

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure, possibly a saint or scholar, holding a book. The shield is flanked by two pillars. Above the shield is a crown. The entire emblem is encircled by a Latin inscription: "ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CETERA".

**DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO NO.169 Y SU
INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO EN CUANTO A LA CONSULTA LIBRE,
PREVIA E INFORMADA; DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA**

CARLOS HUMBERTO QUIEJ ESCOBAR

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2018

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

**DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO NO.169 Y SU
INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO EN CUANTO A LA CONSULTA LIBRE,
PREVIA E INFORMADA; DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS HUMBERTO QUIEJ ESCOBAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2018

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

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol
Vocal:	Lic. Víctor Enrique Noj Vásquez
Secretario:	Lic. Jorge Luís de León Melgar

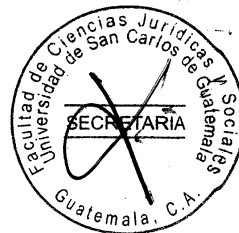
Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Crista Ruíz Castillo de Juárez
Vocal:	Licda. Vilma Corina Bustamante de Ortiz
Secretario:	Lic. Adán Oliverio Ruíz Ramírez

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
10 de noviembre de 2016.**

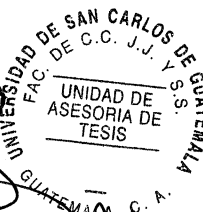
Atentamente pase al (a) Profesional, **ALEXANDER ESAU COLOP FLORES**
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CARLOS HUMBERTO QUIJEJ ESCOBAR, con carné **9115917**,
intitulado **DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO NO.169 Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO**
INTERNO EN CUANTO A LA CONSULTA LIBRE, PREVIA E INFORMADA; DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

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.

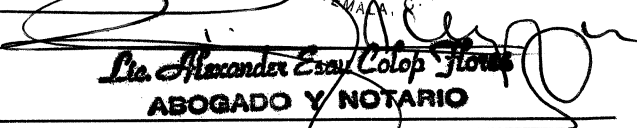
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros 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.


LIC ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción **03/03/2017** f)


Lic. Alexander Esau Colop Flores
ABOGADO Y NOTARIO

Asesor(a)
(Firma y Sello)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



Lic. Alexander Esau Colep Flores

Abogado y Notario

Colegiado 6385

15 Avenida 15-16 Zona 1, Barrio Gerona
Edificio Central Ministerio Público 6º. Nivel
Fiscalía Contra la Trata de Personas
Tel.: 2411-9191



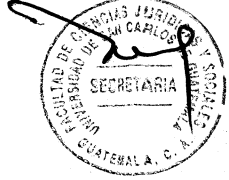
Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Orellana Martínez:

De acuerdo con el nombramiento de fecha diez de noviembre de dos mil dieciséis, emitido por la Unidad que usted dignamente dirige; he procedido a asesorar la tesis intitulada: **“DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO NO. 169 Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO EN CUANTO A LA CONSULTA LIBRE, PREVIA E INFORMADA; DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA”**, del bachiller **CARLOS HUMBERTO QUIJE ESCOBAR**, motivo por el cual emito el siguiente dictamen:

- a) En virtud de la necesidad de denominar completamente la norma fundamental que rige en nuestro país, he recomendado modificar el título de la tesis, sugiriendo intitularla: **“DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO NO. 169 Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO EN CUANTO A LA CONSULTA LIBRE, PREVIA E INFORMADA; DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA”**.
- b) En relación con el contenido científico de la tesis, se puede verificar que las técnicas y métodos utilizados, fueron las adecuadas para el desarrollo de los objetivos del presente trabajo. En cuanto al contenido técnico, considero que está presente en la redacción, al hacer uso del lenguaje jurídico acorde con un trabajo de esta índole.
- c) La investigación contiene las suficientes referencias bibliográficas para respaldar cada uno de los capítulos que la componen. Las cuales han sido pertinentes para sustentar el tema tratado y por ende el desarrollo del mismo. Resguardando los correspondientes derechos de autor.
- d) Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica, investigación de campo y análisis de contenido. Además se recurrió a los métodos: analítico, sintético, deductivo, inductivo y analógico.



Lic. Alexander Esau Colop Flores

Abogado y Notario

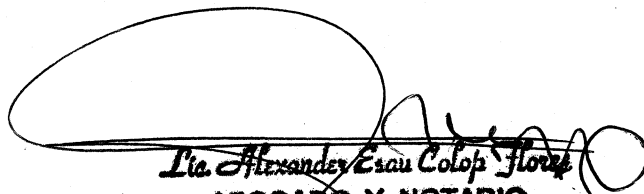
Colegiado 6385

15 Avenida 15-16 Zona 1, Barrio Gerona
Edificio Central Ministerio Público 6°. Nivel
Fiscalía Contra la Trata de Personas
Tel.: 2411-9191

- e) En la redacción final del trabajo de tesis, se ha desarrollado adecuadamente cada uno de los capítulos, en los cuales se fundamenta la comprobación de la hipótesis; lo cual genera una contribución científica al sistema formativo guatemalteco.
- f) Dentro de la conclusión discursiva del trabajo de tesis, el bachiller manifiesta que la problemática que afecta los derechos de los pueblos indígenas, se refleja en la práctica legal, política y social del país; obedeciendo a la falta de voluntad política del Estado guatemalteco para objetivar el Convenio No. 169, vigente en el ordenamiento jurídico interno. Ante lo cual, es necesario impulsar un proceso constituyente que refleje la realidad multiétnica de nuestro país con equidad, igualdad e inclusión; para la refundación de la República de Guatemala como un Estado plural.
- g) **DECLARO EXPRESAMENTE** que: no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley.

En virtud de lo expuesto anteriormente y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, al bachiller **CARLOS HUMBERTO QUIJEJ ESCOBAR**, a efecto de que prosiga con los trámites necesarios para su graduación.

Sin otro particular me suscribo de usted con muestras de consideración y respeto.

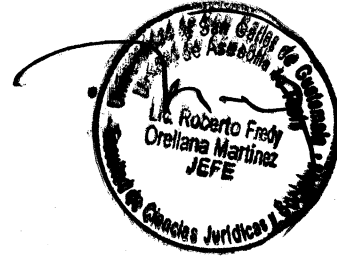

Lic. Alexander Esau Colop Flores
ABOGADO Y NOTARIO
LIC. ALEXANDER ESAÚ COLOP FLORES

ABOGADO Y NOTARIO

COLEGIADO 6385



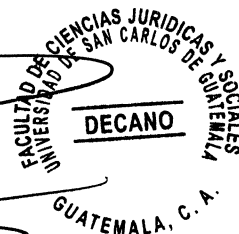
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

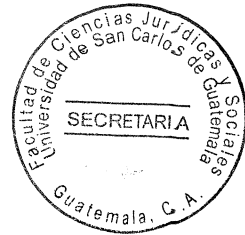


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de agosto de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS HUMBERTO QUIJE ESCOBAR, titulado DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO NO.169 Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO EN CUANTO A LA CONSULTA LIBRE, PREVIA E INFORMADA; DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

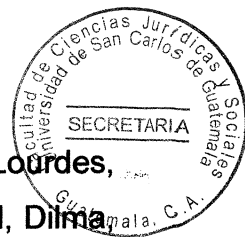
RFOM/cpchp.





DEDICATORIA

- AL AJAW:** Creador y formador, por sus bendiciones.
- AL PUEBLO:** Por su sacrificio y lucha.
- A MIS PADRES:** Amada Escobar Gálvez y José Quiej Díaz (Q.D.E.P.), por su guía y apoyo incondicional.
- A MIS HERMANOS:** Eunice y Marvin Augusto (Q.D.E.P.), fuente de orgullo y admiración.
- A MIS HIJAS:** Victoria Nicté, Aura Mélida y Karla Guadalupe; con todo mi amor.
- A MIS SOBRINOS:** Reyna Eunice, José Ángel y Amanda del Rosario; con todo mi cariño.
- A MIS ABUELOS:** Rosa Díaz Boch y José Quiej Ajbal (Q.D.E.P.); Nolberta Gálvez (Q.D.E.P.) y Rigoberto Escobar (Q.D.E.P.); por mi existencia y fortaleza.
- A MIS TIOS:** Roberto, Víctor, Augusto, Edgar, Rafael (Q.D.E.P.), Salvador (Q.D.E.P.), Pedro (Q.D.E.P.), Juan (Q.D.E.P.), Carlos (Q.D.E.P.), Mario (Q.D.E.P.), y Marel (Q.D.E.P.); por su ejemplo y respaldo.
- A MIS TIAS:** Carmen, Marta, Elba, Susana (Q.D.E.P.), Berta (Q.D.E.P.), Herminia (Q.D.E.P.) y Dora (Q.D.E.P.); por su dulzura y consejo.



A MIS PRIMOS Y PRIMAS:

Leonel, Marco, Carmen, Marleny, Lourdes, Esperanza, Luis, Yoli, Beto, Hortensia, Gabriel, Dilma, Lidia, Marisol, Sara, Maribel, Bernardo, Fidelino, Reina, Olga, Alfredo, Mario, Estela, Gloria, Jhonatan, Osman, Alejandro, Carlos, Edgar, Karla, Elsa (Q.D.E.P.), Hilda (Q.D.E.P.), José (Q.D.E.P.), Yolanda (Q.D.E.P.) y Rene (Q.D.E.P.); por compartir alegrías y sueños.

A MIS COMPAÑEROS:

Begoña, Alex, Eugenio, Estuardo, Edgar, Rodrigo, Manuel, Arnoldo, Juan, Cesar, Mario, Chico, Álvaro, Iván, Chema, Chepe, Oswaldo, Luis, Alfonso, Otto, Nelson, Omar, Oscar (Q.D.E.P.) y Víctor (Q.D.E.P.) hermanos de vida y lucha.

AL HÉROE NACIONAL:

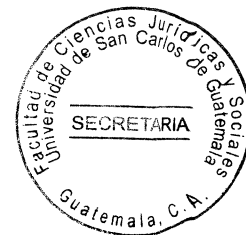
Carlos Najarro, por su defensa de la dignidad y soberanía nacional el 02 de agosto de 1954.

A LA GLORIOSA:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por los valores de verdad y justicia que guiarán mi vida profesional.

A MI ALMA MÁTER:

Universidad de San Carlos de Guatemala, por el compromiso social y académico que me inculcó.



PRESENTACIÓN

Esta investigación cualitativa en el área del derecho internacional público, se relaciona con el cumplimiento del derecho a la consulta libre, previa e informada en Guatemala, establecido dentro del Convenio No. 169 de la OIT, obedece a que no ha sido plenamente incorporado al derecho interno tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala. Pues se han invocado razones como ausencia de una ley que regularice este procedimiento, la falta de reconocimiento a las autoridades ancestrales y, el desconocimiento a los usos y costumbres de los pueblos indígenas; lo cual ha imposibilitado el ejercicio de sus derechos y con argumentos de falta de legalidad, legitimidad y representatividad, no han considerado valido el ejercicio autónomo del derecho a la consulta impulsado por las comunidades.

De esa cuenta, el objeto de este estudio es determinar la incorporación del derecho a la consulta de acuerdo con lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que su cumplimiento refleja las prácticas del Estado guatemalteco hacia los pueblos indígenas que son los sujetos de esta investigación. El aporte académico radica en reflexionar sobre la positivación del derecho a la consulta durante el periodo comprendido entre los años dos mil diez y dos mil quince; así como evidenciar la práctica contemporánea del pueblo Maya K'iche' del municipio de Cantel, departamento de Quetzaltenango; en cuanto al ejercicio de sus derechos humanos contenidos en el Convenio No.169. Como el mínimo de garantías para su desarrollo y participación política que viabilice el reconocimiento normativo de la realidad multiétnica, multilingüe y pluricultural sobre la que se fundó la nación guatemalteca.

HIPÓTESIS

El Estado de Guatemala no ha armonizado el ordenamiento jurídico interno, con la obligación internacionalmente asumida en el Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo, para hacer efectivo el derecho a la consulta del cual son beneficiarios los pueblos indígenas, omitiendo el principio de pacta sunt servanda y el principio pro homine en materia de derechos humanos de tercera generación.

Lo cual se materializa en el incumplimiento: a) de facto al no incorporar este derecho de los pueblos indígenas al derecho interno, como obligación gubernamental; y b) de iure al no considerar válidas, ni vinculantes las consultas comunitarias realizadas en forma autónoma por los pueblos indígenas conforme sus propias costumbres, o bien cuando las han realizado invocando las normas vigentes en el país.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para comprobar la hipótesis se implementó el método científico, utilizando el análisis y síntesis para reconocer los elementos históricos, jurídicos y sociales de la problemática relativa a la vigencia del derecho a la consulta. Que se refleja en las actuaciones de los organismos del Estado y en la exigencia de ese derecho por los pueblos indígenas; que no se ha positivado en el ordenamiento jurídico interno, ni en la práctica estatal. El método inductivo-deductivo, sirvió para interpretar las causas y efectos de la falta de cumplimiento a ese derecho, incorporando una investigación de campo para conocer la práctica de los usos y costumbres del pueblo indígena Maya-Quiché en materia de consulta. Logrando validar la hipótesis planteada comprobando la existencia de la omisión y negación del derecho a la consulta para los pueblos indígenas por parte del Estado guatemalteco; materializado en la falta de regulación de este derecho humano y el rechazo a las consultas comunitarias de buena fe realizadas por dichos pueblos.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Los pueblos indígenas en el Estado guatemalteco.....	1
1.1. La organización social pre-colonial de los pueblos originarios.....	4
1.2. La estratificación colonial y las leyes establecidas para los indios.....	6
1.3. Los pueblos indígenas y su exclusión de la independencia.....	12
1.4. La ciudadanía y los pueblos indígenas en la Época Liberal.....	15
1.5. El Estado moderno y la relación con los pueblos indígenas.....	20

CAPÍTULO II

2. El derecho público en función de los habitantes del Estado guatemalteco.....	27
2.1. Evolución del derecho constitucional guatemalteco y el reconocimiento de los pueblos indígenas.....	28
2.2. El derecho administrativo en Guatemala.....	36
2.3. Instituciones vinculadas al cumplimiento del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo	39
2.4. El Estado guatemalteco y su incorporación en el derecho internacional.....	52

CAPÍTULO III

3. Los derechos humanos de los pueblos indígenas y su incorporación al derecho interno.....	61
3.1. Evolución histórica de los derechos humanos y su adopción en Guatemala.....	62

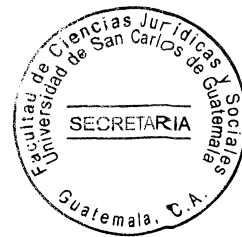
3.2. La Organización Internacional del Trabajo como órgano especializado de la Organización de las Naciones Unidas.....	65
3.3. El reconocimiento jurídico internacional de los pueblos indígenas y tribales en países independientes.....	69
3.4. El derecho comparado en la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica.....	79
3.5. Incorporación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Guatemala.....	90

CAPÍTULO IV

4. El cumplimiento del Convenio No. 169 en cuanto al derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas.....	95
4.1. Informes de Estado sobre el cumplimiento del Convenio No. 169 ante la Organización Internacional del Trabajo.....	96
4.2. Acciones internacionales para la vigencia del derecho a la consulta.....	104
4.2.1. Sistema Interamericano de Derechos humanos.....	105
4.2.2. Acciones ante el Sistema de Naciones Unidas.....	118
4.3. Acciones nacionales para la vigencia del derecho a la consulta.....	127
4.3.1. Sentencias de la Corte de Constitucionalidad sobre el derecho de consulta a los pueblos indígenas.....	129
4.3.2. Iniciativas de ley para hacer vigente el derecho a la consulta.....	140
4.3.3. Acciones gubernamentales para implementar los derechos de los pueblos indígenas.....	144
4.3.4. La práctica del derecho a la consulta realizada por el pueblo Maya Quiché de Cantel Quetzaltenango.....	147

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	159
-----------------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	161
--------------------------	------------

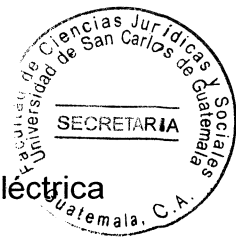


INTRODUCCIÓN

El derecho a la consulta libre, previa e informada contenida en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, fundamenta la lucha de los pueblos indígenas, por el reconocimiento de las prácticas que ancestralmente han mantenido y la atención de forma diferenciada que se establece con la ratificación del convenio por parte del Estado guatemalteco. Pero, al contrario, han prevalecido las presiones económicas y los intereses de los actores políticos de turno, en lugar de atender la condición de exclusión política, jurídica, económica y social de los pueblos originarios.

En la investigación se analiza el cumplimiento efectivo del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, en observancia de los principios de *pacta sunt servanda* y *pro homine* en los cuales se fundamenta esta obligación internacionalmente asumida. Comprobándose la hipótesis al constatar que la omisión de regulación en el derecho interno (de facto) y la falta de reconocimiento a las consultas comunitarias realizadas de buena fe (de iure), constituye en una violación sistemática a los derechos de los pueblos indígenas; generando conflictividad social, inseguridad, debilitamiento del Estado de derecho y de las garantías constitucionales.

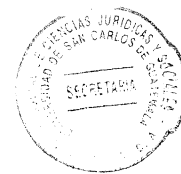
De esa cuenta, el objetivo general de la investigación radica en determinar el grado de cumplimiento de la obligación del Estado guatemalteco en cuanto al ejercicio del derecho humano a la consulta de los pueblos indígenas contenida en ese Tratado internacional y su incorporación al derecho interno conforme la Constitución Política de la República de Guatemala. En virtud de los impactos que provocan a la existencia de



dichos pueblos la implementación de políticas extractivas, de generación hidroeléctrica y otros megaproyectos.

En el capítulo I se describen las raíces históricas de la condición jurídica y social de los pueblos indígenas; en el capítulo II se aborda desde la perspectiva del derecho público interno la incorporación del derecho a la consulta y las instituciones vinculadas con el cumplimiento del convenio. El tema de los derechos humanos se aborda en su capítulo III, en cuanto a su evolución y la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas, comparando su vigencia en otros países de Latinoamérica. Por último, en el capítulo IV se analiza la vigencia del derecho a la consulta y las instituciones vinculadas al control de la convencionalidad, las cuales se han preocupado por la situación de los pueblos indígenas.

La investigación se realizó empleando los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo y analógico; complementados con las técnicas bibliográficas, de campo (entrevista) y documentales (análisis de contenido); considerando autores nacionales e internacionales, la legislación vigente, los informes del Estado, y de los organismos internacionales vinculados a la defensa de los derechos humanos, así como los pronunciamientos del alto tribunal constitucional guatemalteco sobre este tema. Como un esfuerzo por visibilizar las condiciones políticas, jurídicas y sociales de los pueblos indígenas en la actualidad que a pesar de la obligación internacionalmente asumida, está pendiente de positivarse por lo cual es necesario continuar con el ejercicio de reflexión y análisis sobre su participación en la nación guatemalteca.



CAPÍTULO I

1. Los pueblos indígenas en el Estado guatemalteco

La conformación del Estado guatemalteco, se planteó desde una realidad discriminatoria, pues en la colonia el modelo de acumulación de la riqueza se basó en el trabajo forzado de los indígenas. La independencia no implicó un cambio sustancial de esta realidad, pese a la promulgación de normas constitucionales de carácter universalista, en cuanto a los derechos del hombre y el ciudadano, ya que las prácticas y leyes ordinarias, justificaban la segregación de los pueblos originarios.

El Estado, según Adolfo Posada, “es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él, un poder supremo de ordenación e imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política”.¹

El primer proyecto nacional de Estado en Guatemala, como parte de las Provincias Unidas de Centro América, dentro de un modelo federal; reconoció una ciudadanía limitada a: varones, alfabetos, mayores de edad y con recursos económicos suficientes. Fundado en la premisa liberal de que la propiedad hace a los hombres libres, se ofertó las tierras baldías y ejidales a los considerados ciudadanos, excluyendo a los pueblos indígenas

¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág.382.

“Una de las Estrategias del Estado nacional de corte liberal en América Latina para unificar bajo un mismo proyecto cultural, económico y político, el conjunto de la sociedad... ha sido la imposición de un régimen jurídico común basado en el principio de igualdad jurídica de toda la ciudadanía... desconociendo el contexto cultural y de pluralismo jurídico...” (sic).²

A pesar del reconocimiento formal a los pueblos indígenas en la Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825, que en su Artículo segundo regulaba que: “Forman el Estado los pueblos de Guatemala reunidos en un solo cuerpo”. En la práctica no eran tratados como iguales, al mejor estilo colonial; se eliminaron sus formas de organización y autogobierno, se regularon elecciones municipales por un número de electores, residentes en el pueblo y en ejercicio de sus derechos ciudadanos como lo establecía en su Artículo 165 esa Constitución, excluyendo a los pueblos indígenas por la incapacidad material de cumplir esos requisitos.

“La población indígena fue expropiada del ejercicio del poder local y de la tierra y convertida en una masa de campesinos sin tierra... Lo oligárquico fue un estilo de dominación tradicional, patrimonial violento y excluyente... basado en el racismo y la intolerancia, el prejuicio y la discriminación...”.³

Pese a la resistencia de la oligarquía, la Asamblea Legislativa de 1936 promulga el decreto de organización de las municipalidades; restablece la figura de alcaldías

² Aparicio Wilhelmi, Marco. **Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina.** Pág. 2.

³ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Informe nacional de desarrollo humano 2005. Diversidad étnico cultural: la ciudadanía en un Estado plural.** Pág. 95.

indígenas y los auxiliares, posibilitando la preservación de sus formas de autogobierno y autoridades ancestrales. La fundación de la República de Guatemala, se materializa el 20 de marzo de 1847, cuando se decreta su separación de la Federación Centroamericana y se proclama como un Estado independiente, pero continúa obedeciendo a la iglesia, a la élite dominante y, a los intereses de la corona inglesa por apoderarse de Belice.

“Las leyes que regularon el uso y tenencia de la tierra a partir de la constitución del Estado-nación guatemalteco, han afectado directamente la conformación y rearticulación de los pueblos originarios. En muchas ocasiones las leyes han sido utilizadas para el despojo y la explotación...”⁴

En la Constitución Política de 1851, se ratificó la independencia de la provincia, convertida en un Estado-nación dirigido por una élite criolla, junto con una pequeña porción mestiza, que acaparaba la tierra, la educación y el comercio. Esa élite posteriormente incorporó a inmigrantes europeos, por lo que la identidad nacional fue restrictiva y la nación no fue homogénea.

“El nacionalismo promovido durante el colonialismo interno ocultaba su carácter racista bajo el discurso de la igualdad al tiempo que promovía la asimilación e incluso la erradicación de los considerados indios... Tanto la dictadura conservadora (1821-1871) como la dictadura liberal (1871-1944), prolongaron el orden colonial de racismo y

⁴ Pérez Sian, María José. **Estamos aquí. mujeres, memoria, verdad y justicia.** Pág. 25.

violencia...”⁵

1.1. La organización social pre-colonial de los pueblos originarios

El origen de la sociedad Maya es un misterio, lo que se conoce de ella es gracias a los estudios arqueológicos y antropológicos posteriores. Su base económica era de tipo esclavista por la imposición del vasallaje y su superestructura compuesta por una clase noble regente y un aparato administrativo teocrático-militar. Otro aspecto relevante de su organización política, es la existencia de una especie de derecho internacional, ya que estos pueblos convivieron con otros a base de pactos y alianzas, fijando por costumbre normas de convivencia entre imperios.

Los pueblos de origen maya contaban con una organización política y social definida; con mecanismos propios de producción y avances en diferentes ciencias. Entre los habitantes de origen maya que poblaban Quauhtlemallan, a la llegada de los españoles, se encontraban los pueblos: Quiché, Ceqchiquel, Tzutujil, Mam, Poqomam, Poqomchí, Queqchí, Ixil, Itzá y Xinca; los cuales se subdividían en otras parcialidades más locales.

“El más grande de esos señoríos o Estados era el K’iche’ del altiplano y un significativo número de otras poblaciones circunvecinas... Su centro político era Utlán, también llamado K’umarcaaj (‘las antiguas cañas’)” (sic).⁶ Contando con un nivel de organización social y política más alto que sus vecinos. Al momento de la conquista, la nación quiché (k’iche’ vinak) formaba una especie de confederación, liderada por los

⁵ Ibid. Pág. 26.

⁶ Carmak, Robert. *Diario La Hora*. Pág. 4.



grupos de Gumarcaaj (Utatlán), Ismachí e Ilocab; que controlaban la mayor parte del territorio de lo que hoy es Guatemala. Su organización sociopolítica se conoce poco, debido a la destrucción de códices durante la conquista.

“La sociedad Maya de la época se encontraba dividida en dos grandes estratos sociales que conformaban nobles y plebeyos...”.⁷ Los ahau (señores) eran una clase noble basada en el principio de adscripción, por el cual una persona tiene ciertas características al descender de padre o antepasados ilustres. Los macehuales (plebeyos) se dividían en dos rangos, “El de los simples labradores de la tierra, de quienes dependía económicamente toda la sociedad; y las personas comunes, que servían directamente a los nobles”.⁸ Los nobles dirigentes habitaban en los palacios de los centros fortificados, al lado de los cuales estaban las Nim’ja (casas grandes), donde se asentaban varios linajes reales encargados de las actividades administrativas y exentos de las labores en el campo.

La unidad básica en la organización social de los grupos quichés (Quichés, Caqchiqueles y Tzutujiles) fue llamada por los conquistadores como: Chinamit (vocablo proveniente del náhuatl chinamitl); donde vivían las personas comunes, y estaba vinculado por servidumbre a una casa grande de la aristocracia. La responsabilidad por los actos o transgresiones cometidos por alguno de sus integrantes, se extendía a todos sus miembros y las sanciones eran autoejecutadas por el mismo chinamit.

⁷ M. Hill II, Robert. Lujan Muñoz, Jorge. **Historia general de Guatemala. Época precolombina. Los Quichés. Tomo I.** Pág. 639.

⁸ **Ibid.** Pág. 658.

Los Chinamitales eran encabezados por miembros de una familia aristocrática del propio grupo, además existían nobles menores o ancianos plebeyos distinguidos, que formaban una especie de consejo consultivo y realizaban tareas de gobierno. Otro nivel en la organización social quiché fue la unificación de dos o más chinamit, en entes denominados: Amak (patas de araña); por la dispersión territorial de su asentamiento. La nación Quiché, tenía como base tres amak: Nimá Quiché, Tamub e Ilocab.

Existía una distribución del poder dentro de la estructura política de gobierno, entre la gente concentrada en los centros fortificados, las casas grandes y los que vivían dispersos en el campo. En los centros fortificados se tomaban las decisiones a partir del diálogo entre cada una de las parcialidades o linajes, y a través de las nim'já se ejercía control sobre los chinamit.

De esa cuenta su organización política giraba en torno a normas consuetudinarias establecidas por el linaje gobernante que estaba regida por su sistema cultural-religioso. Siendo el señorío de Utatlán, la entidad política más grande e influyente del altiplano guatemalteco, logrando alcanzar un alto grado de integración económico social similar a un imperio conformando una nación (vinak) y expandirse territorialmente.

1.2. La estratificación colonial y las leyes establecidas para los indios

En el siglo XV la tradición medieval estaba muy arraigada en España, por lo que normas de este tipo fueron aplicadas al recién descubierto continente americano. La capitulación, las bulas papales, el requerimiento, el repartimiento y la encomienda; se constituyeron en las fuentes de derecho para el descubrimiento, conquista, dominio y

explotación de los pueblos originarios.

Este proceso de conquista recayó en la iniciativa privada, pues la corona española, debido a sus problemas internos, delegó esa responsabilidad, optando por otorgar esas facultades a comerciantes y navegantes, a través de las capitulaciones. Definidas por el jurista Manuel Ossorio como: “Concierto o pacto hecho entre dos o más personas sobre algún negocio comúnmente grave...”.⁹

Existieron tres tipos de capitulación para: descubrimiento, conquista y población. En la primera el capitulante se obliga a realizar determinado descubrimiento, dentro de los límites geográficos asignados a los Reyes de Castilla y León, por el Papa Alejandro VI en la Bula Intercaeteras (1493), por medio de la cual se hacía la donación de los territorios y pueblos descubiertos con la condición de propagar la fe católica.

Las de conquista que: “...desde... 1573 se llaman pacificaciones- donde la licencia regia es para ocupar –pacíficamente o no- un territorio previamente hallado; y de población, donde el asiento autorizado por la corona consiste en la fundación y subsiguiente población de ciertos territorios previamente descubiertos” (sic).¹⁰ Constituyéndose en el código fundamental para obtener y administrar un territorio, siendo la primaria fuente jurídica para crear su demarcación.

El Requerimiento fue empleado para someter y esclavizar a los pueblos originarios

⁹ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 141.

¹⁰ http://www.mercaba.org/Rialp/C/capitulaciones_de_indias.htm; **Capitulaciones de Indias**. (Consultado: 27 de noviembre 2016).

como instrumento jurídico aplicado para exigirles aceptar el derecho de dominio del Rey español, pues de lo contrario sufrirían las consecuencias de la justa guerra. “En este documento se requería a los indios que aceptaran la fe cristiana, y reconocieran la autoridad del papa y del monarca español, si no lo hacían así podían ser atacados con toda justificación...” (sic).¹¹

Los conquistadores españoles también necesitaban siervos para hacerse hidalgos (nobles), por eso implantaron las instituciones del Repartimiento y la Encomienda de los indios, como llamaron a los pobladores de estas tierras. Como señala Rodolfo Stavenhagen citado por Marco Aparicio, “El uso del término indio es un típico concepto de la situación colonial ya que reduce la especificidad y la enorme variedad de los pueblos americanos a una sola masa indiferenciada de indígenas explotables y convertibles a la fe”.¹²

El repartimiento fue un atributo de los Adelantados, quienes luego de conquistar un territorio tenían derecho de entregar indígenas a sus soldados, a los misioneros o colonos para su explotación y adoctrinamiento religioso, fue el “Sistema seguido... desde principios del siglo XVI, con la finalidad de dotar de mano de obra a las explotaciones agrícolas y mineras. Se repartía un número determinado de indios entre los colonizadores españoles, y la asignación se hacía en encomienda, o sea, en una relación de encomendación o patrocinio...” (sic).¹³

¹¹ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 33.

¹² Aparicio, **Op.Cit.** Pág. 9.

¹³ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** Pág. 1256.

En tanto que el derecho a la encomienda fue regulado en las Leyes de Burgos (1512/13), para conciliar el derecho de conquistar con la prevención de abusos, y se define como: "...institución... por la cual se señalaba a una persona un grupo de indios para que se aprovechara, ya del trabajo de ellos (encomienda originaria o de servicios), ya, posteriormente, de una tributación tasada por la autoridad (encomienda de tributo), y siempre con la obligación, por parte del encomendero, de procurar y costear la instrucción cristiana de aquellos indios" (sic).¹⁴

Se reconocen dos etapas en las encomiendas, la insular con carácter esclavista de asignar indios a los conquistadores o colonos cometiéndose muchos abusos, siendo suprimida en 1542 por la Ley número 35 de las Leyes Nuevas de Barcelona; misma que fue revocada en 1545 iniciando con ello la etapa continental en forma de encomiendas de tributos y no de servicios personales.

Esta institución se convirtió en un instrumento de esclavitud y explotación para la población indígena. Los conquistadores impusieron su proyecto imperial eurocéntrico basado en la integración de los indígenas a la corona española e imponiéndoles un nuevo sistema cultural uniforme con el fin de eliminar el propio.

La situación jurídica de los indígenas y la legalidad de la conquista; así como el derecho de hacerlos esclavos, fue cuestionada desde su inicio. Los conquistadores veían como inferiores a los indígenas, lo que justificaba su dominación, pero las discusiones surgidas en la corte sobre la injusticia que suponía la esclavitud, originaron la emisión

¹⁴ Ibid.

de una Real Cédula (1530), que reconocía la prohibición de la esclavitud y por los excesivos abusos se ordenaba "...que nadie en tiempo de guerra, aunque fuera justa, osara cautivar a los indios, y que tampoco pudieran ser obtenidos por la vía del rescate".¹⁵

El Papa Paulo III estableció en la Bula Sublimis Deus (1537), que los indios eran seres racionales, por lo que no podían ser privados de su libertad y propiedades, ni hacerlos esclavos. "Al lado de la bula iba la amenaza de severas penas eclesiásticas para los desobedientes. Si bien el rey de España logró que dichas penas fueran revocadas al año siguiente, la bula permaneció y fue usada como valioso argumento por los defensores de los indígenas".¹⁶

A principios del siglo XVI teólogos y filósofos, como Francisco de Vitoria y Fray Bartolomé de las Casas; comenzaron a abordar el problema de la naturaleza jurídica atribuida a los nuevos vasallos y criticaron fuertemente su explotación. Paulatinamente se fueron emitiendo algunas leyes protectoras de los indígenas, pero fueron derogadas al poco tiempo, como las Leyes nuevas de Barcelona (1542), que apenas duraron tres años, pero tienen la relevancia de señalar legalmente el fin de la esclavitud por justa guerra.

"La estructura étnica y social de la colonia descansaba en un sistema estamental complejo, y racista... Imponía y mantenía... el estatus social de una jerarquía

¹⁵ Lujan Muñoz, Jorge. Chinchilla Aguilar, Ernesto. **Historia general de Guatemala. La dominación española, desde la conquista hasta 1700. Tomo II.** Pág. 78.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 206.

encabezada por el español peninsular y los criollos, los españoles nacidos en América, y cuyos escalones más inferiores los ocupaban los mestizos pobres y población indígena...”.¹⁷ La colonia estaba jerarquizada con base a dos criterios: I) el factor racial que dividió a la población en españoles e indígenas; y II) el factor funcional-militar que otorgó a los conquistadores una jerarquía superior al resto de la población española, diferenciada entre pobladores antiguos y meros vecinos.

“Para un mejor control de los naturales, la corona ordenó la creación de Cabildos Indígenas.... Esta nueva institución se fue estableciendo simultáneamente con el proceso de reducción de los naturales a poblados, iniciando en la segunda mitad del siglo XVI. El cabildo indígena estaba integrado por indios principales del pueblo que, a su vez eran sus propios electores. Estaban sujetos al cura doctrinero para los aspectos religiosos, y para lo restante al Alcalde Mayor o Corregidor. Los objetivos fundamentales de la reducción a poblados fue el control de los naturales para que trabajaran y tributaran en favor de los españoles y pudieran ser catequizados” (sic).¹⁸

Los elementos que caracterizaron las reducciones o pueblos de indios fueron: i) el cabildo de indios; ii) las tierras comunales y iii) la separación residencial con los españoles. Para su jefatura de gobierno se nombró a un Gobernador de Indios, que encabezaba ese cabildo, electo dentro de los principales. La designación del gobernador indígena varió durante los 400 años que perduró esta figura; primero fue por sucesión, luego por elección y por último a través del nombramiento;

¹⁷ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Op. Cit.** Pág. 29.

¹⁸ Lujan Muñoz. Chinchilla Aguilar. **Op. Cit.** Pag.109.

desapareciendo al final de la colonia.

“La clase gobernante prehispánica continuó ejerciendo influencia dentro de los pueblos. En la práctica, los alcaldes y regidores de esos pueblos no eran funcionarios elegidos, sino que las funciones inherentes a dichos cargos se convirtieron en servicio rotativo, para el cual los hombres eran designados por los ancianos de los clanes y linajes, en mucho como se hiciera antes de la conquista”.¹⁹

De manera que, sin esperarlo, esta forma impuesta de organización se convirtió en el mecanismo de preservación de las autoridades ancestrales y en el fundamento de las alcaldías indígenas como representantes de los pueblos permitiendo continuar con su autogobierno.

1.3. Los pueblos indígenas y su exclusión de la independencia

El aparato político-administrativo colonial en las provincias del Reino de Guatemala, estaba centralizado en los cabildos que fueron una adaptación de los ayuntamientos medievales españoles y similares a los cabildos eclesiásticos. “En la América española, los cabildos fueron los organismos que administraban la justicia local, con atribuciones temporales de poder político. Estaban integrados por vecinos y tenían como funcionarios a los alcaldes y a los regidores...”²⁰

El cabildo competía con la Real Audiencia y con el Presidente-Gobernador y Capitán

¹⁹ Carmack, Robert M. **Historia social de los Quichés**. Pág. 37.

²⁰ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 127.

General por predominar en el control de la colonia, pero colaborando para mantener sus prerrogativas, autonomía y esferas de poder, constituyéndose en un eficaz mecanismo de representación de las élites locales frente a la burocracia real. Diversas disposiciones reales pretendieron someterlos a la autoridad de los representantes del rey, pero la lejanía con la metrópoli obligó a concederles un alto grado de autarquía.

Los cabildos asumieron amplias facultades de gobierno y justicia, llegando en algunos casos a nombrar directamente al Gobernador. Había dos tipos de sesiones, las ordinarias que eran cerradas y solo participaban sus miembros; y las extraordinarias (cabildos abiertos), en las que se convocaba a todos los vecinos calificados como tales. Desde su origen los cabildos estuvieron dominados por la aristocracia peninsular y criolla; desde el cual defendían sus intereses frente a las autoridades reales y eclesiales, esta situación permaneció así hasta la independencia.

El desencadenante proceso de independencia en América Latina, tiene su antecedente en la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica (1776), que unido a las ideas de la Revolución Francesa (1779) y la influencia del naciente liberalismo español; determinaron la emancipación de las provincias del Reino de Guatemala, surgiendo de ella las naciones políticas centroamericanas.

El surgimiento de la emancipación política, ocurrió tras la invasión napoleónica (1808) y la deposición del rey Fernando VII, pues la Capitanía General de Guatemala legitimó su poder a través del cabildo abierto, recabando la opinión de la parte principal de los vecinos, básicamente españoles peninsulares y criollos; estableciendo una Junta de

Gobierno para el incipiente Estado-nación, significando la continuidad de su poder político excluyendo nuevamente a los pueblos indígenas conformando una nueva élite: la oligarquía guatemalteca.

“Al hablar de oligarquía se hace una referencia a una élite de poder, cerrada, autoreclutada, endógama... Funda un Estado pretendidamente homogéneo, monista, de habla española, religión católica... centralizado, autoritario, con valores políticos y sociales de la cultura occidental. Son estos principios, valores e intereses los que definen la nación, en cuyo interior los mayoritarios pueblos indígenas fueron incorporados marginalmente con violencia, como fuerza de trabajo servil” (sic).²¹

Esto se refleja en el Acta de Independencia, que en sus disposiciones establecía la creación de un Congreso para la deliberación y promulgación de leyes; enunciando que el acto de independizarse era la voluntad general del pueblo y que el jefe político debía publicar el acta de independencia para evitar las consecuencias que traería si el mismo pueblo la proclamara. Para dar continuidad al proyecto de dominación, regularon que: “...7... las autoridades establecidas, sigan éstas ejerciendo sus atribuciones respectivas con arreglo a la constitución, decretos, y leyes hasta que el congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico, 8. Que el Sr. jefe político brigadier D. Gavino Gaínza continúe con el gobierno superior político y militar, y... forme una junta provisional consultiva...” (sic).²²

²¹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Op. Cit.** Pág. 295.

²² <https://es.scribd.com/doc/60761319/ACTA-DE-INDEPENDENCIA-DE-GUATEMALA>; **Acta de Independencia.** (Consultado: 29 de Noviembre, 2016).

El Estado de Guatemala continuó con el antiguo régimen, pues se formó sobre las bases del poder colonial (Constitución, instituciones políticas, formas legales e instrumentos de la dominación social), en tanto se estructuraba la nueva forma de gobierno que reflejara sus intereses oligárquicos. “Una importante fracción del grupo ex colonial dominante; los criollos conservadores, influyó para que la República independiente dejara de serlo, incorporándose a México, que en ese momento era un Imperio. La propensión a ser súbditos fue más fuerte que la voluntad cívica de ciudadanos...”.²³

1.4. La ciudadanía y los pueblos indígenas en la Época Liberal

El Estado liberal se funda sobre dos principios: la Constitución y los derechos ciudadanos; ambos limitan el poder arbitrario del soberano supeditando el ejercicio del poder a una norma superior a la que deben ajustarse todas las actuaciones jurídico-políticas de los gobernantes y reconociendo derechos a las personas.

“La Revolución francesa... es el inicio de lo que se llama el Estado liberal, en el que el individuo es titular de los derechos personales... Se proclama la igualdad de todos, la libertad y el bien común, todo lo cual, por su fundamento filosófico, se llama derechos universales, vale decir, derechos humanos. El ciudadano es el eje de la vida política y, frente al Estado, representa la autonomía y la libertad”.²⁴ En este proceso de conformación de la ciudadanía, es fundamental la codificación de los derechos y

²³ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Informe nacional de desarrollo humano 2009/2010. Guatemala: hacia un Estado para el desarrollo humano.** Pág. 15.

²⁴ **Ibid.** Pág. 8

deberes de todos los habitantes, pero en el caso de Guatemala esto no sucedió ya que no se incluyó con ciudadanía plena a los pueblos indígenas.

“La ciudadanía es el reconocimiento que hace el Estado sobre la igualdad de todos los nacionales como portadores de derechos y deberes... El concepto operacional de ciudadanía comprende tres componentes básicos y comunes para todos: a) un estatus legal, es decir, un conjunto de derechos; b) un estatus moral, que alude a un conjunto de responsabilidades y también, c) una identidad, lo que se es como pertenencia a una comunidad mayor, en este caso, la del Estado nacional” (sic).²⁵

El Estado de tipo liberal instaurado tras la disolución de la anexión a México y de la conformación del Estado de Guatemala, como parte de las Provincias Unidas de Centroamérica partió de una clase media ilustrada. Esta pequeña burguesía inició la lucha contra el régimen conservador y la base económico-social pro-peninsular. “El cambio del régimen conservador al liberal solo representa un desplazamiento del eje del poder, el aparato jurídico sustituye a la iglesia, como mecanismo para mantener los intereses de la clase dominante pues las leyes eran utilizadas para la coacción y el sometimiento de la fuerza de trabajo y mano de obra de hombres y mujeres indígenas...”²⁶

La dictadura liberal abanderó el cambio del sistema agro-exportador monocultivista, basado en la grana (cochinilla), hacia un modelo agro-exportador latifundista, basado

²⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Op. Cit.** 2005. Pág. 298.

²⁶ Pérez Sián. **Op. Cit.** Pág. 26.

en nuevos cultivos como el café y caña de azúcar. Estos fueron apoyados por el gobierno con incentivos económicos y medidas proteccionistas, que generaron una crisis política y social, pues la implantación de nuevos cultivos requería de mano de obra y concentración de tierra. Posicionándose en primer lugar en el occidente y costa sur, dando continuidad a la explotación de los pueblos indígenas.

“En un escenario pleno de inestabilidades y conflictos, se inició lo que se ha llamado el primer momento en la formación del Estado, cuando asumió el Gobierno provincial una fracción de criollos liberales encabezados por el doctor Mariano Gálvez (1828/1837)... El programa de lo que se suele llamar Partido Liberal incluía la colonización europea, el fomento de la minería, la expropiación de las propiedades de la iglesia... abolición de la esclavitud, fin de la República de indios, justicia aplicada según el Código de Livingston (o juicio por jurados), renovación de las Municipalidades, colonización de tierras baldías... la abolición del diezmo, la libertad de cultos... y otros” (sic).²⁷

El segundo período de Reforma Liberal (1871-1944), encabezado por Miguel García Granados y Justo Rufino Barrios con la llamada Revolución Liberal, no puede verse como algo desligado de las luchas iniciadas en 1821, pues la clase que la dirige había luchado por el poder desde la Independencia. Las medidas económicas adoptadas por revolución de 1871 no cambiaron la situación de explotación de la población indígena, pues los ciudadanos siempre eran personas que reunían calidades que no identificaban a los pueblos originarios.

²⁷ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. 2009/2010. Op. Cit. Pág. 16.

El modelo agroexportador latifundista supuso nuevas condiciones de explotación para la mayoría indígena, se suprimieron las tierras comunales otorgadas al crearse los pueblos de indios y los ejidos municipales, también las tierras compradas por los pueblos originarios y las tierras baldías fueron entregadas a los nuevos terratenientes. Como muestra de la nueva condición jurídica de los indígenas, en 1877 se promulga el Reglamento de Jornaleros (Decreto 177), que garantizaba el abastecimiento de mano de obra indígenas-campesinas para la explotación directa de los latifundistas.

Esta normativa consideraba como jornaleros colonos (mozos-colonos) a quienes arrendaban tierra para cultivar y estaban obligados a trabajar para la finca por un tiempo estipulado, si el contrato no especificaba lo contrario, comprometiéndose a vivir y trabajar allí. Otro tipo de trabajadores eran los jornaleros habilitados que trabajaban por tarea, día o mes; y los jornaleros no habilitados, quienes no tenían ningún contrato de tiempo definido.

Otra modificación introducida fue el pago de salarios, que se hacía con dinero emitido por el mismo finquero y solo aceptado en tiendas de su propiedad. Los trabajadores siguen sujetos a los finqueros, por la falta de acceso a tierra y se les impone el sistema de habilitaciones (anticipos) y las tiendas de raya (venta herramientas sobrevaloradas o artículos con precios antojadizos). Siendo obligados a llevar una libreta con el control de su pago; teniendo como única ventaja laboral poder enviar a sus hijos a la escuela que debía proveer el patrón.

En 1878 se promulga la Ley de la Vagancia (Decreto 122), que forzaba el trabajo de

indígenas-campesinos, sindicando como vagos a las personas que no tuvieran profesión, oficio, renta, sueldo, ocupación o medios lícitos de que vivir; con el argumento de conservar la moral pública y reprimir los vicios que rebajan la dignidad personal. Esta categorización jurídico-política posibilitaba la explotación de los indígenas, pues quienes no eran mozos colonos de una finca, eran condenados a trabajo forzado por vagos.

La Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1879, a pesar de sus postulados de libertad e igualdad, continuó concediendo los derechos de ciudadano solamente a los varones mayores de dieciocho años, que supieran leer y escribir; o que tuvieran renta, industria, oficio o profesión que les proporcionara medios de subsistencia, excluyendo a la mayoría indígena monolingüe, pobre y sin instrucción.

“El liberalismo original funcionaba con base en el reconocimiento de los derechos civiles del ciudadano... Pero, en Guatemala, la tradición liberal fue la de un poder despótico, con pocas instancias de control institucional”.²⁸ Ante esta situación y como una forma de resistencia y sobrevivencia, las comunidades indígenas mantuvieron casi la misma estructura que las rigió durante la colonia y sus formas de autogobierno.

Con el gobierno de José María Reina Barrios (1893); hay un avance en la situación jurídica de los indígenas, pues se suprime la Ley de Jornaleros (Decreto 177). Ante lo cual, los cafetaleros y jefes políticos, intentaron derrocar al gobierno pero fueron ejecutados públicamente. En este periodo, se conforma una pequeña capa de

²⁸ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Op. Cit.* Pág. 295.

campesinos medios, en virtud del reparto de algunas parcelas para su cultivo, pero las fincas cafetaleras continuaron incrementándose y fueron en esencia latifundios semifeudales.

“Asimismo, una de las consecuencias fundamentales del triunfo liberal fue hacer desaparecer a los criollos del discurso sobre la identidad en Guatemala. Por la vía militar, aparentemente se les había expulsado del poder político, pero la élite criolla permaneció... Lograron, al mismo tiempo, que su forma de entender la nación y la diferencia étnica y clasista permaneciesen como elementos clave de la ideología étnica hegemónica e imprimir así su sello a la visión ideológica y racista de lo guatemalteco...”²⁹

1.5. El Estado moderno y su relación con los pueblos indígenas

La crisis provocada por la baja del precio del café en el mercado internacional (1897), interrumpió el progreso que venían disfrutando los terratenientes cafetaleros, y sus efectos se vieron reflejados en todos los ámbitos. Se incrementó la pobreza, existía desorden en el sistema financiero y comercial, así como en el sistema político.

“La mencionada crisis afectó las funciones y rasgos estatales... en ese momento... llegó al Gobierno el licenciado Manuel Estrada Cabrera (1898-1920). Por esa época, concurren otros factores adversos, como el terremoto que destruyó parte de la capital (1917-1918) y los efectos causados por la Primera Guerra Mundial. En estos años se

²⁹ Ibid. Pág. 37-38.

materializó la presencia múltiple de Estados Unidos, convertidos... en el factor de poder más poderoso para la vida Centroamericana...” (sic).³⁰

El Estado liberal, aumentó su violencia y enfatizó los peores rasgos del poder personal, representados en el presidente Estrada Cabrera; quien estableció una dictadura de más de veinte años, controlando a sus opositores a través de la policía secreta, los comandantes de armas locales y los jefes políticos.

“El caudillo fue removido por la Asamblea Nacional, que lo declaró insano... Fue, de hecho una alianza ecuménica conformada por fuerzas artesanales, políticos conservadores de la oligarquía y militares barristas, herederos de la tradición liberal. Pero, sobre todo, por influencias determinantes de la política de Estados Unidos, que alentó al unionismo y presionó a Estrada Cabrera”.³¹

A la caída de Estrada Cabrera, asumió al gobierno Carlos Herrera Luna (banquero y azucarero); que fomentó avances en el cooperativismo y algunos derechos individuales, pero restringió las protestas, por medio del Reglamento de Manifestaciones en favor de la Unión Ferrocarrilera de Guatemala. En 1921 se da un Golpe de Estado a Herrera, asumiendo el poder con José María Orellana (1924-1926).

“Lo relevante del decenio (1921-1929) fue la reforma a la Constitución para prohibir la reelección presidencial (1927); se dieron nuevas concesiones a la IRCA y UFCO se le

³⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. 2009/2010. **Op. Cit.** Pág. 25.

³¹ **Ibid.** Pág. 27.

otorgó tierra a orillas del Motagua, en condiciones onerosas para el país. El interés de Estados Unidos en cuanto a ordenar el país incluyó apoyar las recomendaciones... relativas a la adopción del patrón oro y la creación de un Banco Central... No obstante, la reforma monetaria, a fines de 1927, creó el quetzal a la par del dólar e inició el fin del desorden económico y monetario tradicional” (sic).³²

La crisis mundial vivida entre 1929-1930, demostró la debilidad del Estado liberal y de la oligarquía dirigente, sujeta a los intereses de la burguesía extranjera. En 1931 asume la presidencia Jorge Ubico Castañeda (1931-1944), último dictador cafetalero que nombró intendentes en cada departamento y mantuvo a los alcaldes auxiliares indígenas como parte de su estrategia de control social.

En esta época era más compleja la estratificación social, debido a la existencia de nuevos grupos cafetaleros (nacionales y extranjeros) y fracciones de la burguesía dedicadas a la industria y el comercio; que junto a una clase media emergente contribuyeron a definir las desigualdades. Evidenciadas a partir de otros espacios de diferenciación colectiva, como: la educación, la urbanización, el consumo, la forma de vida, la cultura de participación y de organización.

“Entre la nueva legislación cabe mencionar la siguiente: a) en 1932, el D.º 1816, estableció... el derecho de los finqueros a portar armas y a matar al campesino sorprendido en su propiedad... b) El D.º 1995 abolió la ley del peonaje por deudas... c) El D.º 1996 creó el delito de vagancia, en el que se incurría si no se probaba tener

³² Ibid. Pág. 28.

alguna profesión, un cierto nivel de ingreso o cultivo de la tierra...” (sic).³³

La nueva Ley de Vagancia, fue obra de un cafetalero alemán de apellido Dusseldorf, que adaptó a nuestro medio la Ley de Esclavitud, de la colonia alemana en África. Por esta ley se ordenaba a los indígenas desempleados y sin tierra, trabajar 150 días en fincas de café por un salario señalado por el propietario.

Otra de las políticas explotadoras y racistas establecidas fue el Impuesto de Vialidad, por el cual todos los hombres mayores de edad debían pagar dos quetzales semanales, o trabajar gratuitamente en la construcción de caminos durante dos semanas. El salario pagado a los trabajadores rurales, en esa época era de un quetzal semanal lo que hacía imposible pagar el impuesto, manteniéndolos como reserva de mano de obra.

La implementación del sistema capitalista en Guatemala fue tardía, pues los siglos XVIII y XIX, fueron testigos de cambios acelerados, favorecidos por la ciencia y el desarrollo tecnológico. Saliendo del capitalismo mercantil hacia el capitalismo industrial, del Estado absolutista al Estado de derecho. La modernidad se afirmó sobre la ciencia y el capitalismo que impulsó la producción y la productividad, fomentando una nueva fuerza productiva, relaciones sociales y el medio ambiente. Incorporando el postulado de que la soberanía descansa en el pueblo.

La oligarquía nacional había modernizado poco el Estado, solo se había industrializado la producción de cerveza, licores, tabaco y azúcar. En el campo se dedicaban, principalmente, a

³³ Ibid. Pág. 29.

la producción de café, algodón y aceites esenciales para la agro-exportación. La producción nacional era endeble, como también lo eran las capas medias y el proletariado que se encontraban ante una nueva forma de coloniaje, a través de grandes corporaciones norteamericanas.

En este contexto, se gesta la Revolución de Octubre de 1944, que aspiraba a la institución de un Estado desarrollista frente a las teorías económicas clásicas, basadas en la idea keynesiana que “Consideraba al Estado como fuente generadora de impulsos y orientaciones para el crecimiento económico...”³⁴

Algunos militares y estudiantes universitarios, lideraron este levantamiento popular el 20 de octubre de 1944, alcanzando el poder como una revolución democrático-burguesa, que pretendía la modernización del Estado y el establecimiento de nuevas bases productivas. Se caracterizó por el otorgamiento de libertades democráticas y derechos políticos a todo el pueblo, sin distinción económica, social o étnica; incorporando como ciudadanos plenos a las mujeres, indígenas y analfabetos. Es en este periodo histórico donde resurge el sindicalismo y se gesta el movimiento campesino organizado.

“La Constitución de 1945... dota de protección jurídica a tierras comunales y ejidales...; prohíbe los latifundios y se elimina el trabajo forzado; reconoce como ciudadanas con derecho a voto y con representatividad para ser electas a las mujeres preparadas para hacerlo (alfabetas)...”³⁵

³⁴ **Ibid.** Pág. 32.

³⁵ Pérez Sián. **Op. Cit.** Pág. 27.

Los dos gobiernos de la Revolución, intentaron erradicar la explotación de los indígenas, pero su pecado fue eliminar los privilegios de las empresas norteamericanas y la oligarquía nacional, que nuevamente se coaligó con la iglesia para revertir los avances en materia de seguridad social, laboral, de participación política y desarrollo rural.

En 1954 la Agencia Central de Inteligencia (CIA por sus siglas en inglés), crea el plan PB Success para la intervención en Guatemala, financiando a Carlos Castillo Armas para reclutar mercenarios y comandar una contrarrevolución, que ingresó al país desde Honduras utilizando simbolismos religiosos y una intensiva guerra psicológica, profundizando la discriminación y el odio racial contra los pueblos indígenas favorecidos por la revolución.

La política de los gobiernos contrarrevolucionarios y los intereses norteamericanos, fueron reforzados por las inversiones directas y empresas mixtas, impidiendo el desarrollo de la economía nacional, manteniendo al país como proveedor de materias primas, explotando sus recursos y la mano de obra. La intervención imperialista, también se dio a través de préstamos y asistencia militar, que tuvo consecuencias negativas para la población indígena que durante el conflicto armado interno fue calificada como enemigo interno.

Después de sucesivos golpes de Estado se instala una Asamblea Nacional Constituyente (1985); que desemboca en la promulgación de una nueva Constitución, vigente desde el 14 de enero de 1986. Esta Constitución, incorpora el Título II



Derechos Humanos, el cual en su sección tercera se refiere a las comunidades indígenas; manteniendo su falta de reconocimiento como pueblos originarios, calificándolos como grupos étnicos y sin desarrollar la norma ordinaria para implementar esa sección.

Luego de un proceso de negociación para finalizar el Conflicto Armado Interno, se firman los Acuerdos de Paz, entre las organizaciones guerrilleras agrupadas en la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) y los representantes del gobierno. Dentro de los que figura el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (1995), fundamental para el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios que pretendía erradicar las condiciones de discriminación y marginación en que están sumidos.

En el presente capítulo se ha constatado la tendencia de asimilar a los pueblos originarios a la cultura hegemónica de origen europeo a través de la dominación imperial colonialista, que por más de cuatro siglos mantuvo a estos pueblos en condiciones de esclavitud. Posteriormente la conformación del Estado guatemalteco obedece a la implantación de modelos excluyentes de gobierno a partir de consideraciones raciales subjetivas, negando a los pueblos indígenas una personalidad, relegándolos a la marginalidad por considerarlos inferiores en condiciones de discriminación que aún perviven en nuestra sociedad.



CAPÍTULO II

2. El derecho público en función de los habitantes del Estado guatemalteco

El derecho público es un área del derecho que tiene por objeto regular los vínculos que se establecen entre las personas y los órganos relacionados al poder, que actúan con base en la ley y sus atribuciones específicas. Comprende el ordenamiento jurídico que regula las relaciones de subordinación o de supra ordenación entre el Estado y los individuos; así como los vínculos entre los órganos estatales.

Como persona jurídica de derecho público, su estructura y funciones son reguladas por la Constitución Política de la República de Guatemala, que como expone Juan Vicente Solá citado por Pablo Enrique López Morales: “La Constitución es concebida como un ordenamiento sistemático y racional de la vida social, a través de un documento escrito. El efecto racionalizador, la visión del contrato social, la estabilidad, la seguridad jurídica, la publicidad de los actos de gobierno, son algunos de los efectos que se desean obtener a través de la determinación del contenido constitucional”.³⁶

Por lo que su estudio compete tanto al derecho constitucional moderno, que “Es la rama del Derecho Público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan” (sic).³⁷

³⁶ Medina Salas, Juan Carlos. **Supremacía del orden constitucional en Guatemala**. Pág. 8.

³⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario de ciencias jurídicas**. Pág. 294.

Como al derecho administrativo que regula la organización y actividad de la administración pública. “Para Villegas Basavilbaso es un complejo de normas y de principios de Derecho Público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquellos entre sí, para la satisfacción concreta, directa e inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal” (sic).³⁸

El derecho público guatemalteco, ha pasado por diversos momentos históricos que determinaron la conformación de la actual república, con normas fundamentales muy avanzadas en sus principios dogmáticos pero muy atrasados en su práctica, por lo cual se tratará de esbozar su espíritu y proyección hacia los pueblos indígenas habitantes del Estado.

2.1. Evolución del derecho constitucional guatemalteco y el reconocimiento de los pueblos indígenas

La Constitución es la base del ordenamiento jurídico y político de toda sociedad, es la “Ley fundamental de la organización de un Estado... tienen que ser establecidas por la nación misma, sea por votación o por aplicación. Dichas leyes o reglas fundamentales tienen por finalidad fijar y limitar las facultades que el pueblo impone a los gobernantes que elige...”³⁹

La Constitución como norma suprema de un Estado, impone el respeto a los derechos

³⁸ **Ibid.** Pág. 291.

³⁹ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 208.

humanos de las personas y organiza su funcionamiento, fijando y definiendo las relaciones entre los poderes constituidos, y de éstos con los ciudadanos dentro de un orden apegado a derecho. En el proceso constitucionalista guatemalteco, pueden señalarse diferentes periodos históricos.

Al inicio del periodo Independiente, se dieron las declaraciones preparatorias de lo que sería el Estado guatemalteco como tal, entre las que se encuentra el Acta de independencia de la provincia de Guatemala (1821), que adopta los principios de: soberanía popular, nación y seguridad jurídica. Pero al no contar con un órgano constituyente, para promulgar su ley fundamental se continuó utilizando la Constitución de Cádiz (1812), resaltando la convocatoria a un congreso y su composición. El Acta de independencia centroamericana (1823), suscrita por los diputados de las Provincias Unidas de Centroamericana, luego de la anexión a México proclamaron su soberanía y en esta declaración por primera vez se habla de la necesidad de establecer una ley constitucional.

La Constitución Federál de las Provincias Unidas de Centroamericana (1824), en sus declaraciones dogmáticas establece la autonomía y soberanía de la corona. Sus objetivos fueron la conservación de los derechos humanos de: libertad, igualdad, seguridad y propiedad; inspirados en el pensamiento liberal de la Revolución Francesa, que solo beneficiaba a los considerados ciudadanos, es decir, los españoles peninsulares y criollos. La primera Constitución Política del Estado de Guatemala (1825), limitaba su soberanía a la federación y establecía la administración municipal estatal, sobre lo que colonialmente fuera llamado pueblo de indios, suprimiendo el

sistema de autoridad y autogobierno establecido para dichos pueblos.

“La tradición constitucional latinoamericana... se funda en un proyecto de unidad nacional que no deja resquicios para el reconocimiento de la diversidad. Cualquier tratamiento excepcional para los indígenas en las primeras normas republicanas desapareció con el liberalismo y nunca fue retomado por las revoluciones y reformas de este siglo”.⁴⁰

Con la desintegración de la federación centroamericana en 1939, se da un vacío de derecho constitucional en Guatemala por un periodo de diez años, en virtud que la asamblea convocada para tal fin, solo emitió tres decretos fundamentales de gobierno. El Acta Constitutiva de la República de Guatemala (1851), ratifica la disolución de la federación, instaurando el sistema presidencialista y estableciendo la separación de poderes, esta fue reformada en 1855 solo para nombrar a Rafael Carrera como presidente vitalicio.

“El imaginario de Estado-Sociedad que se creó a partir de esa época, eminentemente occidental y etnocéntrico, buscó asimilar o desaparecer la cultura indígena y dio pauta a la construcción de un andamiaje jurídico-político-administrativo, que imponía e impone todavía en muchos países un idioma, una cultura y un sistema jurídico” (sic)⁴¹.

Luego del triunfo de la Revolución Liberal, se promulga una nueva Ley Constitutiva de

⁴⁰ Iturralde, Diego. **Derecho Indígena en América Latina. La situación del derecho indígena en América Latina: Dificultades, retos y perspectivas.** Pág. 22.

⁴¹ **Ibid.** Pág. 12.

la República de Guatemala en 1879; con carácter laico, centralista (suprimiendo los gobiernos locales) y sumario. Otros aspectos importantes son la rigidez constitucional y el mandato para que esta ley tenga el carácter de norma suprema de la República de Guatemala. En materia de derechos humanos esa Constitución reconoció el derecho a la exhibición personal; que junto a los de igualdad, seguridad y protección a la propiedad fueron llamadas Garantías "...en el sentido de que se cumplirán y respetarán los derechos que ella consagra..."⁴²

En el plano constitucional liberal había una igualdad formal, pero en la práctica la discriminación continuaba, través de normas que vedaban la participación de los indígenas en algunas instituciones. Esta Constitución sufrió varias reformas, hasta ser finalmente sustituida 66 años después de su promulgación por el movimiento evolucionario de 1944.

La nueva Constitución de la República, promulgada el 11 de marzo de 1945, contenía importantes avances en materia de derechos laborales y políticos. En ella se denominan como garantías individuales y sociales a los derechos humanos. Otro hecho importante fue otorgar autonomía a la Universidad de San Carlos, lo que permitió el acceso universal a la educación superior del Estado, que se mantenía vedada a la mayoría de la población.

"El debate parlamentario que acompañó la redacción de la Constitución de 1945, tuvo momentos de etnocentrismo, cuando se planteó el tema de los derechos políticos para

⁴² Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 434.

los indígenas. Se argumentó por muchos la improcedencia del voto al analfabeto... el temor de crear indios ciudadanos cuya conducta era impredecible... El tema étnico no estaba, como tal, en la agenda pública en esos momentos” (sic).⁴³

A pesar de ello, el reconocimiento jurídico del principio de igualdad y no discriminación se consagró en su Artículo 21, estableciendo que: “...se declara ilegal y punible cualquier discriminación por motivo de filiación, sexo, raza, color, clase, creencias religiosas o ideas políticas”.

Por primera vez en la historia del país, se establece la necesidad de atender la situación de los pueblos indígenas reconociendo jurídica y políticamente su diversidad cultural, y como ciudadanos diferenciados que necesitan una atención específica. Congruente con esta posición, el Artículo 83 de esa Constitución regulaba que: “Se declara de utilidad e interés nacionales, el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas...”.

“Los pluralistas culturales creen que los derechos de ciudadanía, originalmente definidos por y para los hombres blancos, no pueden dar repuestas a las necesidades específicas de los grupos minoritarios. Estos grupos solo pueden ser integrados a la cultura común si adoptamos lo que Iris Marión Youn llama una concepción de ciudadanía diferenciada” (sic).⁴⁴ La ciudadanía diferenciada no es sinónimo de vulneración del principio de igualdad, sino el reconocimiento de la desigualdad.

⁴³ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Op. Cit.** Pag.296.

⁴⁴ Ilaquiche Licta, Raúl. **Ciudadanía y pueblos indígenas**. <http://icci.nativewb.org/boletin/22/Ilaquiche.html> (Consultado: 5 de diciembre, 2016).

Ese nuevo pacto social, también reconoció el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios, en virtud que el Artículo 96 normaba la protección de las tierras de los pueblos indígenas, las cuales, habían sido objeto de apropiación por los finqueros latifundistas y ladinos. Por último, la Constitución revolucionaria establece la plena autonomía municipal en su Artículo 201, donde también se preceptuaba que sus integrantes de serían electos de forma directa y popular, erradicando la práctica del nombramiento directo o imposición elitista dentro de un grupo exclusivo de vecinos para la administración del municipio.

Luego del triunfo de la contra revolución, se redacta una nueva Constitución de la República de Guatemala (1956), influenciada por los tratados internacionales ratificados por Guatemala, durante el gobierno del doctor Juan José Arévalo: La Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); que se incorporaron al nuevo ordenamiento jurídico.

Esa ley fundamental introdujo en el título III denominado como: Garantías Individuales y Sociales, derechos tales como: la protección de la persona humana, la sujeción a la ley y la probidad de los funcionarios públicos; la libertad de locomoción y tránsito, así como la libertad de culto. Se reconoció a los habitantes los derechos de: petición, reunión, asociación, organización política, inviolabilidad de la correspondencia, libre emisión del pensamiento, inviolabilidad del domicilio, libre acceso a tribunales. También se establecieron los principios procesales, el derecho de amparo y exhibición personal; así como el de publicidad de los actos administrativos.

En 1963 el ejército da un golpe de Estado contra el poder constituido lo que provoca un retroceso en los principios republicanos de gobierno, en cuanto a la separación de poderes, al concentrar nuevamente las funciones ejecutivas y legislativas en un Ministro de la Defensa Nacional. De allí surge otra Constitución de la República (1965), de tendencia anticomunista que denomina nuevamente cómo garantías constitucionales a los derechos individuales (Título II), estableciendo un capítulo específico para el habeas corpus y el amparo.

En tanto que las garantías sociales (Título III) se centraban en la familia y la cultura, permitiendo nuevamente la educación religiosa en vez de laica. Reconoce a las universidades privadas para reproducir el pensamiento de clase y establece la colegiación profesional obligatoria, para retomar el control del ejercicio de las carreras universitarias, así como su influencia en la vida política económica y social del país.

Es en este título donde nuevamente se habla de los pueblos indígenas como sujetos de integración al Estado guatemalteco, que es “En lo político, asimilación de minorías nacionales o étnicas”⁴⁵. El Artículo 110 de esa Constitución prescribía que: “El Estado fomentará una política que tienda al mejoramiento socioeconómico de los grupos indígenas para su integración a la cultura nacional”.

El nuevo orden constitucional, también reconocía formalmente la necesidad de proteger las tierras de las comunidades indígenas a través de leyes de carácter tutelar (Artículo 133), pero estas leyes nunca serían sancionadas, manteniendo la incapacidad de los

⁴⁵ Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 507.

pueblos para su autonomía al depender de la creación de una norma para ejercer los derechos sobre sus tierras y territorios.

El aporte más importante de esta nueva norma fundamental, fue el establecimiento de la Corte de Constitucionalidad como tribunal especializado en asuntos de inconstitucionalidad e integrante de la Corte Suprema de Justicia (capítulo V, del título VII Organismo Judicial).

La actual Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada luego de sucesivos golpes de Estado, el 31 de mayo de 1985, dentro de sus aportes más relevantes está adoptar la denominación específica de derechos humanos en su Título II, el cual en su sección tercera se refiere a las denominadas: Comunidades Indígenas; calificándolos como grupos étnicos, dejando pendiente su aplicación para el reconocimiento y protección de los pueblos originarios al no desarrollar las normas ordinarias para su implementación.

Otro avance importante dentro de esta ley fundamental, fue la introducción de mecanismos para la defensa de derechos en el Título VI denominado: Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional. Creando la institución del Procurador de los Derechos Humanos y estableciendo la Corte de Constitucionalidad, como órgano permanente y guardián del orden constitucional.

En conclusión, podemos afirmar que: “La presencia de los pueblos indígenas como sujeto social, plantean... el problema de la constitución de la nación, como una unidad

capaz de alojar la totalidad social, regular sus relaciones, representar e impulsar un proyecto para su propio crecimiento y su perpetuación, pone en evidencia que la nación latinoamericana desarrollada hasta ahora no es una entidad política y jurídica capaz de construir la unidad de la totalidad social, sino que ha constituido el Estado mediante la negación de una buena parte de esa totalidad”.⁴⁶

La integración del reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución Política de la República de Guatemala, más allá de ser un formalismo jurídico deben ser la expresión de una concepción política de convivencia social ligada a principios como: libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica de todas las personas; sin discriminación alguna.

2.2. El derecho administrativo en Guatemala

El concepto del derecho administrativo está vinculado al conjunto de normas jurídicas que regulan la organización, el funcionamiento, los poderes y deberes de la administración pública en sus relaciones con otros sujetos. Es decir que regula la organización y el funcionamiento de la administración pública.

La administración pública en Guatemala se rige por los principios de: subsidiariedad, transparencia, probidad, eficacia, eficiencia, descentralización y participación de la ciudadanía. Los órganos que la componen son de tipo: deliberativo, consultivo, contralor o ejecutivos según el mandato constitucional que los crea y las leyes emitidas

⁴⁶ Iturralde. *Op. Cit.* Pág.19.

para su establecimiento. La actuación del Estado, se materializa en la actividad administrativa a través de un conjunto de actos materiales y jurídicos, según las competencias y atribuciones otorgadas por la legislación.

La naturaleza jurídica de los órganos administrativos guatemaltecos se identifica con la denominada: Teoría de la Atribución, "...la teoría afirma que las atribuciones son: a) de mando, de policía o coacción que comprenden los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y la seguridad, salubridad y orden públicos; b) para regular las actividades de los particulares; c) para crear servicios públicos; y d) para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial del pueblo" (sic).⁴⁷

Es necesario tener en cuenta que el carácter jurídico de las actividades del Estado, es decir la función pública y el servicio público, tienen el mismo origen normativo en la Constitución y las leyes. Dentro de la función pública existen actos prestacionales de orden económico (diseño de políticas públicas o entrega de fertilizantes), en tanto que en los servicios públicos existen actos de autoridad (cobro de impuestos u otorgamiento de licencias). Estas actividades están relacionadas con el objetivo de alcanzar el bien común, aunque en el caso de los servicios puedan ser privatizados.

Para el cumplimiento de sus atribuciones administrativas, el Estado establece las entidades autónomas y descentralizadas. Las cuales son establecidas en el Artículo

⁴⁷ Márquez, Daniel. **Atribuciones, función pública, servicio público y municipio**. <http://biblio.juridicas.unam.mx> (Consultado: 8 de diciembre, 2016). Pág. 25.

134 de la Constitución vigente, regulando que: “El municipio y las entidades autónomas y descentralizadas, actúan por delegación del Estado. La autonomía, fuera de los casos especiales contemplados en la Constitución de la República, se concederá únicamente, cuando se estime indispensable para la mayor eficiencia de la entidad y el mejor cumplimiento de sus fines...” (sic).

La descentralización como sistema o forma de organización de la administración estatal, consiste en crear órganos especializados a los cuales se le transfieren: a) el poder de decisión técnica, para la prestación de determinados servicios públicos, sin que desaparezca la dependencia jerárquica con el órgano supremo; y b) la competencia del poder central, a una persona jurídica de derecho público que pasa a formar parte de la estructura estatal.

En tanto que las instituciones autónomas, gozan de una relativa libertad política para establecer su gobierno, el destino de su presupuesto y la realización de sus actividades; según lo determine la Constitución y su ley orgánica. Estas entidades pueden intervenir por mala administración y ser objeto de control judicial común en los fueros civil y penal, en virtud del ejercicio de su propia personería jurídica.

Estas entidades ejercen sus atribuciones dentro de la división administrativa del territorio, que se regula en el Artículo 224 de la Constitución estableciendo que: “El territorio de la República, se divide para su administración en departamentos y estos en municipios. La administración será descentralizada y se establecen regiones de desarrollo con criterios económicos, sociales y culturales...” (sic).

El Estado de Guatemala continúa con una visión paternalista sobre los pueblos indígenas, que siguen desprovistos de titularidad, aunque sean reconocidos formalmente por la Constitución. En consecuencia los pueblos indígenas, en las últimas décadas, han formulado serios cuestionamientos sobre la legitimidad del Estado para organizar sus formas vida, creencias y costumbres a través del derecho administrativo.

2.3. Instituciones vinculadas al cumplimiento del Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo

Dentro de los tres poderes constituidos en el Estado guatemalteco, el organismo ejecutivo es el responsable de las políticas de desarrollo que se implementan a través de la administración pública, siendo el encargado de fortalecer las instituciones y generar las acciones necesarias para alcanzar la plena vigencia del Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo –Convenio No. 169-.

“La actividad administrativa de los órganos del Estado en todas las escalas y jerarquías... Constituye una función típica del Poder Ejecutivo... Sus actividades las regula el Derecho Administrativo” (sic).⁴⁸ Para la realización de sus objetivos, el Estado guatemalteco cuenta con entidades descentralizadas y autónomas para la ejecución de las políticas públicas.

⁴⁸ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 47.

Los organismos legislativo y judicial también están vinculados a la administración gubernamental, ya sea emitiendo normas o resolviendo alguna controversia que surja por hechos o actos administrativos. En el plano del derecho internacional público, todos ellos tienen la obligación de dar cumplimiento a los tratados sobre derechos humanos por ser integrantes del Estado.

El Artículo 193 de la Constitución vigente preceptúa que: “Para el despacho de los negocios del Organismo Ejecutivo, habrá los ministerios que la ley establezca, con las atribuciones y la competencia que la misma les señale” (sic). Este es el fundamento constitucional de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97), que desarrolla el ordenamiento jurídico necesario para propiciar servicios de interés social y las funciones administrativas para la implementación de políticas de desarrollo.

Está integrado por los ministerios, secretarías, dependencias, gobernaciones departamentales y los órganos que administrativa o jerárquicamente dependan de la presidencia. También son parte del ejecutivo las comisiones temporales y los gabinetes específicos creados por acuerdo gubernativo. Dentro de esa estructura administrativa es el Ministerio de Trabajo y Previsión Social -MINTRAB-, el representante del Estado ante la Organización Internacional del Trabajo; responsable de coordinar las acciones estatales para la positivación del Convenio No. 169.

Las funciones del MINTRAB en materia internacional son: velar por el reconocimiento y aplicación de los convenios internacionales de trabajo, representar al Estado en los organismos internacionales y en los procesos de negociación de convenios de trabajo;

así como vigilar la aplicación de los que estuvieren vigentes en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores (Artículo 40, incisos c y e Ley del Organismo Ejecutivo).

Según su Reglamento Orgánico Interno (Acuerdo Gubernativo 215-2012), es la Unidad de Asuntos Internacionales la responsable verificar el cumplimiento de los convenios internacionales en materia laboral ratificados por el Estado; así como de informar sobre el avance de su cumplimiento, ejerciendo funciones de apoyo técnico en esta materia (Artículo 4, inciso d, numeral 4 Reglamento Orgánico Interno). También cuenta con una Sección de Pueblos Indígenas, bajo la Dirección General de Previsión Social del Viceministerio de Previsión Social, que solo realiza actividades de socialización del Convenio.

La unidad de asuntos internacionales es la responsable de realizar el estudio y las recomendaciones, sobre los informes de las distintas organizaciones internacionales, sus instituciones especializadas y comisiones consultivas en materia de trabajo, y atender todo lo relacionado con la Comisión Tripartita de Asuntos Internacionales de Trabajo, realizando las funciones de secretaría de dicha comisión (Artículo 20 Reglamento Orgánico Interno). Pero esta dependencia ministerial garante del cumplimiento del Convenio No. 169, no ha respondido a las recomendaciones de los órganos internacionales y nacionales para armonizar su contenido con el derecho interno, sin ninguna incidencia para su vigencia y cumplimiento.

El Ministerio de Energía y Minas -MEM-, es responsable de la autorización de licencias

para megaproyectos mineros y energéticos por su relación directa con la explotación racional de los bienes del Estado (Artículo 121, incisos b y e Constitución Política de la República de Guatemala); dentro de los cuales están las aguas, subsuelo y yacimientos de hidrocarburos y minerales; así como cualquier sustancia orgánica e inorgánica presente en el suelo.

El MEM atiende lo relativo al régimen jurídico de la producción, distribución y comercialización de energía e hidrocarburos, así como la explotación de los recursos mineros; formulando políticas, proponiendo su regulación específica y supervisando el cumplimiento de las normas y especificaciones ambientales, que en materia de recursos no renovables establezca el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. También de emitir opinión en el ámbito de su competencia sobre políticas o proyectos de otras instituciones públicas (Artículo 34 incisos d, e y f Ley del Organismo Ejecutivo).

La actividad del MEM se concentra en el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de una licencia de exploración o explotación de recursos no renovables, contenidos en la Ley de Minería (Decreto 48-97). Esta normativa es la principal fuente de violación al derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

El trámite administrativo para la obtención de esas licencias, se realiza sin tomar en consideración el Convenio No. 169 pues la ley no contempla la consulta previa, que sumado a la falta de reconocimiento de sus derechos sobre el territorio, les veda su derecho a la participación en la toma de decisiones administrativas o políticas que pueden afectarles. En esta normativa únicamente existen dos alternativas para

oponerse al otorgamiento de estas licencias: el recurso de oposición y la suspensión de operaciones mineras.

La oposición debe presentarse antes de dictarse la resolución del otorgamiento de una licencia de exploración o explotación de recursos, pues solo el incumplimiento de una ley ambiental o un mero requisito formal, sería causal para interponer el recurso de oposición y no otorgar un derecho minero (Artículo 41 incisos a, b, c, k y l; Ley de Minería).

En cuanto a la suspensión de operaciones mineras por causal determinada, previa comprobación del MEM con base en un dictamen de la Dirección de Minería, se ordena cuando: exista riesgo o peligro inminente, para la vida de las personas o sus bienes; contravengan las leyes reguladoras del medio ambiente, no paguen las regalías, negarse a rendir informes o por manifiesta desproporción entre las reservas y el volumen de la explotación (Artículo 51 Ley de Minería).

En contra de las resoluciones emitidas por el Ministerio o la Dirección de Minería, en cuanto a autorización o suspensión de licencias, pueden interponerse de los recursos de revocatoria y reposición, o un iniciar un proceso contencioso administrativo (Artículos 7, 9, 18,19 y 20 Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96). Con la limitante procesal de conocer solamente las faltas al cumplimiento de los requisitos necesarios para el otorgamiento de la licencia; no a las pretensiones de los pueblos indígenas en cuanto a respetar su derecho humano a la consulta.

Ni la ley, ni el reglamento minero contemplan alguna disposición relativa al derecho de consulta o la participación de los pueblos indígenas en el trámite del otorgamiento de licencias. Al contrario el MEM, puede declarar áreas de interés minero, convocando a nivel nacional e internacional a los interesados en realizar operaciones mineras (Artículos 14 a 17 Reglamento de la Ley de Minería). Lo que representa otro factor de vulneración al derecho de los pueblos indígenas a la consulta libre, previa e informada para obtener su consentimiento, antes de divulgar o adjudicar el área de interés minero.

Este ministerio debería jugar un papel determinante para la positivación del Convenio No. 169, ya que la exigencia de los pueblos indígenas gira en torno al cumplimiento del derecho a la consulta por los megaproyectos energéticos y mineros, que afectan el territorio donde se asientan. Privilegiando la certeza jurídica que exigen las industrias vinculadas a este rentable sector económico; sacrificando los derechos de los pueblos indígenas por el desarrollismo económico.

En cuanto a la protección del patrimonio natural de la nación, que pertenece a todos los guatemaltecos, la Constitución también declara de interés nacional su conservación, protección y mejoramiento (Artículo 64 Constitución Política de la República de Guatemala). El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Prescribiendo las normas necesarias para garantizar que la utilización y aprovechamiento de los bienes naturales (fauna, flora, tierra y agua); se efectúe racionalmente evitando su depredación (Artículo 97 Constitución Política de la República de Guatemala).

Para tal efecto fue creado el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales -MARN-, según el Decreto 90-2000 que reforma la Ley del Organismo Ejecutivo; como ente rector para verificar el cumplimiento de la obligación del Estado, en la adopción de las medidas necesarias para: conservar, desarrollar y aprovechar los recursos naturales en forma eficiente; impidiendo practicas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes en detrimento de la colectividad (Artículo 119, incisos c y h Constitución Política de la República de Guatemala).

Dentro de sus funciones resaltan el control de la calidad ambiental, aprobar las evaluaciones de impacto ambiental, practicarlas en caso de riesgo ambiental y velar porque se cumplan; así como imponer sanciones por su inobservancia. Debiendo promover y propiciar la participación equitativa de hombres y mujeres, personas naturales o jurídicas y, de las comunidades indígenas y locales, en el aprovechamiento y manejo sostenible de los recursos naturales (Artículo 29 bis, incisos i y k Ley del Organismo Ejecutivo).

El MARN cuenta con una Unidad de Pueblos Mayas, Garifuna y Xinca de Ambiente y Recursos Naturales (Acuerdo Ministerial 402-2004), que tiene como objetivo adoptar medidas especiales para salvaguardar a las personas, instituciones, cultura y bienes de los pueblos indígenas; contribuyendo a mejorar la calidad de vida de estos pueblos a través de la gestión y calidad del ambiente. Su creación obedece a los postulados establecidos en la Constitución y al cumplimiento del Convenio No. 169 específicamente de sus Artículos 4 numeral 1, 7 numeral 4 y 15 numeral 1.

Pero en la práctica esta unidad es inoperante en cuanto a permitir la participación y consulta de los pueblos indígenas en materia ambiental; ya que solamente se dedica a la asesoría interna y a nivel de Consejo de Ministros, resultando nula la participación de los pueblos originarios, pues no son reconocidas sus instituciones representativas y autoridades ancestrales legítimas.

El Ministerio de Relaciones Exteriores -MINEX-, tiene relación directa con la vigencia de los tratados internacionales; traslada información a los órganos de control, y se encarga de la representación del Estado en el plano internacional. Dentro de sus atribuciones le corresponde, la formulación de las políticas y la aplicación del régimen jurídico relativo a las relaciones del Estado guatemalteco con otros Estados, personas o instituciones jurídicas de derecho internacional; los tratados y convenios internacionales; asimismo los asuntos diplomáticos y consulares (Artículo 38 Ley del Organismo Ejecutivo).

Tiene las funciones de coordinación, análisis, apoyo y seguimiento; a la negociación de convenios de medio ambiente, de trabajo, de energía y otros relacionados. Así como la negociación de convenios de carácter político, geopolítico, de derechos humanos; sobre aspectos étnicos, religiosos y lingüísticos, y de derecho internacional. También lo relacionado con información y comunicaciones internacionales de carácter oficial (Artículo 38 incisos a, d y g Ley del organismo Ejecutivo).

Pero este y los otros ministerios, tienen una acción aislada en cada uno de sus espacios de competencia, sin observar ninguna acción tendiente a incorporar el derecho a la consulta, dentro de sus atribuciones sectoriales; representando

únicamente la posición del Estado frente al incumplimiento del Convenio No. 169.

Dentro de los organismos descentralizados vinculados al cumplimiento del Convenio No. 169, podemos mencionar las comisiones presidenciales, que integran el ejecutivo como órganos que administrativa o jerárquicamente dependen de la Presidencia de la República (Artículo 5, 2° párrafo Ley del Organismo Ejecutivo).

La más relevante es la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos -COPREDEH-, que tiene por objeto coordinar las acciones de los ministerios e instituciones del ejecutivo, para hacer efectiva, la vigencia y protección de los derechos humanos. Garantizando la comunicación y cooperación del presidente con el organismo judicial y la Procuraduría de los Derechos Humanos en lo que corresponde a tales derechos (Artículo 1, Acuerdos de Creación de COPREDEH y sus modificaciones, Acuerdo Gubernativo 486-91).

Centraliza la información sobre violaciones a los derechos humanos en el país proponiendo su correspondiente investigación; estudia y propone al presidente proyectos o iniciativas de ley en materia de derechos humanos, establece a través del MINEX, los vínculos de cooperación, información y asistencia, con los organismos internacionales que se ocupan de la protección de los derechos humanos (Artículo 4, numerales 2, 3, 5 y 7 Acuerdos de Creación de COPREDEH y sus modificaciones Acuerdo Gubernativo 486-91).

Esta comisión también se encarga de trasladar la información oficial, generada por los

ministerios de Estado en el ámbito de sus competencias, coordina las medidas cautelares otorgadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y responde a los requerimientos de información realizados por los organismos regionales y universales vinculados a la protección de los derechos humanos.

Como parte del ejecutivo y por su vinculación directa con la presidencia, debería desempeñar un papel activo en la generación de políticas en materia de derechos de los pueblos indígenas e implementarlas a través de los ministerios. Pero dependiendo del gobierno de turno, su función ha estado más o menos orientada, hacia la defensa del modelo de desarrollo extractivista; de la certeza jurídica de las actuaciones gubernamentales y justificador de sus políticas de explotación de recursos en los territorios de los pueblos indígenas.

La institución autónoma que ha estado mayormente vinculada a la exigencia de respeto a los derechos de los pueblos indígenas es el municipio, como entidad administrativa de gobierno local que actúa por delegación del Estado (134 Constitución Política de la República de Guatemala). Estas entidades rigen sus actuaciones por el Código Municipal (Decreto 12-2002); el cual obedece al impulso proporcionado por los Acuerdos de Paz, relacionados con la modernización y descentralización del Estado, para desarrollar una nueva visión plural e incluyente para la administración local, con base en la realidad de la nación guatemalteca.

La naturaleza del municipio, se caracteriza primordialmente por sus relaciones permanentes de vecindad, multiétnicidad, pluriculturalidad, y multilingüismo; organizado

para realizar el bien común de todos los habitantes de su distrito (Artículo 2 Código Municipal). Refiriéndose a su carácter autónomo el Artículo séptimo de referido Código preceptúa que: “El municipio, como institución autónoma de derecho público, tiene personalidad jurídica y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones... y de conformidad con sus características multiétnicas, pluriculturales y multilingües”.

Pero dista mucho de convertirse en la entidad que promueva desde el poder local el desarrollo integral de los ciudadanos, debido a la corrupción y clientelismo político en la mayoría de los municipios. A excepción de algunos con mayoría de población indígena, los cuales a través de la práctica impuesta de los cabildos indígenas, fueron preservando sus formas consensuadas de gobernanza; conservando cierto grado identificación, representatividad y legitimidad en sus comunidades. En esos casos, la voluntad política de sus consejos municipales choca con la visión política del desarrollo de quienes dirigen la administración del Estado.

Otra institución autónoma creada por la Constitución, es la del Procurador de los Derechos Humanos; comisionado del Congreso de la República de Guatemala para la defensa de esos derechos. Según lo dispuesto en el Artículo 274 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Tendrá facultades de supervisar la administración; ejercerá su cargo por un periodo de cinco años, y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos”.

Entre sus atribuciones las más relevantes para la vigencia de los derechos humanos

están: investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas; investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los Derechos Humanos. Emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales; Promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente (Artículo 275 incisos b, c, e y f Constitución Política de la República de Guatemala).

Los otros organismos de Estado como el judicial, es el responsable de aplicar los tratados en materia de derechos humanos en sus resoluciones; observando los estándares internacionales en la administración de justicia y en cumplimiento del principio pro homine, contenido en el Artículo 35 del Convenio No. 169. Interviene en la judicialización de los amparos interpuestos en contra de los proyectos extractivos o energéticos que afectan a los pueblos indígenas en las resoluciones que emite. También ha creado la Unidad de Asuntos Indígenas, encargada de que la justicia sea impartida con pertinencia cultural y en los idiomas de los pueblos.

En tanto que el organismo legislativo es el obligado para armonizar el marco normativo nacional con el espíritu del Convenio No. 169, teniendo responsabilidad directa en cuanto al goce y disfrute de los derechos de los pueblos indígenas. Pero no ha emitido ninguna disposición para su positivación en el ordenamiento jurídico interno. Solo emitieron el decreto para ratificar el convenio, reformar el Código Municipal, la Ley de Consejos de Desarrollo y La Ley de Descentralización para reflejar los Acuerdos de Paz. La ratificación del Convenio No. 169 no significó el final de su exclusión en cuanto a la toma de decisiones sobre el desarrollo, que tampoco estuvo exento de polémica,

pues hicieron una reserva para la aprobación del convenio, en cuanto a su posible colisión con otros derechos constitucionales.

“Los problemas de los indígenas no se solucionan sólo con la oficialización de la diferencia; es necesario resolver los graves problemas políticos, sociales y económicos que ahora los agobian, teniendo en cuenta que, mientras no se solucionen los problemas que los afectan tampoco se solucionarán los problemas de toda la sociedad...”⁴⁹

En conclusión se puede aseverar que las diversas instituciones del Estado, han concentrado su esfuerzo en privilegiar la inversión en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas; pues no han incorporado la realización de la consulta previa, libre e informada como derecho humano fundamental, mostrado falencias en la coordinación de acciones a nivel interinstitucional, en definir políticas y realizar acciones de gobierno para el respeto de esta obligación internacional. Siendo un aparato burocrático, que realiza acciones parcializadas, atomizadas y descoordinadas de administración pública.

Otro factor negativo ha sido la voluntad política de los gobiernos de turno, desde la ratificación del convenio hasta el presente, que ha sido contraria a las aspiraciones de los pueblos originarios, llegando inclusive a reprimir violentamente sus demandas sociales.

⁴⁹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Op. Cit.** Pág. 307

2.4. El Estado guatemalteco y su incorporación en el derecho internacional

El derecho internacional público es un área de las ciencias jurídicas, que regula las relaciones entre entes dotados de subjetividad internacional vinculados entre sí por concesiones o reconocimientos recíprocos, y el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas. También es aceptada doctrinalmente su denominación como: Derecho Internacional.

El derecho internacional es definido como: “Conjunto de normas que rigen la relación de los Estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad internacional (Podestá Costa). Estudio de la estructura jurídica de la comunidad internacional, considerada como una sociedad compuesta de sujetos de Derecho Público, Estados, asociaciones, colectividades y hombres, vinculados entre sí conforme a principios y normas de naturaleza jurídica (Díaz Cisneros)...” (sic).⁵⁰

Esta área del derecho fue construida sobre los postulados de Francisco de Vitoria (1483-1546) precursor del derecho internacional público; que junto a Francisco Suárez (1548-1617), Albérico Gentili (1552-1608) y Hugo Grocio (1583-1654) son los considerados como fundadores de esta escuela del derecho. La normativa internacional surge primero de la costumbre y después por acuerdos voluntarios o concesiones entre partes, siendo su mayor debilidad la exigibilidad de su cumplimiento, específicamente en materia de derechos humanos.

⁵⁰ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 307

Los usos observados por la comunidad internacional, relativos a la convivencia pacífica y el desarrollo económico-social, pertenecen a la etapa más moderna del derecho internacional. Esta modernidad también se fundamenta en tratados contratos, que regulan a las partes en términos de alianzas o límites y con el surgimiento de tratados leyes por medio de los cuales, se adoptaron reglas o normas de derecho común, igualmente derechos individuales y colectivos. “Así, la concepción jurídico-doctrinaria del dip... se han ido elaborando y sustanciando a partir del siglo xix...” (sic).⁵¹

A partir de los acuerdos alcanzados para la restauración de Europa (1814-1830), se consagró el principio de intervención y el sistema de consultas mediante congresos para la solución de controversias internacionales, trasladando el teatro de guerra a otros continentes colonizados. Entre 1815 y 1915 el derecho internacional vivió una época de esplendor al abrigo del concierto europeo de naciones, que llegó a actuar como gobierno internacional con instrumentos que determinaban la situación jurídica de algunos Estados.

Esto facilitó la evolución de los instrumentos internacionales y aunque no se eliminó el uso de la fuerza bélica, se suscribieron disposiciones para humanizarla y proteger a las víctimas, como la: Declaración de París o Convenio de la Cruz Roja (1856) sobre el trato a militares heridos en tiempo de guerra, o la Declaración de San Petersburgo (1868) que prohíbe el uso de determinadas municiones explosivas o inflamables. También destacan, las convenciones y declaraciones de la Haya de 1899 y 1907, que

⁵¹ Roca Toro, Carlos Alberto. **Origen y evolución del derecho internacional público**. http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Origen-evolucion-Derecho-Internacional-Publico_0_1689431123.html (Consultado: 8 de diciembre, 2016).

evidenciaron la importancia de establecer compromisos internacionales para resolución pacífica de los conflictos.

Según el profesor César Sepúlveda citado por Carlos Roca, también: "...se destacan la creación de la Sociedad de las Naciones en 1919, el Pacto Briand-Kellogg de 1928 (prohibición absoluta del recurso a las armas) o la acción normativa de la OIT (1919)... Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en 1945 da inicio el proceso con la fundación de la Organización de nnuu mediante la Carta de San Francisco, suscrita ese año y que... tiene por finalidad mediar en los conflictos políticos, mantener la paz y la seguridad y promover la cooperación internacional en los lindes económico, social y cultural" (sic).⁵²

En el caso guatemalteco, tras la independencia de España y de la anexión a México; se organiza gradualmente la administración pública del incipiente Estado guatemalteco, dando inicio a su inserción en el derecho internacional. "Las Provincias Unidas de Centro América... conformaron un nuevo sujeto de Derecho Internacional Público y fue configurándose como tal mediante el reconocimiento de los diversos estados con los cuales estableció relaciones de carácter Internacional..." (sic).⁵³

Las primeras acciones diplomáticas se realizaron ante el gobierno estadounidense, invitándole a formar parte de un congreso general, para que las nuevas naciones no sufrieran agresiones externas y, aumentaran su riqueza y poder con tratados de alianza, comercio y amistad recíproca. Este congreso se gestó, en torno a la idea de

⁵² Ibid.

⁵³ Hernández Marroquín. Astrid Carolina. **Orígenes y evolución histórica del derecho internacional público en Guatemala, su régimen constitucional y sus mecanismos de incorporación al ordenamiento jurídico interno.** Pág. 163

Simón Bolívar en cuanto a formar un sistema continental como el europeo para la discusión de sus intereses. Su importancia radica, en haber sido una de las fuentes del derecho internacional moderno, ya que en los tratados firmados por ese congreso instituyen la idea de una sociedad de naciones como foro de discusión permanente.

Durante el gobierno federal, se emite la Ley Constitutiva del Supremo Poder Ejecutivo del Estado de Guatemala (1839), promulgada por una Asamblea Constituyente; que desarrolla las atribuciones y funciones del poder ejecutivo, estableciendo formalmente la práctica del derecho internacional.

Para la incorporación del Estado guatemalteco en el derecho internacional se crea la Secretaría para el Despacho de los Negocios Extranjeros, según Decreto emitido el 22 de agosto de 1846. Dentro de sus funciones contemplaba el mantenimiento de las relaciones políticas, con los Estados que formaron la federación y con otras naciones. Otro aspecto relevante de esta regulación, es la consideración de la reciprocidad en el trato con los agentes extranjeros en el Estado o los que este tuviera en el extranjero; así como la emisión de pasaportes. El propósito principal de esta secretaría fue dirigir la política exterior del Estado.

El Estado de Guatemala, con su sistema republicano surgió el 21 de marzo de 1847 y su personalidad internacional se fue afirmando con el reconocimiento de los otros Estados, que ostentaban mayor relevancia comercial e industrial que se interesaron por negociar pactos de amistad, navegación y comercio con el país. En el Acta Constitutiva de la República de Guatemala (1851), se establecieron otras disposiciones en materia

de derecho internacional.

“Entre los aspectos sobresalientes en materia de Derecho Internacional Público regulados en el Acta Constitutiva se encuentran... El Artículo 6 se regulaba que correspondía al Presidente de la República mantener las relaciones exteriores, nombrar, acreditar y recibir Ministros diplomáticos y admitir cónsules, lo que se realizaba a través de la Secretaria... El Artículo 7... numeral 8º se indica que correspondía al Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Estado... ratificar los tratados que se celebren con naciones extranjeras, lo cual, sumado a que también era facultad del Presidente celebrar los tratados internacionales, tiene sentido si se relaciona con la política de fortalecimiento del poder personalista del Presidente de la República” (sic).⁵⁴

La negociación con España para celebrar un tratado que reconociera al Estado guatemalteco se inició en 1852 y concluyó con la firma del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad entre ambos Estados, el 01 de diciembre 1863, el cual reconoce la soberanía e independencia de Guatemala del reino español.

El texto de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1879, reconoció la división de poderes, con un Legislativo unicameral y un poder Ejecutivo fuerte. “Alejandro Maldonado Aguirre, por su parte, explica que... La regulación concerniente a temas en materia de Derecho Internacional Público se circunscribió... a la relación con los Estados centroamericanos... el nombramiento y recibimiento de agentes

⁵⁴ Ibid. Pág. 207-208

diplomáticos y consulares, así como otorgar el exequátur a los enviados extranjeros (atribución del Poder Ejecutivo) y la celebración de tratados internacionales” (sic).⁵⁵

Se atribuyó al poder ejecutivo la negociación y ratificación de los tratados, a través de la secretaría para el despacho de negocios exteriores; pero la aprobación de todos los tratados internacionales era facultad del poder legislativo. Durante la vigencia de esta Constitución, los tratados versaron sobre diversos ámbitos tales como: paz, amistad y comercio; así como la extradición.

La historia contemporánea del derecho internacional guatemalteco, estuvo determinada por las dos guerras mundiales, pues al concluir la Primera Guerra Mundial, Guatemala formaba parte de la sociedad de naciones y como resultado de la Revolución de Octubre (1944), “La Constitución de 1945... incorporó en su texto los principios del Tratado de Versalles y la Declaración de Filadelfia de la OIT, lo cual implica que el acontecer a nivel global, después de la Segunda Guerra Mundial, tuvo especial influencia dentro del Estado guatemalteco, el cual asentó en bases democráticas no conocidas durante los regímenes conservador y liberal” (sic).⁵⁶

En ese periodo Guatemala se convierte en miembro de la Organización de las Naciones Unidas, al firmar su carta de fundación el 26 de junio y depositando su ratificación en noviembre de 1945. Otro aspecto relevante fue la firma del Estatuto de Corte Internacional de Justicia, creado por la Carta de las Naciones Unidas que inicio su

⁵⁵ Ibid. Pág. 221

⁵⁶ Ibid. Pág. 240

funcionamiento en 1946. Otros tratados de trascendencia mundial firmados y ratificados por Guatemala, fueron la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (ambas de 1948).

Otra reforma introducida por esa Constitución, dispone en el Artículo 119 las atribuciones del congreso para la aprobación de los tratados internacionales, estipulando las condiciones para someter asuntos de interés nacional al arbitraje internacional. También se conserva la secretaría que atendía los negocios internacionales con un cambio en su denominación y funciones.

El Estado guatemalteco participó en la IX Conferencia Panamericana en Colombia; cuyo "...principal resultado fue la adopción de la Carta de la Organización de Estados Americanos -Carta de Bogotá- del 2 de mayo de 1948, entrando en vigencia el 13 de diciembre de 1951, la cual dio lugar al nacimiento de la Organización de Estados Americanos como un organismo internacional a nivel regional. Además se suscribieron: la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre y el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. Guatemala participó en dicha conferencia, firmando la Carta de la OEA el 30 de abril del mismo año y ratificándola el 18 de marzo de 1951" (sic).⁵⁷

El mérito más importante en materia internacional del periodo comprendido entre 1959 y 1963, es la ratificación de varios convenios con la Organización Internacional del Trabajo, identificados con los números 30, 62, 105, 106 y 110; y tratados internacionales con otros organismos como: la Convención de Viena sobre Relaciones

⁵⁷ Ibid. Pág. 243

Diplomáticas (1961), la Convención sobre Plataforma Continental (aprobada por el Decreto 1493 del Congreso de la República) y la Convención sobre la Alta Mar (aprobado por el Decreto 1494 del Congreso de la República) ambos del 17 de octubre de 1961.

Estos dos últimos Tratados fueron importantes precedentes de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. Posteriormente, el 23 de mayo de 1969, se establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, siendo de vital importancia en la codificación del derecho internacional.

La Constitución de la República de 1965 establecía que “En relación a los tratados internacionales el Presidente de la República tenía como función dirigir de manera exclusiva la política internacional del Estado, por lo que a él le correspondía celebrar y ratificar los tratados internacionales... sin embargo el Consejo de Estado (nueva institución creada por esta ley fundamental) tenía la atribución de opinar sobre dichos tratados... y además, es a partir de esta Constitución que se hace la diferencia en cuanto a la votación (mayoría absoluta o mayoría calificada) para la aprobación de los tratados internacionales...” (sic).⁵⁸

Durante el gobierno de Romeo Lucas García (1978-1982), el Estado guatemalteco se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; llamado también Pacto de San José, que fue aprobada por el congreso con el Decreto 6-78 y ratificado por el presidente el 27 de abril de 1978. En tanto que, en el gobierno de facto de Efraín

⁵⁸ Hernández Marroquín. *Op. Cit.* Pág. 262-263

Ríos Montt (1982-1983), Guatemala se hizo parte de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1951) por adhesión mediante el Decreto Ley número 34-83.

La Constitución Política de la República de Guatemala, vigente desde 1986, en su Artículo 149 prescribe que: "Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados".

En cuanto a la validez de los Tratados Internacionales de derechos humanos se establece el principio constitucional general de preeminencia sobre el derecho interno, según lo regulado en su Artículo 46, preceptuando que: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno". Por el cual deben ser incorporados ipso facto y de pleno derecho al ordenamiento jurídico.

A modo de conclusión, puede decirse que el reconocimiento y participación de Guatemala, en el concierto internacional de naciones ha ido evolucionando en la misma medida que el derecho internacional, pues en su devenir histórico ha estado vinculada a los acontecimientos mundiales. Apoyando la creación y suscripción de importantes instrumentos internacionales, y participando en fundación de los organismos regionales y universales para su exigibilidad y cumplimiento.

CAPÍTULO III

3. Los derechos humanos de los pueblos indígenas y su incorporación al derecho interno

Son llamados también derechos fundamentales o derechos subjetivos frente al poder, no son privilegios, ni concesiones, son garantías que gozamos todas las personas, en contra de la arbitrariedad y el abuso del poder en cualquiera de sus manifestaciones.

En la Constitución de la República de Guatemala de 1945, fueron reconocidos expresamente derechos a los pueblos indígenas guatemaltecos como ciudadanos diferenciados, siendo considerados de esa forma en los siguientes textos constitucionales. En la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, se reconoce y establece el respeto a sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización; también se estatuye la protección a la tenencia histórica de sus tierras y el acceso a ellas para su desarrollo.

Los derechos de los pueblos indígenas fueron incorporados al derecho interno, con la aprobación del Decreto 9-96 por el Congreso de la República de Guatemala, el 5 de marzo de 1996. Estableciéndose la obligación internacional, con el depósito del instrumento de ratificación ante la Organización Internacional del Trabajo, ostentando por principio constitucional preeminencia sobre el orden jurídico interno, por tratar materia de Derechos Humanos.

3.1. Evolución histórica de los derechos humanos y su adopción en Guatemala

Los derechos humanos son un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona humana, dentro de una sociedad organizada jurídicamente y políticamente participativa, cuya prestación positiva resulta indispensable para su desarrollo integral. Estos derechos se desarrollaron de manera progresiva y sus principales características son: ser universales, inalienables, irrenunciables, intransferibles, indivisibles e imprescriptibles.

Los derechos humanos "...son las facultades que, formuladas con carácter general y frente al Estado, suponen el reconocimiento expreso de la libertad de la persona... es una obligación asumida por el poder... Por ello incluyen no sólo derechos subjetivos que protegen al individuo frente al Estado, sino también deberes de éste hacia el individuo..."⁵⁹.

La evolución de su adopción en el plano internacional, se puede clasificar en tres generaciones de carácter positivo y cronológico, las cuales se han ido acogiendo en el ámbito constitucional por el Estado guatemalteco. La primera generación se refiere a derechos civiles y políticos, para proteger a los ciudadanos del abuso del poder, son denominados como: Libertades Clásicas o Derechos Individuales. Surgen con la Revolución Francesa, configurando el Estado liberal (a finales siglo XVIII), para regular las relaciones de poder del Estado y su grupo humano, con la obligación y deber de protegerlos a través de las leyes.

⁵⁹ Unión Postal Universal. **Enciclopedia jurídica**. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derechoshumanos/derechos-humanos.htm> (Consultado: 26 de Diciembre, 2016).

Los derechos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad; fueron reconocidos en la Constitución Federal Centroamericana (1824). Al disolverse la federación la República de Guatemala los adopta con el nombre de: Garantías Particulares; en el Estatuto Fundamental de Gobierno (1847). La primera Constitución del Estado de Guatemala (1851) consagra estos derechos individuales, y mantiene vigente la llamada: Ley de Garantías, promulgada para su vigencia. De allí en adelante ha formado parte de los textos constitucionales promulgados hasta el presente.

La segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales; con los cuales el Estado de derecho pasa a convertirse en un Estado social de derecho, fundamentando el constitucionalismo social. Surgieron a raíz de la Revolución Mexicana, en la primera mitad del siglo XX en un contexto mundial de industrialización. Su objeto es proteger a los sectores sociales afectados o menos favorecidos, por las desigualdades de las relaciones sociales de producción capitalista, con postulados de equidad y justicia social.

En Guatemala, la incorporación de esta segunda generación de derechos humanos, ocurrió durante los gobiernos de la Revolución de Octubre (1944-1954). La Constitución de la República de Guatemala de 1945 consagró los derechos políticos, laborales y sociales a todas las personas; protegiendo a la familia, la cultura y la educación. Los más trascendentales en materia laboral fueron establecer los principios de organización del trabajo; limitar las deudas por contrato de trabajo, la libre sindicalización, el establecimiento de las inspecciones de trabajo; el seguro social obligatorio para los trabajadores; la jurisdicción privativa en materia laboral, y la

preparación técnica (Artículos 58 al 65).

Los derechos humanos de tercera generación, llamados: derechos de los pueblos o derechos de solidaridad, surgen en la segunda mitad del siglo XX como derechos de incidencia colectiva, que no pueden alcanzar su realización efectiva, sin el esfuerzo conjunto del Estado y la sociedad civil; o sin la cooperación de varios Estados, o de la comunidad internacional en su conjunto.

“Este grupo de derechos fue promovido a partir de la década de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos... Entre otros destacan los relacionados con: la autodeterminación, independencia económica y política; la identidad nacional y cultural; la paz; la coexistencia pacífica... el medio ambiente; el patrimonio común de la humanidad; el desarrollo que permita una vida digna” (sic).⁶⁰

Las principales características de los derechos humanos de tercera generación son: a) pertenecer a grupos imprecisos de personas, que tienen un interés colectivo común; b) requieren para su cumplimiento de prestaciones: positivas (de hacer y dar) y negativas (no hacer); tanto de un Estado como de la comunidad internacional. Pueden ser reclamados ante el propio Estado por los grupos humanos pertenecientes al mismo, o bien ante otro Estado.

⁶⁰ <http://www.uaaim.edu.mx/web-arrreras/carreras/derecho/Octavo%20Trimestre/GARANTIAS%20INDIVIDUALES%20Y%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>; **Garantías individuales y derechos humanos, Principia temática.** (Consultado: 26 de diciembre, 2016). Pág. 9.

“Se hace referencia a tres tipos de bienes: Paz, Desarrollo y Medio Ambiente. Que se pueden engloban en tres tipos de derechos: Civiles y Políticos; Económicos, Sociales y Culturales; y de Cooperación entre los pueblos, de los distintos grupos que conforman un Estado, de una Nación o de las naciones entre sí” (sic).⁶¹

Estos derechos pueden ser ejercidos no solo para proteger intereses individuales, sino de un conjunto de personas o una comunidad. Para su defensa no se necesita demostrar afectación directa; pues se presupone, que les afecta por el mero hecho de ser integrantes de la comunidad. Este tipo de derechos cobró vigencia en Guatemala, con la aprobación y ratificación del Convenio No. 169, aceptando a los pueblos indígenas como sujetos jurídicos de protección en el derecho internacional.

3.2. La Organización Internacional del Trabajo como órgano especializado de la Organización de las Naciones Unidas

La Organización Internacional del Trabajo -OIT-, tiene sus antecedentes en la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores creada en 1901. “La Organización Internacional del Trabajo, (OIT) ó ILO (International Labour Organization) es un organismo de cooperación internacional fundado el 11 de abril de 1919. Aunque de carácter autónomo, a partir del 14 de diciembre de 1946 quedó como organismo especializado...” (sic).⁶²

⁶¹ Aguilar Cuevas Magdalena. **Las tres generaciones de los derechos humanos**. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf> (Consultado: 26 de diciembre, 2016). Pág. 98.

⁶² **Organización Internacional del Trabajo**. http://enciclopedia.us.es/index.php/Organizaci%C3%B3n_Internacional_del_Trabajo (Consultado: 26 de diciembre 2016).

En su primera etapa se llamó Oficina Internacional del Trabajo, formando parte del conjunto de las instituciones emanadas de la Sociedad de Naciones, constituida durante la Conferencia de Paz de París, al final de la Primera Guerra Mundial; al ser incluida en el Tratado de Paz firmado entre las potencias aliadas y asociadas, y Alemania; en Versalles Francia en Junio de 1919 (Parte XIII, Trabajo. Sección I, Organización del Trabajo, Capítulo I, Organización. Artículos del 387 al 399).

La segunda etapa inicia con la Declaración de Filadelfia (1944) que la designa como agencia especializada de la nueva Organización de Naciones Unidas (1946), adoptando su denominación actual. Guatemala ha formado parte de la OIT en ambos periodos, de 1919 a 1938 como miembro originario y posteriormente se reintegró en 1945 hasta el presente. Su mandato contempla la potestad para sancionar convenios internacionales sobre el trabajo y realizar recomendaciones para su aplicación.

Los órganos de la OIT son: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo. La conferencia es el órgano superior de dirección y de sanción de las normas internacionales, también le compete aprobar recomendaciones cuando hay deficiencias observadas, durante el examen de las memorias anuales de país. Está integrada por cuatro delegados de cada Estado miembro (2 del gobierno de turno, 1 de organizaciones de trabajadores y 1 de organizaciones de empleadores).

El consejo es el órgano ejecutivo, encargado del cumplimiento de las disposiciones y el seguimiento a las recomendaciones de la conferencia. En tanto que la oficina es una

entidad permanente de apoyo técnico a la conferencia y al consejo. Está integrada por veinticuatro personas, doce representan a los gobiernos y doce son delegados de la conferencia (representan a los empleadores y a los trabajadores). Las oficinas cuentan con un director nombrado por el consejo.

Otros organismos de la OIT son: el Comité de Libertad Sindical, que interviene en quejas por violación a la libertad sindical; y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, para el análisis sobre la información estatal de cumplimiento a los convenios vigentes.

“En 1926, se creó la Comisión de Expertos, con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados. Actualmente, está compuesta por 20 juristas eminentes, nombrados por el Consejo de Administración por periodos de tres años... El cometido de la Comisión de Expertos es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales de trabajo...” (sic).⁶³

La Comisión de Expertos efectúa dos tipos de declaraciones: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones son cuestiones planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado y se publican en el informe anual de la comisión para su seguimiento. En tanto que, las solicitudes directas se relacionan con materias más técnicas o con peticiones de más información sobre algún caso concreto,

⁶³ <http://www.ilo.org/global/standards/ applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm?ssSource SiteId=ilc>; **La comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones.** (Consultado: 28 de diciembre 2016).

no se publican en el informe y se comunican directamente a los gobiernos correspondientes.

El procedimiento de examen regular de los tratados, cuenta con los siguientes pasos: 1) Los gobiernos presentan informes sobre los convenios ratificados. Empleadores y trabajadores hacen comentarios. 2) La comisión de expertos: i. Examina los informes, los comentarios y documentos relacionados; ii. En caso necesario envía solicitudes de información directa al gobierno y organizaciones de empleadores; iii. Presenta su informe a la conferencia anual. 3) La Conferencia Internacional del Trabajo, nombra una Comisión de Aplicación de Normas (Empleadores-Gobierno-Trabajadores) que discute el informe y hace una selección de observaciones para su seguimiento. 4) la conferencia discute y adopta el informe de la comisión en sesión plenaria y lo publica.

En caso de la adopción de una recomendación, el Artículo 19, numeral 6 de la Constitución de la OIT regula que: "(a) la recomendación se comunicara a todos los miembros para su examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo; (b) cada uno de los miembros se obliga a someter la recomendación en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia... a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o de otras medidas; (c) los Miembros informaran al Director General de la Oficina... sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo..." (sic).

La opinión de esta Comisión Expertos es relevante, debido al aporte técnico jurídico

para la interpretación de las normas internacionales del trabajo y para el cumplimiento del Convenio No. 169. Estas recomendaciones, se recopilan como jurisprudencia de cada convenio y constituyen sugerencias, dirigidas a los países para el progreso de las relaciones laborales y socio-económicas.

3.3. El reconocimiento jurídico internacional de los pueblos indígenas y tribales en países independientes

En términos jurídicos internacionales, las primeras ideas del tratamiento diferenciado a los pueblos indígenas, se da a fines del siglo XVIII, junto con el surgimiento de la propia idea derecho internacional. A principios del siglo XIX, la escuela positivista internacional, establece la primera versión del derecho Internacional basado en nociones etnocéntricas de civilización; propugnando una rígida división de la humanidad en pueblos civilizados, bárbaros y salvajes.

La escuela positivista articuló la dinámica de la diferencia, que condujo a la exclusión de los pueblos no europeos de los atributos de la soberanía internacional, empleado la doctrina de la tutela durante el dominio colonial sobre los pueblos indígenas.

“La doctrina de la tutela comenzó a cristalizar en la forma de un discurso jurídico más o menos definido a raíz de la intensificación del imperialismo europeo en la última mitad del siglo XIX, asociada a una plétora de argumentos de carácter religioso y moral, pero compartiendo con la doctrina positivista de la soberanía las mismas asunciones eurocentricas y homoculturales. Es en relación con nociones de tutela que las primeras

referencias a los derechos de los nativos (natives) o los derechos de los aborígenes (aborígenes) comenzaron a hacer su aparición en el discurso del derecho internacional de finales del siglo XIX” (sic).⁶⁴

La doctrina de la tutela se incluyó en el Pacto de la Sociedad de Naciones (1919), durante el apogeo del colonialismo. El Artículo 24 de ese pacto recogía el compromiso de los Estados para garantizar el justo trato a las poblaciones de los territorios bajo su control. La tutela es concebida más como un deber moral que estrictamente jurídico de parte de los Estados occidentales, emanado del sentimiento de obligación por parte de dichos estados civilizados, frente a otros que estaban en peor posición, enunciado en la máxima: “noblesse civilization obligè”. La imposición de esta doctrina fue análoga a la exclusión de los pueblos de cultura no europea del centro del derecho internacional.

“La OIT también se interesó por los miembros de los pueblos indígenas y tribales... desde 1921, comenzó a realizar estudios sobre la situación de los trabajadores indígenas. La Segunda Guerra Mundial interrumpió estos esfuerzos, pero los mismos se reanudaron poco después de su fin” (sic).⁶⁵

La adopción de normas convencionales relacionadas directamente con los pueblos indígenas, fue introducida por la Organización Internacional del Trabajo que a pesar de consagrar entre sus fines la búsqueda de justicia social, avaló la condición colonial de

⁶⁴ Rodríguez-Piñeiro Royo, Luis. **Pueblos indígenas y tribales, respeto participación y consulta: La OIT y los pueblos indígenas una introducción histórica (1919-1989)**. Pág. 107-108.

⁶⁵ Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **Los derechos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Guía para la aplicación judicial**. Pág. 7.

los pueblos indígenas al regular la aplicación de los convenios internacionales a las colonias, protectorados y posesiones que no gozan de autogobierno pleno (Artículo 35 Constitución de la OIT).

La cláusula colonial en la Constitución de la OIT, sirvió para que se articulara la noción de competencia implícita en el ámbito denominado como: trabajo indígena, la cual se refería al deber de protección de las familias civilizadas respecto a las condiciones de vida y trabajo de las poblaciones indígenas por ocupar los lugares más bajos de la escala de civilización eurocéntrica. La categoría indígena de perfil culturalista más que jurídico, es sinónimo de otros términos utilizados durante el imperialismo europeo, para designar a los pueblos bajo dominio colonial, considerados como pueblos salvajes.

“Este interés desembocó en la elaboración de un conjunto de normas internacionales destinadas a regular la explotación de los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a las poblaciones indígenas sometidas a su control político, nacional en áreas tales como el trabajo o el reclutamiento forzoso, la imposición de sanciones penales por incumplimiento de contratos de trabajo, y otros; un auténtico Código Colonial, construido en paralelo al Código Internacional del Trabajo” (sic).⁶⁶

El primer instrumento del código colonial fue el Convenio número 29 sobre Trabajo Forzoso (1930), relativo a las condiciones de trabajo de los indígenas y optando también por una definición territorial de su ámbito de aplicación, refiriéndose a territorios no metropolitanos.

⁶⁶ Rodríguez-Piñeiro Royo. **Op. Cit.** Pág. 110.

La ambigüedad del uso del término indígena comenzó a despejarse en la medida que aumentó la presión internacional sobre las prácticas del colonialismo. Una consecuencia lógica de los primeros instrumentos internacionales en materia de trabajo indígena fue la apelación al estatuto jurídico de los territorios donde se encontraban estos trabajadores (1936-1939), que comenzó a cobrar importancia abriendo o cerrando las puertas del escrutinio internacional sobre las prácticas estatales. Los países post-coloniales tuvieron éxito en su empeño por excluir del control internacional sus políticas internas relacionadas con los pueblos indígenas dentro de sus fronteras estatales.

“La primera definición jurídica de trabajador indígena (indigenous worker; travailleur indigène) recogida en un convenio internacional de la OIT de 1936 refleja esta dinámica, estableciendo como ámbito de aplicación del Código Colonial a los trabajadores sujetos a un régimen de colonialismo formal, excluyendo así a los grupos indígenas dentro de las fronteras de los Estados poscoloniales” (sic).⁶⁷

El proceso descolonizador iniciado tras la Segunda Guerra Mundial, condujo a una ruptura interna en la doctrina de la tutela. Produciendo una diferenciación entre pueblos ahora considerados indígenas excluidos de toda inspección internacional, más allá de las obligaciones morales derivadas de la tutela de las poblaciones sometidas al colonialismo formal.

El fin del colonialismo renovó el vocabulario internacional, la Carta de Naciones Unidas (1945) por ejemplo, no utiliza la palabra indígena para referirse a poblaciones

⁶⁷ Ibid. Pág. 111.

sometidas al dominio colonial por ser un término peyorativo, optando por el término de territorios no autónomos; denominándolos genéricamente como pueblos o habitantes. Obligándose a asegurar su progreso respetando su cultura, el justo tratamiento, protegiéndolos de abusos; a desarrollar su propio gobierno, tener en cuenta sus aspiraciones políticas y el desarrollo de sus instituciones. Conviniendo que su política en relación con esos territorios debe fundarse en el principio general de la buena vecindad (Capítulo XI, Artículos 74 y 75 Carta de las Naciones Unidas).

En cuanto a las normas adoptadas en relación al trabajo indígena después de la Segunda Guerra Mundial, tenemos: el Convenio número 86 sobre los Contratos de Trabajo (Trabajadores Indígenas) de 1947; y el Convenio número 104 sobre la Abolición de las Sanciones Penales (Trabajadores Indígenas) de 1955. Pero el primer instrumento en codificar los derechos humanos de los pueblos indígenas, más allá de las relaciones puramente laborales, fue el Convenio No.107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales -Convenio No. 107- aprobado por la conferencia internacional del trabajo ha pedido de la ONU en 1957. Este convenio no fue ratificado por el Estado Guatemalteco.

Este convenio se fundamentó en la teoría de la integración de los pueblos indígenas, contemplando su derecho a la tierra, las condiciones de trabajo, la salud y la educación. Integrando a los pueblos indígenas a la sociedad nacional hegemónica, y que todas las decisiones sobre el desarrollo correspondieran solo al Estado. Esto generó un debate que llegó al seno de la ONU (1970), que comenzó a investigar la problemática de los pueblos indígenas, que unido al incremento de la participación de organizaciones

indígenas en el plano internacional y a la toma de conciencia sobre la importancia del respeto a sus derechos como grupo vulnerable cuestionaron el enfoque integracionista del Convenio No. 107.

El aporte de académicos comprometidos con la descolonización indígena, fue central en este proceso, como el antropólogo Rodolfo Stavenhagen (1963) quien desarrolló el concepto de colonialismo interno para referirse al tipo de relaciones coloniales, bajo las cuales se mantenía a la población indígena en la segunda mitad del siglo XX. En tanto que Guillermo Bonfil (1972) redefinió el concepto de “indio” como una categoría colonial de dominación.

El Estudio del Problema de la Discriminación contra Poblaciones Indígenas (1974), concluye a favor del reconocimiento de los pueblos indígenas, en lo relativo a sus derechos políticos, a la libre determinación; a disponer de una estructura administrativa y un sistema judicial, separado y distinto del oficial, determinado por ellos mismos y propio a sus pueblos, proponiendo varias recomendaciones, entre ellas la modificación del Convenio No. 107.

En 1986 se concluyó que el enfoque integracionista del Convenio No. 107 estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial para los pueblos indígenas, ante el surgimiento del nuevo paradigma de la: Autodeterminación de los pueblos; y el creciente movimiento indígena en Latinoamérica, abriendo la posibilidad de un modelo de multiculturalismo constitucional.

“En junio de 1989, el Convenio 107 fue revisado a fin de incluir el principio fundamental de que la forma de vida de los pueblos indígenas y tribales es permanente y perdurable. Otro cambio fundamental que se introdujo fue el reconocimiento de que estos pueblos y sus organizaciones tradicionales deben estar estrechamente involucrados en la planificación y ejecución de proyectos de desarrollo que los afecten. El Convenio así actualizado se adoptó como Convenio 169” (sic).⁶⁸

Estableciéndose como el principal instrumento internacional para la defensa de derechos de los pueblos originarios y sus territorios, y como estándar mínimo de derechos para los pueblos indígenas. Obligando al Estado a vigilar su respeto y cumplimiento; dotándole de vigencia y firmeza los principios del derecho internacional: *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta*, *buona fide*, *ex consensu advenit vinculum* y *ius cogens*; contenidos en los Artículos: 26, 48, 49, 50, 51, 52 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

El Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes - Convenio No. 169-, se aplica “...a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (Artículo 1 inciso b, Convenio No. 169).

⁶⁸ Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **Op. Cit.** Pág.7.

Esta nueva perspectiva tuvo como premisa fundamental el derecho humano a la igualdad de derechos, pretendiendo desde sus orígenes definir su propia identidad y no ser considerados como minorías en su propio territorio.

“En Guatemala, la presentación para su ratificación, se hizo durante el Gobierno del Presidente Vinicio Cerezo Arévalo, pero no fue sino con Gobierno del Presidente Jorge Antonio Serrano Elías, que el Ministerio de Trabajo asume su control, y se inicia un proceso de divulgación y consulta, en donde puede resaltarse el proceso de consulta en 1991 a 1996 a organizaciones indígenas por medio de 4 talleres, regionales (Norte, Occidente, Centro y Región del Triángulo Ixil en Quiché)...” (sic).⁶⁹

El Convenio No. 169 se encuentra vigente para nuestro país por principio constitucional, como consecuencia de la aprobación por el Congreso de la República y la ratificación del organismo ejecutivo, desde el 05 de junio de 1996. Dentro de los derechos tutelados por el convenio, el más demandando en Guatemala ha sido el de consulta para la obtención del consentimiento libre, previo e informado, que se materializa en distintos momentos.

Como consulta genérica cuando se prevean medidas legislativas o ejecutivas que pudieran afectarles (Artículo 6). Y como consulta específica antes de emprender o autorizar, cualquier prospección o explotación de recursos minerales o del subsuelo (Artículo 15 numeral 2); por el traslado y la reubicación necesaria y excepcional en otro territorio (Artículo 16 numeral 2); para determinar su capacidad de enajenar o transmitir

⁶⁹ Ibid. Pág.8

los derechos sobre sus tierras (Artículo 17 numeral 2); sobre estudios de organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Artículo 22 numeral 3); y por la creación de instituciones y medios de educación propias (Artículo 27 numeral 3).

“Para analizar las posibilidades de aplicación del referido Convenio hay que distinguir la dimensión de su impacto en el Derecho Internacional de lo relativo al Derecho Interno. En el primer plano encontramos que la OIT tiene sus mecanismos de control y que su propia constitución establece las posibilidades de entablar una queja o una reclamación por su inaplicación... no obstante su integración tripartita, en la práctica, suele responder en última instancia a las posturas y presiones de los Estados miembros” (sic).⁷⁰

En tanto que la incorporación del Convenio No. 169 al derecho interno guatemalteco, ha suscitado un fuerte debate, específicamente sobre la posibilidad de aplicar sus disposiciones de manera directa o si requiere de otras normas para su ejercicio; lo cual ha representado un obstáculo aún no superado.

“En la jerga jurídica esto se traduce en las expresiones: Autoaplicativo o Heteroaplicativo. Al respecto cabe señalar conforme al Convenio de Viena, el Convenio debe aplicarse sin mediación. Ahora bien, esto es válido para el conjunto del documento en especial para su capítulo de tierras y territorios redactado en términos

⁷⁰ Gómez, Magdalena. **Derecho indígena en América Latina: Logros y perspectivas: En busca de justicia. Análisis del proceso mexicano de reformas en materia indígena.** Pág. 96.

dispositivos a diferencia de otras normas cuyo texto establece la obligación de tomar medidas legislativas” (sic).⁷¹

En Guatemala conforme al Artículo 46 constitucional, se ha incorporado el convenio con jerarquía preeminente sobre el derecho interno. “El convenio es sin duda un instrumento básico... sus limitaciones están dadas por parte del Estado que se niega a modificar el orden interno a fin de garantizar su cumplimiento y en el plano de la OIT, asume una actitud defensiva que encuentra eco en la debilidad de los actuales mecanismos de control de este organismo internacional” (sic).⁷²

El cumplimiento de esta obligación en el derecho internacional, no se agota solamente con la normativa y mecanismos internos de la OIT; ya que también existe la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que preceptúa en su Artículo 27 la relación del derecho interno y la observancia de los tratados, señalando que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

Pudiendo concluir que el derecho a la consulta es una disposición heteroaplicativa, que requiere para su positivación de actos de aplicación (sanción de leyes, reorientación de políticas y adecuación de sus instituciones) para causar efectos. Es decir que, no entra en vigor por la sola ratificación del convenio, pero si como una obligación para el Estado que debe realizar las acciones positivas (de hacer) necesarias para su cumplimiento.

⁷¹ Ibid. Pág. 98.

⁷² Ibid. Pág. 98.

3.4. El derecho comparado en la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica

Los primeros cambios constitucionales hispanoamericanos para incorporar los derechos de los pueblos indígenas, se realizaron en países donde el carácter pluricultural y multiétnico de los Estados se reflejó en la conciencia política de la nación, y el poder constituyente fue ejercido en favor de la mayoría viabilizando una refundación del Estado, reconociendo su preexistencia y permitiendo la positivación de sus derechos.

“En la última década del siglo XX emerge lo que podríamos llamar el horizonte pluralista como nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad. Se da en el contexto del cuestionamiento a los quinientos años del descubrimiento/invasión; la adopción del Convenio 169 de la OIT, movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas y las reformas constitucionales en más de una quincena de países latinoamericanos” (sic).⁷³

El cuestionamiento a la herencia colonial, etnocentrista y capitalista, que ha afectado el desarrollo, cultura, cosmovisión y territorio de los pueblos indígenas; impulsó procesos de inclusión social a partir del reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos. Iniciando con la erradicación de su situación de desigualdad y de la teoría integracionista, que los tutelaba como menores o incapaces, pensamiento enraizado en las élites oligárquicas y políticas latinoamericanas.

⁷³ Irigoyen Fajardo, Raquel. **Derecho indígena en América Latina: Logros y perspectivas: Estado del reconocimiento del derecho indígena en los países andinos.** Pág. 48.

Entre los países que han impulsado el reconocimiento de la diversidad étnica y el respeto por los derechos de solidaridad podemos mencionar a: Perú, Ecuador y Bolivia. Donde los pueblos indígenas han construido nuevos argumentos jurídicos de identidad y aportado sólidos conceptos contra la interpretación hegemónica del derecho; reclamando su derecho a la autodeterminación como pueblos originarios y fundamentando los derechos ancestrales sobre sus territorios.

La discusión sobre el modelo Estado-nación y el principio del derecho internacional que postulaba: un Estado - un pueblo - una nación (dominante desde el siglo XIX); han permitido la construcción de nuevos modelos de Estado, que reconocen la diversidad cultural, lingüística y cosmogónica de los pueblos indígenas; postulando un Estado multicultural de derecho, fundamentado en derechos humanos de tercera generación.

“El ascenso del multiculturalismo arribó con las reformas constitucionales de corto alcance. Desde los años ochenta la mayoría de los países latinoamericanos han reformado su legislación (recientemente, también Chile), para reconocer constitucionalmente derechos a la población indígena en sus países. A esta política de reconocimiento se le ha llamado multiculturalismo constitucional...”⁷⁴

En el periodo comprendido de 1990 a 2010, en algunos países latinoamericanos el reclamo por la autodeterminación de los pueblos se canalizó a través de políticas de reconocimiento de la diversidad solo a nivel formal, lo que incapacitó el alcance transformador de esas mismas reformas, que solo sirvieron a los Estados para

⁷⁴ **Ibid.** Pág. 85.

reacomodar su hegemonía y administrar la diversidad, creando una especie de gobernabilidad multicultural. Pero siguieron favoreciendo la expansión del capitalismo neoliberal, sin afectar las bases de su sistema político.

“Diferentes estimaciones indican que en América Latina y el Caribe, viven entre 30 y 50 millones de indígenas (CEPAL 2007). En este conjunto, los pueblos indígenas peruanos se destacan tanto en términos absolutos como relativos. En primer lugar, porque constituyen el grupo más grande de la región (6.5 millones), seguido por los de México (6.1 millones), el Estado Plurinacional de Bolivia (5 millones) y Guatemala (4.1 millones). En segundo término, porque la población indígena del Perú representa el 25% del total nacional, cifra que en América Latina solo superan los indígenas del Estado Plurinacional de Bolivia (62.2%) y Guatemala (41%)”.⁷⁵

Los derechos de los pueblos indígenas del Perú, tuvieron un reconocimiento y legislación, temprano y parcial; pues la Constitución Política del Perú (1993), reconoció la multiculturalidad de esa nación, obligándose a respetar su identidad y cultura. Pero materialmente, la legislación ordinaria como el Decreto Ley No. 20.653 sobre Comunidades Nativas (1974); limita su reconocimiento únicamente a los pueblos que habitaban la amazonia peruana.

Para la vigencia los compromisos internacionales, la Constitución peruana regula que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”

⁷⁵ Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y Fundación Ford. **Atlas sociodemográfico de los pueblos indígenas del Perú. Proyecto: “Desigualdades territoriales y exclusión social de pueblos indígenas y afrodescendientes en países seleccionados de América Latina”**. Pág. 22.

(Artículo 55 Constitución Política del Perú). Pero en lo referente al derecho a la consulta, "...la ausencia de una normativa específica referida al derecho de consulta de los pueblos indígenas, limito su aplicación por una década y media" (sic).⁷⁶

Durante la primera década del siglo XXI, se dictaron disposiciones legales ordinarias que abordaron de manera tangencial el derecho a la consulta; pero sin mecanismos que lo hicieran efectivo, como la Ley General del Ambiente (Ley 28611) o el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero (Decreto Supremo No.028-2008-EM), que establece la participación ciudadana después del otorgamiento de la concesión minera; y la obligación estatal es meramente informativa.

"...en agosto de 2011 el Congreso peruano aprobó una Ley de consulta previa... la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos originarios frente a medidas administrativas y legislativas que les afecten directamente... Entre los principios que rigen la consulta se identifican la interculturalidad, la oportunidad, la buena fe, la flexibilidad, el plazo razonable, la ausencia de coacción y la información oportuna (art. 4)... a través de sus instituciones y organizaciones elegidas conforme a sus usos y costumbres" (sic).⁷⁷

También se estableció las entidades del Estado competentes para realizar la consulta, la asignación de recursos, y las funciones del Viceministerio de Interculturalidad, como órgano del poder ejecutivo especializado en materia indígena, para coordinar la política

⁷⁶ Aylwin Oyarzún, José. **El derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Análisis del derecho nacional, internacional y comparado.** Pág. 66-67.

⁷⁷ **Ibid.** Pág. 68.

estatal de implementación del derecho a la consulta, y creó un registro de instituciones y organizaciones representativas de pueblos indígenas a ser consultadas. (Artículos 17 al 20 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo. No. 29785).

Regula las etapas del proceso de consulta ante medidas legislativas o administrativas, las cuales son: a) la identificación de la medida objeto de consulta; b) identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; c) la publicidad de la medida; d) la información sobre la medida a consultar; e) la evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida que les afecte; f) el proceso de diálogo entre representantes del Estado y de los pueblos indígenas u originarios; y g) la decisión obtenida al final del proceso (Artículo 8 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo. No. 29785).

“El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes... Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial. En abril de 2012, por medio del Decreto Supremo 001-2012-MC del Ministerio de Cultura, entro en vigencia el reglamento de la Ley de Consulta... Lejos de concitar consenso, este Decreto ha sido fuertemente cuestionado por los pueblos indígenas y organismos

de derechos humanos. Ello tanto por razones de forma como de fondo” (sic).⁷⁸

La OIT en su último informe sobre cumplimiento de convenciones (2014), observa que esa norma deja pendiente el desarrollo legislativo de los mecanismos de participación indígena en las entidades públicas y de participación en los beneficios (5ª y 10ª disposiciones complementarias, transitorias y finales del Reglamento de la Ley No. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido por el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Decreto Supremo 001-2012MC); solicitando al Gobierno, que en consulta con los pueblos indígenas revise la legislación vigente.

Los cambios más positivos en los textos constitucionales, se reflejan en la Constitución de la República del Ecuador (2008) y del Estado Plurinacional de Bolivia (2009); qué más allá del Convenio No. 169, responden a los postulados de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007); contemplando su autogobierno y fortaleciendo el derecho a la consulta, como principal garantía de autodeterminación frente al Estado, que no puede alcanzar su positivación sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos.

La presencia de pueblos indígenas en Ecuador es menor que en otros países pero su reconocimiento ha sido más amplio, pues actualmente, se encuentran aceptadas 14 nacionalidades y 18 grupos étnicos. El nuevo enfoque de la cuestión indígena, ha sido fruto de la participación y demanda de los pueblos originarios, que exigieron la

⁷⁸ Ibid. Pág.69.

declaratoria de Ecuador como un Estado plurinacional superando el multiculturalismo como enfoque constitucional.

Así lo refleja la Constitución de la República del Ecuador (2008), en sus principios fundamentales al prescribir que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada...” (Artículo 1 Constitución de la República del Ecuador). La ciudadanía y la pertenencia a los pueblos indígenas, es definida en sentido que “...La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional” (Artículo 6 Constitución de la República del Ecuador).

En general el Estado plurinacional supone tres dimensiones entrelazadas “...Primero, en la construcción de una verdadera interculturalidad que permita impregnar e intercambiar valores, prácticas, conocimientos, sabidurías, modos de ver el mundo, en un diálogo equitativo y sin imposiciones... Segundo, una transformación sustancial del poder real del Estado y la sociedad, del poder político, económico y cultural. Una democratización, un reconocimiento del control que la sociedad debe ejercer sobre los bienes y las políticas públicas... Tercero, el reconocimiento de niveles importantes de autogobierno de los pueblos y nacionalidades indígenas...”⁷⁹

⁷⁹ Ospina Peralta, Pablo. **Estado plurinacional y autogobierno territorial- Demandas indígenas en Ecuador. La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina.** Pág.205-206.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Ecuador, se reconoce integra y ampliamente en su Constitución estableciendo su realización cuando se pretenda la exploración, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en territorios de pueblos indígenas, y antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos (Artículo 57 numeral 7 y 17 Constitución de la República del Ecuador). También establece la consulta previa ambiental (Artículo 398 Constitución de la República del Ecuador), dirigida a toda la comunidad, como mecanismo de participación ciudadana en la gestión pública del medio ambiente.

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana (2010) desarrolla el precepto constitucional sobre el derecho a la consulta libre, previa e informada, estableciendo que “Se reconocerá y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatorianos y montubio, el derecho colectivo a la consulta... dentro de un plazo razonable... a través de sus autoridades legítimas, participarán en los beneficios que esos proyectos reportarán; así mismo recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen... será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme la Constitución y la ley” (sic).⁸⁰

En tanto que la consulta previa ambiental, se aplica a toda decisión o autorización estatal que pueda afectar el ambiente de la comunidad, la cual deberá ser consultada

⁸⁰ López Abad, Joaquín; Ochoa Carrasco Francisco y Freican, Carolina Andrea. **La consulta libre, previa e informada en el Ecuador**. Pág. 22.

informando amplia y oportunamente, sobre la situación y sus efectos. Si la comunidad se opone, la decisión de ejecutar o no el proyecto serán adoptados con una decisión debidamente argumentada y motivada por la instancia superior correspondiente.

También se han propuesto regular el derecho a la consulta sobre las decisiones políticas o la promulgación de leyes, que pudieran afectar a los pueblos indígenas; con el establecimiento de un instructivo de aplicación de consulta pre-legislativa, pero este instructivo no tiene carácter de decreto con fuerza de ley, porque no fue dictada de acuerdo al procedimiento parlamentario, ni por el poder ejecutivo.

“En el caso de Bolivia... los derechos de los pueblos indígenas fueron desarrollados extensamente en la Constitución Política (CP) aprobada por referéndum el 2009. Dicha CP, junto con cuestionar el concepto de Estado-nación al reconocer la diversidad de pueblos y naciones y al definir al Estado boliviano como plurinacional (artículo 1)... reconoce el derecho de estos pueblos a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles (artículo 30 II 15)” (sic).⁸¹

La Constitución Política del Estado boliviano (2009) norma taxativamente que: “La explotación de los recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión

⁸¹ Aylwin Oyarzún. *Op. Cit.* Pág. 59.

ambiental.... En las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios” (Artículo 352 Constitución Política del Estado boliviano).

El Estado plural debe ser un Estado de derecho, como condición necesaria para su institucionalidad; y un Estado democrático, que facilite la aplicación de políticas en provecho de todos, considerando a la vez la diversidad étnica. “La misión fundamental del Estado plural debería ser el romper con la ecuación que iguala diversidad con desigualdad. Para ello, es necesario confrontar y poner a revisión el esquema de sociedad que se ha heredado y redefinir el pacto social que lo concreta...”⁸²

Este reconocimiento en la norma fundamental, fortaleció la Ley de Hidrocarburos No.3058 (2005); que reconocía el derecho de participación y consulta de los pueblos indígenas, en cuanto a la exploración y explotación de esos recursos, mismo que estaba reglamentado por los Decretos Supremos 29033 y 29124 (ambos de 2007). Estos decretos supremos, son similares a lo que en nuestro ordenamiento jurídico denominamos como: Acuerdos Gubernativos.

“Entre las características de la consulta regulada está la de ser obligatoria, previa (a la licitación y a la aprobación de estudios de impacto ambiental), informada y de conformidad a usos o costumbres indígenas... tiene como finalidad llegar a acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas...”⁸³

⁸² Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Op. Cit.** Pág. 306.

⁸³ Aylwin Oyarzún, José. **Op. Cit.** Pág. 60

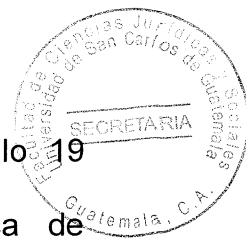
En el caso guatemalteco, según el Instituto Nacional de Estadística (2014), la población por etnia se distribuía de la siguiente manera: indígena 5854251 (40.0%); no indígena 8782236 (60.0%); Total 14636487 (100.0%). “Los departamentos con menor presencia de población indígena son Jalapa, Zacapa y El Progreso. Por su parte los departamentos con mayor población indígena son Totonicapán, Sololá y Alta Verapaz”.⁸⁴

En el país continúan presentes estamentos clasistas, elitistas y etnocentristas; que impiden el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. “En Guatemala no hay un Estado multinacional sino un Estado nacional multiétnico. El Estado liberal nunca lo consideró así y fue sustituido en los años cuarenta del siglo XX por uno desarrollista que tampoco alteró la esencia original del poder monista, fundado en la ideología de la homogeneidad cultural, en las posibilidades del asimilacionismo”.⁸⁵

En la Constitución vigente se reconocen a las “comunidades indígenas” ciertos derechos, que distan mucho convertirse en garantías políticas para la consulta o autodeterminación de los pueblos originarios (Artículos 66 al 70 Constitución Política de la República de Guatemala). La Constitución vigente solo establece la consulta popular en tres aspectos: i. Respecto a decisiones políticas de especial trascendencia que deben ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos (Artículo 173 Constitución Política de la República de Guatemala); ii. Para aprobar reformas a la Constitución (280 Constitución Política de la República de Guatemala); y iii. Sobre todo

⁸⁴ Instituto Nacional de Estadística. **Caracterización de la República de Guatemala**. Pág. 8.

⁸⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Op. Cit.** Pág. 304.



acuerdo definitivo de los derechos de Guatemala respecto a Belice (Artículo 19 Disposiciones Transitorias y Finales Constitución Política de la República de Guatemala).

Por lo que continuamos sin responder a la demanda de los pueblos indígenas sobre el cumplimiento de su derecho a ser consultados, pues no se ha generado la legislación ordinaria necesaria para viabilizar su positivación, además existe falta de reconocimiento a la representatividad de los pueblos indígenas y el carecer de títulos propiedad sobre las tierras o territorios, son los argumentos para su incumplimiento de iure limitando la participación.

3.5. Incorporación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Guatemala

Como fruto de las negociaciones de paz para finalizar el conflicto armado interno, se intentó reformar la Constitución para dotar de reconocimiento a los pueblos indígenas, modernizar los poderes estatales y establecer un Estado multicultural de derecho. “El 26 de octubre de 1998, el Congreso de la República aprobó las Reformas Constitucionales que tienden a la reestructuración del Estado de Guatemala y al cumplimiento de los Acuerdos de Paz, reformas que deben ser sometidas a la aprobación del pueblo mediante Consulta Popular, como condición previa para que entren en vigencia” (sic).⁸⁶

⁸⁶ Universidad de Georgetown. **Texto comparativo de reformas a la Constitución 1999**. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guate/reforms99.html> (Consultado: 12 de enero 2017).

Entre las reformas constitucionales que contemplaban el reconocimiento de un Estado multicultural, estaba el Artículo primero proponiéndose que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona humana y la familia; su fin supremo es la realización del bien común. La Nación guatemalteca es una y solidaria; dentro de su unidad y la integridad de su territorio es pluricultural, multiétnica y multilingüe” (sic).⁸⁷

El cambio propuesto al Artículo 70 de la Constitución vigente, contemplaba el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, proponiendo leyes específicas: “Una ley regulará lo relativo a la materia de esta sección. Cuando se prevean medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, se consultará a dichos pueblos por los mecanismos que establecerá otra ley específica”.⁸⁸

Los resultados de la consulta popular realizada el 16 de mayo de 1999, fueron marcados por el abstencionismo y la desinformación que generó su rechazo debido a la presunta superposición de los derechos de los pueblos indígenas, respecto a los del resto de la población. Prevaleció el no con un “69.2% frente a un 30.8% que voto por el sí; de un total de 216,952 votos válidos” (sic).⁸⁹

Quienes impulsaron el no a las reformas constitucionales, estuvieron vinculadas a los partidos políticos tradicionales, al poder económico de la oligarquía y a sectores de la sociedad que se identificaron con las estructuras de poder durante el conflicto armado interno (comisionados militares, patrullas de autodefensa civil y otros).

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ <http://www.prensalibre.com/hemeroteca/1999-rechazo-a-reformas-constitucionales>; **Rechazo a reformas constitucionales**. (Consultado: 12 de Enero 2017).

“El Estado monista ha producido una sociedad y personas ciegas o reacias frente a la diversidad y por consiguiente, que no cuentan con las herramientas de información, conocimiento y de valores para apreciarla en su dimensión social, más allá de los símbolos culturales que la acompañan...”.⁹⁰

La incorporación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, dentro del ordenamiento jurídico interno guatemalteco, tiene su fuente en el Decreto 09-96 del Congreso de la República, por el cual se ratificó el Convenio No. 169. Fundamentado en el principio constitucional general de preeminencia de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos sobre el derecho interno; una vez son aceptados y ratificados por el Estado (Artículo 46 Constitución Política de la República de Guatemala).

Pero este derecho no ha alcanzado positivación, pues solo se han incorporado algunas reformas a normas ordinarias vigentes; relacionadas con alguna forma de consulta, pudiendo citar el Código Municipal (Decreto 12-2002) en el cual se establece: la consulta a vecinos (Artículo 63); la consulta a solicitud de los vecinos (Artículo 64) y las consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio: “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” (sic) (Artículo 65 Código Municipal).

⁹⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Op. Cit.* Pág. 306.

El Artículo 66 del referido Código, regula la forma y efecto de esas consultas estableciendo: “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 por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado”.

Lamentablemente estas alternativas de consulta, no han sido apoyadas por las corporaciones municipales y en los casos en que si lo han hecho, no son reconocidas como vinculantes por el Estado. Pues en algunos municipios, donde se han convocado, sus resultados han sido rechazados de iure; argumentando que no son el mecanismo idóneo para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, o por no tener competencia en la materia que se consulta.

En el otro extremo, cuando las consultas son convocadas unilateralmente por las comunidades invocando esta normativa interna o el Convenio No. 169; son declaradas nulas sin darles ningún tipo de vinculación a sus resultados. Aun cuando son convocadas por las autoridades comunitarias según sus propios usos y costumbres, significando el desconocimiento de facto a la práctica de los pueblos indígenas.

Por último es importante mencionar, otro tipo de consulta regulado en nuestro derecho interno, específicamente en la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto 11-2002); la cual debería facilitar la participación ciudadana e integración de los pueblos



indígenas en los diferentes niveles de toma de decisiones para desarrollo local, departamental, regional y nacional tal como se establece en su Artículo 26.

En conclusión el Estado guatemalteco, a pesar de asumir formalmente el compromiso de respetar los derechos de los pueblos indígenas; y de suscribir una obligación internacional, ha evitado el cambio político y jurídico necesario para la positivación del Convenio No. 169. Sistemáticamente ha violentado el cumplimiento de este tratado internacional de derechos humanos, invocando argumentos como la legalidad y la certeza jurídica para evadir su obligación de respetar lo pactado, profundizando la polarización de la sociedad.

CAPÍTULO IV

4. El cumplimiento del Convenio No. 169 en cuanto al derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos, hizo necesaria la revisión del Convenio No. 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1957); haciendo aconsejable la implementación de nuevas normas internacionales en materia de derechos colectivos o de solidaridad con el Convenio No. 169. Las disposiciones del Convenio No. 169 fueron establecidas en colaboración con las Naciones Unidas y sus organismos: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura; Organización de las Naciones Unidas para Educación la Ciencia y la Cultura; y Organización Mundial de la Salud. Así como del Instituto Indigenista Interamericano.

Dentro de las características fundamentales del derecho a la consulta, regulada en el Convenio No. 169, está ser obligatoria y previa a la implementación de proyectos o aprobación de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles. Debiendo informar oportunamente qué tipo de proyecto o legislación se impulsa, y los posibles impactos para la vida de los pueblos indígenas. Debe ser realizada libremente de conformidad con los usos y costumbres de los pueblos, a través de sus legítimas autoridades.

Su finalidad es lograr el consentimiento de los pueblos indígenas para la implementación de proyectos o medidas, alcanzando acuerdos que deben respetar las

partes involucradas. Y en caso que su resultado fuera adverso o negativo, se deben promover mecanismos de diálogo para conciliar los derechos de los pueblos indígenas, con el interés del Estado y de los particulares; con el objeto de obtener ese consentimiento.

Los argumentos esgrimidos por los gobiernos de turno para evadir el cumplimiento del derecho a la consulta, van desde el cuestionamiento sobre a quién y a través de quienes se consulta, que unido a la falta del procedimiento adecuado o de la legislación necesaria para realizarla, impacta negativamente en la positividad de este derecho.

Las disposiciones del Convenio No. 169 en materia de consulta, deben leerse conjuntamente con el Artículo 7 del mismo convenio, que consagra el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus prioridades de desarrollo y participar en la formulación, aplicación y evaluación, de los planes y programas de desarrollo desde sus etapas iniciales, como lo ha recomendado la Comisión de Expertos de la OIT. Por ello es necesario considerar las actuaciones del Estado guatemalteco, para el cumplimiento de la obligación internacionalmente asumida con la ratificación del Convenio No. 169 y la importancia de su aplicación como estándar internacional para el respeto y vigencia de los derechos de los pueblos indígenas.

4.1. Informes de Estado sobre el cumplimiento del Convenio No.169 ante la Organización Internacional del Trabajo

De conformidad con la Constitución de la OIT, los gobiernos deben presentar sus

memorias un año después de la entrada en vigor del convenio para su país; y posteriormente en intervalos regulares (Artículo 22 Constitución de la OIT). Las memorias sobre la aplicación del Convenio No. 169, tienen que presentarse normalmente cada 5 años; pero si la situación amerita un seguimiento más riguroso, los órganos de control de la OIT pueden solicitar una memoria fuera del ciclo regular de presentación, como en el caso guatemalteco que ha informado anualmente.

Es obligación del gobierno facilitar una copia de esas memorias a las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores quienes están facultados para enviar directamente sus comentarios a los órganos de control de la OIT. El órgano de control de la OIT, encargado de supervisar con regularidad la aplicación de los convenios es: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, para que la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional de Trabajo se encargue de dar seguimiento a las recomendaciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo.

La Comisión de Expertos se compone de 20 peritos independientes, que se reúnen anualmente con el mandato de examinar las memorias de los Estados Parte, sobre las medidas adoptadas para hacer efectivos los convenios. Evaluando la conformidad de la legislación y las prácticas del país con las obligaciones internacionales; recibiendo información de las organizaciones de trabajadores y empleadores; analizando documentos oficiales de la ONU y sus organismos; así como las decisiones judiciales y la legislación de cada Estado vinculados con el convenio.

El informe anual de la Comisión de Expertos es presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de cada año, la cual nombra a la Comisión de Aplicación de Normas de integración tripartita (gobierno, empleadores y trabajadores), para analizar ese informe y seleccionar comentarios que sean objeto de debate. Los gobiernos mencionados son invitados a responder y a comunicar información sobre la situación considerada.

Luego de la discusión de cada caso, la Comisión de Aplicación de Normas adopta unas conclusiones recomendando al gobierno que establezcan medidas específicas, para solucionar un problema o soliciten asistencia técnica de la OIT. Las discusiones y las conclusiones sobre las situaciones examinadas, se publican en su informe destacando aspectos especialmente preocupantes en párrafos especiales de su informe general.

“Aunque los pueblos indígenas no tengan acceso directo a los órganos de control de la OIT, pueden asegurarse de que sus inquietudes se tomen en cuenta en la supervisión regular de los Convenios de la OIT, de diferentes maneras: Enviando información verificable directamente por la OIT... Formando alianzas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores. Para que la OIT pueda tomar en cuenta oficialmente este tipo de información... Señalando a la atención de la OIT información oficial pertinente de otros órganos de control, foros o agencias de la ONU, incluido el Relator Especial...” (sic).⁹¹

⁹¹ Organización Internacional del Trabajo. **Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010.** Pág. 14.

Las recomendaciones de la Comisión de Expertos al gobierno de Guatemala, adoptadas en las conclusiones presentadas por la Comisión de Aplicación de Normas, han sido reiteradas durante varios años. En 2010, “La Comisión desea señalar a la atención del Gobierno que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente, se desprende directamente del Convenio, independientemente de que se haya reflejado o no en algún texto legislativo nacional específico. Asimismo, desea señalar que es el Gobierno el que tiene la obligación de asegurarse de que los pueblos indígenas sean consultados de conformidad con el Convenio, y no los particulares o las empresas privadas” (sic).⁹²

La Comisión instó al Gobierno para que alineara la Ley de Minería con los Artículos 6, 7 y 15 del Convenio No. 169, adoptando las medidas necesarias para promover de buena fe un diálogo constructivo para cumplir su obligación de garantizar los derechos de los pueblos indígenas, suspender inmediatamente las actividades alegadas y evaluar la incidencia de este proyecto sobre la vida y cosmovisión de los pueblos indígenas.

Las observaciones generales de 2012, se refieren a la necesidad de establecer mecanismos institucionales de consulta y participación. “A este respecto, la Comisión observa que existen en la legislación nacional disposiciones legales que regulan de manera fraccionada o incompleta el derecho de consulta... La Comisión toma nota de que las autoridades municipales y las comunidades indígenas, basándose en las disposiciones mencionadas, han realizado una serie de consultas a nivel comunal, las cuales, además de no conducir al diálogo efectivo entre las partes interesadas,

⁹² Ibid. Pág. 76-77.

condujeron a conclusiones que no fueron reconocidas ni por las autoridades nacionales ni por las empresas. Esta circunstancia ha acentuado la conflictividad” (sic).⁹³

La conferencia adoptó la recomendación que realizó la Comisión de Expertos, en cuanto a realizar una solicitud directa de información al gobierno de Guatemala; para darle seguimiento al cumplimiento de las observaciones sobre la participación, la consulta y la toma de decisiones sobre su desarrollo a los pueblos indígenas. Así como la existencia de instituciones u otros mecanismos para administrar programas que les afecten con base en los Artículos 2, 6, 7 y 33 del Convenio No. 169.

En 2013 se analizaron las observaciones presentadas por la Comisión de Expertos, que hicieron referencia a las comunicaciones del gobierno guatemalteco, efectuadas en diciembre 2011 y septiembre 2012, que contenían información adicional en relación a los temas examinados en sus anteriores comentarios. Y del Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras -CACIF- a través de la Organización Internacional de Empleadores -OIE-, presentando sus objeciones para la implementación de la consulta y sus efectos para los proyectos extractivos.

“Al respecto, la OIE plantea las siguientes cuestiones: la identificación de las instituciones representativas, la definición de territorio indígena y la falta de consenso entre los pueblos indígenas y tribales sobre sus procesos internos, y la importancia de

⁹³ Organización Internacional del Trabajo. **Solicitudes directas de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones.** http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:2700478 (Consultado: 30 de enero 2017).

que la Comisión sea consciente de las consecuencias que estos asuntos tienen para la seguridad jurídica, el costo financiero y la previsibilidad de las inversiones tanto públicas como privadas... La OIE observa que la mala aplicación e interpretación del requisito de consulta previa puede implicar obstáculos legales y acarrear dificultades para los negocios, afectar la reputación y tener costos financieros para las empresas entre otras cosas” (sic).⁹⁴

En las observaciones de la Comisión de Expertos presentadas en 2014, se pronunció en relación al mecanismo apropiado de consulta y participación, con base en la información de los encuentros de diálogo propiciados por el gobierno, un grupo tripartito y pueblos indígenas de Chichicastenango. El PDH presentó un informe alternativo sobre la situación de los pueblos indígenas manifestando su preocupación por la falta de regulación del derecho a la consulta.

“La Comisión comprende que se está desarrollando un diálogo constructivo y pide al gobierno que en su próxima memoria incluya informaciones actualizadas que permitan examinar las medidas efectivamente adoptadas: i) para establecer un mecanismo apropiado de consulta y participación de conformidad con el Convenio... ii) para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados y puedan participar de manera apropiada a través de sus entidades representativas en la elaboración de dicho mecanismo... iv) sobre el recurso que se ha hecho del mecanismo provisorio de consultas con los pueblos indígenas y la aplicación práctica del artículo 26 de la Ley de Consejos de Desarrollo... y v) para alinear la legislación vigente, tal como la Ley de

⁹⁴ Ibid.

Minería, con el Convenio” (sic).⁹⁵

Por último, en las observaciones de la Comisión de Expertos adoptadas en 2015 se hizo mención al requerimiento efectuado en las anteriores conferencias; tomó nota sobre los intercambios con representantes de autoridades indígenas de algunos municipios del departamento de Quiché y otras reuniones de consulta efectuadas por el gobierno en 2014.

Resaltando que como resultado de ese proceso se formuló un borrador de protocolo para la aplicación de derecho de consulta previa a los pueblos indígenas, el cual fue presentado a la Comisión Tripartita de Asuntos Internacionales de OIT (mayo, 2014). Para que los interlocutores sociales, formulen sus comentarios al respecto, pero al mes de agosto no se habían recibido comentarios.

Sobre la realización de la consulta conforme al Convenio No. 169, ordenada por la Corte de Constitucionalidad en San Juan Sacatepéquez, detallan la información agregada a la memoria en relación con ese proyecto y sobre el diálogo que sostuvo en junio 2014, el presidente de la República, representantes de las 12 comunidades afectadas y otras autoridades locales. El resultado fue la construcción de la carretera que beneficia a la cementera, la instalación de un destacamento militar y la construcción de la planta de producción.

En relación a las concesiones mineras y proyectos hidroeléctricos, fue presentado un

⁹⁵ Ibid.

documento centrado en los pueblos y territorios mayas: Ixil, K'iché, Q'eqch'í y Uspanteco en el departamento del Quiché; el cual fue elaborado por la Asociación Tejedores de Vida y transmitido por la Unidad Sindical de Trabajadores de Guatemala - UNSITRAGUA-. Resaltando su preocupación por la conflictividad social que provoca la imposición de esos proyectos, sin la obligatoria consulta previa a los pueblos indígenas expresada por el Movimiento sindical indígena y campesino y UNSITRAGUA.

“La Comisión... urge al Gobierno a que incluya informaciones actualizadas sobre las consultas con las comunidades indígenas afectadas y la participación en los beneficios que reportan las actividades de explotación de los recursos de las minas Marlín y El Estor. La Comisión reitera su interés por conocer las medidas efectivamente adoptadas para alinear la Ley de Minería y otra legislación pertinente, en particular la Ley General de Electricidad, con los requerimientos de la consulta previa y la participación en los beneficios que establece el Convenio” (sic).⁹⁶

De lo anteriormente informado, se puede concluir que a pesar de la constante observancia y solicitudes realizadas directamente al gobierno por parte de la Comisión de Expertos de la OIT y del seguimiento de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo, la voluntad política del ejecutivo y la actuación del legislativo, han sido nugatorias para el cumplimiento del derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, vulnerando el principio pro homine establecido en el convenio.

⁹⁶ Ibid.

4.2. Acciones internacionales para la vigencia del derecho a la consulta

El Convenio No. 169 es fundamental para el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas y específicamente del derecho a la consulta libre, previa e informada. Reflejando la generalizada preocupación de la comunidad internacional, por dotar de protección específica a los pueblos originarios.

Desde el Sistema Universal de Derechos Humanos, se ha facilitado el cabildeo en su favor, modificando las concepciones nacionales sobre su legitimidad y abriendo canales de apoyo internacional para su observancia. Pero existe debilidad procesal para hacer efectivo su cumplimiento; y la comunidad internacional carece de autoridad per se para frenar las violaciones más flagrantes a los derechos humanos, pues el cumplimiento de la obligación internacionalmente asumida, radica finalmente en la soberanía de cada Estado.

“Actualmente, los Estados no pueden ya invocar sus derechos soberanos para violar los derechos humanos –existen normas internacionales autorizadas en esta materia-, aunque conservan el derecho a aplicar y hacer valer esos derechos en su territorio... En tanto las obligaciones internacionales no subordinen a los Estados a una autoridad superior –lo cual no ocurre en el caso del régimen mundial de derechos humanos-, son completamente congruentes con la soberanía plena...” (sic).⁹⁷

⁹⁷ Cobarrubias Velasco, Ana; Ortega Nieto. **La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI**. Pág. 36-37.

De forma que la construcción internacional de los derechos humanos es estatista y respetuosa de la soberanía. Pues el derecho internacional se positiva y se tutela desde el ámbito nacional, donde los derechos humanos pretenden ser incorporados. El sistema actual de control de los derechos humanos, aún tiene pendiente implementar los mecanismos necesarios para que los Estados cumplan las recomendaciones o resoluciones de los organismos de vigilancia.

4.2.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Entre los organismos regionales establecidos para la protección de derechos, tenemos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; que dotan a los ciudadanos de los países miembros de la capacidad para denunciar abusos de autoridad y defenderse de las violaciones a sus derechos que podría cometer el Estado.

En sentido dogmático los órganos interamericanos no tienen competencia para conocer y resolver controversias basadas en la inobservancia del Convenio No. 169; en virtud del principio de convencionalidad. Pese a ello, estos organismos de control regional han interpretado en forma progresiva lo dispuesto en el convenio, para fundamentar sus resoluciones y observancia del principio pro homine han resaltado la fuerza de obligatoriedad de este instrumento internacional para la protección de los pueblos indígenas.

El origen del sistema regional de orden público internacional, para la protección de los

derechos humanos, se remonta a la primera mitad del siglo XX, con la VII Conferencia Internacional Americana efectuada en 1933, donde fue ratificada la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, basado en los principios de no intervención y de igualdad soberana.

“Sin embargo, no fue sino hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial cuando el tema de los derechos humanos adquirió relevancia en los ámbitos regional y mundial. Los Estados americanos empezaron a diseñar un programa regional incipiente para la protección de los derechos humanos durante la Conferencia Interamericana sobre Problemas de Guerra y de la Paz, llamada Conferencia de Chapultepec”.⁹⁸

El propósito de esta conferencia en 1945, fue reflexionar sobre la dirección del sistema interamericano después de la guerra, adoptando la resolución sobre la Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre, y fortaleciendo la doctrina de no intervención absoluta. Esta conferencia encargó al Comité Jurídico Interamericano elaborar el borrador de una Convención sobre los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre para someterla a la Conferencia Internacional de Juristas.

“...el 2 de mayo de 1948 los Estados americanos firmaron el primer gran documento internacional en materia de derechos humanos que se haya celebrado en el mundo: la Resolución XXX o Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre... Con base en la teoría del derecho natural, la declaración afirma que las garantías fundamentales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado

⁹⁸ Ibid. Pág. 111.

sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Asimismo, el texto sostiene que la protección internacional de los derechos humanos debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.⁹⁹

El Consejo de la Organización de Estados Americanos -OEA-, aprobó los Estatutos de la CIDH (1960); como entidad autónoma, con la función de promover el respeto a los derechos humanos, conforme a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Posteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, la estableció junto con la Corte Interamericana como los medios de la protección de derechos humanos a nivel regional.

“La Convención Americana prevé la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual es idéntica a la ya existente, así como un órgano puramente jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos... a diferencia de sus contrapartes Europea y la ONU, la Convención incorporó en un solo instrumento tanto los derechos garantizados como los medios para protegerlos”.¹⁰⁰

La República de Guatemala suscribió esa convención y, su instrumento de ratificación fue depositado el 25 de mayo de 1978. La convención entro en vigor, el 18 de julio de 1978 (Artículo 74 numeral 2 Convención Americana de Derechos Humanos), con la observancia de los estándares internacionales mínimos de derechos humanos y su

⁹⁹ Ibid. Pág. 113.

¹⁰⁰ Ibid. Pág. 122.

correlativa protección a nivel regional.

La CIDH se compone de siete miembros, nacionales de alguno de los países miembros; quienes deben contar con alta autoridad moral y ser reconocidamente versados en materia de derechos humanos (Artículo 33 Convención Americana de Derechos Humanos). Su mandato se encuentra establecido en la Carta de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos y su Estatuto.

Está facultada según su estatuto y reglamento, para atender demandas y resolver los casos presentados contra Estados ratificantes y no ratificantes de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero solo puede referir a la corte los casos que conciernan a Estados que ratificaron la convención y que aceptaron expresamente la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo más relevante es reconocer el derecho de las personas a demandar a los Estados por la violación de sus derechos humanos, con lo cual se dio un paso importante para conferirles personalidad jurídica en el derecho internacional.

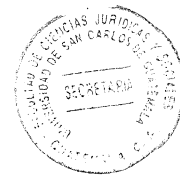
Desde la década del noventa, hasta la presente fecha "...la naturaleza de las nuevas denuncias pronto hizo evidente que muchos países padecían profundas deficiencias estructurales y problemas endémicos, como la violencia policiaca, la discriminación racial y de otros tipos, la exclusión de grupos vulnerables de una participación significativa en la política y la ineficiencia, corrupción o debilidad del poder judicial".¹⁰¹

¹⁰¹ Ibid. Pág. 134.

En consecuencia la CIDH amplió el número de relatorías especiales temáticas, para conocer las dificultades que enfrentan los grupos vulnerables y los obstáculos que se presentan al libre ejercicio de algunos derechos fundamentales, sentando nuevos estándares de protección. Esto fortaleció la actividad de supervisión de la CIDH sobre las prácticas de derechos humanos en los Estados parte; contando a la presente fecha, con un relator especial para los derechos de los pueblos indígenas.

En relación al derecho de los pueblos indígenas a la consulta para obtener su consentimiento libre, previo e informado; el sistema interamericano considera al Convenio No. 169 como fuente de derecho internacional y factor relevante en la interpretación de las normas interamericanas. Otra fuente, que hace posible la interpretación progresiva de los derechos de los pueblos indígenas es la costumbre internacional, por la cual incorporan recomendaciones relevantes para la vigencia de esos derechos.

“Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales. Esta es una manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre temas susceptibles de afectarles, teniendo en cuenta que esta consulta debe estar dirigida a obtener su consentimiento libre previo e informado según lo dispone el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos



de los Pueblos Indígenas” (sic).¹⁰²

La consulta previa debe efectuarse a los pueblos indígenas que pueden resultar afectados, porque posean la tierra o territorio respectivo, o porque los mismos pertenezcan al Estado; pues en la mayoría de casos, los pueblos indígenas carecen de títulos registrales de propiedad. Puntualizando la necesidad de consultarlos a través de una legislación específica.

“En virtud de los artículos II (derecho a la igualdad), XVIII (derecho al debido proceso y a un juicio justo) y XXIII (derecho a la propiedad) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Estados están obligados a adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de ese interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de igualdad y previa una justa compensación”(sic).¹⁰³

La comisión también se ha referido a la falta de la normativa específica para la realización de la consulta que se ha convertido en el principal argumento del Estado guatemalteco para el incumplimiento del Convenio No. 169, ya que la falta de voluntad política para regular este derecho se ha mantenido por más de 20 años.

¹⁰² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Pág. 108.

¹⁰³ *Ibid.* Pág. 111.

“El cumplimiento del deber estatal de consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana), de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber. Los Estados deben aprobar legislación que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación... deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de consultas...” (sic).¹⁰⁴

Para la protección ante la violación de derechos humanos la CIDH tiene mecanismos como las medidas cautelares y, el sistema de peticiones y casos individuales de los cuales se informa anualmente. Las medidas cautelares se solicitan para evitar un daño irreparable ante la vulneración de derechos y “Por casos se entienden todas aquellas peticiones que han sido declaradas admisibles mediante un informe de admisibilidad. Por peticiones se entienden todas aquellas denuncias en las que se ha dado traslado al Estado pero que no cuentan con informe de admisibilidad” (sic).¹⁰⁵

La CIDH según el Informe No. 20/14, resolvió sobre la admisibilidad de la Petición 1566-07; realizada por Comunidades del Pueblo Maya Sipakapense y Mam de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán, departamento de San Marcos. La petición fue planteada, en diciembre 2007, denunciando al Estado por el establecimiento de la Mina Marlín, sin realizar una consulta libre, previa e informada a

¹⁰⁴ Ibid. Pág. 116.

¹⁰⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe anual 2012. Capítulo III Sistema de peticiones y casos individuales.** <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp>. (Consultado: 30 de enero 2017).



las comunidades indígenas que podrían ser afectadas. Asimismo por la falta reconocimiento a la consulta efectuada de buena fe, con sus propios usos y costumbres.

“...el descontento y oposición de las comunidades llevó a que debieran promover de motu proprio ante las autoridades municipales la realización de una consulta comunitaria. Informan que, junto con el Consejo Municipal de Sipacapa, se decidió realizar la consulta comunitaria el 18 de junio de 2005, lo que fue consignado en acuerdos municipales. Explican que la base legal de tales acuerdos se encuentra en el Código Municipal, según el cual el Consejo Municipal tiene la facultad de realizar consultas de buena fe a las comunidades o autoridades indígenas del respectivo municipio cuyos resultados son vinculantes” (sic).¹⁰⁶

El Estado en sus alegatos en contra de la petición, señaló que según la Constitución es de utilidad y necesidad pública la explotación técnica y racional de los recursos naturales no renovables como los minerales. Sobre esta base jurídica y agotado el trámite administrativo, con los dictámenes técnicos y jurídicos requeridos, otorgó la licencia minera. También expuso que según el ordenamiento jurídico interno, le concierne a la entidad interesada en obtener un derecho minero, la presentación del estudio de impacto ambiental; con base en los términos de referencia elaborados por el MARN y realizado por consultores certificados por dicho ministerio. Además de realizar las correspondientes publicaciones en español y Mam, sin que ninguna persona se

¹⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 20/14. Petición 1566-07. Admisibilidad. Comunidades del pueblo Maya Sipakapense y Mam de los municipios de San Miguel Ixtahuacan, Guatemala. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/GTAD1566-07ES.pdf> (Consultado: 30 de enero 2017). Pag.3.

opusiera al mismo.

“En cuanto al proceso de consulta sostiene que es incuestionable el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados.... Indica que, en virtud de ello, el MARN indicó a la empresa la obligatoriedad de desarrollar un proceso de participación pública, conforme al artículo 74 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental (Acuerdo Gubernativo 431-2007), el cual se llevó a cabo plenamente. Expresa que si bien no se denomina consulta, si es un proceso previo en el que se informó que se desarrollaría un proyecto minero” (sic).¹⁰⁷

El Estado guatemalteco resaltó que aún había un vacío en su reglamentación, por lo que se trabajaba en la elaboración de un reglamento de consulta, para regular este derecho. Por tanto la consulta realizada estaba fuera de la legalidad, y aunque reconocía que las consultas fueron realizadas de buena fe, deberían haber sido convocadas y realizadas por los entes administrativos competentes. Resaltó que esa consulta fue realizada violentando el ordenamiento jurídico, al celebrarla contraviniendo el amparo otorgado por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala; que decretó la suspensión provisional de la consulta. Sentenciando que ni la municipalidad, ni las comunidades organizadas en consejos comunitarios de desarrollo, son entes facultados para aprobar proyectos o emitir una licencia minera; por lo que no podía dársele fuerza legal.

Con estos argumentos el Estado guatemalteco presento tres excepciones preliminares

¹⁰⁷ Ibid. Pág. 5

para la admisibilidad del caso, una se relacionada con la excepción de cuarta instancia pues la inconformidad de los peticionarios radica en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad que declaro inconstitucional el Artículo 27 del Acuerdo Municipal para realizar la consulta. Otra es la falta de agotamiento de recursos internos, ya que los peticionarios no ejercieron ninguna acción relativa al proceso de inconstitucionalidad y tampoco presentaron acciones para reivindicar su propiedad comunal indígena, tal como lo establece el Artículo 1164 del Código Civil (curso ante el Registrador de la Propiedad) y los Artículos 253 y 255 del Código Procesal Civil y Mercantil (Amparo de posesión o tenencia, y el interdicto de despojo).

La última excepción, se refiere a la existencia de la cosa juzgada, mencionando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, como resultado del debido proceso y la imparcialidad e independencia de los magistrados; y que con el fallo, se han causado los efectos de cosa juzgada formal y material. Sosteniendo que no se caracterizan violaciones a derechos contenidos en la convención, al no ser responsable internacionalmente por el acto judicial de la referida corte.

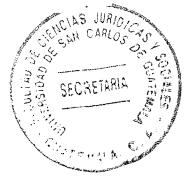
En el análisis de la admisibilidad la CIDH se refirió a la competencia que tienen para conocer el caso por *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione loci* y *ratione materiae*; enfatizando que si bien es cierto, carece de competencia para pronunciarse por las violaciones al Convenio No. 169; puede utilizarlo como pauta de interpretación de las obligaciones convencionales, según lo establecido en el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al sustentar el cumplimiento de otros requisitos para la admisibilidad de la petición, señalo que: "...la CIDH observa que los medios de participación pública aplicables conforme a ley, serían aquellos realizados por la empresa proponente y referidos a la población en general, sin que se advierta que permitirían garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas, en decisiones que afecten sus territorios ancestrales. Según reiterados pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano, el derecho a la consulta comprende el deber positivo de los Estados de disponer mecanismos idóneos y eficaces a fin de obtener el consentimiento previo, libre e informado de acuerdo a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas..."¹⁰⁸

La CIDH rechazó las excepciones planteadas por el Estado, declarando que tenía competencia para conocer la denuncia presentada, y que la petición era admisible de conformidad con los Artículos 46 y 47 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ordenando notificar la decisión a las partes, publicarla e incluirla en su informe anual a la Asamblea de la OEA.

En su informe del año 2015, la CIDH observó que: "La falta de procesos de consulta con las comunidades, el desconocimiento de los resultados de las consultas comunitarias auto convocadas, la falta de respeto a los planteamientos de las comunidades, la falta de atención a denuncias de agresiones o amenazas, y la falta de atención o presencia de autoridades públicas requerida por las comunidades para garantizar la protección de sus miembros, han sido identificados como factores que

¹⁰⁸ Ibid. Pág. 9-10.



contribuyen a generar, alimentar y agudizar los conflictos sociales” (sic).¹⁰⁹

El Estado en su respuesta, aceptó que efectivamente el derecho a la consulta libre, previa e informada; asiste a los pueblos indígenas, siendo un tema pendiente de resolver, ratificando que es incuestionable su derecho a ser consultados, pero sin impulsar las acciones necesarias para su positivación, manteniendo la inobservancia de su obligación internacional.

En lo relativo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado guatemalteco aceptó la competencia de esta magistratura el 09 de marzo de 1987. Se compone de siete jueces, electos a título personal, debiendo ser nacionales de algún estado miembro, juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos; y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, conforme la legislación del país al cual pertenece o del Estado que lo proponga (Artículo 52 numeral 1 Convención Americana de Derechos Humanos).

La naturaleza, objeto y fuente de derecho de este tribunal, se preceptúa en el Artículo primero de su Estatuto regulando que: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”.

¹⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe de país. Situación de derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión.** <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf> (Consultado: 30 de enero 2017). Pág. 210.

La jurisprudencia generada por la Corte Interamericana, no es fuente formal directa o indirecta del derecho internacional, son medios o métodos auxiliares para la interpretación y aplicación de las reglas convencionales o consuetudinarias del derecho internacional. “En algunos sistemas jurídicos nacionales la jurisprudencia de los tribunales internos constituye una fuente formal del derecho, en el derecho internacional en cambio, no ocurre lo mismo, puesto que no hay una jurisprudencia internacional obligatoria. En suma, los precedentes y decisiones de Tribunales Internacionales solo pueden ser utilizados como medio auxiliar para la determinación de reglas de Derecho, pero no como jurisprudencia obligatoria” (sic).¹¹⁰

Esas decisiones tienen gran influencia en el derecho interno de los países; pues son una declaración de derecho imparcial, sobre casos que conoce, siendo discutidas por jurisconsultos de alta autoridad y deberían ser consideradas por los jueces nacionales.

La Corte Interamericana dentro de sus aportes jurisprudenciales, en cuanto al contenido y alcance de los derechos y obligaciones del Estado; ha formulado algunas consideraciones sobre la interpretación de los derechos y las libertades establecidas en la convención, con los casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas. Recurrentemente ha indicado que, la consulta previa debe ser garantizada por el Estado, con la participación de los pueblos indígenas. Este proceso de diálogo y búsqueda de acuerdos se debe realizar desde las primeras etapas de elaboración del proyecto o planificación de la medida propuesta, para que los pueblos indígenas

¹¹⁰ Olgüín Martínez, Gabriela. **Derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano. Guía legal sobre la utilización del Sistema Interamericano para la defensa de los derechos indígenas.** Pág. 56.

realmente puedan participar e influir en la adopción de las decisiones.

“...la Corte ha señalado que la consulta además de constituir una obligación convencional es también un principio general del derecho internacional, que los Estados deben cumplir, independientemente de que esté regulada expresamente en su legislación, por lo que la exigencia consiste en que el Estado cuente con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el proceso de consulta en estos casos, sin perjuicio de que pueda ser precisada en ley”.¹¹¹

En conclusión la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, es consistente al señalar que la consulta a los pueblos indígenas es una obligación estatal que debe cumplir con las garantías específicas de ser: libre, previa e informada, con el objeto de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, antes de la planificación o implementación del proyecto o medida propuesta; para que participen en la toma de decisiones sobre iniciativas que puedan afectarles. Siendo concurrente el llamado a regularlo e implementarlo.

4.2.2. Acciones ante el Sistema de Naciones Unidas

Los pueblos indígenas en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, han activado el Procedimiento Especial de Control de los Tratados que es realizado por el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las

¹¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Pueblos indígenas y tribales. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 11.** <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/indigenas.pdf> (Consultado: 30 de enero 2017). Pág.82.

Libertades Fundamentales de los Indígenas; que realiza una tarea de verificación sobre las denuncias presentadas por la presunta violación de sus derechos humanos, específicamente la demanda del derecho a la consulta.

Esta figura fue creada por la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, con el mandato de recibir e intercambiar información con los gobiernos, las comunidades indígenas y otras fuentes relacionadas con la situación de los derechos de los pueblos originarios para formular recomendaciones y propuestas, sobre medidas y actividades efectivas para evitar la vulneración de esos derechos.

El Relator Especial al recibir información fidedigna sobre violaciones a los derechos humanos envía Llamamientos Urgentes, que: "...se utilizan para comunicar una violación que supuestamente se está cometiendo o se va a cometer. Su propósito es poner fin o impedir violaciones por parte de altos responsables del Estado".¹¹² Estas comunicaciones, por lo general en forma de carta, son trasladadas por conducto de las misiones diplomáticas de Guatemala ante Naciones Unidas al gobierno de turno; solicitando información y observaciones sobre la denuncia, asimismo de la adopción de medidas preventivas o de la investigación que se hubiera puesto en marcha.

Esto es informado al Comité de Derechos Humanos, que se encarga de conocer la situación y las recomendaciones del Relator Especial. Pero en algunos temas, los relatores informan directamente a la Asamblea General de Naciones Unidas o bien a la Comisión de Derechos Humanos. La primera visita de un Relator Especial a

¹¹² Cassin, Alcalá-Zamora, Polansky, et. al. **Veinte años de evolución de los derechos humanos**. Pág.15.

Guatemala, se realizó entre el 01 y 11 de septiembre de 2002.

En esa oportunidad Rodolfo Stavenhagen, señaló que: “La estructura política de Guatemala desde la colonia y a lo largo de la vida republicana se caracterizó por la exclusión de los pueblos indígenas de la participación en la vida ciudadana. Este fenómeno implicó tradicionalmente la subordinación de las formas tradicionales de organización y de ejercicio de la autoridad propias de las comunidades y pueblos (las alcaldías y cofradías indígenas, por ejemplo)...” (sic).¹¹³

En esa ocasión el Relator Especial recomendó al poder ejecutivo y legislativo, que los diversos aspectos que componen los derechos de los pueblos originarios, podrían ser legislados en forma completa y comprensiva, en el marco de una Ley sobre derechos de los pueblos indígenas, que incluyera mecanismos de consulta, tal como lo regula la Constitución vigente en su Artículo 70.

La visita del segundo Relator Especial, el doctor James Anaya, se realizó entre el 13 y 18 de junio de 2010, invitado por el gobierno guatemalteco, con el “...fin de analizar la situación de la aplicación de los principios de consulta con los pueblos indígenas en el país en relación con las industrias extractivas, con un enfoque especial en la situación de los pueblos indígenas afectados por la mina Marlín en los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán”.¹¹⁴

¹¹³ Stavenhagen, Rodolfo. **Informe del relator especial sobre situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.** http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.457.pdf (Consultado: 31 de enero 2017). Pág. 13.

¹¹⁴ Anaya, James. **Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlín.** https://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.

El Relator Especial señaló que los conflictos relacionados con los proyectos de inversión o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, obedecían a un mismo patrón que respondía a dos razones de fondo, la primera a la disputa sobre la validez de las consultas comunitarias realizadas en contra de la aprobación de megaproyectos, que han sido rechazadas de facto por los gobiernos de turno.

“Una segunda cuestión de fondo... es el actual régimen de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. El alto grado de inseguridad jurídica en torno a la tenencia de la tierra; la ausencia, en la gran mayoría de los casos, de títulos colectivos de propiedad, unidos a las consecuencias que todavía se arrastran de la desposesión de tierras durante el conflicto armado interno, son también factores implícitos en la actual situación de conflictividad en torno a los proyectos de inversión y desarrollo...”.¹¹⁵

Para el gobierno la falta de reglamentación interna del derecho a la consulta implica la ausencia de la obligación de consultar, pero esta posición no es sostenible según el derecho internacional de los derechos humanos, pues las disposiciones del Convenio No. 169 que no son directamente ejecutables, son de obligado cumplimiento por los funcionarios públicos que deben hacer las modificaciones legales necesarias para hacerlo efectivo.

En tanto que sobre el debate de la validez de las denominadas: Consultas Comunitarias

socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/2010_relator_anaya_08_obs_prelim_guatemala.pdf (Consultado: 31 de enero 2017). Pág. 1.

¹¹⁵ Anaya, James. **Ob. Cit.** Pág. 3.

de Buena Fe, realizadas en aplicación del Código Municipal o con los usos y costumbres propios de las comunidades, la Corte de Constitucionalidad (2010), interpretó que estas consultas no son estrictamente vinculantes, porque los municipios no tienen competencia en minería y que los procedimientos para realizarlos no eran los adecuados.

Ante lo cual el Relator Especial manifestó que, “La reglamentación de la consulta otorgaría a estos procesos una mayor certeza y seguridad jurídica que son necesarias para toda actuación de los poderes públicos. En este sentido se han declarado organismos internacionales... y por la propia Corte de Constitucionalidad de Guatemala”.¹¹⁶

También recomendó avanzar, urgentemente, en la discusión y aprobación de la iniciativa de Ley de Consultas, que contaba con dictamen favorable de la Comisión de Pueblos Indígenas, instando a que fuera conforme con los estándares mínimos fijados en las normas internacionales y con la plena participación de los pueblos. Asimismo solicitó revisar la legislación sectorial, incluyendo la Ley de Minería para incorporar plenamente los deberes que corresponden al Estado, en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

“En relación con su informe sobre cuestiones conexas al caso de la mina Marlín el Relator Especial mantuvo un diálogo con el Gobierno de Guatemala sobre el tema de reglamentación del proceso de consulta con pueblos indígenas durante los primeros

¹¹⁶ Ibid. Pág. 9.

meses del año 2011. El Relator Especial elaboró observaciones detalladas sobre un borrador preliminar de un reglamento de consulta desarrollado por el Gobierno de Guatemala” (sic).¹¹⁷

Este reglamento fue rechazado por las organizaciones y autoridades indígenas, al haberse elaborado de forma unilateral por el gobierno, el relator especial se pronunció instando a que se realizara la construcción participativa de una ley de consultas que reflejara los intereses y aspiraciones de los pueblos originarios.

El Relator Especial abrió un nuevo caso sobre la situación de las comunidades indígenas afectadas por la construcción de una planta cementera en San Juan Sacatepéquez (GTM16/2011), realizando un Llamamiento Urgente (octubre, 2011) solicitando información actualizada sobre la situación de las comunidades afectadas, en vista de los resultados de la consulta auto convocada por el pueblo Maya Ceqchikel.

El gobierno de Guatemala en su respuesta (agosto, 2012), manifestó que el proceso de diálogo no se había agotado y que la consulta promovida por los representantes indígenas de San Juan Sacatepéquez fue hace varios años y sin ningún efecto jurídico, por lo que continuaría con ese proceso de diálogo conforme la normativa nacional e internacional. Afirmando que no podría darse la suspensión, modificación o revocación de las licencias sin las garantías del debido proceso y en el marco de la ley.

¹¹⁷ Anaya, James. **Anexo V, Guatemala: La situación de problemas sociales y ambientales generados por la mina Marlín y otros temas relacionados con esta situación.** <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Relatores/Pueblos/Puein4.pdf> (Consultado: 31 de enero 2017). Pág. 23.

El Relator Anaya, presentó su último informe temático, denominado Las industrias extractivas y los pueblos indígenas el 01 de julio 2013, durante el 24° periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos. En su segunda parte describe la situación más común cuando los Estados o las empresas privadas, promueven la extracción de los recursos en los territorios indígenas, así como el derecho de los pueblos a oponerse, la violación del principio del consentimiento libre, previo e informado: y la falta de obtención del consentimiento de los pueblos afectados.

“Los procedimientos de consulta con respecto a proyectos extractivos son las vías mediante las cuales los pueblos indígenas pueden contribuir activamente a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta, en particular sobre la medida en que puede afectar a sus derechos sustantivos e intereses... Las consultas también deben ser mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas puedan llegar a acuerdos favorables a sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, proporcionarles beneficios tangibles y, por otra parte, promover el disfrute de sus derechos humanos” (sic).¹¹⁸

Los aspectos problemáticos de las consultas con relación a las industrias extractivas, observados por el relator especial, están vinculados a la negociación directa de las empresas extractivas con los pueblos indígenas, significando la delegación de la obligación internacional de consulta a entes privados, por lo que la inactividad del Estado deviene en incumplimiento de facto del convenio.

¹¹⁸ Anaya, James. **Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.** <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf> (Consultado: 31 de enero 2017). Pag.17.

“Los pueblos indígenas deben tener pleno acceso a la información reunida en las evaluaciones de impacto ambiental realizadas por los órganos del Estado o las empresas extractivas, y deben tener la oportunidad de participar en las evaluaciones de impacto, ya sea sometiéndolas a una revisión independiente o exigiendo que se lleven a cabo libres de control de los promotores de los proyectos” (sic).¹¹⁹

Pero el desequilibrio de poder, la falta de acceso a la información, las diferencias técnicas y financieras; así como la influencia política de las empresas, tiene una alta incidencia en la conflictividad social derivada de esas licencias. Otro factor de gran importancia, para evitar la vulneración del derecho de consulta a los pueblos indígenas, son las consideraciones temporales para su realización, pues debe realizarse antes que el Estado autorice la prospección o implementación de un proyecto extractivo en sus territorios.

“El Relator Especial ha observado que, en muchos casos, se llevan a cabo actividades para una eventual extracción dentro de los territorios indígenas, y las empresas y los Estados sostienen que no están obligados a celebrar consultas para la fase de exploración y que no necesitan obtener consentimiento, en todo caso, hasta que se otorgue una licencia para la extracción de los recursos. A juicio del Relator Especial, esa postura es sencillamente incompatible con el principio de consentimiento libre, previo e informado o con respeto de los derechos de propiedad, culturales y de otra índole de los pueblos indígenas, habida cuenta de los efectos reales o potenciales en

¹¹⁹ Ibid. Pág. 18.

esos derechos cuando se realicen las actividades extractivas...” (sic).¹²⁰

El aspecto más problemático es la falta de consulta previa a los pueblos originarios por conducto de sus autoridades representativas y sobre los mecanismos para la toma de decisiones; pues estas consultas deben ser diferenciadas de las consultas que pueden realizarse a la ciudadanía en general o de las establecidas en leyes ordinarias. Pues se han verificado casos en que el Estado y las empresas han evitado reconocer a los dirigentes indígenas y las estructuras comunitarias para la toma de decisiones.

“En algunas puede existir ambigüedad sobre los representantes indígenas con los que se debe dialogar, a la luz de las múltiples esferas de la comunidad y la organización indígenas que pueden verse afectadas por determinados proyectos extractivos; también ocurre que en algunos casos las instituciones representativas indígenas han resultado debilitadas por factores históricos. En tales casos, se debe dar a los pueblos indígenas la oportunidad y el tiempo, con el apoyo adecuado del Estado, si lo desean, de organizarse para definir las instituciones representativas que participarán en las consultas sobre los proyectos extractivos”.¹²¹

Dentro de sus conclusiones y recomendaciones el relator especial subrayó que: “En cualquier caso, el Estado queda obligado a respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas y debe asegurarse de que se respeten también todas las demás salvaguardias pertinentes, en particular que se adopten medidas para reducir o

¹²⁰ **Ibid.** Pág. 19.

¹²¹ **Ibid.** Pág. 19.

compensar la limitación de los derechos mediante evaluaciones de impacto, medidas de mitigación, compensaciones y la participación en los beneficios”.¹²²

El descontento de los pueblos indígenas por la represión del Estado a la demanda de sus derechos sobre la tierra y sus territorios, así como el desconocimiento a las consultas comunitarias de buena fe, ha ocasionado una aguda confrontación y polarización social, con la premisa de que: el cumplimiento del régimen de legalidad, impera sobre el bienestar común de los guatemaltecos en general, y de los pueblos indígenas en particular; omitiendo atender los constantes llamados de los órganos de control de los tratados que, coinciden en señalar que no hay excusa alguna para cumplir con su obligación internacional.

4.3. Acciones nacionales para la vigencia del derecho a la consulta

Las acciones internas, ejercidas para la vigencia y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, se ubican en la disciplina jurídica del derecho constitucional. “El Derecho constitucional puede definirse como la parte del Derecho Público que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y las declaraciones, derecho y garantías de los habitantes, como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político” (sic).¹²³

El derecho constitucional también estudia las formas de limitar el poder político, siendo la mejor manera de hacerlo evitar su concentración y controlar su ejercicio, a través del

¹²² **Ibid.** Pág. 22

¹²³ Pereira-Orozco, Alberto; E. Richter, Pablo Marcelo. **Derecho constitucional.** Pág. 5.

establecimiento de mecanismos que limiten ese poder, los cuales se reflejan en un pacto incondicionado denominado Constitución. Por ende, el derecho constitucional está relacionado con el estudio de las garantías de la superioridad constitucional, del reconocimiento de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica necesaria para la restauración de los derechos humanos que pudieran ser vulnerados.

“En suma, el Derecho constitucional es la ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio de los límites al ejercicio del poder delegado; la inclusión de valores éticos y políticos en la organización y en el funcionamiento del Estado, que orienten el ejercicio de la función pública, para el logro de los fines de fundación del Estado; y la instrumentalización de límites y valores en la Constitución, que dotada de superioridad reconoce los derechos fundamentales, dotándolos de medios eficaces de protección y reparación” (sic).¹²⁴

Los Estados siempre han tenido la facultad para regular y gravar a las empresas, pero tienen cada vez más dificultades en obtener recursos para financiar programas sociales adecuados, cediendo en su autoridad y control para permitir un clima favorable a las inversiones y dotar de certeza jurídica a los negocios. Así el equilibrio del poder ha cambiado, las empresas definen las políticas de los Estados y, en casos más paradigmáticos, han instaurado gobiernos afines a sus intereses.

“La globalización está cambiando la naturaleza del Estado... hacia un Estado transnacional o global orientado a proteger el capital internacional (más que nacional) y promover los intereses de la clase capitalista transnacional emergente. El problema

¹²⁴ *Ibid.* Pág.7.

que esto plantea a los derechos económicos y sociales deriva no de una pérdida de soberanía, sino de los propósitos por los cuales los Estados ejercen su soberanía” (sic).¹²⁵

Este proceso de globalización de la economía, constituye la mayor amenaza a los derechos humanos de tercera generación. Agravado por los extendidos conflictos étnicos y la histeria empresarial, para la cual toda acción de protesta y resistencia de los pueblos, es calificada como terrorismo y denunciada ante la justicia interna. A este último tipo de situaciones en nuestro país se le ha denominado: criminalización de los defensores del territorio.

4.3.1. Sentencias de la Corte de Constitucionalidad sobre el derecho de consulta a los pueblos indígenas

La Constitución Política de la República de Guatemala, incorpora mecanismos para su defensa, que son aquellos instrumentos jurídicos y procesales encaminados para proteger el orden constitucional, fundamentado en la teoría de la defensa de la Constitución, que los divide en dos categorías: la protección de la Constitución y las garantías constitucionales.

La primera categoría está compuesta por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica, incorporados en los textos constitucionales, para limitar el poder y lograr que sus poderes se sometan a los lineamientos

¹²⁵ Cobarrubias Velasco, Ana; Ortega Nieto. *Op. Cit.* Pág.42.

constitucionales. Estos instrumentos protectores se refieren al aspecto orgánico de la ley fundamental.

“Esta segunda categoría está integrada por los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores, instrumentos destinados a la corrección de una patología constitucional. Las garantías constitucionales que contempla la constitución política son: la exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes” (sic).¹²⁶

El origen de los sistemas para el control de la constitucionalidad, se ubican a finales del siglo XVIII en la Revolución Norteamericana (1765-1783), que crea el sistema jurisdiccional por medio de la confianza en sus jueces, para la interpretación de su Constitución. Y en la Revolución Francesa (1789-1799), que establece un sistema político basado en la desconfianza hacia sus jueces, a quienes no puede asignársele la voluntad del predominio sobre estas normas, haciendo necesario generar nuevas figuras para ese fin.

En los inicios del siglo XX surge un nuevo sistema denominado mixto, que tendría gran influencia y sería adoptado por el Estado guatemalteco, estableciendo un tribunal constitucional. “Los tribunales constitucionales tienen su inspiración en el establecido por la Constitución austriaca de 1920-1929, configurado según las ideas del ilustre Hans Kelsen sobre la necesidad de establecer una verdadera y propia jurisdicción

¹²⁶ Pereira-Orozco; E. Richter. **Op. Cit.** Pág. 155.

constitucional, por lo que el sistema ha sido calificado de austriaco para distinguirlo del americano ...” (sic).¹²⁷

La evolución de la Corte de Constitucionalidad, de un tribunal provisional verificador de la constitucionalidad de las leyes, a un tribunal permanente y de jurisdicción privativa para la defensa de orden constitucional, se dio en dos momentos. El primero cuando “...la institución introducida por la Constitución de la República de Guatemala del 15 de septiembre de 1965, la cual al lado del amparo y del habeas corpus,... reguló como una innovación un recurso –en realidad acción- de constitucionalidad, como un sistema intermedio entre la acción popular... y la que se puede hacer valer ante los tribunales constitucionales europeos” (sic).¹²⁸

En el segundo momento importante de la Corte de Constitucionalidad es cuando se instaura como tribunal permanente y autónomo en la Constitución de 1985, siendo su tarea más importante la defensa de la Constitución. Este tribunal constitucional protege los derechos fundamentales de los habitantes del Estado, teniendo facultades de control constitucional para declarar con efectos generales la nulidad de los ordenamientos o disposiciones legales, y también velar por el respeto de los derechos humanos consagrados en la Constitución.

En cuanto a los mecanismos de defensa establecidos en la Constitución, estos se pueden dividir en: indirectos, complementarios y específicos. Los medios procesales

¹²⁷ **Ibid.** Pág. 228.

¹²⁸ Cassin, Alcalá-Zamora, Polansky. **Op. Cit.** Pág. 220.

específicos de defensa constitucional, son configurados para otorgar una protección rápida a los derechos fundamentales, pues la sanción de tales violaciones requiere la restitución a los afectados del goce de los derechos constitucionales transgredidos.

Estos son el habeas corpus (medio colateral, institución tutelar), el amparo (restitución y restricción de violación de derechos) y la inconstitucionalidad (revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes); que pueden agruparse dentro del área que el procesalista italiano Mauro Cappelletti ha denominado, de manera oportuna como: Jurisdicción Constitucional.

En Guatemala los mecanismos procesales más utilizados por los actores vinculados al cumplimiento del Convenio No. 169 ante la falta de consulta, por las convocatorias a consultas realizadas con normas municipales o por las consultas realizadas por las propias comunidades, han sido: el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes; para la vigilancia de la seguridad jurídica y la justicia en relación a la obligación internacional del Estado.

En consecuencia trataremos de identificar la tendencia de la Corte de Constitucionalidad, en relación a la tutela de los derechos de los pueblos indígenas; puesto que ha fundamentado sus decisiones observando estándares internacionales contenidos en instrumentos internacionales tales como: el Convenio No. 169, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional para Erradicar la Discriminación Racial, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; así como las recomendaciones del Relator

Especial y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la positivación del derecho a la consulta libre, previa e informada.

“Se entiende por estándares internacionales, el conjunto de instrumentos internacionales de naturaleza, contenido y efectos jurídicos variados que: a) establecen las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos (tratados o convenciones internacionales y normas consuetudinarias) y b) explican y desarrollan el contenido, alcance y limitaciones de estas obligaciones, además de servir de insumo fundamental para su interpretación y aplicación (declaraciones, reglas mínimas, directrices, observaciones generales y finales de órganos de tratados, recomendaciones de procedimientos especiales entre otros)” (sic).¹²⁹

El tribunal constitucional se ha pronunciado tanto sobre la justiciabilidad del derecho a la consulta, como de las modificaciones legales e institucionales necesarias para positivarlo; asimismo sobre la capacidad y representatividad de sus autoridades ancestrales. Sosteniendo que el ejercicio del derecho a la consulta es incuestionable y se deben realizar las reformas necesarias, para dotarle de certeza jurídica en la legislación vigente y determinar sus efectos materiales evitando su incumplimiento de iure. Orientando la regulación del procedimiento consultivo para establecer con claridad cuál será el órgano convocante y cuál el que desarrolla la consulta, quienes pueden participar, el momento en que debe realizarse y el efecto de los resultados obtenidos.

¹²⁹ Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. **Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de derechos humanos.** Pág.11.



En la presentación de acciones de inconstitucionalidad por la apelación de sentencias dictadas por tribunales del fuero común, relativas a las convocatorias a consulta realizadas según el código municipal, las empresas han alegado que la consulta comunitaria de buena fe es una figura que no forma parte del trámite para la obtención de licencia de explotación minera, y que un órgano municipal no puede convocarla. Argumentando que, la explotación de los recursos está consagrada en la Constitución como de utilidad y necesidad pública que no puede afectarse por un acuerdo municipal.

“El Consejo Municipal alegó que la consulta popular realizada tiene fundamento jurídico en los artículos 253 y 254 de la Constitución Política, en el Código Municipal y en el Convenio 169 de la OIT... La Corte de Constitucionalidad revocó la sentencia apelada al no encontrar violación de los derechos señalados por la compañía y constatar que el Consejo Municipal, al convocar la consulta popular, actuó dentro de sus competencias legales que lo facultan para convocar a sus habitantes para que se pronuncien sobre medidas susceptibles de afectarles. La Corte constató igualmente que las disposiciones adoptadas no afectan el dominio de los bienes de la compañía” (sic).¹³⁰

En cuanto al mecanismo apropiado para la consulta a los pueblos indígenas, la Corte de Constitucionalidad en el Expediente No.1072-2011 radicado por la acción de amparo en única instancia en contra el procedimiento de proyecto de reglamento para el proceso de consulta y la disposición que concede plazo para opinar al respecto; en la resolución dictada el 24 de noviembre de 2011 (página 6), solicitó al Presidente de la

¹³⁰ Galvis Patiño, María Clara y Ramírez Rincón, Ángela María. **Digesto de jurisprudencia Latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria.** Pág. 32.

República que reencauce la iniciativa de ley para regular la consulta a los pueblos indígenas, por los medios idóneos y con la participación de los pueblos indígenas, señalando que:

“...Esta misma Corte ya señaló esa falencia al dictar sentencia dentro del expediente número mil ciento setenta y nueve-dos mil cinco, el ocho de mayo de dos mil siete... la normativa que regula lo relativo a las consultas... es bastante amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta... En tal sentido se exhorta al Congreso de la República de Guatemala a lo siguiente... b) para efectivizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas, referido en los artículos 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, se legisle sobre la forma cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos, quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos”.

En la resolución por la apelación de la sentencia de amparo dictado por la Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal de Amparo, relacionada a la utilización de bienes de dominio público para el proyecto hidroeléctrico Entre Ríos, dictada dentro del Expediente No.4419-2011 el 05 de febrero 2013 (páginas 7 y 8); presentada por los Consejos Comunitarios de Desarrollo de Laquín, Alta Verapaz en contra del Acuerdo Ministerial 146-2010; se pronunció sobre la violación de los derechos de defensa, debido proceso y de consulta a los pueblos indígenas, enunciando que:

“Se colige así que es incuestionable el derecho de los pueblos a ser consultados, pero que es necesario reforzar el procedimiento adecuado que las instituciones representativas deben llevar a cabo para efectivizar ese derecho, pudiéndose estimar conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población –que en aplicación del principio pro homine no necesariamente tenga que ser identificada como indígena—...”.

Las autoridades ancestrales y comunitarias de Totonicapán, Sololá y Chichicastenango acompañadas por otras organizaciones; presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería, por la falta de consulta en el otorgamiento de licencias de exploración y explotación de recursos renovables y no renovables, según el Expediente No.1008-2012. Y aunque fue declarada sin lugar porque la ley tiene alcance general, sin estar dirigida específicamente a los pueblos indígenas, resaltó la posibilidad de exigir la realización de consultas con base al Convenio No. 169 como expresión de voluntad, para que el Estado proteja sus intereses y compartan los beneficios; tal como lo estableció el Considerando VI de la resolución dictada el 28 de febrero de 2013.

En el cual la Corte de Constitucionalidad exhortó de nuevo al Congreso de la República “...para que proceda a discutir y preparar legislación complementaria que efectivice el derecho de consulta de los pueblos indígenas... esto es, legislar sobre la forma cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos, quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos; así también, lo relativo a

los mecanismos de publicación y oposición de los vecinos, en cuanto a decisiones que tengan un impacto ambiental, con el fin de asegurar el conocimiento y la posibilidad de pronunciarse de las comunidades que resulten afectadas”.

La capacidad y representatividad de los pueblos indígenas, en cuanto a las acciones constitucionales para la defensa de su derecho a la consulta, también ha sido objeto de debate al cuestionar la legitimación activa de los postulantes. El alto tribunal constitucional ha asentado la factibilidad de denunciar en amparo, la violación a derechos o intereses colectivos; en los Expedientes Acumulados No.156-2013 y 159-2013, admitiendo peticiones de tutela constitucional, por distintos grupos de composición determinable en torno a características y aspiraciones comunes como los pueblos indígenas. Según la resolución dictada el 25 de marzo de 2015 (página 20 y 21), se indica que:

“Además, se ha hecho notar que instituciones como las municipalidades o alcaldías indígenas –distintas de las corporaciones municipales previstas en la ley ordinaria– dimanar de la tradición histórica de los pueblos originarios, cuyo antecedente se remonta a la época colonial y su estela se extiende hasta tiempos contemporáneos; funcionan como organización y conformación definidas en una significativa cantidad de comunidades rurales, en las que son percibidas como tradicionales e importantes autoridades locales que, en términos generales, coadyuvan a la resolución de conflictos comunitarios y con frecuencia actúan como intermediarios ante el poder público oficial...”.

También la Corte de Constitucionalidad en consonancia con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las cortes de justicia constitucional de los países Latinoamericanos, según los Expedientes Acumulados No.4957-2012 y 4958-2012; ha adoptado el derecho a la consulta como principio general del derecho internacional, haciéndolo justiciable como derecho fundamental tal como lo refiere en su resolución del 14 de septiembre de 2015 (páginas 23 y 24). Al indicar que:

“Este tribunal confluyendo con el referido órgano regional y también con sus homólogos... ha puesto de relieve la indubitable justiciabilidad de la consulta a pueblos indígenas en Guatemala... además de calificarla como un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación... conlleva para el Estado... la obligación de implementar e institucionalizar procedimientos mediante los cuales, se genere de buena fe, en forma sistemática y acorde a sus tradiciones ancestrales, una dinámica de información, participación y diálogo con sus legítimos representantes, con el propósito de concretar acuerdos sobre las medidas que se proyectan realizar...”.

La consulta y la participación son la piedra angular del convenio que supone la concreción de un derecho cuyo respeto es vital para la protección de los pueblos indígenas, tal como lo ha reconocido el alto tribunal constitucional en el Expediente No.411-2014, por la acción promovida por el Consejo de pueblos K’iche’s y la aldea Belejú del municipio de Chicamán. Resaltando que el Estado debe impulsar los mecanismos idóneos para su efectiva participación, pues estos derechos se han incorporado al bloque de constitucionalidad, según la resolución de fecha 12 de enero 2016 (página 28), en el comprobando que:

“En suma, el asidero que paulatinamente se ha ido construyendo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a la referida consulta forma parte del bloque de constitucionalidad guatemalteco, que esta Corte ha identificado como “conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal... garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país...” (sic).

La conflictividad sobre actividades vinculadas a la extracción y explotación de recursos; obedece a que no se cuenta con un marco procedimental institucionalizado para la realización de consultas, como lo ha referido la Corte de Constitucionalidad dentro de los Expedientes Acumulados No.156-2013 y 159-2013 (páginas 61 y 62), por lo que: “...es generalizada la percepción, a nivel nacional e internacional, del significativo costo social y político que representa para el país la omisión de regular internamente la consulta... Las consideraciones antes expuestas no deberían seguir siendo desatendidas por el Congreso de la República...”.

Por lo que, el reconocimiento del derecho a la consulta y el constante llamado del órgano de control constitucional hacia los organismos de Estado para su positivación y justiciabilidad deben cumplirse para hacerla efectiva, con sus características de ser libre, previa, de buena fe, con información pertinente y de forma dialógica y consensual. Para alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas que pudieran ser afectados.

4.3.2. Iniciativas de ley para hacer vigente el derecho a la consulta

Como parte del derecho constitucional, se contempla la posibilidad de la formación y sanción de leyes, para incorporarlas en el ordenamiento jurídico interno; así como a la potestad otorgada a algunos organismos y dignatarios del país (Artículo 174 Constitución Política de la República de Guatemala). En este sentido, la voluntad política, el cabildeo y la negociación, inciden de manera directa para proponer iniciativas de ley. Donde el presidente y los diputados juegan un papel de vital importancia; para la mejora de las condiciones políticas y sociales de los pueblos originarios.

Los órganos de vigilancia y control de los tratados, se han pronunciado en cuanto a las propuestas para regular el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Estado en su informe (2009) presentado al Comité de Expertos de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, informó sobre la "Iniciativa No.3684 Ley de consulta a los pueblos indígenas. Esta propuesta cuenta con dictamen favorable de la Comisión de Comunidades Indígenas... y fue conocida en primera lectura en el Pleno del Congreso de la República... La iniciativa establece los procedimientos apropiados y mediante la determinación de los efectos jurídicos de las consultas sobre las decisiones administrativas o legislativas que les afecten a los pueblos indígenas, regulando la institucionalización de dichas consultas" (sic).¹³¹

¹³¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **12º y 13º informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2008.** http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FGTM%2F12-13&Lang=en (Consultado: 31 de enero 2017). Pág. 34.

Esa propuesta no nació a la vida jurídica, pues luego del dictamen continúa sin conocerse en segunda lectura, por lo que se considera que ha sido archivada, denotando la falta de apoyo político de los diputados en cuanto a contar con una ley general que regule la forma y alcance de la consulta a los pueblos indígenas.

El Estado también informó que dentro de las iniciativas pendientes de aprobación en el Congreso y que fueron recomendaciones de ese Comité, "...se encuentra en discusión el proyecto de reforma de la Ley de Minería, en la cual se encuentra un capítulo dedicado a las consultas, antes del otorgamiento de licencias de explotación minera, para hacerlas vinculantes. Las Comisiones de Energía y Economía del Congreso de la República, someterán el proyecto de reformas a la Ley de Minería a las opiniones, propuestas y dudas de los sectores sociales..." (sic).¹³²

Del 2012 al 2014 se continuaron realizando intentos por reformar la Ley de Minería, con la iniciativa 4590; pero este intento fue fallido para establecer el derecho a la consulta en esa norma sectorial. La propuesta tenía como punto principal, el aumento de las regalías y el destino final de las mismas, pero no fue discutida con los sectores de la sociedad civil y tampoco avanzó en su sanción, pues no obtuvo ni siquiera dictamen favorable de la Comisión de Energía y Minas del congreso.

El comité en sus observaciones finales a los informes 14º y 15º el Estado de Guatemala (2015), resaltó su preocupación por la falta de avances en la discusión y aprobación en el Congreso de varias iniciativas orientadas a la vigencia de los derechos de los

¹³² Ibid. Pág. 58-59.

pueblos indígenas, como las iniciativas de: la consulta a los pueblos indígenas (4051), la jurisdicción indígena (3946) y el desarrollo rural integral (4084); la reforma a la Ley Electoral y de Partidos Políticos (4783), o la reforma a la Ley de Minería (4945), entre otras que no han sido discutidas ni apoyadas en el congreso.

“El Comité recomienda priorizar en la agenda legislativa las iniciativas para lucha contra la discriminación racial y la promoción de los derechos de los pueblos indígenas para su urgente discusión y adopción, en consulta con dichos pueblos. El Comité recomienda también tomar las medidas estructurales adecuadas para implementar plenamente el Acuerdo de Paz sobre la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, incluso con las necesarias reformas Constitucionales, considerando la posibilidad de establecer mesas de trabajo al respecto con los pueblos indígenas” (sic).¹³³

En tanto que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha referido que, desde hace varios años ha dado seguimiento al establecimiento de mecanismos constitucionales de consulta y participación que propicia el Convenio 169. Ante lo informado por el gobierno, en su memoria de 2008, hizo referencia a las iniciativas de Ley general de derechos de los pueblos indígenas (Registro No. 4047) presentada en agosto 2009; y la propuesta de Ley de consulta a pueblos indígenas, bajo análisis de las Comisiones de legislación y puntos constitucionales y la de pueblos indígenas; que no han tenido avances y se propusieron sin ser discutidas con los pueblos indígenas.

¹³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **Observaciones finales sobre los 14° y 15° informes periódicos de Guatemala versión no Editada.** <http://www.refworld.org.es/type,CONCOBSERVATIONS,,,57f7955710,0.html> (Consultado: 31 de enero 2017). Pág. 2.

La Comisión resaltó que a solicitud del gobierno guatemalteco en agosto 2010, una misión de asistencia técnica de la Oficina Internacional del Trabajo; prestó asistencia para orientar en la redacción de un proyecto de ley y su respectivo reglamento, para la aplicación del derecho a la consulta.

“...el Gobierno hizo entrega de un proyecto de reglamento para el proceso de consulta del Convenio núm. 169 de la OIT sobre el cual la Oficina formuló comentarios. Dicho proyecto fue presentado públicamente a la población por el Presidente de la República el 23 de febrero de 2011 y abierto a la consulta con los pueblos indígenas. Sin embargo, con fecha 24 de mayo 2011 la Corte de Constitucionalidad otorgó amparo provisional y suspendió en forma temporal el procedimiento de consulta iniciado por el Presidente de la República sobre el reglamento” (sic).¹³⁴

Este amparo fue promovido por organizaciones indígenas, considerando que para la elaboración de este reglamento se había violentado el principio de consulta previa establecido en el Convenio No. 169, lo cual hacía esta propuesta nula ipso jure. Pero a pesar no haber considerado la participación de los pueblos indígenas, el CACIF señaló a la Comisión de Expertos que si se había contado con su participación y de los empleadores. Pero se desconoce a cuales pueblos indígenas se refieren y si estos representaban legítimamente a esos pueblos.

Todas y cada una de esas propuestas han carecido de participación de los pueblos

¹³⁴ Organización Internacional del Trabajo. **Solicitudes directas de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones.** http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:2700478 (Consultado: 30 de enero 2017).



indígenas y del apoyo de los diputados, quienes han privilegiado una agenda economicista y desarrollista; antes que velar por los intereses de los pueblo originarios. Ya que sigue pendiente, por más de dos décadas, el cumplimiento de esta obligación internacionalmente asumida. Tampoco el presidente ha jugado un rol protagónico para la vigencia del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, pues no ha utilizado su facultad para presentar iniciativas de ley para regularlo, tal como ha sido recomendado por los organismos de control de los tratados y la propia Corte de Constitucional.

4.3.3. Acciones gubernamentales para implementar los derechos de los pueblos indígenas

El poder ejecutivo es el encargado de la administración pública y del establecimiento de políticas de desarrollo en el Estado guatemalteco, pero durante los sucesivos gobiernos desde la firma y ratificación del Convenio No.169 (1996) al presente no han tenido avances en la positivación de los derechos de los pueblos indígenas.

El Estado guatemalteco ha informado a otros órganos de supervisión de los tratados, sobre el cumplimiento a las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad, indicando que: “El MEM ha realizado acciones en respuesta a dichas resoluciones, como la construcción de la propuesta metodológica para la implementación de la consulta la cual consiste en 7 fases, que según se informa fue aceptada y avalada por Autoridades Indígenas y Ancestrales de Santa María Nebaj, Quiché” (sic).¹³⁵

¹³⁵ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos. **IV Informe periódico del Estado de Guatemala sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Periodo**



Las fases que componen esta propuesta son: i. Reuniones iniciales, ii. Pre-consulta, iii. Presentación del informe, iv. Evaluación de información por la Comisión de Pueblos Indígenas, v. Diálogo intercultural, vi. Acuerdos, vii. Monitoreo y seguimiento. Pero esta propuesta carece del principal elemento para su validez, que constituye la participación de los pueblos indígenas en su elaboración. Y su contenido obedece a una situación particular, la instalación de subestaciones y torres de transmisión eléctrica que ya fue autorizada en un municipio específico, por lo cual tampoco cumple con el esencial requisito de implementarla previamente.

“En Guatemala, al analizar la conflictividad surgida entre las empresas y comunidades se identifica que la causa común es que el Estado ha irrespetado... en particular el derecho de la consulta, libre, previa e informada, como expresión de la libre determinación de estos pueblos... Ante esta inacción por parte del Estado, las comunidades han ejercido su derecho a la libre autodeterminación y han realizado 74 consultas de buena fe (2005-2012) cuyo resultado no ha sido reconocido por las autoridades” (sic).¹³⁶

Otro aspecto que afecta directamente, los derechos de los pueblos indígenas es la falta de protección a sus tierras y territorios, que está del todo ausente en las políticas públicas en cuanto a su delimitación y certeza jurídica. “El Estado, reconoce –un incremento- en los casos de conflictividad territorial, alrededor del uso de bienes

2010-2015.http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/GTM/Long%20version18368_S.doc (Consultado: 31 de Enero 2017). Pág.45.

¹³⁶ Organizaciones de derechos humanos civiles, sociales y redes de Guatemala. **Informe alternativo al III informe periódico del Estado de Guatemala sobre la aplicación del PIDESC.** http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/GTM/INT_CESCR_NGO_GTM_16821_S.pdf (Consultado: 31 de enero 2017). Pág.17.

naturales: agua, minerales entre otros. En varias ocasiones las respuestas del Estado han sido graves hasta fatales para ciudadanas y ciudadanos rurales...” (sic).¹³⁷

En septiembre 2014, fue presentado un informe ampliado con la respuesta del Estado de Guatemala al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales; sobre la lista de cuestiones relativas al tercer informe periódico de Guatemala. Presentado por la COPREDEH, previo al examen que se practicaría al Estado, entre el 17 y 18 de noviembre de 2014 en Ginebra Suiza.

En esa oportunidad, se respondió que: “El Estado a través del MINTRAB, se encuentra en el proceso de construcción (Ley y su Reglamento) de la propuesta que permita establecer los procedimientos y responsables de llevar a cabo las consultas a los pueblos indígenas, para cual debe cumplirse con los procesos de aprobación ante el Congreso de la República” (sic).¹³⁸ La cual, como ya se ha referido, obedece a una recomendación de la Corte de Constitucionalidad, sobre un proyecto que se está implementando en el municipio de Nebaj, Quiché, el cual se ha propuesto sin consultar a los pueblos indígenas.

En Guatemala solo se han efectuado algunas acciones para el cumplimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas mediante acuerdos gubernativos, con grandes deficiencias para su observancia y sin incidencia para el goce de sus derechos.

¹³⁷ Ibid. Pág. 89.

¹³⁸ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos. **Respuesta del Estado de Guatemala al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre la lista de cuestiones relativas al tercer informe periódico de Guatemala.** http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/GTM/Long%20version_18368_S.doc (Consultado: 31 de enero 2017). Pág. 5-6.

Impulsando procedimientos culturalmente ajenos, que obedecen a intereses partidistas y económicos, y no al cumplimiento de los tratados internacionales, pues desconocen a las autoridades ancestrales y, los usos y costumbres propias de los pueblos originarios.

4.3.4. La práctica del derecho a la consulta realizada por el pueblo maya quiché de Cantel, Quetzaltenango.

En nuestra jerarquía normativa, el Convenio No.169 está situado por debajo de la Constitución y arriba de la legislación ordinaria emanada del poder legislativo (Sentencias de la Corte de Constitucionalidad. Expedientes Nos. 280-90 y 199-95). El Estado guatemalteco ratificó el convenio en marzo de 1996 (Decreto 9-96); con lo cual se impuso el deber de cumplir con las obligaciones asumidas.

“... la ratificación del Convenio por parte de los Estados los vincula jurídicamente a nivel nacional e internacional. A partir de ahí, toda agencia del Estado, así como todo juez, legislador y funcionario público están obligados a acatar y hacer cumplir a todos el Convenio 169 de la OIT. Los jueces deben aplicar el contenido del Convenio 169 en sus decisiones teniendo en cuenta la primacía del Convenio sobre otras normas y el principio pro indígena establecido en el artículo 35 del Convenio; el Organismo Ejecutivo está obligado a establecer políticas públicas, instituciones y medidas, con la participación efectiva de los pueblos indígenas y los legisladores (diputados) están obligados a adecuar las demás normas nacionales al espíritu del Convenio 169,

mediante consulta previa a los pueblos indígenas” (sic).¹³⁹

Según el constitucionalista Rodolfo Rorhmoser, el convenio es ejecutivo por sí mismo y tiene fuerza vinculante; tal como lo establece la Constitución de la OIT (Artículo 35, numeral 1) por el cual sus miembros se obligan a aplicar los convenios que hayan ratificado, en consonancia con el principio de pacta sunt servanda que informa al derecho internacional público.

“Este instrumento internacional de derechos humanos tiene, según la abogada mexicana Magdalena Gómez, como principios básicos: a) El respeto a las culturas, formas de vida y de organizaciones e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas y tribales; b) La participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan; c) El establecimiento de mecanismos adecuados y procedimientos para dar cumplimiento al Convenio de acuerdo a las condiciones de cada país”.¹⁴⁰

Luego de la firma de la paz y con la posterior firma de tratados de libre comercio; el gobierno de Álvaro Arzú privatizó las empresas estatales y abrió las puertas para el ingreso de empresas mineras transnacionales con una legislación poco desarrollada en materia de minería y rebajando la tasa de regalías de 6% a 1% con la supuesta intención de atraer la inversión. Otros megaproyectos que se han instalado en el país, son los relacionados a proyectos hidroeléctricos, de transmisión energética y monocultivos.

¹³⁹ Domingo, Efrén Diego. **Derecho de los pueblos indígenas en el Convenio 169 y las obligaciones de los Estados por su ratificación.** www.albedrio.org/htm/documentos/edd-003.doc (Consultado: 31 de enero 2017).

¹⁴⁰ Ibid.



Ante los posibles daños que estas actividades de explotación de recursos puedan ocasionar y la sistemática violación al derecho de consulta previa por parte del Estado, los habitantes de los municipios con mayoría de población indígena, han organizado consultas comunitarias de buena fe; para tomar decisiones sobre su vida, tierra y territorio. Empleando como mecanismo ancestral de toma de decisiones, la denominada: Asamblea Comunitaria; en la que participan todos sus miembros.

“En varias comunidades indígenas muchas de las prácticas organizativas y de toma de decisiones se mantienen. Las consultas comunitarias forman parte de todo este sistema de organización y resolución de conflictos al nivel de las comunidades. Por eso las consultas no son nuevas y no se inventaron ahora con la venida de las empresas transnacionales... Esta tradición facilitó aplicar estos procedimientos para manifestar su rechazo a la actitud histórica de exclusión y marginalización de parte del Estado hacia los pueblos indígenas”.¹⁴¹

Los órganos especializados en materia de derechos humanos han considerado como fundamento del Convenio No. 169, el derecho a la consulta previo al otorgamiento de licencias para proyectos extractivos o de utilización de bienes de dominio público. Y como mecanismo de participación en la toma de decisiones que pudieran afectarles (Artículos: 6 numerales 1 y 2; 7 numerales 1 y 3; y 15 Convenio No. 169), para conservar las formas de vida, costumbres, tradiciones y organización de los pueblos indígenas.

¹⁴¹ Comisión Pastoral Paz y Ecología. **Consulta comunitaria. Ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos Mayas. Artículos - COPAE. Entrevista con Udiel Miranda.** <http://www.copaeguatemala.org/2.html> (Consultado: 31 de enero 2017).

Tal es el caso del municipio de Cantel, departamento de Quetzaltenango; que posee una mayoría de población Maya Quiché. El autor Mariano Cornejo Sam, sostiene que el pueblo de Nuestra Señora de la Asunción Cantel, fue fundado en 1551 debido a los derechos de conquista por los cuales los españoles ocuparon el territorio del pueblo originario Maya Quiché asentado cerca del río Samalá, desplazándolos a otros lugares aledaños.

Este municipio se ubica a 234 kilómetros de la ciudad de Guatemala; limita al norte con los municipios de Salcá (Quetzaltenango), San Cristóbal Totonicapán y Totonicapán (Totonicapán); al este con Santa Catarina Ixtahuacán y Nahualá (Sololá); al sur con Zunil y al oeste con Almolonga (ambos de Quetzaltenango). Tiene una extensión de 54 kilómetros cuadrados y una altura de 2,370 metros sobre el nivel del mar.

“En la actualidad Cantel representa el cuatro por ciento del territorio de Quetzaltenango, conformado por la Cabecera municipal, del mismo nombre, ocho aldeas, Pasac I, Pasac II, Pachaj, Chuisuc, Estancia, Chirijquiac, Xecam y Urbina, así como tres caseríos, Chuisacab, Chuitzuribal y Xejuyub. Es importante resaltar que la Cabecera Municipal, continúa con cuatro kilómetros de extensión, que es la legua de la Reducción realizada por los españoles a los habitantes de las aldeas Salanchih, Jululchih y Rigobachih en Chojyub” (sic).¹⁴²

Su organización social es superior a la productiva, ya que el 90% de la población está

¹⁴² Mejía Leonardo, Allan Freddy. **Diagnostico socioeconómico, potencialidades productivas y propuestas de inversión. Financiamiento de la producción de unidades agrícolas (producción de manzana).** Pág. 4.

en disposición de formar parte directa o indirecta en los comités, aportando mano de obra, dinero o materiales para la realización de obras de interés comunitario. El liderazgo efectivo lo ejercen personas capaces de impulsar a la comunidad, promoviendo mediante la práctica social su cosmovisión y, los valores de autonomía, solidaridad y dignidad para contribuir a forjar su identidad individual y social.

En este sentido, se reconoce como autoridad representativa del pueblo indígena Maya Quiché del municipio de Cantel a la Alcaldía Comunitaria, que existe desde tiempos ancestrales, y que se encuentra presente en las ocho aldeas que conforman el municipio; siendo la cabecera municipal la única que no cuenta con esta organización.

“La autoridad tradicional indígena de este municipio, persiste a pesar de que ha existido diferentes momentos de su historia en la que se han visto influenciados por formas de enajenación e imposición de modelos de autoridades... Aún con estas injerencias en las comunidades, se sigue manteniendo a la autoridad tradicional indígena como parte importante de su estructura y organización política, y ejerce funciones que aún no se reconocen totalmente...”¹⁴³

Las autoridades tradicionales indígenas según algunos estudiosos, provienen de la estructura precolombina, siendo reconocidas en la actualidad con denominaciones dadas en la época colonial; otros señalan que estas autoridades son resultado de la estructura administrativa impuesta en la colonia. Una de las características importantes de la autoridad tradicional indígena, es que se le delega a la persona por su

¹⁴³ Ibid. Pág. 66.

honorabilidad y su ejercicio es de servicio prestado a la comunidad, no es remunerado y no tiene pretensión de agenciarse de bienes.

El andamiaje axiológico, que sustenta la legitimidad de las autoridades ancestrales del pueblo originario Maya Quiché de Cantel corresponde al colectivismo, donde el poder está en el pueblo y las autoridades al servicio de él. Históricamente estas autoridades han respondido a los modelos que les han impuesto como mecanismo de conservación, pero principalmente a las disposiciones de su pueblo y a su derecho colectivo.

Su designación, se realiza observando criterios tales como: valores, honorabilidad y servicio; estrechamente ligados a su cosmovisión considerando las características de las personas según su nawal, junto con otras cualidades como: capacidad, habilidad y destreza. Esta autoridad esta sujeta al Consejo de Ancianos o Principales, que como grupo consultivo con poder coercitivo lo enviste y fiscaliza en su ejercicio.

“En el mundo indígena el poder es ejercido por la autoridad indígena, autoridad que ha sido electa por su honorabilidad, su honestidad, su sentido de servicio a la comunidad, su experiencia en asumir el ejercicio del poder a partir de lo que establezca el colectivo y no en función de sus intereses personales. Por esa misma razón, el ejercicio del poder en pueblos indígenas, es un servicio que se ejerce con sacrificio y dedicación”.¹⁴⁴

Son electos en asamblea comunitaria, la cual personaliza sus valores culturales,

¹⁴⁴ Ixcamparij Nolasco, Juan Gabriel. **Configuración y ejercicio de la autoridad tradicional indígena del municipio de Cantel, en la legislación vigente guatemalteca.** Pág.30.

observa la reglas de conducta, establece las obligaciones y prohibiciones de quienes ejerceran el poder comunitario. Su función esta basada en la costumbre de los pueblos, siendo la propia comunidad que transmite estos conocimientos sobre su autoridad en forma oral, debido a la serie de ataques que ha sufrido para su extinción.

“La forma más común de elección de las autoridades comunitarias en el municipio de Cantel, es mediante Asamblea comunitaria a la que son convocados todos-as lo-as habitantes de las comunidades, en la misma se desarrolla un proceso en el que todos y todas participan de forma activa. Generalmente el alcalde comunitario y su corporación tienen un registro de personas que no han prestado su servicio de autoridad en la comunidad, y son quienes serán propuestos-as para asumir cargos de autoridad” (sic).¹⁴⁵

La jerarquía de las autoridades tradicionales indígenas, en las comunidades del municipio de Cantel, se establece según las funciones que se les asignan. En general son las siguientes: Alcalde comunitario, Vice-alcalde comunitario, Secretario, Pro-secretario, Tesorero, Agentes, Alguacil, Encargado de llave, Cartero, Consejo comunitario, Comisión de salud y Comisión de educación.

En relación a la problemática generada por los proyectos extractivos, las primeras reuniones para informar sobre las licencias de exploración y explotación minera en el municipio de Cantel se iniciaron en 2012, cuando los alcaldes comunitarios y otras organizaciones sociales inician con la difusión de información sobre los procesos para

¹⁴⁵ Ibid. Pág. 68.

autorizar proyectos mineros en el departamento.

“Es hasta noviembre del dos mil trece, que viajamos a la capital una comisión, integrada por el Consejo Municipal de turno, el Consejo de Alcaldes Comunitarios, la Coordinadora de Comités y Asociaciones de Agua potable del mismo municipio... fuimos al Ministerio de Energía y Minas en la ciudad capital, y justo nos atendió el Viceministro de energía y minas, quien nos da un documento con un mapa en el que se muestra que, hay varios proyectos en trámite; de exploración y explotación en el departamento. Justo también nos dimos cuenta, que había una licencia de exploración que está en trámite y ojalá nunca pase de estar en trámite, y que se cancele que es nuestro deseo. Esa licencia de exploración minera tiene un espacio de 97 kilómetros cuadrados para explorar. Es una extensión muy, muy grande” (sic).¹⁴⁶

La solicitud de una licencia de exploración y explotación de pedrín y otros materiales de construcción, denominada Bogota; a nombre de la empresa Sierra Negra, S. A. (de capital colombiano); abarca parte de los municipios de Cantel, Zunil, Almolonga y la cabecera del departamento de Quetzaltenango; Totonicapán, Santa Catarina Ixtahuacán y Nahualá en el departamento de Sololá.

Como resultado de esta visita, las autoridades ancestrales hicieron el llamado para realizar la consulta en su territorio, pero fue hasta el 1º de enero 2014 cuando tomaron posesión los alcaldes comunitarios electos el año anterior, que inicia el trabajo para la

¹⁴⁶ Sacalxot, Esteban. **Entrevista semi-esctructurada sobre la consulta comunitaria convocada por autoridades ancestrales del municipio de Cantel.** Pág. 5.

implementación de la consulta. El consejo municipal de turno, en una reunión del Consejo Municipal de Desarrollo, hizo el pronunciamiento sobre la necesidad de realizar una consulta, convocando a todas las entidades organizativas del municipio y otras instituciones que los acompañan para realizar este proceso.

La planificación de la consulta requirió de 8 meses de preparación y divulgación. Las primeras reuniones se realizaron en el Salón Maya, con 75 personas entre alcaldes comunitarios, el consejo municipal y representantes de organizaciones del municipio y de las organizaciones no gubernamentales. La discusión sobre el mecanismo de consulta fue muy lenta por la imposición del Concejal Primero como coordinador del comité de consulta, y sobre la postura de realizar una consulta a petición de vecinos según lo establecido en el Código Municipal. Ante el impase, con el apoyo del Párroco Nicolás Taj y otras organizaciones, se propuso que el señor Esteban Sacalxot presidiera el comité de consulta, siendo aceptado por el pleno.

“Se crearon cuatro comités: información, finanzas, jurídico y logística. Las responsabilidades fueron repartidas según la experiencia y disponibilidad de los participantes. Ningún compromiso tenía remuneración alguna. Estos comités se coordinaron para organizar y dar a conocer la información, en decenas de asambleas comunitarias en las diversas comunidades Cantel; para sensibilizar a la población sobre los riesgos de la minería en Cantel, percibidos por los organizadores. Y a cada asamblea cientos de vecinos asistieron. Estos riesgos incluían amenazas contra los nacimientos de agua en las montañas y bosques espesos, tanto como para los cultivos

del municipio” (sic).¹⁴⁷

Entre los meses de septiembre y octubre de 2014 se realizaron las asambleas comunitarias para decidir sobre estos proyectos en los distintos sectores, aldeas y organizaciones presentes, luego de haber informado sobre los posibles efectos del proyecto extractivo en el agua, el oxígeno y la generación de riesgos antrópicos. Todo esto basado en principios de: intermediación, verdad, diálogo, libertad de decisión; e información previa y clara.

En todas las asambleas comunitarias se realizó una votación a mano alzada como es costumbre, donde hombres, mujeres, ancianos y niños se expresaron en contra de esas licencias. Pero el comité de consulta consideró necesario que para darle validez formal a todas estas asambleas y dejar sentada legalmente su postura en contra de ese proyecto, la realización de una consulta comunitaria a petición de vecinos en el municipio de Cantel. Esta consulta comunitaria fue realizada en noviembre de 2014, con el objeto de materializar la voluntad de toda la comunidad.

La consulta se realizó con el apoyo y acompañamiento técnico de la organización no gubernamental Servicios Jurídicos y Sociales –SERJUS–, que apoyó legal y logísticamente el desarrollo de la consulta, proporcionando materiales sobre minería en las asambleas y brindando capacitaciones sobre planificación, evaluación y estrategia.

¹⁴⁷ Brown Richard. **Cantel vota**. <http://www.entremundos.org/revista/politica/cantel-vota/> (Consultado: 31 de enero 2017).



Para recoger la voluntad de los pobladores, se elaboró una papeleta en la cual se preguntaba: “¿Está usted de acuerdo con la instalación de proyectos mineros y megaproyectos? teniendo dos cuadros, uno para el sí y otro para el no”¹⁴⁸. Según datos oficiales participaron un total de 23827 personas, de las cuales 23301 comunitarios se pronunciaron en contra de la minería; 139 estuvieron a favor y 297 anularon su papeleta. También los niños de 5 a 17 años tuvieron participación, pues según su cosmovisión todas las personas deben ser tenidas en cuenta.

“En una masiva participación los pobladores de las ocho aldeas y del casco municipal de Cantel, Quetzaltenango, se dieron cita el 9 de noviembre en la Consulta Comunitaria de Buena Fe, con el objetivo de expresar, por medio del voto, su rechazo a las operaciones de exploración y explotación minera en ese municipio. Este ejercicio ciudadano fue verificado por la institución del Procurador de los Derechos Humanos (PDH), para lo cual asignó personal de la Dirección de Mediación de la sede central y de las auxiliaturas de Quetzaltenango y Totonicapán en cada uno de los centros de votación”.¹⁴⁹

Esta consulta fue expresión de tres fenómenos presentes en el país: 1) el alto nivel de organización social en municipios de mayoría indígena, con intensa participación comunitaria de varias organizaciones sociales, radios y otros medios; 2) la desconfianza social en el modelo extractivista de desarrollo impulsado por el Estado; y 3) la disposición de los comunitarios para sacrificar tiempo y energía de manera voluntaria

¹⁴⁸ Salcalxot, Esteban. *Op. Cit.* Pág. 9.

¹⁴⁹ Procuraduría de los Derechos Humanos. **PDH observa ejercicio ciudadano en consulta comunitaria de buena fe.** <http://www.pdh.org.gt/noticias/noticias-destacadas/item/4917-pdh-observa-ejercicio-ciudadano-en-consulta-comunitaria-de-buena-fe.html#.V9GFzNThArg> (Consultado: 31 de enero 2017).

por el bien común. Por lo que las autoridades ancestrales, solicitaron la emisión de un Acuerdo Municipal que validara el resultado de la consulta.

“Esteban Sacalxot, coordinador de la consulta comunitaria, dijo que los resultados serán entregados a las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y al Congreso de la República para que las autoridades respeten la decisión de la comunidad de Cantel, y no autoricen ninguna exploración ni explotación de sus recursos naturales”.¹⁵⁰

Llegar a este resultado no fue fácil, pues fueron presionados por el gobierno municipal; que hizo una falsa divulgación, indicando que no había licencias negando la existencia de los trámites iniciados para su autorización. También hubo campañas anónimas, pues se repartieron volantes donde ofrecían contratar personal para una empresa minera en México con jugosos salarios; lo que sin duda pretendía sembrar la duda y desconfianza sobre los posibles beneficios de estas actividades.

Esto demuestra que los pueblos originarios tienen una cosmovisión distinta a la visión desarrollista de matriz extractivista impulsada por el Estado, que genera condiciones de confrontación social; atentando directamente contra la supervivencia de los pueblos originarios. En virtud de lo cual, es necesario que el Estado deje su papel de gendarme y pase a responder al poder soberano del pueblo para la construcción de un Estado democrático y pluricultural de derecho; realizando las modificaciones jurídicas y políticas necesarias para hacer efectivo el cumplimiento del derecho humano de los pueblos indígenas a una consulta libre, previa e informada.

¹⁵⁰ Ibid.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El enfoque integracionista y etnocéntrico para gobernar continúa siendo la premisa del Estado guatemalteco, que a través de los diferentes gobiernos ha ignorado su obligación internacional contenida en el Convenio No. 169 dando lugar a la violación sistemática de los derechos de los pueblos indígenas, específicamente el derecho a la consulta libre, previa e informada. Ya que a 20 años de su ratificación, continúa sin materializarse su incorporación al ordenamiento jurídico interno como lo establece la Constitución, pues no ha existido voluntad política del ejecutivo para impulsar la vía legislativa que facilite su implementación, a pesar de contar con las facultades necesarias para realizarlo.

Ante el incumplimiento de iure del derecho a la consulta y el desconocimiento de facto a las consultas comunitarias de buena fe que han realizado los pueblos indígenas para expresar su voluntad, es necesario que el Organismo Ejecutivo y Legislativo convoquen a los pueblos indígenas para que de manera inclusiva, dialógica y de buena fe; establezcan normas y procedimientos específicos, que tutelen de forma rápida y eficaz el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados por proyectos o políticas que puedan afectarlos. Iniciando la construcción de una convivencia pacífica que promueva la equidad étnica, la igualdad ciudadana y la multiculturalidad de la nación guatemalteca. Permitiendo superar las condiciones sociales, jurídicas y políticas en que se han mantenido a los pueblos indígenas, y poder iniciar el camino hacia la construcción de un Estado plural, a la altura de los avances constitucionales alcanzados en la incorporación de los derechos humanos de tercera generación en Latinoamérica.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CUEVAS, Magdalena. **Las tres generaciones de los derechos humanos.** <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr/20.pdf> (Consultado: 26 de diciembre, 2016).
- ANAYA, James. **Anexo V, Guatemala: La situación de problemas sociales y ambientales generados por la mina Marlín y otros temas relacionados con esta situación.** <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Relatores/Pueblos/Puein4.pdf> (Consultado: 31 de enero 2017).
- ANAYA, James. **Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.** <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf> (Consultado: 31 de enero 2017).
- ANAYA, James. **Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlín).** https://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/files/2010_relator_anaya_08_obs_prelim_guatemala.pdf (Consultado: 31 de enero 2017).
- APARICIO WILHELMI, Marco. **Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina.** Barcelona, España. Editorial Cedecs, S.L. 2002.
- AYLWIN OYARZÚN, José. **El derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Análisis del derecho nacional, internacional y comparado.** Santiago de Chile, Chile. Editorial Copygraph ediciones e impresiones. 2014.
- BROWN, Richard. **Cantel vota.** <http://www.entremundos.org/revista/politica/cantel-vota/> (Consultado: 31 de enero 2017).
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de ciencias jurídicas.** Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 2012.
- CARMACK, Robert M. **Historia social de los Quichés.** Guatemala, Guatemala. Editorial José de Pineda Ibarra. 1979.
- CARMAK, Robert. **Diario La Hora. Historia social de los Quichés.** Guatemala, Guatemala. (s.E.) 2000.
- CASSIN, ALCALÁ-ZAMORA, POLANSKY et. al. **Veinte años de evolución de los derechos humanos.** Distrito Federal, México. Editorial Dirección General de Publicaciones UNAM. 1974.

COBARRUBIAS VELASCO, Ana y Nieto Ortega. **La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI.** Primera Edición. Distrito Federal, México. (s.E.). 2007.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (CEPAL) y FUNDACIÓN FORD. **Atlas sociodemográfico de los pueblos indígenas del Perú. Proyecto: “Desigualdades territoriales y exclusión social de pueblos indígenas y afrodescendientes en países seleccionados de América Latina”.** Santiago de Chile, Chile. (s.E.). 2011.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica. (s.E.). 2009.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe anual 2012. Capítulo III Sistema de peticiones y casos individuales.** <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp> (Consultado: 30 de enero 2017).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe de país. Situación de derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión.** <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf> (Consultado: 30 de enero 2017).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe No. 20/14. Petición 1566-07. Admisibilidad. Comunidades del pueblo Maya Sipakapense y Mam de los municipios de San Miguel Ixtahuacan, Guatemala.** <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/GTAD1566-07ES.pdf> (Consultado: 30 de enero, 2017).

COMISIÓN PASTORAL PAZ Y ECOLOGÍA. **Consulta comunitaria. Ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos Mayas. Artículos - COPAE. Entrevista con Udiel Miranda.** <http://www.copaeguatemala.org/2.html> (Consultado: Enero, 2017).

COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. **Respuesta del Estado de Guatemala al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre la lista de cuestiones relativas al tercer informe periódico de Guatemala.** http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/GTM/Long%20version_18368_S.doc (Consultado: 31 de enero 2017).

COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. **IV Informe periódico del Estado de Guatemala sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Periodo 2010-2015. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/GTM/Long%20version_18368_S.doc (Consultado: 31 de enero 2017).

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. **12° y 13° informes periódicos que los estados partes debían presentar en 2008.** http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FGTM%2F1213&Lang=en (Consultado: 31 de enero 2017).

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. **Observaciones finales sobre los 14° y 15° informes periódicos de Guatemala versión no editada.** <http://www.refworld.org/es/type,CONCOBSERVATIONS,,,57f7955710,0.html> (Consultado: 31 de enero 2017).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pueblos indígenas y tribales. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 11.** <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/indigenas.pdf> (Consultado: enero, 2017).

DOMINGO, Efrén Diego. **Derecho de los pueblos indígenas en el Convenio 169 y las obligaciones de los Estados por su ratificación.** www.albedrio.org/htm/documentos/edd-003.doc (Consultado: 31 de enero 2017).

GALVIS PATIÑO, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. **Digesto de jurisprudencia Latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria.** Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica. (s.E.). 2013.

GÓMEZ, Magdalena. **Derecho indígena en América Latina: Logros y perspectivas: En busca de justicia. Análisis del proceso mexicano de reformas en materia indígena.** Guatemala, Guatemala. Editorial de Ciencias Sociales. 2003.

HERNÁNDEZ MARROQUÍN. Astrid Carolina. **Orígenes y evolución histórica del derecho internacional público en Guatemala, su régimen constitucional y sus mecanismos de incorporación al ordenamiento jurídico interno.** Guatemala, Guatemala. (s.E.). 2013.

http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour_standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm?ssSourceSiteId=ilc; **La comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones.** (Consultado: 28 de diciembre 2016).

http://www.mercaba.org/Rialp/C/capitulaciones_de_indias.htm; **Capitulaciones de Indias.** (Consultado: 17 noviembre 2016).

<http://www.prensalibre.com/hemeroteca/1999-rechazo-a-reformas-constitucionales>; **Rechazo a reformas constitucionales.** (Consultado: 12 de enero 2017).



<http://www.uaim.edu.mx/web-carreras/carreras/derecho/Octavo%20Trimestre/GARANTIAS%20INDIVIDUALES%20Y%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>; **Garantías individuales y derechos humanos, Principia temática.** (Consultado: 26 de diciembre, 2016).

<https://es.scribd.com/doc/60761319/ACTA-DE-INDEPENDENCIA-DE-GUATEMALA>; **Acta de Independencia.** (Consultado: 29 de Noviembre, 2016).

ILAQUICHE LICTA, Raúl. **Ciudadanía y pueblos indígenas.** <http://icci.nativewb.org/boletin/22/Ilaquiche.html> (Consultado: 5 de diciembre, 2016).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. **Caracterización de la República de Guatemala.** Guatemala, Guatemala. (s.E.). 2014.

IRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Derecho indígena en América Latina: Logros y perspectivas. Estado del reconocimiento del derecho indígena en los países andinos.** Guatemala, Guatemala. Editorial de Ciencias Sociales. 2003.

ITURRALDE, Diego. **Derecho indígena en América Latina: Logros y perspectivas. La situación del derecho indígena en América Latina: Dificultades, retos y perspectivas.** Editorial de Ciencias Sociales. Guatemala: FLACSO, 2003.

IXCAMPARÍJ NOLASCO, Juan Gabriel. **Configuración y ejercicio de la autoridad tradicional indígena del municipio de Cantel, en la legislación vigente guatemalteca.** Quetzaltenango, Guatemala. (s.E.). 2015.

LÓPEZ ABAD, Joaquín; Francisco Ochoa Carrasco y Carolina Andrea Freican, **La consulta libre, previa e informada en el Educador.** Quito, Ecuador. (s.E.). 2016.

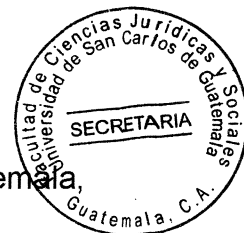
LUJAN MUÑOZ, Jorge y Ernesto Chinchilla Aguilar. **Historia general de Guatemala. La dominación española, desde la conquista hasta 1700. Tomo II.** Guatemala, Guatemala. Editorial Asociación de Amigos del País. 1993.

M. HILL II, Robert y Jorge Lujan Muñoz. **Historia general de Guatemala. Época precolombina. Los Quichés. Tomo I.** Guatemala, Guatemala. Editorial Amigos del País. 1993.

MÁRQUEZ, Daniel. **Atribuciones, función pública, servicio público y municipio.** <http://biblio.juridicas.unam.mx> (Consultado: 8 de diciembre, 2016).

MEDINA SALAS, Juan Carlos. **Supremacía del orden constitucional en Guatemala.** Primera Edición. Guatemala, Guatemala. (s.E.). 2015.

MEJÍA LEONARDO, Allan Freddy. **Diagnostico socioeconómico, potencialidades productivas y propuestas de inversión. Financiamiento de la producción de unidades agrícolas (producción de manzana) y Proyecto: producción de**



Ajo. Municipio de Cantel, Departamento de Quetzaltenango. Guatemala,
Guatemala. (s.E.). 2008.

OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS
DERECHOS HUMANOS. **Los Derechos de los pueblos indígenas en el
Convenio 169 de la OIT. Guía para la aplicación judicial.** Guatemala,
Guatemala. Ediciones Superiores, S.A. 2004.

OLGUÍN MARTÍNEZ, Gabriela. **Derechos de los pueblos indígenas en el Sistema
Interamericano. Guía legal sobre la utilización del Sistema Interamericano
para la defensa de los derechos indígenas.** San José, Costa Rica. (s.E.).
2002.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. [http://enciclopedia.us.es/index.
php/Organizaci%C3%B3n_Internacional_del_Trabajo](http://enciclopedia.us.es/index.php/Organizaci%C3%B3n_Internacional_del_Trabajo) (Consultado: 26 de
diciembre, 2016).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Monitoreo de los derechos de
los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT. Una
recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-
2010.** Lima, Perú. (s.E.). 2010.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Solicitudes directas de la
comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones.**
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMM
ENT ID:2700478](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMM
ENT ID:2700478) (Consultado: 30 de enero 2017).

ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS CIVILES, SOCIALES Y REDES DE
GUATEMALA. **Informe alternativo al III Informe periódico del Estado de
Guatemala sobre la aplicación del Pidesc.** [http://tbinternet.ohchr.org/
Teatrics/CESCR/Shared%20Documents/GTM/INT_CESCR_NGO_GTM_16821_
S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Teatrics/CESCR/Shared%20Documents/GTM/INT_CESCR_NGO_GTM_16821_S.pdf) (Consultado: 31 de enero 2017).

OSPINA PERALTA, Pablo. **Estado plurinacional y autogobierno territorial-
Demandas indígenas en Ecuador. La autonomía a debate. Autogobierno
indígena y Estado plurinacional en América Latina.** Quito, Ecuador. (s.E.).
2010.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.**
Guatemala, Guatemala. Editorial Datascan, S.A. 1999.

PEREIRA-OROZCO, Alberto y Pablo Marcelo E. Richter. **Derecho constitucional.**
Guatemala, Guatemala. Ediciones Pereira. 2012.

PÉREZ SIAN, María José. **Estamos aquí. mujeres, memoria, verdad y justicia.**
Guatemala, Guatemala. Editorial Innovación Gráfica. 2015.

PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. **PDH observa ejercicio ciudadano en consulta comunitaria de buena fe.** <http://www.pdh.org.gt/noticias/noticias-destacadas/item/4917-pdh-observa-ejercicio-ciudadano-en-consulta-comunitaria-de-buena-fe.html#.V9GFzNThArg> (Consultado: 31 de enero 2017).

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. **Informe nacional de desarrollo humano 2005. Diversidad étnico cultural: la ciudadanía en un Estado plural.** Guatemala, Guatemala. Editorial del Sur. 2005.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. **Informe nacional de desarrollo Humano 2009/2010. Guatemala: hacia un Estado para el desarrollo humano.** Guatemala, Guatemala. Editorial Magna Terra. 2010.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** Vigésima primera edición. Madrid, España. Editorial Espasa Calpe, S.A. 1992.

ROCA TORO, Carlos Alberto. **Origen y evolución del derecho internacional público.** http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Origen-evolucion-Derecho-Internacional-Publico_0_1689431123.html (Consultado: 8 de diciembre, 2016).

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, Luis. **Pueblos indígenas y tribales, respeto participación y consulta: La OIT y los pueblos indígenas una introducción histórica (1919-1989).** Distrito Federal, México. (s.E.). 2008.

ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. **Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de derechos humanos.** Guatemala, Guatemala. (s.E.). 2010.

SACALXOT, Esteban. **Entrevista semi-esctructurada sobre consulta comunitaria a Autoridades Ancestrales del municipio de Cantel.** Quezaltenango, Guatemala. (s.E.) 2017.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Informe del relator especial sobre situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.** http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.457.pdf (Consultado: 31 de enero 2017).

UNIÓN POSTAL UNIVERSAL. **Enciclopedia jurídica.** <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derechos-humanos/derechos-humanos.htm> (Consultado: 26 de diciembre, 2016).

UNIVERSIDAD DE GEORGETOWN. **Texto comparativo de reformas a la constitución 1999.** <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guate/reforms99.html> (Consultado: 12 de enero 2017).

Legislación:

Constitución Política del Estado de Guatemala. Asamblea de los Representantes del Pueblo de Guatemala, 1825.

Constitución de la República de Guatemala. Asamblea Constituyente, 1945.

Constitución de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1965.

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

Carta de las Naciones Unidas. Conferencia de Naciones Unidas. San Francisco, Estados Unidos, 1945.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena, Austria, 1969.

Convención Americana de Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1969.

Convenio No. 169 Sobre pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza, 1989.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y sus enmiendas. Francia, 1919.

Constitución Política del Perú. Congreso Constituyente Democrático. Perú, 1993.

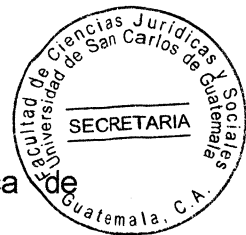
Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Constituyente. Ciudad Alfaro, Montecristi, Provincia de Manabí, Ecuador, 2008.

Constitución Política del Estado Boliviano. Asamblea Constituyente. Diciembre 2007. Aprobada por referéndum en Enero 2009. Ciudad el alto de la Paz, Bolivia, 2009.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (Resolución No. 448). La Paz, Bolivia, 1979.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (137º periodo ordinario de sesiones). Washington, D.C., 2009.

Tratado de Paz. Versalles, Francia, 1919.



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

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

Ley de lo Contencioso Administrativo. Decreto número 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.

Ley de Minera. Decreto 48-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley de Organismo Ejecutivo. Decreto número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Ley No. 29785 del Congreso de la República del Perú, 2011.

Reformas a la Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto número 90-2000 del Congreso de la República de Guatemala, 2000.

Reglamento de la Ley de Minería. Acuerdo Gubernativo 176-2001 del Presidente de la República de Guatemala, 2001.

Reglamento de la Ley No. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Perú). Decreto Supremo No. 001-2012-MC del Presidente de la República del Perú, 2012.

Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Acuerdo Gubernativo 215-2012 del Presidente de la República de Guatemala, 2012.

Acuerdo Gubernativo de creación de la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos. Acuerdo Gubernativo 486-91 del Presidente de la República de Guatemala, 1991.

Acuerdo Ministerial de creación de la Unidad de Pueblos Maya, Garifuna y Xinca de Ambiente y Recursos Naturales. Acuerdo Ministerial 402-2004 del Ministro de Ambiente y Recursos Naturales, 2004.