, las potencias mundiales ponen sus intereses en estos territorios para la realización de actividades extractivas, así como otra serie de proyectos puestos en marcha por los estados para satisfacer sus propias necesidades energéticas.

Es así como los regímenes democráticos recientemente configurados sufren sus primeros grandes embates, ya que si los estados latinoamericanos no son capaces de asumir este contexto estas con adecuada madurez democrática, como consecuencia se



crea una grave conflictividad social, cultural, ambiental y política generalizada, ya que los estados son incapaces de garantizar el derecho de participación, un elemento característico y esencial si se toma en cuenta que son estados con un régimen jurídico-político de democracia-constitucional.

En este sentido, se pueden especificar dos consecuencias fundamentales: debilitamiento del régimen democrático-constitucional, debilitamiento legal, y deterioro socio-cultural y ambiental.

2.11.1. Debilitamiento del régimen democrático-constitucional: si el estado es incapaz de garantizar el derecho de participación a través del proceso de consulta para autorizar proyectos de actividades extractivas, el estado está evidenciando su debilidad institucional y una crisis de consolidación democrática. Si por el contrario en el estado no existe voluntad política de garantizar el derecho de consulta, no solo está mostrando una debilidad de su régimen democrático-constitucional, sino además un debilitamiento de la tenue consolidación que ya había alcanzado; ya que no puede haber democracia si las decisiones estatales no son inclusivas con la población.

La consecuencia más difícil de la implicación anteriormente descrita es la “resistencia que se genera en las comunidades” derivada de la inconformidad, lo que crea una “conflictividad social de tal magnitud” que no solo hace considerar a la población que el estado no los toma en cuenta; sino que incentiva y crea por otro lado la percepción y en otros casos la evidencia que el estado toma unilateralmente las decisiones con respecto a las forma de desarrollo que adoptara. En el caso de Guatemala la inconformidad



provoco resistencia de las comunidades que a su vez causo **problemas de gobernabilidad** que el estado no puedo solucionar a través del “dialogo” y utilizo como respuesta la aplicación de la Ley de Orden Público, cuyos mecanismo son represivos considerando que datan del conflicto armado interno, que lógicamente son procedimientos contrainsurgentes con lo que busca dar respuesta a conflictividad social generada por actividades extractivas; un problema y una respuesta que nada tiene que ver con la naturaleza de lo que se pretende solucionar, lo que agrava el conflicto social, de esta manera se restringen los derechos fundamentales y libertades que consagra la constitución guatemalteca actual, contribuyendo al debilitamiento del régimen democrático-constitucional.

2.11.2. Debilitamiento legal: este se puede comprender primero en un plano sustancial y segundo en un plano formal.

a. En el plano sustancial: en términos generales la omisión del Procedimiento de Consulta en la adopción de medidas legislativas y administrativas que afectan directamente la forma de vida de los pueblos indígenas y no indígenas; trae como consecuencia la flagrante violación por parte del estado de el “derecho de participación” materializado a través del “derecho de consulta” y operativizado a través de su procedimiento. Tomando en cuenta que el “derecho de consulta” es propio y legítimo de un régimen democrático- constitucional. Asimismo, debemos tomar en cuenta la doble significación de esta consecuencia para los pueblos indígenas, ya que más allá de vulnerar el derecho anteriormente descrito, para esta minoría étnica se le presenta un segundo riesgo que es la vulneración de su derecho de autodeterminación, ya que se

está imponiendo una forma de desarrollo que en determinado momento puede amenazar seriamente sus formas de vida y todo lo que esto comprende como su cultura, cosmovisión, sus tierras ancestrales, etc.

b. Asimismo en el plano formal: se viola el derecho de participación a través de la autorización de proyectos con emisión de normas legislativas y administrativas que no han observado el proceso de consulta. Fundamentado en fallos de tribunales constitucionales en América latina y lo establecido en el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, la omisión de dicho procedimiento consultivo, trae como consecuencia el incumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos por los estados infractores; la omisión o falta de cumplimiento del deber legislativo y administrativo de los estados al incumplir la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos que vulneran el derecho de participación y consulta; la nulidad de la medida legislativa al no cumplir el procedimiento de consulta para la adopción de esta, es decir una posible inconstitucionalidad normativa y en el plano específicamente administrativo la suspensión de una autorización de proyecto, pérdida de efecto de alguna resolución administrativa y interposición de una acción de amparo para restituir el derecho de participación vulnerado; y al respecto podemos analizar la configuración de consecuencias a través de criterios jurisprudenciales adoptados por los tribunales nacionales en latinoamérica, con respecto a la omisión y violación del derecho de consulta:



c. En normas legislativas: se establece claramente el deber que tiene el estado de consultar toda medida tomada a nivel legislativo, que pueda afectar a comunidades indígenas, esto fundamentado primero en los diferentes instrumentos internacionales en la materia como Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en segundo lugar un conjunto jurisprudencial en la materia devenido de tribunales nacionales en latinoamérica. En el segundo lugar ejemplificando el caso de Argentina donde la cámara contencioso administrativa se declara la inconstitucionalidad de una medida que no fue consultada a las comunidades indígenas en la sentencia “Consejo QUOMPI – LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco”, emitida en Chaco el 21 de abril del año 2006³⁷. Esto se dio fundamentado en la obligatoriedad que la constitución provincial y nacional argentina impone con el reconocimiento del derecho de participación a través de la consulta a los pueblos indígenas en acciones de esta naturaleza, estableciendo específicamente lo siguiente: “con respecto a las comunidades se refiere a tomar parte en la elaboración decisión, ejecución y control de cualquier acción que realice el estado por sí o que delegue a un particular, a desarrollarse en territorio indígena y/o zona de [...] influencia, o que directamente o indirectamente se relaciones (sic) con el Pueblo afectado, cosa que no se cumple en la práctica”. Todo ello me lleva a concluir que el inc. c) del Art. 2 de la Ley N° 4804, es inconstitucional porque se aprobó sin haber consultado previamente a los pueblos indígenas. Pese a que el Artículo 75 inciso 17 de la Constitución, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el

³⁷ Ibid. Pág. 191-192



Artículo 37 de la constitución del Chaco establecen la obligatoriedad de estas consultas, los legisladores y el estado provincial nunca lo hicieron”³⁸.

En Colombia, el tribunal constitucional considero inexecutable la medida legislativa que afecte pueblos indígenas y no haya sido consultada a estos. Ya que la consulta es un derecho de los pueblos, por lo tanto se considera establecida como un mecanismo legitimador o validador del proyecto de ley y su omisión implica un vicio de trámite ya que esta se da dentro de un proceso y al no realizarse este, se esta violando el derecho de participación a través del derecho de consulta, por lo tanto afecta la validez y constitucionalidad de la ley, se convierte en un vicio sustancial más que meramente procedimental, esto según la Sentencia C-030 de 2008, emitida en Colombia el 23 de enero de 2008³⁹.

En Bolivia la jurisprudencia, determino que frente a la omisión de un proceso de consulta se puede validar la norma a través de un proceso posterior de consulta informado y libre; este proceso posterior y no previo fue establecido como condición para dar validez y aplicación efectiva a la normas que omitieron el proceso de consulta esto según la sentencia constitucional plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), emitida en Bolivia el 19 de junio de 2012⁴⁰.

³⁸ **Ibid.** Pág. 192.

³⁹ **Ibid.** Pág. 194.

⁴⁰ **Ibid.** Pág. 194.



d. En normas administrativas: las consecuencias que se pueden dar a nivel administrativo son las siguientes: suspensión de licencias hasta el cumplimiento del proceso de consulta previa, dejar sin efecto resoluciones administrativas que autorizaron un proyecto, y la interposición de una “acción constitucional de amparo” para restituir el derecho de participación a través del proceso de consulta.

-La suspensión de licencias hasta el cumplimiento del proceso de consulta previa-, se dio en Colombia a través de la sentencia T-129 de 2011, emitida el 3 de marzo de 2011. En el cual podemos citar el siguiente extracto: “6.1.2. La corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa [...] sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Además, se han adoptado otras medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas cuando el daño ha sido ocasionado o cuando se advierte la potencialidad del mismo⁴¹”.

-En Panamá se dio el caso concreto de dejar sin efecto resoluciones administrativas que autorizaron un proyecto-, a través de la Sentencia emitida el 6 de diciembre de 2000 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo contencioso administrativo, de donde

⁴¹ **Ibid.** Pág. 206-207.



podemos extraer lo siguiente: “Teniendo como marco referencial las precedentes consideraciones, esta Corporación ha ponderado detenida y responsablemente las sensitivas cuestiones involucradas en la controversia sometida a su consideración, y fundado en ello estima que del examen preliminar de las constancias incorporadas hasta este momento, así como los apreciables impactos ecológicos, sociales y culturales que se derivarán de la puesta en marcha del Proyecto [...] Hidroeléctrico TABASARA II se advierte la presencia de circunstancias inaplazables que justifican adoptar con carácter de urgencia la Suspensión Provisional solicitada, a fin de preservar la integridad del orden jurídico y la tutela del medio ambiente al igual que las formas de vida, tradiciones y costumbres de las comunidades indígenas que se verán directa e irreversiblemente afectadas con el citado proyecto”⁴².

-La interposición de una “acción constitucional de amparo”-, para restituir el derecho de participación a través del proceso de consulta, se dio en Colombia, a través de la Sentencia T-769 de 2009, emitida el 29 de octubre del año 2009, de donde extrae lo siguiente: “4. iii) Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta, esta corporación precisó que el desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación [...] y control, a través de las correspondientes instancias internacionales. Sin embargo, como el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integra a la Constitución y que, específicamente, “ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad

⁴² *Ibid.* Pág. 207.



cultural, social y económica”, la omisión de la consulta en aquellos asuntos en los que la misma resulte imperativa a la luz del Convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. Así, este derecho de consulta es susceptible del amparo constitucional, por cuya vía las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias⁴³.

2.11.3. Deterioro socio-cultural y ambiental

a. Deterioro socio-cultural: el estado al no garantizar el derecho de participación a través del Proceso de Consulta genera descontento, como consecuencia resistencia de las comunidades y problemas gobernabilidad, sino hay “dialogo” adecuando entre estado y población hay medidas represivas y por lo tanto violencia que genera modificaciones en el tejido y cohesión comunitario-social.

Cabe enfatizar así mismo que si no existió proceso de consulta no pueden evaluarse que tan beneficioso puede resultar para la población y que tan compatible puede ser con los pueblos indígenas y si este en determinado caso puede afectar su existencia.

Asimismo, la falta de procedimiento de consulta evidencia que el estado no propicio el acercamiento con las comunidades dando a conocer todo los por menores y contenidos

⁴³ **Ibid.** Pág. 205.



del proyecto. Violentando así el derecho de una consulta previa, libre, de buena fe, informada y culturalmente adecuada.

Según Bárbara Trentavizi y Eleuterio Cahuec en su informe: “Sistematización de los Mecanismos de Participación y Consultas Tradicionales de Pueblos Indígenas Guatemala”, establecen lo siguiente: “para esclarecer este punto es necesario comprender que las Empresas Transnacionales en las comunidades utilizan la técnica de dividir el tejido social ofreciendo ventajas y privilegios a algunos grupos y logrando así penetrar en la sociedad”⁴⁴.

b. Deterioro ambiental: en el tópico ambiental es el principio o requisito “informado” y “previo” su columna vertebral ya que a través de la información se justifica que las comunidades puedan tener en sus manos los estudios de “impacto ambiental” que deben ser conocidos y ampliamente difundidos a las comunidades, a través de la asistencia técnica del propio estado que brinda técnicos capacitados en la materia para que puedan ser comprendidos por los afectados. Cuyos estudios de riesgos ambientales deben ser realizados por empresas altamente calificadas y que gocen de independencia política y libre de cualquier interés estatal y empresarial, que puedan asegurar la fiabilidad del contenido de dicha calificación de riesgos. Esto permite una adecuada información en las comunidades para que puedan tomar una decisión colectiva a través de una consulta previa. Pero si no se realiza el procedimiento de

⁴⁴ Trentavizi, Bárbara. **Sistematización de los Mecanismos de Participación y Consultas tradicionales de Pueblos Indígenas Guatemala.** Pág. 45.



consulta previa, lógicamente si estos principios que garantizan la protección ambiental no se dan y propicia un riesgo de vulnerabilidad ambiental y salud pública.

2. 12. Actores del proceso de consulta comunitaria

Según Bárbara Trentavizi y Eleuterio Cahuec en su informe: “Sistematización de los Mecanismos de Participación y Consultas Tradicionales de Pueblos Indígenas Guatemala”⁴⁵, los actores que intervienen en un proceso de consulta son: el alcalde municipal, los principales o líderes comunitarios, los consejos comunitarios de desarrollo o COCODES, las mujeres, los maestros, organizaciones Sociales y ONG, partidos Políticos, y demás actores sociales. Adicionalmente, fuera de esta clasificación puede adicionarse a la comunidad.

2.12.1. Contexto de actores en el proceso de consulta en Guatemala: en Guatemala se debe considerar que el proceso de consulta en un proceso que se encuentra regulado en la legislación guatemalteca, más no llevado a la práctica adecuadamente cuando de autorización de licencias extractivas por parte del gobierno central se trata.

De esta forma se obvió por parte del gobierno central cualquier tipo de comunicación e información de los megaproyectos con las comunidades, siendo del conocimiento de las comunidades la existencia de las licencias extractivas muchas veces hasta que se

⁴⁵ **Ibid.** Pág. 45-57.



traslada la notificación por parte del Ministerio de energía y minas al gobierno municipal.⁴⁶ Lo que genera rechazo en base al desconocimiento y resistencia comunitaria que busca por sus propios medios la información necesaria, iniciando así las movilizaciones necesarias para realizar una consulta donde manifiesten su opinión acerca del proyecto que se piensa realizar, razón por la cual el papel de todos los actores que participan en la consulta comunitaria, se convierte en muy complejo y difícil.

2.12.2. Alcalde municipal:

a. Concepto: es el representante de la municipalidad y el municipio y el encargado del ejercicio de la personería legal del mismo, en la administración del poder ejecutivo municipal⁴⁷.

b. Papel del alcalde municipal en el proceso de consulta: el alcalde municipal se encuentra en medio de los intereses del gobierno central y su política energética; y la decisión y voluntad comunitaria. Cualquiera de las dos decisiones por las que se incline será difícil de afrontar, así que debemos entender la complejidad que sobre este actor se suscita.

Según Bárbara Trentavizi y Eleuterio Cahuec en su informe: “Sistematización de los Mecanismos de Participación y Consultas Tradicionales de Pueblos Indígenas Guatemala”, podemos ejemplificar dos casos a través del proceso de consulta de San

⁴⁶ *Ibid.* Pág. 45.



Juan Ixcoy, Huehuetenango y Cunén, Quiché. En el caso de San Juan Ixcoy Ministerio de energías y minas envía la notificación de la licencia extractiva al Alcalde municipal y este somete la circunstancia a un proceso de consulta, donde es la misma municipalidad la que realiza la promoción, concientización y coordinación del proceso manteniendo una adecuada comunicación con las alcaldías indígenas. En caso contrario en Cunén la municipalidad no tuvo la iniciativa de realizar la consulta, fue determinada por la petición de la población, logrando al final el apoyo del gobierno municipal desde el inicio del proceso.

2.12.3. Principales o líderes comunitarios

a. Concepto: en las comunidades Indígenas encontramos a los principales o líderes y lideresas comunitarios, tradicionales o ancestrales en cuya categoría entran los alcaldes mayores, indígenas, auxiliares, entre muchos otros que no encajan en una definición estática. Ya que, estos actores muy heterogéneos y diversos, poseen una estructura que dependerá de cada comunidad en concreto y la forma que esta tenga de organizarse, que pueden remontarse a lo ancestral y en la lógica de sus valores, cosmovisión y otros factores que configuran sus instituciones propias.

Los líderes comunitarios o principales como genéricamente se le denomina ejercen los puestos ad honorem, desempeñan un liderazgo reconocido legitimado en el cumplimiento de un perfil establecido por la comunidad, cuyo desempeño del cargo se basa en los principios de confianza, honorabilidad, entrega, servicio, probidad, respeto, capacidad de resolver problemas, conocimiento de la comunidad y liderazgo; el



ejercicio del cargo o rol no se establecen rígidamente, sino que pueden alternarse entre los individuos para evitar la centralización y el autoritarismo. Las comunidades acuden a los líderes comunitarios o principales para la resolución de conflictos a través de la aplicación de la justicia indígena por medio de una serie de normas creadas y aceptadas por estas. Los líderes comunitarios se identifican como representantes de los pueblos indígenas y como parte de sus derechos defienden al medio ambiente y la naturaleza.

b. Papel de los principales o líderes comunitarios en el proceso de consulta:

Según Bárbara Trentavizi y Eleuterio Cahuec en su informe: “Sistematización de los Mecanismos de Participación y Consultas Tradicionales de Pueblos Indígenas Guatemala”, los Líderes Comunitarios y Principales: “Han tenido un rol prioritario en la sensibilización con sus comunidades [...]. Tuvieron un papel de sensibilizadores, apoyaron la consulta y la siguen apoyando, su empeño en el proceso de su consulta podría haber determinado [...] que la participación haya sido tan alta y espontánea. Los organizadores de la consulta [...] han tenido que pasar por cada uno de ellos explicando la razón de la misma y el rol de las autoridades locales ha sido fundamental en todo el proceso de consulta. Son los alcaldes comunitarios [...] y los COCODES juntos los que han viajado del municipio a entregar los resultados de la consulta al congreso y demás instituciones⁴⁸”.

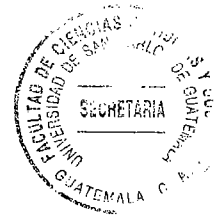
⁴⁸ Ibid. Pág. 47- 48.



2.12.4. Consejos comunitarios de desarrollo -COCODES-:

a. Definición: basados en la definición de Consejo de desarrollo establecida en el Reglamento de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, artículo dos, se define de la siguiente manera: “es un espacio de relación y encuentro ciudadano multiétnico, multilingüe y pluricultural, que permite a todos los habitantes de la comunidad, su participación [...] propositivamente en la toma de decisiones para la organización, coordinación, y planificación del desarrollo integral de la comunidad. El sistema respeta, reconoce y garantiza el ejercicio y desarrollo de los valores materiales, sociales, espirituales y la forma de organización de las culturas maya, xinca, garífuna y no indígena”.

b. El papel de los concejos comunitarios de desarrollo -COCODES- en el proceso de consulta: estos son medios de participación ciudadana que buscan el desarrollo económico- social, su integración se ve influenciada por el liderazgo tradicional de partidos políticos, lo que implica defensa de intereses particulares y partidistas, es así como su desempeño se ve afectado en el contexto de procesos electorales. Pero en el contexto de procesos de consulta su actuación fue muy activa y apegada a los intereses de las comunidades, siendo enlaces entre estas y las municipalidades y junto a los demás actores realizaron procesos de información, organización, capacitación y participaron activamente en la realización de la consulta propiamente.



2.12.5. Las mujeres:

a. Contexto: el involucramiento de las mujeres en los procesos de consulta movilizan a las mujeres de su rol como víctimas de violencia dentro de sus propios hogares al de sujetos políticos y actrices en la construcción de desarrollo.

b. Papel de las mujeres en el proceso de consulta: la participación de las mujeres en los procesos de consulta se da a través de su participación de forma masiva en reuniones comunitarias, abriéndose en muchos de los casos espacios de participación donde pueden ser escuchadas sus opiniones frente a los conflictos sociales que las actividades extractivas sin consulta suscitan en las comunidades. Debe resaltarse que las mujeres no están presentes como líderes en el procesos de consulta; su liderazgo se circunscribe a su núcleo familiar con los hijos, también como comadronas y encargadas de los embarazos y partos de la comunidad; así también el fenómeno de la migración a Estados Unidos ha propiciado la desintegración de los núcleos familiares a través de la ausencia del padre y el hombre, lo que ha hecho que el papel de las mujeres sea más activo. Sin embargo se puede concluir que las mujeres aun no conforman un actor fuerte y bien establecidos, ya que aún presentan muchas dificultades y resistencia para que su papel sea aceptado en organizaciones sociales, se ven más conformando Consejos comunitarios de desarrollo, no así alcaldías indígenas y comunitarias.



2.12.6. Los maestros

a. Concepto: son los encargados de la educación en establecimientos públicos en las comunidades.

b. Papel de los maestros en el proceso de consulta: estos apoyan en la realización del Proceso de Consulta y redactan el acta respectiva, así mismo también han llevado a cabo el registro de participantes, realización de inscripciones a través de formularios; verificación de formalidades de estos observando que llevaran firma y sellos de los Consejos comunitarios de desarrollo y el alcalde comunitario. Los maestros colaboraron con el proceso de información en sus espacios de acción, promoviendo la participación en el proceso de consulta.

2. 12.7. Organizaciones sociales y oeneges

a. Concepto: miembros de organizaciones de la sociedad civil que promueven el respeto y velan por el cumplimiento de los derechos humanos en sus diversas áreas.

b. Papel de las organizaciones sociales y oeneges: han tenido un papel de facilitación de los procesos de consulta, a través de material de divulgación y difusión sobre proyectos mineros, hidroeléctricos, monocultivos, entre otros. Asimismo, jugaron un papel trascendental en la organización de dichos procesos consultivos. Fueron las municipalidades las que sufragaron los gastos del proceso de consulta, cuyo monto no fue alto debido a que no se realizaron movilizaciones.



Según el informe de Bárbara Trentavizi y Eleuterio Cahuec en su informe: “Sistematización de los Mecanismos de Participación y Consultas Tradicionales de Pueblos Indígenas Guatemala”, una de las finalidades de su informe fue determinar el grado de participación de las organizaciones sociales en los procesos de consulta, cuyo estudio estableció lo siguiente: “las organizaciones tuvieron un papel importante en el acompañamiento pero no dominaron la escena y la participación de la consulta, con esto se pudo descartar que fueran realizadas por minorías ideologizadas de la población y establecer por el contrario que fue un fenómeno local, enraizado en la estructura social comunitaria⁴⁹. En este mismo informe se estableció que las organizaciones sociales facilitadoras del proceso de consulta de Cunén, Quiché y San Juan Ixcoy, Huehuetenango, fueron: Ceibaa, ADH, CALDH, Mojomaya, Serjus, Cedfog entre otras organizaciones.

2.12.8. Partidos políticos

a. Definición: según la Ley Electoral y de Partidos Políticos, un partido políticos es: “una institución de derecho público, con personalidad jurídica y de duración indefinida, configuran el carácter democrático del régimen político del Estado”.

b. Papel de los partidos políticos en el proceso de consulta: el papel de los partidos políticos a nivel comunitario y local se ha caracterizado en dificultar los consensos y dividir el tejido social, creando conflictos sociales.

⁴⁹ **Ibid.** Pág. 54- 55.



Los partidos políticos tienen mayor presencia durante los procesos electorales, utilizando un sin fin de medios inapropiados e incluso ilegales para obtener el mayor número de votos posibles. Aprovechándose de la pobreza extrema y las graves condiciones de desigualdad multidimensional que van desde el nulo acceso a salud, pasando por el bajo nivel educativo y cultural, hasta cualquier posibilidad de poder alcanzar mejores condiciones de vida. El voto se convierte en una mercancía que puede comprarse a través de actividades de asistencialismo y regalos como: ropa de bajo precio, ofertas de empleos, comida, canasta básica y en algunos casos dinero en efectivo que aseguren el voto, acompañado de promesas de cambio en las condiciones de vida, eliminación de pobreza y desigualdad social, oportunidades en el área rural y seguridad en el área urbana, sin establecer la forma en como se lograrán tales compromisos. Así como la iniciación de obras públicas que no se concluyen una vez pasada la campaña política realizadas por funcionarios y empleados públicos que se convierten en candidatos.

Las complicaciones que surgen de esta clase de acciones, es que crean en la conciencia colectiva la percepción que el voto puede ser comprado, lo que altera gravemente el deber cívico y la libertad de conciencia a la hora de ejercer el derecho de participación en los mecanismos de participación ciudadana, propios de la democracia, como los procesos de consulta. Según el informe de Bárbara Trentavizi y Eleuterio Cahuec en su informe: "Sistematización de los Mecanismos de Participación y Consultas Tradicionales de Pueblos Indígenas Guatemala", en Cunén, Quiché se dio algún tipo de obstaculización a la realización del proceso de consulta por un partido a fin a una empresa minera y también se dio en San Juan Ixcóy, Huehuetenango un



apoyo por parte de los diputados del partido URNG en la fase de información, observación del proceso de consulta, así como como enlace entre las diferentes entidades de gobierno, como en la entrega de resultados de la consulta.

2.12.9. La comunidad

a. Definición: según el Acuerdo Gubernativo 461-2002, Reglamento de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, según el Artículo 52, segundo párrafo, establece que comunidad es: “El núcleo humano circunscrito en la organización territorial legalmente [...] reconocida con la categoría de aldea fuera de las áreas urbanas”.

b. La comunidad en los procesos de consulta: así mismo Bárbara Trentavizi y Eleuterio Cahuec en su informe: “Sistematización de los Mecanismos de Participación y Consultas Tradicionales de Pueblos Indígenas Guatemala”, establecen que comunidad es: “grupos humanos formados por individuos agrupados en familias más o menos extensas, caracterizados por ser muy cohesos socialmente y por tener [...] en su interior una serie de roles jerárquicos que mantienen la estabilidad de la comunidad y le permite superar las dificultades, problemas, y conflictos [...] a la vez que garantizan la sobrevivencia del grupo mismo como tal. Así ha sido tradicionalmente en las comunidades y así sigue siendo, el liderazgo en ellas es una forma de vida, tiene características peculiares y propias⁵⁰. Es así como la decisión y voluntad de la

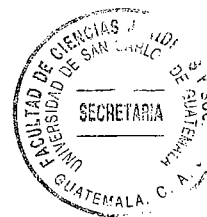
⁵⁰ **Ibíd.** Pág. 4.

comunidad, constituye el ejercicio del derecho de participación a través de un proceso de consulta.





CAPÍTULO III



3. Análisis jurídico de la consulta comunitaria en Guatemala

3.1. Sentencias sobre procesos de consulta comunitaria en Guatemala, suscitada por actividades mineras en los casos de Sipacapa, San Marcos y Mataquescuintla Jalapa

Estos fallos judiciales de carácter constitucional, fueron emitidos en un espacio temporal de siete años de diferencia, con el primer fallo emitido en el año dos mil siete (2007), sobre el caso del Municipio de Sipacapa en el departamento de San Marcos y la más reciente en el caso del municipio de Mataquescuintla en el departamento de Jalapa, emitida en el año dos mil trece (2013).

El análisis jurídico de estas dos sentencias constitucionales ilustra la situación de la consulta comunitaria en el contexto de Guatemala; ya que se puede analizar los argumentos de las diferentes partes; asimismo, se puede extraer una visualización general del marco jurídico involucrado en el conflicto y la decisión judicial tomada. En base al análisis teórico realizado en líneas anteriores de instituciones como el estado, democracia, constitucionalismo, democracia-constitucional, sistema jurídico-político de Guatemala según su constitución política y las bases teóricas-jurisprudenciales de la consulta, puede analizarse de una forma más integral la situación y generar propuestas de solución integrales.



3.2. Síntesis de la sentencia del Caso Sipacapa, San Marcos

La sentencia constitucional contenida en expediente: 1179-2005, emitida el ocho de mayo de dos mil siete, en el caso suscitado en el Municipio de Sipacapa, departamento de San Marcos, Guatemala. Cuya temática versa sobre consulta comunitaria; específicamente en el asunto de la “convocatoria de consulta comunitaria realizada por municipalidad de Sipacapa, departamento de San Marcos”.

3.2.1. Fundamentos de los accionantes: es inconstitucional la convocatoria a consulta comunitaria realizada por la Municipalidad de Sipacapa, departamento de San Marcos a través del acta: cero cuatro, cero seis, cero nueve dos mil cinco, suscrita por dicha comuna, para la realización de un proceso de consulta el día dieciocho de junio de dos mil cinco.

La inconstitucionalidad se solicitó principalmente en base a los siguientes argumentos: Se viola el Artículo 136 de la Constitución política guatemalteca, el cual versa sobre el ejercicio de los derechos políticos a través del sufragio y un proceso electoral. La consulta puede implicar el reconocimiento y obligatoriedad de la decisión tomada por la comunidad, el pronunciamiento de esta es con respecto a la actividad minera de cuyo asunto una municipalidad no tiene competencia; en este proceso no se garantiza que el voto sea secreto y se crean comisiones cuya función es la misma que la de las juntas electorales municipales establecidas en la Ley Electoral y de Partidos Políticos; la convocatoria no se publicó en el diario oficial violando el Artículo 30 sobre publicidad de actos administrativos, Artículo 175 de la Constitución política y Artículo 42 del Código



municipal. Se obvio por la corporación municipal sipacápense las recomendaciones que le realizo el Tribunal supremo electoral para el efecto, no utilizo el padrón electoral convocando únicamente a los mayores de dieciocho años a participar.

Se argumentó que solo el tribunal supremo electoral tiene la facultad para convocar a elecciones, ejercer el derecho político del voto y el único facultado para ejercer el sufragio, derechos, organizaciones, órganos y autoridades políticas electorales; así mismo es el único competente para el manejo del padrón electoral y garantías que otorgan pureza al proceso, todo lo relativo a este tribunal se rige por la Ley Electoral y de Partidos Políticos, cuyo rango es constitucional. Asimismo, se violenta el Artículo 152 y 154 de la Constitución Política; ya que el Artículo 27 del Reglamento de consulta de buena fe del municipio de Sipacapa, le otorga vinculación a la consulta comunitaria convirtiéndola en un referéndum, según el Artículo 121 de la Constitución política. Así también, el suelo y subsuelo pertenecen al estado por tal razón una municipalidad no tienen competencia para conocer de este asunto, según el Artículo 34 de la ley del Organismo Ejecutivo, solo el gobierno central a través del Organismo ejecutivo por medio del Ministerio de energías y minas, pueden disponer del dominio, uso, disposición y ejercicio de todos los derechos y obligaciones que de estos recursos se derivan; el Artículo 125 declaran de utilidad pública de la explotación técnica y racional de los recursos naturales. Argumentan que los acuerdos del Consejo municipal vulneran la soberanía territorial del estado de Guatemala, contraviniendo el Artículo 142 de la Constitución política, ya que esta no le otorga al municipio competencia para manejo de la actividad minera, esto solo compete al Organismo ejecutivo, el ejercicio de




la autonomía municipal debe circunscribirse exclusivamente en lo normado en el Artículo 253 y 262 de la Constitución política.

Asimismo, los convocantes fundamentaron la consulta comunitaria en los Artículos 66 y 153 de la Constitución política de la República de Guatemala; 6 y 15 del Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo; 3, 17, literal k), 35, 53, 60 del Código Municipal; 20 de la Ley de Consejo de Desarrollo Urbano y Rural.

3.2.2. Alegatos de los intervinientes:

a. -Accionante-, reiteraron sus argumentos e indicaron que con la presente acción no pretenden atacar el espíritu del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, solo desean ubicarlo en su justa dimensión, no desean restar validez a las normas del Código Municipal con respecto a la consulta comunitaria, sino enfatizar que la minería tiene un régimen jurídico particular en el ámbito de minería y las resoluciones de la consulta no pueden afectar bienes de dominio estatal aunque lo realicen a través de la corporación municipal. Indicaron también que los convenios y tratados en materia de derechos humanos no tienen preeminencia sobre la constitución, por lo que al darle validez violan el principio de reserva de ley.


b. -Procuraduría general de la nación-, establecieron que ni la constitución, ni las leyes otorgan facultad a las municipalidades para realizar consultas comunitarias; la municipalidad quebranta la unidad estatal y el jus imperium del estado; el fundamento de las actas municipales se ajustan al Artículo 15 del Convenio 169 sobre Pueblos



Indígenas y Tribales de la OIT, no pueden limitar al estado en la disposición de sus bienes, porque el suelo y subsuelo es de su propiedad según el Artículo 121 de la Constitución política. Solo el Tribunal supremo electoral puede convocar a consulta por iniciativa del presidente del Organismo ejecutivo y las municipalidades solo pueden convocar a consulta para discutir como se obtiene, dispone de recursos patrimoniales y la prestación de servicios públicos, así mismo solicitaron que se declare con lugar la inconstitucionalidad.

c. -Ministerio de energías y minas-, expreso que el municipio solo puede convocar a consulta sobre un asunto que sea de su competencia y previo a que se tome la decisión; según el Artículo 63 del Código Municipal, no pueden hacer una consulta sobre explotación de recursos naturales, porque esta solo compete a este Ministerio, por lo tanto no puede limitar, restringir o dejar sin efecto una licencia otorgada por esta dependencia según el Artículo 34 de la Ley del Organismo ejecutivo y no se pueden afectar derechos adquiridos a menos que se incumpla con lo dispuesto en los estudios de impacto ambiental. Solicita que se declare con lugar la inconstitucionalidad, el día de la vista reiteró sus argumentos y solicitó que se diera con lugar la inconstitucionalidad.

d. -Tribunal supremo electoral-, este estableció que no es el ente encargado de realizar la convocatoria para la realización de una consulta comunitaria de buena fe, estableció que esta tiene carácter municipal no nacional, y según el Artículo 199 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, solo esta encargado de convocar a los comicios de elecciones generales de diputados al parlamento centroamericano, asamblea nacional constituyente y consultas populares que son a iniciativa del presidente del ejecutivo o



congreso, pero cuyo asunto es distinto al de este tipo de consulta y el Código Municipal en sus Artículos 64 y 65 faculta a la municipalidad a realizar consultas, por lo tanto está dentro de su competencia y el padrón solo se utiliza para que los votos sean validos y efectivos. El referido ente solicitó declarar sin lugar la inconstitucionalidad, el día de la vista reiteró sus argumentos, además enfatizó que la inconstitucionalidad es totalmente improcedente y que la consulta comunitaria esta fuera de su acción y de la Ley Electoral y de Partidos Políticos y su reglamento, estando apegada a la ley correspondiente el Código Municipal.

e. -Municipalidad de Sipacapa-, expuso que el departamento de San Marcos por medios del Consejo municipal: argumento que el proceso de consulta está fundamentado en el Artículo 153 Constitucional, así como en el Artículo 35, 60, 61, 62, 63, 64, 65 y 66 del Código Municipal y los Artículos 6 y 15 Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual al ser ratificado tiene la misma jerarquía que la constitución. Según el Artículo 66 de la Constitución el estado debe protección a los grupos étnicos y esta obligado a reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de su cultura a la población sipacapense. El día de la vista: no se pronunció.

f. -Ministerio Público-, argumento lo siguiente: ya transcurrió el día de la convocatoria de consulta, ya fue realizada el 18 de junio del 2005 y no se puede expulsar del ordenamiento jurídico porque ya no tiene vigencia, ni aplicación; así mismo tampoco es vinculante, según Artículo 24 del Código Municipal. Se solicita se declare sin lugar la



inconstitucionalidad. El día de la vista: reiteró sus argumentos y **enfaticó la falta de vigencias de la norma impugnada y solicitaba declarar sin lugar la inconstitucionalidad.**

g. -Resolución de la Corte de Constitucionalidad-, en la -parte considerativa de la sentencia-, previo al examen de fondo estimo que a pesar que conocieron después del dieciocho de junio de dos mil cinco, fecha en la que se realizó la convocatoria de la consulta de buena fe, es válida la decisión de este tribunal debido a que los efectos de esta trascienden a la fecha de la convocatoria. La corte advierte el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados fundamentado en el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales de la organización Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por Guatemala, previa consulta a esta corte en el expediente ciento noventa y nueve guión noventa y cinco (199-95), emitida el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco; en el cual esencialmente se estableció: “no regula ninguna ley que colisione con la ley fundamental”. En dicho convenio en el Artículo 6, numeral 1, se establece para todo estado que sea parte de este instrumento la obligación de consultar en todos aquellos casos en que medidas administrativas y legislativas los afecten directamente, mediante procedimientos apropiados en particular a través de sus instituciones representativas; asimismo en el Artículo 2, se establece: las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas; posteriormente en Artículo 15, numeral 2, se estableció: en caso de que los minerales del suelo y el subsuelo pertenezcan a la propiedad del estado deben establecer procedimientos consultivos a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de estos pueblos pueden ser perjudicados.



h. Advierte que en base a los anteriores fundamentos, es incuestionable el derecho de los pueblos a ser consultados, pero la corte estima que los artículos citados anteriormente carecen de precisión con respecto a los procedimientos que deben llevar a cabo las instituciones representativas y la consulta debe ser previa a la aplicación de la medida que les afectará. Esta corte estima que para nuestro medio debe realizar la consulta mediante sufragio, pues considera que es un medio idóneo para recoger las opiniones de las comunidades consultadas, se deben observar los procedimientos electorales para garantizar la fidelidad de los resultados obtenidos.

En el Artículo 60-66 y todo el título IV del Código Municipal, establece que los vecinos tienen derecho a celebrar consultas siempre que se refiera a asuntos de carácter general que afectan a todos los vecinos del municipio. Con el voto de las dos terceras partes (2/3) partes del Consejo municipal se puede convocar a consulta, la solicitud de los vecinos con el diez por ciento (10%) de personas empadronadas y es vinculante si vota el veinte por ciento (20%) de vecinos empadronados. Asimismo, cuando se afecten derechos e intereses de comunidades indígenas o sus autoridades propias a solicitud de estos el alcalde puede realizar una consulta, aplicando criterios y tradiciones propias de las comunidades indígenas; con boletas, convocatorias con el asunto, lugar y fecha de la consulta o con los criterios propios de las comunidades indígenas, es vinculante si participa el cincuenta por ciento (50%) de vecinos empadronados. Dichos preceptos son amplios e imprecisos al no identificar a las autoridades responsables los procesos de consulta y legislación aplicables, además no existe claridad de cuando se producirá un resultado vinculante.



i. El Artículo 26 de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, establece que mientras se emite una Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas, los pueblos maya, xinca y garífuna pueden realizar los procesos de consulta por medio de los consejos de desarrollo sobre medidas de desarrollo impulsadas por el ejecutivo que los afecten. Aquí, se advierte que en la propia ley se reconoce la ausencia de normas que regulen lo relativo a procesos de consulta de pueblos interesados. El derecho de consulta se reconoce en el Convenio 169, en el Código Municipal y en la Ley de Desarrollo Urbano y Rural.

j. -Resolución de la sentencia-, la corte encuentra inconstitucional el Artículo 27 del Reglamento de la consulta de buena fe, contenido en el acta cero nueve guión dos mil cinco (09-2005), aprobada por el Consejo municipal de Sipacapa, San Marcos, en la que se estableció: "Interpretación de resultados: los resultados [...] de la consulta de buena fe es una decisión soberana de la voluntad de la población indígena y no indígena, mayores de 18 años avecindados en el Municipio de Sipacapa, San Marcos, la cual será de observancia general y obligatoria en el territorio del municipio de Sipacapa". Es inconstitucional porque la corte considera que colisiona con el espíritu constitucional y pretende darle carácter obligatorio a la decisión colectiva dentro de la circunscripción municipal de Sipacapa, repercutiendo sobre intereses nacionales a la decisión que se tome sobre el asunto ajeno a la competencia de las [...] autoridades convocantes y las comunidades consultadas". La corte considera que el consejo municipal se extralimito en sus funciones con respecto asuntos de los cuales no tiene competencia y no puede regular circunstancia alguna, ya que dio carácter obligatorio al



resultado del proceso consultivo sobre el tema de minería, cuyo asunto es competencia del Ministerio de energía y minas según Artículo 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo.

k. El segundo párrafo del Artículo 125 constitucional establece como debe manejarse el tema de los minerales y en atención a este precepto la Ley del Organismo Ejecutivo en el Artículo 34, literal d) establece como responsable de la exploración, explotación y comercialización de minerales al Ministerio de Energía y Minas. Por esta razón la corte resuelve que es una extralimitación del Consejo municipal, ya que el carácter de este proceso consultivo es meramente indicativo y solo busca conocer el parecer de la población sobre cualquier asunto o como de la presente temática y no se pueden afectar los intereses de terceros que por un procedimiento legal hayan obtenido una licencia de reconocimiento, exploración, explotación de recursos naturales. Aunque los Artículo 64 y 65 del Código Municipal, establecen cuando los resultados de una consulta son vinculantes, estos solo deben ser en el marco de asuntos que sean competencia de los municipios.

m. Se declara inconstitucional el Artículo 27 del Reglamento de consulta de buena fe contenido en el acta cero nueve guión dos mil cinco (09-2005), del veintiocho de febrero del dos mil cinco del libro de actas de Sipacapa, San Marcos, por violar el Artículo 125, 152 y 154 de la Constitución Política de la República, por lo que debe ser expulsado del ordenamiento jurídico de este país.



n. El tribunal de la Corte destacó que las consultas comunitarias, **constituyen** mecanismos de expresión popular, por medio de los cuales se efectivizan derechos constitucionales, como libertad de acción, emisión del pensamiento y manifestación que deben contar con un marco jurídico adecuado que establezcan el momento, los conflictos de estas, las autoridades encargadas de convocar y desarrollar el proceso. Pero los resultados no pueden tener carácter regulatorio o decisorio sobre asuntos que no son competencia de las autoridades encargadas. La corte hace uso de los fallos exhortativos, dirigiéndose al Congreso de la República, para que: a) delimite cuando una consulta comunitaria en el Código Municipal debe ser vinculante; b) Que se regule la autoridad que debe desarrollar y convocar la consulta, así como los efectos que tendrán los resultados de esta, para que pueda operativizarse el derecho de consulta regulado en el Convenio 169 de la OIT. La corte agregó que solo se puede aplicar el Convenio 169, si se emiten medidas administrativas y legislativas que lo reglamenten y desarrollen.

ñ. Las consultas a las que se refiere el Artículo 6, numeral 1 del Convenio 169, se refieren no solo a un asunto de importancia comunal, sino que también persiguen la finalidad de lograr acuerdos o alcanzar consensos. La corte estima que el Organismo ejecutivo como el ente encargado de conceder autorizaciones para la actividad minera debe velar por una compensación por medio de medidas económicas justas y programas sociales de desarrollo comunitario. **POR TANTO:** la Corte de constitucionalidad declara con lugar la inconstitucionalidad artículo 27 del Reglamento de consulta de buena fe contenido en el acta cero nueve guión dos mil cinco (09-2005), del veintiocho de febrero del dos mil cinco del libro de actas de Sipacapa, este Artículo



dejara de tener vigencia al día siguiente después de la publicación del presente fallo en el diario oficial y dirijase un copia del fallo al Congreso de la República para efectos de la exhortación realizada en la parte considerativa.

3.3 Análisis de la sentencia del caso Sipacapa, San Marcos:

a. La Corte de constitucionalidad cita la ratificación del Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales de la organización Internacional del Trabajo y menciona los casos de obligatoriedad de la consulta en las medidas legislativas y administrativas que afecten a los pueblos indígenas; asimismo, cita la forma en que esta debe ser realizada, siendo previa, de buena fe a través de instituciones propias y procedimientos apropiados. La corte solo advierte el derecho incuestionable que existe de consulta y como este no puede ser operativizado debido que considera que las normas que la regulan son ambiguas al establecer que deben ser realizadas por instituciones propias y procedimientos adecuados de los pueblos indígenas, los cuales según la corte carecen de precisión y por tal razón establece que debe realizarse por medio de sufragio y procedimientos electorales; en este sentido invoca el Convenio 169 y al mismo tiempo lo contradice.

b. De esta última advertencia de la corte se desprenden dos puntos que son de vital importancia para ser sometido al análisis, el primero es “considerar el reconocimiento de las instituciones propias y procedimientos apropiados como imprecisos y por lo tanto inaplicables” y el segundo “la imposición de que el proceso se realice a través se sufragio y procedimientos electorales”.



c. En el primer punto debe afirmarse, respectivamente que el espíritu del **Convenio 169** es de “respeto y reconocimiento étnico y cultural”, en este marco no impone, sino reconoce a las instituciones y procedimientos propios de los pueblos indígenas y tribales, ya que estos se caracterizan por ser de una naturaleza muy diversa, entendido de esta manera no puede el convenio definir una forma de organización representativa. Al respecto el relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya, en atención a la importancia del respeto de las instituciones representativas propias de los pueblos indígenas, estableció: “que del pleno respeto de aquellas depende la posibilidad [...] de alcanzar un consenso”⁵¹. El no reconocer a sus autoridades propias, implica que se va imponer a una autoridad convencional que para ellos no tiene legitimidad, ni reconocimiento; por lo que un proceso de consulta en estas condiciones implica para la comunidad un proceso con el que no se identifiquen, acepten y respeten. Cuando no se tienen bien definidas las estructuras representativas los procesos de consulta pueden presentar dificultades, es donde los pueblos indígenas deben tener el apoyo del gobierno estatal para determinar a sus autoridades y seleccionarlas, como una forma de facilitar el proceso y fomentar el clima de respeto. Según María Clara Galvis Patiño y Ángela María Ramírez Rincón, en su obra: “Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria”, establecen lo siguiente: “Para asegurar una adecuada representación, las personas, organizaciones o instituciones que representan a los pueblos [...] indígenas deben ser “genuinamente representativas” y “estar habilitadas para tomar decisiones”, lo que significa que no

⁵¹Galvis. **Op. Cit.** Pág. 145.



deben existir dudas sobre la condición de representantes ni sobre las facultades que tienen para ejercer dicha representación, facultades que deben acompañar a las personas que actúan a nombre de los pueblos indígenas [...] en un proceso de consulta”⁵².

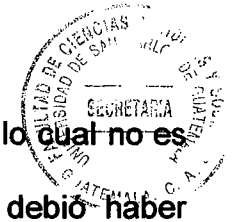
d. En el segundo punto a establecer es que según la corte el proceso de consulta debe ser por sufragio y procedimientos electorales, al referirse a este tipo de procedimientos la corte es tan ambigua como los términos a los que está declarando inoperantes por su falta de especificidad. Pero si se refiere que deben de aplicarse y ampliar la competencia de los procesos electorales convencionales es una violación al espíritu de “respeto y reconocimiento, étnico y cultural” del citado Convenio 169, ya que al imponer dichos procedimientos está adoptando la Corte de constitucionalidad guatemalteca, una tendencia integracionista que se sostiene en la idea de desaparición de los pueblos indígenas con la modernización; un capítulo que ya ha sido superado normativamente en el mundo y su evolución en materia de derechos humanos, con el antecedente del Convenio 107 de la OIT en la década de los años cincuenta que regule una enorme gama de temas referentes a tierra, contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales, seguridad social y salud, educación, tierras, territorios y recursos naturales; pero no en la modalidad de “coexistencia de pueblos indígenas” en el marco de respeto y reconocimiento, sino en la integración de lo existente, es decir la “extinción de los pueblos indígenas”.

⁵² **Ibid.** Pág. 146.



Por lo que se puede establecer, que el hecho de que el Código Municipal establezca que es procedente la realización de consulta en asuntos que afecten fuertemente a las comunidades Indígenas, respetando sus propias instituciones y tradiciones, no implica imprecisión y preceptos amplios al no identificar a las autoridades responsables los procesos de consulta y legislación aplicables, porque reconocer esto implicaría una tendencia integracionista como se desarrollo en las líneas anteriores, violentando realmente así el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala donde reconoce, respeta y promueve las formas de vida, costumbres, tradiciones, y formas de organización social de las comunidades indígenas. La Corte de constitucionalidad no debió solo reconocer el derecho de consulta, debió instar a crear las condiciones normativas a través de una resolución de oficio dirigido al congreso de la república para crear el marco jurídico adecuado que respete estas formas de organización representativas y no las suprima.

e. Hecho que la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, establece que mientras se emite una ley de consulta a los pueblos indígenas, los pueblos maya, xinca y garífuna pueden realizar los procesos de consulta por medio de los Consejos de desarrollo, sobre medidas de desarrollo impulsadas por el ejecutivo que los afecten; la corte estableció que aquí se advierte que en la propia ley se reconoce la ausencia de normas que regulen lo relativo a procesos de consulta. Esto no implica que la corte debe reconocer únicamente la ausencia de una inexistente normativa sobre consulta y pedir que se identifique a los sujetos y entes encargados, además de la circunstancia en la cual es vinculante; el análisis de la corte es superficial debido a que en los casos de conflictividad minera está instando a continuar con procesos de consulta aislados a



los procedimientos administrativos de autorización de actividades mineras lo cual no es una solución. El análisis de la corte debió haber sido más profundo, debió haber identificado la ausencia de todo un adecuado marco normativo sobre consulta, y establecer la evidente antinomia normativa que existe en torno al asunto, y considerando la gravedad del asunto su fallo exhortativo dirigido al Congreso de la República, debió haber sido encaminado a subsanar esta circunstancia y con ello se encuentran más fundamentos para que se emita un marco jurídico adecuado en el ámbito de consulta comunitaria en Guatemala.

f. La Corte de constitucionalidad declaro inconstitucional el Artículo 27 del Reglamento de Buena fe aprobado por el consejo municipal en el acta cero nueve guión dos mil cinco (09-2005), considerando que este se extralimito en darle vinculación jurídica a los resultados del proceso de consulta realizado en ese lugar, ya que según la corte no tiene competencia para esto, ni puede regular ningún tipo de circunstancia al respecto porque este es asunto que le compete al organismo ejecutivo por medio del Ministerio de energía y minas y este reconocimiento afecta los intereses nacionales.

La corte de constitucional en atención al Artículo 125 de la constitución sostiene que la explotación de recursos naturales no renovables es competencia del Ministerio de energía y minas, por lo que concluye que el consejo municipal se extralimita en sus funciones al convocar a un proceso de consulta y otorgarle carácter vinculante, al respecto la corte considera que: “la consulta tiene un carácter meramente indicativo y solo busca conocer el parecer de la población en cualquier temática que atañe a la comunidad y en este caso sobre actividad minera”.



g. Al respecto se puede establecer que el Artículo 125 constitucional, si bien establece que es de utilidad y necesidad pública la explotación de recursos naturales no renovables de forma racional y técnico, enfatiza que el “estado” propiciará las condiciones para la explotación, exploración y comercialización; el termino estado no es especifico por lo tanto a nivel constitucional no se reconoce expresamente que el ejecutivo a través del Ministerio respectivo es el único encargado de esta materia, esta delimitación de competencia es a nivel normativo ordinario y se encuentra en la Ley respectiva por lo que se podría desarrollar un marco normativo jurídico que incluya la consulta como un requisito antes de la autorización de licencia extractiva, de una forma “previa” porque esto propiciará un adecuado proceso de información, discusión y decisión de la población, así como una adecuada y pertinente respuesta por parte del estado. Asimismo, la población debe ser adecuadamente “informada”, debe conocer todos los riesgos generales, impactos ambientales y de salud que tiene el megaproyecto de esta forma las comunidades pueden tomar de forma voluntaria una mejor decisión. Esto se debe realizar a través de estudios de impacto socio-ambientales que se deben realizar por empresas que cumplan estándares internacionales en la materia y gocen de independencia que no obedezcan a intereses empresariales; en la actualidad se encuentra regulado el Estudio de impacto ambiental -EIA-, en la Ley de Minería que comprende únicamente el componente de estimación de riesgos con respecto a recursos naturales y no el social que es de vital importancia también. Según lo antes expuesto, al analizar la citada disposición si bien se contempla la figura de Estudio ambiental no se puede determinar en que magnitud de importancia es vinculante para el proceso de autorización de licencia de explotación minera, por lo que se puede suponer que es un mero requisito de forma, se somete al criterio discrecional

del funcionario de turno al que compete y no se le da la importancia que realmente posee, siendo un componente clave.



h. Si bien es necesario regular un marco jurídico adecuado para el proceso de Consulta, debe ser una definición jurídica que debe elaborarse con mucho cuidado de una forma que no se violente o tergiversa el sentido y la finalidad de este proceso que como fue descrito en anteriores líneas se integre al proceso administrativo de autorización de licencia extractiva de una forma adecuada a través de un estudio de impacto socio-ambiental para que tenga la vinculación jurídica que debe ser; así mismo no debe violar el pleno reconocimiento de las autoridades representativas indígenas y sus instituciones propias.

i. En este sentido es difícil entender como la Corte de constitucionalidad estableció con claridad que el proceso de consulta tiene un carácter meramente indicativo, pues este es el ente encargado de resguardar el orden constitucional y de proteger al pie de la letra su espíritu y principios en el cumplimiento, respeto y protección de la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su Artículo 140 establece que Guatemala se rige bajo el sistema de gobierno republicano, democrático y representativo, lo que indica que estamos ante el escenario de un régimen democrático-constitucional.

j. En un sistema jurídico-político de esta índole la consulta constituye el ejercicio del derecho de participación y podemos concluir citando a María Galvis y Ángela Ramírez en su obra: "Digesto de jurisprudencia latinoamericana...": "la participación es un



principio [...] y un valor inherente a la noción y a la esencia misma de ~~democracia~~, al punto que es difícil concebir la existencia de un verdadero régimen democrático sin derechos de participación y sin mecanismos que garanticen estos derechos de las personas en los procesos de toma de decisiones estatales que puedan afectarlas.

k. En esta lógica, la participación es, además, un fin principal de los gobiernos democráticos, habida cuenta que sus decisiones tienen legitimidad en la medida en que sean producto de la deliberación pública y de la participación ciudadana. Adicionalmente, el principio democrático debe concretarse en la [...] protección de los derechos individuales de participación así como en su ejercicio colectivo. En las democracias constitucionales, los derechos de participación cuentan con protección jurídica tanto en normas internas, como las constituciones políticas, cuanto en instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 169 de la OIT. Este deber estatal tiene particular importancia respecto de las minorías y los grupos vulnerables, a quienes se les deben garantizar las [...] condiciones que les permitan participar real y efectivamente en los asuntos y decisiones que les atañen⁵³.

m. Asimismo, determinar que el consejo municipal no es competente para convocar a una consulta comunitaria es arbitrario, porque el Código Municipal en el Artículo 63, es claro en establecer que: “cuando la trascendencia del asunto amerite se realizará un

⁵³ *Ibid.* Pág. 50.



proceso consultivo”, esto se realizará a iniciativa del consejo municipal o a petición de los vecinos y es muy general esta regulación en cuanto al tema sobre el que verse, así que el tema de la minería puede ser uno de estos. Con respecto a la vinculación que le otorga el consejo municipal, según el contexto en que se esta dando, aunque la decisión colectiva no la acepte la licencia extractiva en cualquiera de sus tres modalidades dependiendo el momento en el que se haya otorgado según la Ley de Minería, no hay forma de enlazarla para que frene el proceso extractivo, más que en la licencia de construcción en la que si tiene competencia la municipalidad en el Artículo 68, literal m) del Código Municipal. Aunque la corte no haya declarado inconstitucional el Artículo 27 del Reglamento de Consulta de Buena Fe de Sipacapa, San Marcos; que regula esa vinculación jurídica, aunque esta no hubiera sido expulsada del ordenamiento jurídico, esta no hubiera podido operativizarse en la práctica dejando sin efecto la actividad minera.

n. Es completamente arbitrario que la Corte de constitucionalidad establezca que para la aplicación del Convenio 169 deben emitirse medidas administrativas y legislativas que lo reglamenten o desarrollen. El Convenio 169 es un instrumento en materia de derechos humanos autoejecutable, no necesita de ningún tipo de regulación secundaria para su aplicación.

ñ. Para el efecto citaremos el Artículo 54, inciso a) de la sentencia 04-08-2000 del Tribunal constitucional de Chile de la materia de tratados internacionales, cláusulas autoejecutables y cláusulas no autoejecutables del Convenio 169 de Pueblos indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo para países independientes, en



el que se estableció con respecto al fallo sin lugar de la inconstitucionalidad, lo siguiente:” a) Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina "self executing" y "non self executing". Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas [...] sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno.

o. En otras palabras, imponen la obligación al estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les de vigencia efectiva. Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras. Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional [...] ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el presidente de la república ratifique el tratado si es que es aprobado por el congreso y el ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la



propia carta fundamental establece. Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el tribunal debe - en esta instancia jurisdiccional - pronunciarse sobre su constitucionalidad.”.

p. Esta compuesta de normas operativas y no solo pragmáticas, como si la necesitaría un tratado o convenio de otra índole como el del Tratado de Libre Comercio que necesita de un desarrollo posterior de normativas arancelarias-tributarias, laborales, de incentivos económicos, etc. para que la actividad pueda llevarse a cabo como se pacto.

q. Asimismo, debe de considerarse que según la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 44 se establece: “los derechos y garantías que otorga la constitución no [...] excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier [...] otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitución garantiza”. Y principalmente el Artículo 46, que es el que más nos interesa para esta temática, este precepto establece que: “en materia de derechos [...] humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia sobre el [...] derecho interno”.



r. Respecto a este último artículo la Gaceta no. 18 del expediente no. 280-90, página No. 99, de la sentencia 19-10-90 de la Corte de constitucionalidad guatemalteca, estableció que la constitución estableció esa jerarquización debido que los derechos humanos tienen una evolución constante, esta es la forma en la que esta puede adoptar al orden constitucional sin reformar o derogar los preceptos constitucionales de sus preceptos de entrar en contradicción con normas de la propia constitución, con lo que se puede interpretar que los tratados y convenios en materia de derechos humanos se integran a la parte dogmática de la constitución siempre que no entren en contradicción, porque de entrar en discordancia estos instrumentos internacionales son catalogados por la gaceta como superiores al ordenamiento jurídico ordinario y derivado, pero no superiores a la Constitución. Asimismo, la gaceta establece que Guatemala reconoce la validez del derecho Internacional sustentado en el “ius cogens” que por su carácter universal contiene reglas obligatorias admitidas como fundamento para la convivencia de la civilización humana. Siendo el Convenio 169, un instrumento en materia de derechos humanos fuente de derechos que siguen la tendencia descrita en líneas anteriores, sobre: “respeto y reconocimiento de los pueblos indígena”, así como promoción de sus formas de vida, el regular una normativa secundaria de carácter ordinario o reglamentario para su aplicación en su totalidad podría alterar su espíritu y convertirlo en una tendencia “integracionista”, se debe advertir que el no reconocimiento que se hace de sus autoridades y de sus propios procedimientos sugiriendo que se utilicen los procedimientos y autoridades convencionales implican ya una anulación de los pueblos indígenas.



s. Se debe señalar que la constitución guatemalteca en su sección tercera del Artículo 66 al 70 regula sobre comunidades indígenas y reconoce que Guatemala esta conformada por diversos grupos étnicos y el estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

t. Por lo que la corte al establecer la imprecisión del precepto del Código Municipal y Convenio 169 donde se establece que los procesos de consulta serán realizados por las autoridades propias se pronuncia en contra de la Constitución que si lo contempla y reconoce.

3.4. Síntesis de la sentencia del caso de Jalapa, Mataquescuintla

La sentencia constitucional contenida en expedientes acumulados: 4639-2012 y 4646-2012, fue emitida el cuatro de diciembre de dos mil trece; en el municipio de Mataquescuintla, departamento de Jalapa, Guatemala.

La temática sobre la cual versa es: consulta comunitaria; específicamente se alega la inconstitucionalidad parcial de la aplicación del artículo 19 del “Reglamento para la realización de consulta municipal a solicitud de vecinos” contenido en el acta cero veintiocho guión dos mil doce (028-2012) del consejo municipal de Mataquescuintla, Jalapa. Emitida el catorce de octubre de dos mil doce y publicada en el diario oficial el veintidós de octubre de dos mil doce. Asimismo, se alega la inconstitucionalidad total



del “Reglamento para la realización de Consulta Municipal a solicitud de vecinos”, anteriormente referido.

3.4.1. Fundamentos de los accionantes sobre la inconstitucionalidad parcial: el consejo municipal del Mataquescuintla, Jalapa convocó a consulta comunitaria a solicitud de vecinos, después de una reunión celebrada el catorce de octubre de dos mil doce, documentando en el acta cero veintiocho guión dos mil doce (028-2012), donde se acordó en su punto séptimo la realización de este proceso, esta fue publicada en el diario oficial el veintidós de octubre de dos mil doce. Asimismo, se aprobó el “Reglamento para la realización de Consulta Municipal a solicitud de vecinos” que regula como se debe llevar a cabo el proceso.

El Artículo uno del reglamento establece que la consulta versará sobre el desarrollo, instalación y operación de proyectos de minería química de metales en cualquier parte del municipio de Mataquescuintla, Jalapa, fundamentado en el Artículo 35, inciso a), e), i) y 64 del Código Municipal y a pesar de que estos consejos la ley los faculta para emitir acuerdos y reglamentos, la constitución establece una separación de poderes y competencias a los entes del estado.

La inconstitucionalidad del Artículo 19 radica en la violación de la constitución en el Artículo 175 con respecto a la supremacía constitucional, ya que le otorga vinculación jurídica a los resultados de los procesos consultivos fundamentándose en el Artículo 34 del Código Municipal; ya que la actividad minera no es competencia del consejo municipal, sino del estado de Guatemala a través del organismo ejecutivo.



Viola el Artículo 5 constitucional, porque establece que se viola la libertad de acción, ya que obliga acatar órdenes no consultas y esta no está debidamente fundamentada y basada en ley.

Asimismo, el Consejo Municipal establece que la consulta será vinculante aun cuando el resultado sea negativo, este no es solamente indicativo y la municipalidad resuelve de acuerdo a la opinión de la población violando el Artículo 125 constitucional que establece que la explotación de recursos naturales no renovables es de utilidad y necesidad pública.

También se viola el Artículo 134 constitucional que establece que la municipalidad tiene que coordinar su política general con el estado; asimismo, esta transgresión continúa al separarse de su competencia cuando convoca a una consulta vinculante y ordena enviar los resultados al organismo ejecutivo para que actúe ilegal o inconstitucionalmente y eventualmente procediendo contra los derechos de la población y los intereses de la totalidad.

Se viola el principio de jerarquía constitucional contenido en el Artículo 175, al establecer que los resultados de la consulta serán vinculantes y se viola el Artículo 34, literal de la Ley del Organismo Ejecutivo y Artículo 9 de la Ley del organismo judicial, al establecer que el competente para conocer es el Ministerio de energía y minas. Hay contravención con el Código Municipal, ya que establece que deben solicitarla diez por ciento de los vecinos (10%) y para que sea vinculante el veinte por ciento (20%), pero



no se utiliza la modalidad de realización de boleta cerrada como lo establece el Código Municipal en su Artículo 6 y se procede según el Artículo 1 del reglamento emitido por el consejo municipal de Mataquescuintla, Jalapa.

3.4.2. Argumento de los accionantes sobre la inconstitucionalidad total: a. Se sostuvo que el “Reglamento para la realización de consulta municipal a solicitud de vecinos”, el consejo municipal viola el Artículos 253 y 262 constitucional al no respetar como límite de su competencia la propiamente establecida por la constitución; asimismo, se violó el Artículo 43 y 44 constitucional ya que no se respeto la libertad de industria, comercio y trabajo ya que con el presente reglamento se busca limitar la minera química en el municipio de Mataquescuintla Jalapa, ya que a través de una consulta de busca limitar los derechos antes citados que son de carácter constitucional. El congreso de la república debe emitir una ley al atendiendo al interés social y nacional que debe acatar el Ministerio de energía y minas. Con ello, se busca que las personas que realizan actividades mineras cumplan con consultas extraordinarias que no se encuentran en la ley, para que puedan llevar a cabo su actividad dentro de un espacio territorial determinado, cuya actividad está regulada y reglamentada por el Ministerio de energía y minas, incluso la autorización de licencias de exploración, explotación y desarrollo de proyectos de esa índole. En este caso abrían dos entes encargados con potestad para establecer la realización de una actividad económica específica, siendo solo uno de reconocido constitucionalmente. Se viola el Artículo 43 constitucional, libertad de industria, ya que la carta magna establece que solo puede ser limitada por la ley y en este caso se esta tratando de limitar a través de el citado reglamento, ya que la municipalidad solo puede regular sobre materias que sean de su competencia y la



minería no es de su competencia porque se pretende limitar por una consulta comunitaria una actividad que es lícita y concretamente protegida por la constitución.

b. El reglamento causa agravio a cualquier persona que se dedique a la actividad minera, ya que pretende dar fuerza vinculativa a la consulta comunitaria sobre una actividad que es de utilidad y necesidad pública, según lo preceptuado constitucionalmente, violentando el Artículo 125 de la constitución. Asimismo, se violentó el Artículo 121, literal e) que establece que el estado son bienes y propiedad del estado: suelo, yacimientos de hidrocarburos y minerales, sustancias orgánicas e inorgánicas del subsuelo; por lo que el ente competente de su disposición es el Ministerio de energía y minas y no la municipalidad, ya que está disponiendo de bienes que no son de su propiedad.

c. Argumentos de la vista: la municipalidad de Mataquescuintla, Jalapa: la autonomía constitucional, establecida en el Artículo 253 constitucional, establece que la obligación de los municipios de atender el ordenamientos territorial de la circunscripción municipal y el Código Municipal a establecido como atribución general el ordenamiento territorial y control urbanístico del territorio municipal; así como; su división y en este marco puede emitir reglamentos y ordenanzas que regulen lo relativo a construcción, modificación y demolición de infraestructura de proyectos mineros, así como su ubicación en los planes de ordenamiento territorial del municipio, pudiendo desarrollar normativas que deben ser cumplidos por todos los habitantes del municipio y titulares de licencias de operaciones mineras que decidan instalarse en el mismo. Se solicita declarar sin lugar la inconstitucionalidad. El Ministerio público por medio de la Fiscalía de asuntos



constitucionales, amparos y exhibición personal: se solicita sin lugar a la inconstitucionalidad; el accionante: no se pronunció.

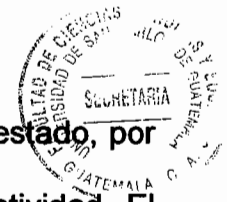
d. Parte considerativa: esta corte considera necesario citar lo estimado por este tribunal sobre el derecho de consulta reconocido en el Convenio 169 ratificado por Guatemala previa consulta a esta corte en el expediente ciento noventa y nueve guión noventa y cinco (199-95), emitida el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco, en el cual esencialmente se estableció: “no regula ninguna ley que colisione con la ley fundamental”. En dicho convenio en el Artículo 6, numeral 1, se establece para todo estado que sea parte de este instrumento la obligación de consultar en todos aquellos casos en que medidas administrativas y legislativas los afecten directamente, mediante procedimientos apropiados en particular a través de sus instituciones representativas; asimismo en el Artículo 2, se establece: las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas; posteriormente en Artículo 15, numeral 2, se estableció: en caso de que los minerales del suelo y el subsuelo pertenezcan a la propiedad del estado, deben establecer procedimientos consultivos a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos pueblos pueden ser perjudicados.

e. Por lo que se colige que es incuestionable el derecho de los pueblos a ser consultados, pero es necesario reforzar el procedimiento adecuado que las instituciones representativas deben llevar a cabo para hacer efectivo este derecho, estimándose conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de



los integrantes de la población, en aplicación al “principio pro hominem” no necesariamente tenga que ser identificada como indígena, cuando “prevean” que van a ser afectados por una medida administrativa o legislativa, procedimiento que debe ser supervisado estatalmente, sometido análisis y expresadas adecuadamente las opiniones que comprenden todo el asunto para que no sea un simple sufragio o jornada de opiniones, con toda la información necesaria que permita tomar decisiones con la participación de todos los actores involucrados, para así materializar los alcances que supone el derecho de consulta en un escenario propicio que posibilite en su medida la consecución de acuerdos que disminuyan las posiciones encontradas que pueda existir respecto al objeto de la deliberación.

f. No existe actualmente un marco jurídico sobre consulta comunitaria y la Organización internacional del trabajo a establecido que el derecho de consulta establecido en el Artículo 6 del Convenio 169, no es el otorgamiento a los pueblos indígenas de un derecho de veto y por la negativa no puede hacerse nada, porque no se pueden afectar las políticas de desarrollo de un país. En el Artículo 7 del Convenio 169, “exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones, implicando que el poder público tiene la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo”. Lo que según esta corte implica la obligación del estado de regularlo y frente a la oposición de las poblaciones no somete la suerte de las medidas que estén por implementarse o el comportamiento de los entes gubernamentales responsables.



g. La finalidad de la consulta es lograr acuerdos entre las poblaciones y el estado, por esta razón deben participar únicamente los entes que tienen la representatividad. El hecho que la negativa de las comunidades no tenga vinculación jurídica, no implica que el estado sea completamente respetuoso y garante de los derechos de toda la población de la cual es mandatario. Según estimaciones contenidas en los fallos de este Tribunal de veintiuno de diciembre de dos mil nueve y veinticuatro de noviembre de dos mil once, dictadas en los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho- dos mil siente (3878-2007) y un mil setenta y dos- dos mil once (1072-2011). El sufragio se considera un método de participación idóneo para recoger las opiniones de las comunidades consultadas, deben observarse los principios electorales para garantizar la validez de los resultados obtenidos. En el Artículo 63, capítulo I y título IV se regula la facultad que tienen los Consejos municipales de convocar a consulta comunitaria a su población, la decisión de una consulta comunitaria solo es vinculante para que la población se traslade a los órganos municipales competentes. En temas vinculados a minería, hidrocarburos y acceso a recursos naturales no renovables aquella voluntad solo tiene carácter indicativo, ya que el legislador declaro de utilidad pública y necesidad nacional su explotación técnica y racional, entendiendo que lo que tenga que ser entendido en estos temas una vez cumplidos los requisitos respectivos es competencia del estado a través de la autoridad competente y no una autoridad local.

h. Con respecto a la violación de la Artículo 43 y 44 constitucionales, el primero que se refiere a la libertad de industria, comercio y trabajo y el segundo que se refiere a los derechos inherentes a la persona humana, la corte estima que no existe tal violación, en virtud que solo se pretende convocar a un procedimiento consultivo sobre el



desarrollo de un proyecto sobre actividad minería química, lo cual es un asunto de interés comunitario de conformidad con el Artículo 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT-, por lo que esta petición no se acoge a la tesis del accionante. Con respecto al Artículo 121 inciso e constitucional que se refiere a los bienes de dominio estatal, la Corte estima que no hay colisión con el Reglamento impugnado ya que no se traslada al Consejo Municipal la propiedad de los antes citados; con respecto al Artículo 125 constitucional que establece que la explotación de recursos naturales no renovables son de utilidad pública, necesidad nacional, la corte estima que no se está limitando esta, ni se está extralimitando el Consejo municipal, más bien es una adecuada forma de posibilitar el derecho de los pueblos a opinar y ser consultados sobre asuntos de su interés, por lo tanto no se encuentra en colisión con el texto constitucional. Con respecto a los Artículos 152, 154 y 194 constitucional, el primero que se refiere al poder público, el segundo función pública y la sujeción a la ley y por último el las funciones del ministro la corte lo considero improcedente.

h. La corte encuentra que no es inconstitucional el Artículo 19 del reglamento para la realización de consulta municipal a solicitud de vecinos” contenido en el acta cero veintiocho guión dos mil doce (028-2012) del consejo municipal de Mataquescuintla, Jalapa, acta que documento la reunión del consejo municipal de la citada localidad el día catorce de octubre de dos mil doce, en el cual se establece que: “Los resultados de la consulta serán vinculantes para las autoridades municipales de acuerdo a lo que se establece en el Artículo 64 del Código Municipal, por lo que se debe: a) deben emitir las resoluciones en el marco de la competencia de la municipalidad citada en la que se haga valer la voluntad de la población; b) Remitir los resultados al presidente de la



república, al Ministerio de energía y minas, al Ministerio de ambiente y recursos naturales y al Congreso de la república, para que en el mandato constitucional de garantizar la paz tomen en cuenta los resultados indicativos de la consulta al momento de emitir resoluciones de su competencia con respecto al asunto consultado en su territorio, ya que esta circunstancia se encuentra regulada en el Artículo 19, inciso b. La corte concluye que con esto no se atenta contra ninguna norma constitucional, ya que no se excedieron las atribuciones otorgadas por la ley a la municipalidad, por lo que la inconstitucionalidad planteada se declara inconstitucional.

i. El tribunal de la corte destaco que las consultas comunitarias constituyen mecanismos de expresión popular, por medio de los cuales se efectivizan derechos constitucionales, como libertad de acción, emisión del pensamiento y manifestación que deben contar con un marco jurídico adecuado que establezcan el momento, los conflictos de estas, las autoridades encargadas de convocar y desarrollar el proceso. Se debe entender que los resultados obtenidos reflejan el parecer de la comunidad consultada sobre un tema determinado pero no se le pueden tener carácter regulatorio o decisorio sobre asuntos que no son competencia de las autoridades encargadas, en todo caso deben ser el punto de partida para que la comunidad participe en los procesos establecidos en las leyes para expresar sus posiciones, utilizando los mecanismos establecidos en la ley con las autoridades establecidas para ello. [Criterio sustentado dentro de los expedientes un mil ciento setenta y nueve- dos mil cinco, un mil cuatrocientos ocho- dos mil cinco y dos mil trescientos setenta y seis- dos mil siete (1179-2005, 1408-2005 y 2376-2007).



j. Teniendo claras las anteriores líneas, esta corte exhorta en lo siguiente: ~~aunque es la~~ facultad del Ministerio de energía y minas autorizar la licencia de exploración, explotación del suelo y subsuelo, exhorta al estado a garantizar la participación efectiva y los beneficios de los vecinos que les corresponda, supervisando evaluaciones previas de impacto ambiental y social e implementando medidas y mecanismo adecuados para asegurar que no se produzca un daño mayor a los recursos naturales de este país; esta circunstancia también fue considerada ya por la Corte Interamericana de Derechos Humano en sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil siete en el caso Saramaka versus Surinam. Por tanto: la corte resuelve sin lugar las acciones de inconstitucionalidad general y en forma parcial del Artículo 19 del reglamento para la realización de consulta municipal a solicitud de vecinos; por lo que se deja sin efecto la suspensión provisional del citado; que el Congreso de la república, Ministerio de energía y minas, Ministerio de ambiente, Procuraduría general de la nación y Procuraduría de derechos humanos tomen conciencia de las exhortaciones que hace esta corte en la presente sentencia.

3.5. Análisis de la sentencia de Mataquescuintla, Jalapa

a. La corte cita nuevamente le fundamento de consulta en el Convenio 169 OIT y admite la incuestionabilidad del derecho de consulta para las comunidades donde se realizan actividades de minería química. Enfatiza la necesidad de crear un marco jurídico adecuado, como se ha advertido en otras líneas de este capítulo, deben ser respetuosas de las instituciones y procedimientos indígenas.



b. En concordancia a lo anteriormente expuesto; asimismo, la corte estableció que puede hacerse efectivo del derecho de consulta “por cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población”, lo que no solo marca un gran avance en sus criterios, con respecto a la restricción que hizo en la sentencia de Sipacapa, San Marcos al respecto donde no reconoció procedimientos indígenas propios. Asimismo, se debe enfatizar que haya afirmado el hacer efectivo el principio “pro hominem” en donde estableció la amplitud en el reconocimiento del derecho de consulta no es un derecho exclusivo de los pueblos indígenas, sino también para las comunidades que se identifican como no indígenas; de lo que podemos concluir que los “derechos adquiridos” con el Convenio 169 de la OIT se extienden a toda la población en lo aplicable, de esa manera la Corte establece que debe existir una amplia cobertura de información para que la consulta no se convierta en un simple sufragio, refiriéndose al principio de “información”. El principio “pro hominem” es una institución propia del derecho internacional de los derechos humanos, que admite el otorgamiento a toda persona que sea un ser humano la aplicación de la norma más amplia e interpretación extensiva en aras de la protección de su dignidad y derechos más fundamentales, este principio tiene su fundamento en el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La corte a catalogado los efectos de la consulta como “indicativos”, sin embargo aduce que el hecho que tenga esta categoría el estado no está eximido de su deber de garante de los derechos de la población, por lo que debe consultar. Por lo que la corte al respecto concluyo que el consejo municipal no se extralimito en sus funciones y que más bien fue una adecuada forma de posibilitar el derecho e los pueblos a opinar y ser consultados sobre asuntos de su interés y considero que por esa razón no hay inconstitucionalidad; la municipalidad puede tomar



las decisiones que están bajo su competencia inmediata en atención a la voluntad comunitaria obtenida de la consulta.

c. La corte también estimo al sufragio como un método de participación idóneo y a la observancia de principios electorales como prerequisite para reconocer la validez del proceso consultivo, así mismo también declara “el reconocimiento de cualquier método en la práctica del principio pro hominem”. Asimismo, reitera que según su criterio los procesos consultivos tienen carácter indicativo frente a las decisiones de autorización de licencias extractivas de minería química competencia del Ministerio de energía y minas y solo pueden resolver vinculación jurídica de estos procesos en el ámbito de su competencia municipal.

d. La corte declaro sin lugar la inconstitucionalidad solicitada por el accionante, porque considero que si bien cumplía con los requisitos de señalar las normas constitucionales que consideraba violadas con las normas que consideraba lesivas, existió una evidente ausencia de tesis que fundamentara la petición.

e. La corte declaro sin lugar la inconstitucionalidad del reglamento de consulta emitido en Mataquescuintla, Jalapa; pues este proceso fue basado en el Artículo 64 del Código Municipal. Por lo que la “vinculación jurídica” estimo la corte tiene validez en el ámbito municipal y en este sentido el Consejo municipal puede resolver en el marco de su competencia y remitir los resultados al Organismo ejecutivo a través del Ministerio de energías y minas, y el Ministerio de ambiente y recursos naturales, para que tomen en cuenta esta voluntad colectiva al momento de emitir resoluciones con respecto a



asuntos que les afectan directamente. Al respecto, se puede concluir que conforme al marco jurídico actual se resolvió adecuadamente, pero eso no implica que debe emitirse un marco normativo que le de más relevancia a la consulta y delimite algunos asuntos claves para el procedimiento respetando la autodeterminación indígena.

f. Es positivo observar que la corte cite aunque de forma meramente enunciativa el caso de Saramaka vs Surinam, pues es una conflictividad con una misma causa, caracterizada por pueblos multiétnicos y se puede observar como lentamente se avanza en la protección de grupos minoritarios vulnerables no solo en Guatemala, sino en América latina. La corte exhorto al estado de Guatemala para que se involucre más en todo el procedimiento de autorización de licencias extractivas de recursos naturales no renovables. Ya que la corte estableció que el estado debe supervisar más de cerca los procesos de los Estudios de impacto ambiental y social, enfatizando que ya menciona este último elemento donde se debe integrar la consulta comunitaria, esta verificación de estudios la sugiere con miras a minimizar más los daños ambientales.



CAPÍTULO IV



4. La necesidad de desarrollar adecuado marco normativo en el ámbito de consulta comunitaria en Guatemala

4.1. Contexto de la consulta comunitaria en Guatemala y América latina

La crisis energética mundial promueve que los intereses de los grandes países industrializados con masivos requerimientos energéticos, busquen invertir y realizar actividades de explotación de recursos naturales en América latina; un sector caracterizado por su riqueza en lo que a recursos naturales respecta, pero también acompañado de una diversidad étnica y cultural, así como una serie de desigualdades económico- sociales profundas y estructurales, que en el contexto de una historia reciente de conflictos armados y dictaduras, son naciones que recién inician sus caminos en la democracia y centran sus esfuerzos en la consolidación de un estado de derecho.

Según Vladimir Ameller, André Fernando y Guisela Mayén, en su obra: “El Derecho a la Consulta previa en América Latina”, en Guatemala, establecen lo siguiente: “Según datos oficiales, de 1997 a 2011, el Ministerio de energía y minas otorgó un [...] total de 398 licencias para la exploración y explotación de minería metálica y no metálica, la mayoría ubicadas en departamentos de población mayoritariamente [...] indígena”⁵⁴.


⁵⁴ Mayén. *Op. Cit.* Pág. 120.



La falta de “consulta comunitaria” en América latina ha desencadenado una fuerte conflictividad social; en Guatemala las comunidades donde se llevan a cabo las actividades mineras, las municipalidades a través de los consejos municipales, organizaciones de la sociedad civil y la población han realizado procesos de consulta desde el año 2004, hasta esa fecha se habían realizado 67 procedimientos de esta índole y 56 fueron sobre minería. Hasta el año 2011 estos procesos consultivos se habían realizado en comunidades cuya mayoría era indígena. Así también, durante el año 2014 este tipo de procedimientos consultivos también se han realizado por Comunidades que se auto-determinan no indígenas, como el caso de San Rafael las Flores, Santa Rosa y San José del Golfo, Guatemala; amparados en el Código Municipal y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; como consecuencia las poblaciones exigen el reconocimiento de la vinculación jurídica de estos procedimientos.

A pesar de eso la Corte de constitucional en más de un fallo ha establecido que es un derecho incuestionable, pero no así vinculante. La primera vez que la Corte constitucional guatemalteca negó la vinculación jurídica a la consulta comunitaria, fue en el caso de Sipakapa, San Marcos en el año 2007 y la última fue en el año 2013 con el caso de Mataquesuintla, Jalapa.

Las comunidades indígenas aducen que la consulta comunitaria constituye una práctica milenaria, propia de su organización social utilizada para tratar asuntos dentro de la comunidad y esta fue abstraída por el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT.



El estado de Guatemala muestra una aparente apertura al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a partir de la ratificación del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, en 1995; asimismo, con la negociación y aprobación de los Acuerdos de Paz, específicamente sobre Identidad y Derecho de los Pueblos Indígenas, en el año de 1996. Y posteriormente con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1996, con un revés en 1997 al aprobar una Ley de Minería, cuyas políticas extractivas están en contradicción con el citado Acuerdo de Paz y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; de esta misma manera el estado de Guatemala ratifica en el año 2007 la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

De esta manera el estado de Guatemala actúa de una manera contraria a los cuerpos normativos internacionales ratificados en materia de reconocimiento social, económico, político y cultural; así como en asuntos relativos a la reivindicación de tierra de las comunidades indígenas.

A lo largo del tiempo se ha desarticulado a los grupos que demandan al estado el cumplimiento de estos derechos legítimos y la realidad actual no dista mucho, ya que en plena época democrática los gobiernos han utilizado la represión de las comunidades indígenas y no indígenas a través de la constitucional Ley de Orden Público que data del año 1965 promulgada durante el gobierno de facto del General Enrique Peralta Azurdía, que obedece a una lógica de conflicto armado interno, cuyas medidas son profundamente represivas y militarizadas dirigidas a comunidades



desarmadas que agreden a los comunitarios en resistencia. Tales son los recientes casos de Santa Cruz Barillas, Huehuetenango en el año 2012; San Rafael las Flores, Santa Rosa y el reciente caso de San José el Golfo en Mayo de 2014.

Asimismo, en el año 2013 se dieron algunos señalamientos de corrupción contra la ministra de medio ambiente y recursos naturales, por sospechas de aprobaciones irregulares de licencias; asimismo, se puede mencionar el caso de la aprobación fragmentada del estudio de impacto ambiental del proyecto geotérmico Cerro Blanco, Jutiapa⁵⁵.

Según Silvine Ramírez, presidenta de la Asociación de abogados/as de derecho indígena de Bolivia, en su artículo: "Constituciones progresistas, modelo de desarrollo y la defensa de los derechos indígenas", establece: "Los pueblos indígenas en la Argentina, así como en el resto de América latina, enfrentan una situación paradójica: por una parte, se encuentran bajo el paraguas protector de un material normativo abundante: instrumentos [...] jurídicos internacionales vigentes en el país, la Constitución nacional que introduce una cláusula de reconocimiento de los pueblos indígenas, legislación secundaria, y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que ha desarrollado una doctrina potente en [...] defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

⁵⁵ Plaza Pública. <http://www.plazapublica.com.gt/content/los-16-favores-ambientales-goldcorp-en-jutiapa>. (1 de marzo de 2014).



Por otra parte, la realidad de los pueblos indígenas lejos está de acompañar estas transformaciones normativas. Sus derechos [...] son vulnerados día a día, los conflictos territoriales se profundizan, configurando un estado de situación que atenta claramente contra el conjunto de derechos vigentes en el país. En definitiva, su calidad de vida se ve seriamente amenazada, y desde el estado no surgen respuestas satisfactorias, sino más bien complicidad frente al despojo, una situación que tiene una continuidad histórica, pero que se ve agravada precisamente por [...] el recurso retórico de pretender construir estados interculturales.

Preguntarse por qué se gestan estas contradicciones nos hace buscar las respuestas en los procesos históricos y políticos [...] que dan nacimiento a los Estados. Pero también nos obliga a reflexionar sobre nuestra situación actual y las decisiones políticas que se toman en función de requerir de la tierra y el territorio indígena para llevar adelante la explotación de sus recursos naturales, que son la base de un modelo de desarrollo que hoy es la causa principal de la violación de los derechos. En definitiva, la razón económica se convierte, si bien no en la única, en la fundamental para entender por qué, ya bien entrado el siglo XXI, alcanzar un Estado igualitario sigue [...] siendo una utopía.”.

4.2. Marco jurídico internacional de la consulta comunitaria en Guatemala

La consulta comunitaria en Guatemala se encuentra fundamentada en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tales como: el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización


Internacional del Trabajo, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Convención Americana sobre Derechos Humanos.



Derivado de los primeros dos instrumentos en materia de derechos humanos el estado de Guatemala, se encuentra en la obligación de consultar cualquier tipo de medida legislativa o administrativa que afecte las formas de vida de las comunidades indígenas.

Específicamente en el Convenio 169 de pueblos indígenas y tribales de la Organización internacional del trabajo, se regulan las consultas sobre: medidas administrativas y legislativas que afecten a las formas de vida de los pueblos indígenas en el Artículo 6.1.a; traslados y reubicación de pueblos indígenas en el Artículo 16, numeral 2; enajenación y trasmisión de tierras; Artículo 17, numeral 2; sobre programas de educación; Artículo 22, numeral 1; sobre aprovechamiento de recursos naturales: Artículo 15, numeral 2. Las cuales fueron ampliamente abordadas en el capítulo dos de la presente investigación, pero en atención a la importancia del tópico que desarrollamos sobre el derecho de “consulta comunitaria”, enfatizaremos el artículo de mayor relevancia para este asunto de este instrumento internacional, el Artículo 6.1.a que establece que la consulta sobre medidas administrativas y legislativas que afecten pueblos indígenas, el cual es importante retroalimentar que es un procedimiento por medio del cual se consulta a los pueblos interesados a través de sus instituciones representativas.

Asimismo, en alusión a la Convención Americana sobre derechos humanos, la protección se extiende también a las comunidades no indígenas fundamentado el



principio “pro hominem”, contenido en el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto debido a que el citado principio es una figura jurídica propia del derecho internacional público de los derechos humanos, que implica una interpretación extensiva en derechos de esta especial índole, por ello en este caso se extiende el espectro de la protección normativa de los derechos colectivos no solo de los pueblos indígenas, sino de toda la poblaciones que puedan ser afectadas de alguna manera con actividades de índole extractiva de recursos naturales no renovables, que alteren sustancialmente las formas de vida de las poblaciones.

4.3. Marco jurídico nacional de la consulta comunitaria en Guatemala

4.3.1. Instrumentos Internacionales: los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tienen una importancia fundamental en Guatemala, debido a que la Constitución Política de la República de Guatemala en sus Artículos 44 derechos inherentes a la persona humana y 46, preminencia del derecho internacional. En el Artículo 44 se establece: “los derechos y garantías [...] no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Serán [...] nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitución garantiza”. Así mismo el artículo 46, establece lo siguiente: “se establece el principio [...] general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia [...] sobre el derecho interno”. En este sentido la corte



de Constitucionalidad⁵⁶ a interpretado bajo el principio hermenéutico de **que la** constitución debe interpretarse integralmente, es decir en todo su conjunto y nada de forma aislada. En este sentido se establece que la preminencia sobre el derecho interno que se le otorga a los derechos humanos no tiene facultad derogatoria o reformadora, sino que se realiza con el espíritu de recoger la evolución en materia de derechos humanos que se da y que un cuerpo escrito y rígido como nuestra constitución no puede absorber, dadas esas condiciones. Si entran las normas de los instrumentos en contradicción deben atenderse a las constitucionales para no atentar contra la supremacía constitucional⁵⁷, pero si no hay contradicción y una norma de los instrumentos internacionales es más garantista que una contenida en la constitución, debe aplicarse la más favorable. Asimismo, Guatemala reconoce la figura de derecho internacional del “ius cogens” que son normas de carácter fundamental, necesarias y fundamentales para la humanidad; el estado basado en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, está obligado a cumplirlo de buena fe, cuando este en vigor a través de una interpretación que sea también de buena fé⁵⁸. Por esta razón se puede afirmar que el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos son parte del ordenamiento jurídico interno guatemalteco.

⁵⁶ Corte de Constitucionalidad. **Constitución Comentada**. Pág. 99.

⁵⁷ **Ibid.** Pág. 47.

⁵⁸ **Ibid.** Pág. 362.



4.3.2. Leyes ordinarias y normas reglamentarias: a nivel nacional la **consulta comunitaria** se encuentra regulada principalmente en el Código Municipal en el Artículo 33 y del 60 al 66; la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural; el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental e influenciada de forma trascendente por la Ley de Minería.

a. Código municipal: Al respecto el Código Municipal establece en su Artículo 33, establece: “ al gobierno del municipio, le corresponde con exclusividad [...] al consejo municipal el ejercicio del gobierno del municipio, velar por la integridad de su patrimonio, garantizar sus intereses con base en los valores, cultura y necesidades planteadas por los vecinos, conforme a la disponibilidad de recursos. [...]”.

Asimismo, el Artículo 60 y su epígrafe: “la facilitación de información y participación ciudadana”, establece lo siguiente: “Los consejos municipales facilitarán la más amplia [...] información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”.

Asimismo, el Artículo 61 y su epígrafe: “Facultades de decisión”, regula lo siguiente: “Las formas, medios y procedimientos de participación ciudadana que los concejos municipales de desarrollo establezcan en ejercicio de su potestad para auto-organizarse no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que [...] corresponden al consejo municipal, el alcalde y los demás órganos representativos regulados por la ley”. De esta manera el Artículo 62 también contempla el “derecho a ser informado”, estableciendo que: “ todos los vecinos tienen derecho a obtener copias



y certificaciones que acrediten los acuerdos de los concejos [...] municipales, sus antecedentes, así como consultar los archivos y registros financieros y contables, en los términos del Artículo 30 de la Constitución Política de la República”.

De esta manera el código municipal en su Artículo 63, regula la “consulta a los vecinos”, estableciendo lo siguiente: “cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión [...] de los vecinos, el consejo municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes, podrá acordar que tal consulta se celebre tomando en cuenta las modalidades indicadas en los Artículos siguientes”.

Regulando en el Artículo 64 sobre “consulta a solicitud de los vecinos” que: “los vecinos tienen el derecho de [...] Solicitar al Concejo Municipal la celebración de consultas cuando se refiera a asuntos de carácter general que afectan a todos los vecinos del municipio.

La solicitud deberá contar con la firma de por lo menos el diez por ciento (10%) de los vecinos empadronados en el municipio. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el veinte por ciento (20%) de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado”. Así mismo en el artículo 65, sobre “consultas a las comunidades o autoridades indígenas del Municipio”, se regulo: “cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el consejo municipal realizará consultas a solicitud de las [...] comunidades o autoridades



indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas”. Por último el Código Municipal en su Artículo 66, establece: “modalidades de esas consultas”, estableciendo: “Las modalidades de las consultas a que [...] se refieren los Artículos 64 y 65 de este Código, entre otras, podrán realizarse de la manera siguiente: 1. Consulta en boleta [...] diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta. 2. Aplicación de criterios [...] del sistema jurídico propio de las comunidades del caso. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el cincuenta (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el [...] asunto consultado.

Por lo que se puede deducir por simple lógica que los consejos municipales y las poblaciones están legitimados en su derecho de realizar procesos consultivos en aquellas situaciones de trascendencia para sus comunidades; en cuyos casos un megaproyecto de minería química, es fundadamente en interpretación de la ley, una causal. Quizá su trascendencia no tenga mayor alcance debido a que la concesión de licencia de reconocimiento, exploración y extracción es competencia del Organismo ejecutivo a través del Ministerio de energía y minas, pero sin duda debe esta instancia cumplir con su obligación de informar con antelación a las comunidades y tomar en cuenta su opinión antes de la autorización de cualquier licencia.

b. Ley de consejos de desarrollo urbano y rural: el Artículo 26 de la citada ley, establece: “En tanto emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que




impulse [...] el Organismo ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de representantes [...] de los consejos de desarrollo”.

Al respecto debe mencionarse que esta ley entró en vigencia el 15 de abril del año 2002, unos meses después de la entrada en vigencia del Código Municipal, el 1 de Julio del año 2002. Enfatizando esta circunstancia considerando que ambos cuerpos normativos regulan la “consulta comunitaria”, pero con una profundidad y detalle diferente, por lo que se da una antinomia normativa, es decir que se regulan las mismas cosas y se da una clara contradicción. Por lo que por un lado debido a dicha circunstancia se crea duda en su aplicación o se puede acudir al principio de “ley nueva, deroga a la anterior”.

En la práctica los procesos de consulta se han fundamentado en el Convenio 169 de la OIT y otros se han fundamentado en el Código Municipal, no atendiendo a la citada normativa, debido a su ambigüedad y poca profundidad en su regulación.

c. Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental: el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental en los Artículos 33, 50, 51, 52 y 53, establece que previamente a la aprobación del Estudio de Impacto ambiental y social, el Ministerio de ambiente y recursos naturales debe haber informado a la población afectada junto a la empresa que llevaran a cabo el mega proyecto extractivo de recursos naturales no renovables. Esto con la finalidad que el citado estudio sea sometido a un examen rigurosos de la comunidad y se presente la oposición al mega proyecto si se da el caso. Durante la elaboración del estudio socio-ambiental se de un



proceso de evaluación y consulta por parte de la población a través de entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y mesas de trabajo. Esta normativa no se adecua a las necesidades de las comunidades indígenas y no indígenas que son afectadas por los proyectos extractivos de recursos naturales y en la realidad los estudios de impacto social y ambiental solo realizan en una dimensión ambiental con graves deficiencias sin estándares internacionales.

Cabe resaltar que la idea de un estudio en dos dimensiones: social y ambiental, podría ser clave y fundamental, ya que en la actualidad la Ley de Minería solo establece como requisito el “estudio de impacto ambiental” el cual deja fuera ese componente “social” que consiste en una “consulta comunitaria” que debería de llevar todos esos requisitos que la legitiman como el ser previo, informado, de buena fe, culturalmente adecuado con un marco regulatorio adecuado que se adecue a las necesidades de la población y respete la autodeterminación de las comunidades indígenas

d. Ley de minería: la Ley de Minería actual, establece exenciones tributarias y una regalía del uno por ciento (1%) sobre la producción de minerales. Los procedimientos de declaración de producción base del cálculo de regalía no es minucioso, la figura de regalía no está contemplada en el Código Tributario guatemalteco; el porcentaje promedio de regalías a nivel latinoamérica es mucho mayor. Asimismo, no se establece el pago de caución en caso de desastre ambiental y una gradual implementación de un plan de mitigación de riesgos ambientales integral.



Se regula un estudio de impacto ambiental -EIA- como requisito para la autorización de licencia extractiva de recursos naturales no renovables, pero este estudio esta regulado sin mayores exigencias y estándares internacionales en la Ley de Minería, en el Artículo 30 de la citada ley se establece que se debe entregar este a la autoridad respectiva, se refiere al Ministerio de energía y minas, así mismo este debe pasar previamente por la Comisión nacional del medio ambiente del ministerio de ambiente y recursos naturales y el Consejo nacional de áreas protegidas cuando se trata de áreas protegidas.

El estudio de impacto ambiental en el Artículo 30 de la referida ley, se establece que “debe presentarse treinta días antes de [...] iniciar labores para su autorización y de no resolverse en el mismo plazo se tendrá por aceptado el citado estudio”; de esto podemos concluir que se desprenden dos vicios: el primero, que se presente previamente al iniciar labores, porque eso implica que se ha llevado un trámite de autorización de licencia extractiva previo a considerar los riesgos ambientales que puede causar el proyecto de minería a cielo abierto y el segundo es la “mora administrativa positiva” es decir que el funcionario o empleado público en turno no cumple con su obligación de resolver en treinta (30) días se da por aprobado un estudio sin importar si el cálculo de riesgos es lesivo. Por lo que el estudio de impacto ambiental es literalmente como lo regula la ley un requisito, no un elemento fundamental para la autorización de una concesión de este tipo y que del resultado de la estimación de riesgos de como resultado la evaluación de la autorización o no de este tipo de actividades económicas.



El Ministerio de energía y minas extiende en el marco jurídico de la Ley de Minería a las empresas que desarrollan actividades económicas de minería de tres tipos: I. Reconocimiento, II. Exploración, y III. Explotación a través de un trámite regulado del Artículo 44 al 49 de la citada ley, donde cabe señalar que se establece la obligación de publicar edictos por una sola vez en el diario oficial y uno de mayor circulación y se establece un derecho de oposición por las personas que se consideren afectadas por la solicitud de licencia.

En este sentido debe tomarse en cuenta que la publicación de edictos tal como se establece en la ley es una forma muy obsoleta de difundir información sobre la realización de un proyecto minero ya que este tipo de medios escritos no poseen una adecuada cobertura en muchos de los lugares donde se desarrollaran este tipo de proyectos, ya que este debería ser un serio proceso de información del estado, empresas dirigido a la población, las comunidades se enteran de la licencias extractivas de recursos naturales no renovables una vez que el Ministerio de energía y minas notifica al Consejo municipal, así mismo no se establece como se mencionó anteriormente la vinculación fundamental de los resultados positivos del estudio de impacto ambiental como clave para conceder autorización extractiva.

Las omisiones de procedimientos adecuados en esta ley producen un grave y serio deterioro ambiental, que puede implicar una explotación anti técnica e irracional de recursos naturales, contraviniendo el Artículo 125 de la Constitución Política de la República y provocando una grave afectación para las condiciones de vida de la población cercana a los mega proyectos de minería química a cielo abierto, en donde



se debe evaluar si un uno por ciento de regalías sobre la producción de la ~~nina en~~ estas circunstancias constituye un verdadero desarrollo económico-social o un grave riesgo a la vida y la salud de la población aunada a la grave conflictividad social que se da entre el gobierno central y la resistencias de las comunidades que desean desarrollo, pero a través de una vía que sea amigable con sus formas de vida y con la protección de los recursos naturales no renovables.

4.4. Sentencias de la corte de constitucionalidad sobre consulta comunitaria en Guatemala

4.4.1. Caso Sipacapa, San Marcos: la sentencia Sipacapa-San Marcos, contenida en el expediente 1179-2005, sentencia constitucional emitida el ocho de mayo de dos mil siete. En el caso de Sipacapa, San Marcos, la corte reconoce el derecho incuestionable que tienen los pueblos sobre el derecho de consulta amparado en el Convenio 169 de Pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo.


Este reconocimiento pierde el alcance cuando la corte resta validez al proceso consultivo cuando establece que el órgano que lo promueve en este caso el consejo municipal es incompetente para conocer sobre este asunto y se extralimito en sus funciones al convocar y realizar el proceso de consulta. Pues considera que basado en el Código Municipal este establece que puede realizarse un proceso consultivo siempre que el asunto lo amerite y según la corte al no regular el Código Municipal específicamente los asuntos en los que procede es ambiguo, por el contrario se debe



considerar que al no establecer asuntos en específicos si se da la instalación de una planta de minería a cielo abierto eso es un asunto que amerita consulta comunitaria.

Asimismo, establece que los casos en los cuales se establece vinculación jurídica por parte de la citada normativa la corte también considera que es ambiguo debe enfatizarse que la vinculación aunque no hubiera sido declarada inconstitucional no hubiera podido operativizarse jurídicamente en la práctica; para serlo tendría que existir una etapa durante el proceso administrativo de concesión de licencia extractiva que pueda incorporarla y someter a consideración del Ministerio de energía y minas el asunto; por lo que el estado viola el derecho de participación a través de la consulta de los pueblos, porque no analiza la afectación de las condiciones de vida de los pobladores en los procedimientos administrativos de su política minera en el momento de concesionar, por lo que debería incluir en los requisitos de concesión extractiva de recursos naturales un estudio de impacto socio-ambiental que en un componente social contemple la consulta comunitaria.

El Código Municipal en el apartado donde se regula la consulta de pueblos indígenas y se establece que puede realizarse a través de sus autoridades representativas propias y sus procedimientos, la corte considero que es ambiguo y considera que se debe hacer a través de las autoridades no indígenas con los procedimientos electorales convencionales, pasando por alto que esta normativa es respetuosa de los derechos de los pueblos indígenas, razón por la cual está plasmada de esta manera; en caso de duda se debe hacer un trabajo intenso a nivel comunitario para determinar a las autoridades indígenas con el apoyo del Estado en algunos casos para llevar a cabo



este tipo de procesos respetando las estructuras indígenas propias. Asimismo, la corte considera que si este proceso se fundamenta en el Convenio es impreciso y no se puede aplicar, porque la corte vuelve a negar el reconocimiento de las autoridades indígenas representativas y su procedimiento; considera que para la aplicación del Convenio 169 debe emitirse una regulación ordinaria y administrativa, lo que alteraría gravemente el “espíritu de respeto y reconocimiento de los pueblos indígenas” de este instrumento internacional en materia de derechos humanos, que precisamente por este carácter es autoejecutable self executing, una fuente de derecho incuestionable que incluso es superior a la ley interna en la jerarquización del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Además la corte hace un fallo exhortativo al Congreso de la república en el que le manda a crear un marco normativo jurídico para el proceso de consulta, atendiendo a sus consideraciones es preocupante el resultado que puede derivar de allí. Reconoce el derecho de consulta; no reconoce a las autoridades indígenas, ni sus procedimientos; no considera inconstitucional la convocatoria a consulta y el proceso de consulta, le da carácter indicativo a la consulta y declaró inconstitucional la vinculación jurídica.

4.4.2. Caso Mataquescuintla, Jalapa: en los expedientes acumulados: 4639-2012 y 4646-2012, sentencia constitucional emitida el cuatro de diciembre de dos mil trece. La corte no solo reconoce el derecho de consulta, sino que considera que aunque esta tenga un efecto “indicativo”, esto no exime al estado para no hacer efectivo este derecho en las comunidades donde se realicen megaproyectos de minería química, por

lo que declaro sin lugar el Reglamento que regula la consulta en **Mataquescuintla**, Jalapa.



Asimismo, declaro que el derecho de consulta contenido en el Convenio 169 comprende incluso aquellas comunidades que no se identifiquen como indígenas por el principio “pro hominem”.

Asimismo, reconoce todo tipo de procedimiento en el tema de consulta y considera como método idóneo el sufragio con métodos electorales para su validez. Exhorta al Organismo legislativo a desarrollar un marco normativo adecuado en el ámbito de consulta comunitaria.

4.5. Balance de las sentencias de los casos de Sipacapa, San Marcos y Mataquescuintla, Jalapa

En las sentencias constitucionales de Sipacapa y Mataquescuintla se invoca por la Corte de constitucionalidad el derecho de consulta de las comunidades indígenas, contenido en el Artículo 6 del Convenio 169. Asimismo, se afirma que es un derecho incuestionable de los pueblos, sin embargo en los dos casos advierte que debe desarrollarse un marco jurídico adecuado que establezca los casos de procedencia y autoridades competentes, aquí cabe enfatizar que estos debe ser respetuosos de los procedimientos y autoridades propias de las comunidades indígenas de manera que no se violente su identidad y autodeterminación. Debe señalarse en este apartado que en la sentencia del caso de Sipacapa, San Marcos en el año 2007, la corte considera



“ambiguos” no solo la normativa del Código Municipal, sino el Convenio 169 de la OIT que se refiere a estos procedimientos, sino que considero que debía realizarse por las autoridades y procedimientos convencionales, negando así el reconocimiento de procedimientos e instituciones propias indígenas.

En la sentencia de Mataquescuintla, Jalapa en el 2013 se menciona al respecto: “es necesario reforzar el procedimiento adecuado que las instituciones representativas deben llevar a cabo para hacer efectivo este derecho, estimándose conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población, en aplicación al “principio pro hominem”, debe considerarse un avance de la corte y además se introduce un nuevo criterio citando al principio “pro hominem” en la aplicación de la consulta en Guatemala, es decir que todos los derechos adquiridos a través del Convenio 169 de la OIT por los pueblos indígenas en el tema de un desarrollo que resguarde sus formas de vida, identidad, costumbres y otros, también se extienden a las comunidades no indígenas.

Una de las diferencias esenciales entre los dos fallos es que en Sipacapa, San Marcos se declaró inconstitucional el Artículo 27 del “Reglamento de consulta de buena fe” aprobado por el consejo municipal y en el caso de Mataquescuintla se declaró sin lugar la inconstitucionalidad del “Reglamento para la realización de consulta municipal a solicitud de vecinos” aprobado por el consejo municipal de esa comuna. En el primer caso en Sipacapa, San Marcos la corte estimo que el consejo municipal se extralimito en sus funciones, porque al otorgarle vinculación jurídica a la consulta se arroga facultades que son del Ministerio de energía y minas.



En el segundo caso es un avance trascendental que la corte haya declarado **sin lugar la** inconstitucionalidad del reglamento de consulta Mataquescuintla, Jalapa estimando que los resultados de la consulta serán vinculantes para las autoridades municipales de acuerdo a lo que se establece en el Artículo 64 del Código Municipal decreto 12-2012, del Congreso de la República de Guatemala”, por lo que se deben emitir las resoluciones en el marco de la competencia de la municipalidad citada, en la que se haga valer la voluntad de la población y remitir a los organismos ejecutivo y legislativo para que tomen esto en consideración cuando resuelvan en el uso de su competencia, “corte estima que no se está limitando esta, ni se está extralimitando el consejo municipal, más bien es una adecuada forma de posibilitar el derecho de los pueblos a opinar y ser consultados sobre asuntos de su interés, por lo tanto no se encuentra en colisión con el texto constitucional”.

Porque la corte únicamente había reconocido el sustantivamente el derecho de consulta y recomendado la subsanación normativa de lo que considera un vacío legal en la materia calificando sus efectos como indicativos; pero al reconocer valida la consulta su proceso, autoridades y población en el marco de su competencia claro, es un paso significativo en la práctica del derecho de participación, clave para la consolidación de un régimen democrático-constitucional.

En el caso de Mataquescuintla, Jalapa se debe enfatizar indiscutiblemente la exhortación que la corte hace al Congreso para que desarrolle un marco normativo jurídico adecuado donde efectivice el derecho de consulta de las comunidades, incluyendo estudios de impacto socio-ambientales, contemplando que el estudio de



impacto-ambiental es un requisito en el otorgamiento de licencia extractiva al incorporar el elemento social a través de la consulta, esta se convierte en un factor seriamente a considerar por la autoridad encargada de autorizar dicha concesión. Aunque la corte no pierde su criterio al regular adecuadamente y dejar a la consulta con un carácter meramente indicativo, se puede afirmar a pesar de ello que los fallos de la Corte de constitucionalidad guatemalteca comienzan tenuemente avanzar en el tema de protección a grupos minoritarios indígenas y comunidades no indígenas donde se realizan proyectos de minería química; asimismo, en este mismo caso la corte cito el caso Saramaka vs Surinam de la Corte interamericana de derechos humanos de forma meramente enunciativa.

4.6. Ineficacia de la regulación de la consulta comunitaria en el Código municipal

Las sentencias constitucionales del caso Sipacapa, San Marcos y Mataquesuintla, Jalapa, nos permiten determinar la falta de certeza jurídica que existe en torno al tema de consulta comunitaria; debido a que la mayoría de procesos consultivos se respaldan a nivel de normativa ordinaria en el Código Municipal, de donde surge el amparo para el desarrollo de reglamentos que han sido atacados como inconstitucionales en estas sentencias. Por lo que se puede deducir una irrefutable ineficacia de la regulación de la Consulta comunitaria del Código Municipal, porque no puede garantizar el derecho constitucional de petición, que alberga el derecho de participación a la luz de un principio constitucional de igualdad y democracia.



4.7. La necesidad de desarrollar un adecuado marco normativo en el ámbito de consulta comunitaria en Guatemala

A partir de una interpretación recta, consciente, obediente del espíritu doctrinario y jurídico de la constitución guatemalteca, se puede determinar que el derecho de consulta es incuestionable, legal y justo, no como una decisión impositivamente vinculante de la población de forma aislada. Sino como parte de un requisito dentro del procedimiento administrativo, cuya negativa o aceptación, tiene una fuerza vinculante; visualizada esta circunstancia desde esta perspectiva, implica que la actual política de minería es inconstitucional, porque sus procedimientos administrativos no se ajustan a los preceptos constitucionales.

Por lo que se puede concluir que la solución no es solo reformar legalmente el Código Municipal, sino derogar toda la normativa ordinaria antes descrita, que tenga relación a la Consulta comunitaria y crear todo un marco normativo integral que concuerde con el marco constitucional y estándares internacionales en el tema de consulta comunitaria enfocado directamente en su área de aplicación de las actividades extractivas.

4.8. Lineamientos para el desarrollo de un marco normativo adecuado en el ámbito de consulta comunitaria y un fortalecimiento institucional

Derivado del anterior análisis sobre la normativa que regula la consulta comunitaria en Guatemala, se puede concluir que el “derecho de consulta” es legítimo e incuestionable para las comunidades indígenas y no indígenas. Que la regulación en el Código



Municipal no es suficiente, se debe establecer una forma de vinculación jurídica para que la opinión colectiva coadyuve en la decisión de las autoridades al conceder licencias de extracción minera. Razón por la cual debe desarrollarse un marco normativo en el ámbito de consulta comunitaria que cumpla con las siguientes condiciones mínimas:

a. Debe someterse a una minuciosa evaluación la normativa del Código Municipal, el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental y Ley de Minería, en el citado reglamento se debe contemplar un estudio de impacto socio-ambiental como requisito fundamental para la autorización de una licencia de reconocimiento, exploración, explotación minera.

b. El Estudio de Impacto debe componerse de dos elementos: un social y un ambiental. El primero se compone de un proceso de consulta a la comunidad, propiciado por un previo proceso de información realizado por el estado y la empresa minera, con la antelación necesaria y el segundo comprende un cálculo de los riesgos ambientales que pueden sufrir derivado de la actividad minera.

c. La Ley de Minería debe regular como elemento clave y vinculante el "estudio de impacto socio-ambiental", dentro del procedimiento de autorización de licencia de concesión extractiva para actividades mineras. El estudio de "impacto socio-ambiental", debe ser aprobado dentro de un minucioso procedimiento, en el que si cualquiera de los dos componentes no es aprobado, no puede formar parte de los requisitos en el

procedimiento de autorización de la licencia, por lo que esta no podría ser ~~tampoco~~ aprobada.



d. Asimismo, la Ley de Minería debe incrementar el porcentaje de regalías en base al monto de su producción de acuerdo a los precios que se encuentren vigentes en el mercado internacional, así mismo debe contemplar el pago de una caución en caso de desastres ambientales y un plan de mitigación de daños ambientales.

e. Debe desarrollarse una “Ley de Consulta Comunitaria” respetuosa de los procedimientos e instituciones para las comunidades indígenas, que respeten los principios de un procedimiento de Consulta, como el de ser informado, previo, libre, culturalmente adecuado y accesible y de buena fe. Basada en los instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT.






CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En el contexto de una crisis energética mundial, la inversión internacional sitúa sus intereses en la explotación de recursos naturales no renovables en América Latina; Guatemala, siendo uno de los países más ricos, en lo que a recursos naturales respecta, emite en el año 1997 la Ley de Minería, normativa que incrementó notablemente la emisión de licencias extractivas de minería química.

De tal forma, que estas concesiones fueron otorgadas sin un previo proceso de consenso, negociación o consulta con las comunidades afectadas; lo que generó una fuerte conflictividad social, a través de enfrentamientos entre el gobierno central, junto a las empresas con la población. Resaltando que la respuesta del Estado, ha sido a través de medidas violentas y estados de sitio militarizados, que han agudizado la crisis, sin buscar el diálogo.

En este sentido, la política minera que adoptó el Estado de Guatemala, tiene una evidente antinomia jurídica con los derechos humanos e individuales de la Constitución, Convenios Internacionales en materia de derechos humanos, los Acuerdos de Paz sobre Identidad y Derechos de Pueblos Indígenas, leyes ordinarias y reglamentarias, con respecto al derecho de participación y consulta.

Por lo que se evidencia una fuerte crisis del sistema jurídico y político de democracia constitucional en Guatemala, cuando el gobierno impone proyectos mineros, y el Estado no puede defender las garantías democráticas frente a la



presión de las empresas trasnacionales. Esencialmente, la respuesta obtenida por las poblaciones afectadas es la interpretación antidemocrática de la Constitución, a través de Sentencias Constitucionales, que niegan la vinculación jurídica del derecho de consulta y participación.

Se hace necesario, desarrollar un marco jurídico adecuado en materia de derecho de consulta, que pueda integrarse a los procesos de autorización de actividades extractivas de minería química, para que pueda garantizarse el derecho de participación y, contribuir a la consolidación del estado democrático y de Derecho, poniendo fin a los conflictos sociales a través del consenso.

BIBLIOGRAFÍA



- BOBBIO, Norberto. **La regla de la mayoría, límites y aporía**. Madrid, España: Ed. Agora.1998.
- BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. 3ª ed. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Sentencia constitucional contenida en expediente: 1179-2005**. Guatemala, 2007.
- Corte de Constitucionalidad Guatemala. **Sentencia Constitucional contenida en expedientes acumulados: 4639-2012 y 4646-2012**. Guatemala, 2013.
- GALVIS, María. **Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria**, Guatemala, Ed. Fundación para el Debido Proceso, 2013.
- HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**. 2ª ed. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980.
- MAYEN, Gisela. **El Derecho de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina**. Guatemala, Ed. Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- RAMIREZ, Silvina. **Constituciones progresistas, modelos de desarrollo y la defensa de los derechos de los Pueblos Indígenas**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Voces del Fénix N°. 25, 2013.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. **El contrato social**. Madrid, España: Ed. Edaf, 2007.
- SALAZAR, Pedro. **La Democracia Constitucional**. 1ª. ed. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2011.
- SCHUARTL, Norman. **Consulta comunitaria, desarrollo sostenible y el Banco Interamericano de Desarrollo**. Washington D. C., 1996.
- TRENTAVIZI, Bárbara. **Las Consultas Comunitarias de “Buena fe” y las prácticas ancestrales comunitarias indígenas en Guatemala**”. Guatemala, Ed. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2012.
- VAN DE SANDT, Joris. **Conflictos Mineros y Pueblos Indígenas en Guatemala**. Guatemala, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam, 2009.



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos –OEA-, 1969.

Convenio n° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Organización Internacional del Trabajo –OIT-, 1989.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Organización de Naciones Unidas –ONU-. 2007.

Convenio n° 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales. Organización Internacional del Trabajo –OIT-, 1957.

Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca –URNG-. 1995.

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

Ley de Minería. Congreso de la República, Decreto 48-97, 1997.

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

Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente. Congreso de la República, Decreto 68-86, 1986.

Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental. Presidente de la República. Acuerdo Gubernativo 431-2007, 2007.