

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**NORMATIVA SOBRE CONSULTA
A PUEBLOS INDÍGENAS EN CONCORDANCIA
CON EL CONVENIO 169 DE OIT**

LICENCIADA

MAYRA ESMERALDA GARCÍA CHOXÓM DE GARCÍA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2019.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**NORMATIVA SOBRE CONSULTA A PUEBLOS INDÍGENAS
EN CONCORDANCIA CON EL CONVENIO 169 DE OIT**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

MAYRA ESMERALDA GARCÍA CHOXÓM DE GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

**MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, septiembre de 2019.

**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:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
Vocal II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga contreras
Vocal III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
Vocal IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
Vocal V:	Br.	Abidán Carías Palencia
Secretario:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Decano:	Lic.	Gustavo Bonilla
Director	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

TRIBUNAL EXAMINADOR

Presidenta	Dra.	Gloria Edith Ochoa Zetino
Vocal	M. Sc.	Adelaida Isabel Herrera López
Secretaria	M. Sc	Gardenia Enedina Maza Castellanos

RAZÓN: “El autor es propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrado).

Guatemala, 26 de junio del 2018

Director
Dr. Ovidio David Parra Vele
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

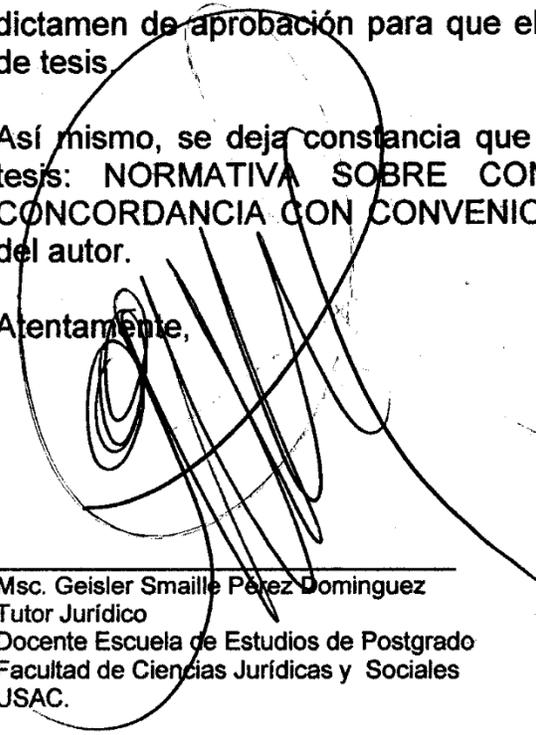
Dr. Parra Vela:

Según Acta del Consejo Académico de la reunión Ordinaria celebrada el 31 de mayo del 2017, en el Acta N°. 02-2017, Punto CUARTO, Inciso 4.4 y de la Acta N°. 13.2017, contenida en el Punto CATORCE, Inciso 14.10, se hace de su conocimiento que se ha facilitado la tutoría y revisión del informe final de tesis intitulado **NORMATIVA SOBRE CONSULTAS A PUEBLOS INDIGENAS EN CONCORDANCIA CON CONVENIO 169 DE OIT**, de la estudiante Licda. **MAYRA ESMERALDA GARCÍA CHOXOM DE GARCIA**, la cual se enmarca dentro de los contenidos teóricos metodológicos de la Maestría de Derecho Constitucional, cuyo proceso se realizó durante los meses de enero a junio del 2018.

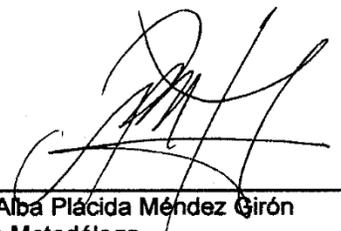
El informe final de tesis del Licda. **MAYRA ESMERALDA GARCÍA CHOXOM DE GARCIA**, cumple con los requisitos establecidos en el reglamento respectivo de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por lo tanto extendemos el dictamen de aprobación para que el sustentante pueda continuar con el proceso de tesis.

Así mismo, se deja constancia que la originalidad de los criterios vertidos en la tesis: **NORMATIVA SOBRE CONSULTAS A PUEBLOS INDIGENAS EN CONCORDANCIA CON CONVENIO 169 DE OIT**, son responsabilidad exclusiva del autor.

Atentamente,



Msc. Geisler Smaille Pérez Domínguez
Tutor Jurídico
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.



Msc. Alba Plácida Méndez Girón
Tutora Metodóloga
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.

Guatemala, 04 de septiembre de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**NORMATIVA SOBRE CONSULTA A PUEBLOS INDÍGENAS EN
CONCORDANCIA CON EL CONVENIO 169 DE OIT**

Esta tesis fue presentada por la **Licda. Mayra Esmeralda García Choxóm de García**, estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 9 de septiembre del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. Mayra Esmeralda García Choxóm aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 98-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“NORMATIVA SOBRE CONSULTA A PUEBLOS INDÍGENAS EN CONCORDANCIA CON EL CONVENIO 169 DE OIT”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

- A Dios:** Padre amado, que en tu misericordia e infinito amor me permites alcanzar otra meta más de realización profesional.
- Al Divino Niño Jesús:** Por acompañarme con su bendición, todos los días de mi vida, a ti sea la honra.
- A la virgen María:** Hermosa madre que siempre intercedes por mí, ejemplo admirable de madre y mujer.
- A mis padres:** Marcial García y Rosa Choxóm, ejemplo de perseverancia, fe, amor y trabajo.
- A mis hijos:** Migdalia, Milan e Ian, los tres más bellos tesoros de mi vida. Por llenarme de felicidad y ser mi motivo de superación todos los días.
- A mi esposo:** Por su incondicional amor y por apoyarme en este proyecto.
- A mis hermanos:** Afectuosamente.
- A mis suegros:** Con respeto y cariño.
- A la Universidad de San Carlos de Guatemala:** Fuente del conocimiento.
- A Quetzaltenango.** Mi querida tierra Xelajú Noj.



ÍNDICE

Introducción.....	i
Capítulo I.....	1
1. Derecho de consulta a pueblos indígenas	1
1.1. Definición	1
1.2. Derechos indígenas	4
1.3. Desarrollo Histórico del Derecho Indígena en Guatemala	6
1.3.1. El periodo arcaico.....	7
1.3.2. Período Preclásico.	7
1.3.3. Periodo Clásico.	7
1.3.4. Cuando se dio la invasión española.....	9
1.3.5. Con la independenciam.....	10
1.3.6. Periodo revolucionario 1944-1954.....	11
1.3.7. El Conflicto Armado Interno:	12
1.4. El antes y el después a partir de los Acuerdos de Paz en Guatemala, con respecto a los derechos de los pueblos indígenas	13
1.4.1. Antecedentes.	13
1.4.2. Negociación y firma de los Acuerdos de Paz	15
1.5. Contexto Histórico del derecho de consulta a pueblos indígenas	16
1.5.1 Antecedentes de la Regulación del derecho de consulta en Guatemala	16
1.6. Consulta pueblos indígenas	20
1.6.1. La consulta debe realizarse con carácter previo	22
1.6.2. La consulta no se agota con la mera información	23
1.6.3. La Consulta debe ser de buena fe	23
1.6.4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones.....	24
representativas indígenas	24
1.6.5. La consulta debe ser sistemática y transparente	24
1.6.6. El alcance de la consulta	25
1.7 Naturaleza del derecho de consulta a pueblos indígenas en	25
Guatemala.....	25
1.8 Vinculación del derecho de consulta a pueblos indígenas con	27
respecto a la Constitución Política de la República.....	27



Capítulo II.....	30
2 Marco jurídico sobre el derecho de consulta a pueblos indígenas.....	30
2.4 Marco jurídico nacional	30
2.1.1 Constitución Política de la República de Guatemala.....	30
2.1.2 La aprobación y ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-.....	32
2.1.3. Los Acuerdos de Paz	33
2.1.4 Ley Marco de los Acuerdos de Paz.....	34
2.1.5 El código Municipal Decreto No. 12-2002	35
2.1.6. Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Decreto No. 11-2002..	35
2.1.7. Código Penal.....	36
2.2 Marco Jurídico Internacional.....	36
2.2.1 Convenios y tratados Internacionales en Materia de pueblos indígenas	39
2.2.1.1. La Convención Americana sobre derechos humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica)	39
2.2.1.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ..	41
2.2.1.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo	44
2.2.1.4. Declaración sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas	46
2.2.1.5. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada “Soberanía permanente sobre los Recursos naturales”	46
2.2.1.6. La Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio .	48
2.2.1.7. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las	50
formas de discriminación racial	50
2.2.1.8. Posteriormente, la Declaración y Programa de Acción de Viena	53
2.2.1.9. La Convención Sobre los Derechos del Niño	53
2.2.1.10. Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas, Organización de Naciones Unidas	55
2.2.1.11. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	56
2.3 Ratificación por Guatemala del Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y	62
Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de	62
Trabajo –OIT-.....	62

2.3.1. Antecedentes relacionados con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT.....	62
2.3.2 Contenido de artículos en el Convenio 169	67
2.3.2.1 Parte política general.....	67
2.3.2.2. Parte tierras.....	72
2.3.2.3. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala. James Anaya.....	74
2.4. Bloque de Constitucionalidad	77





CAPÍTULO III	79
3. La exigibilidad del derecho de consulta promovida por la Honorable Corte de Constitucionalidad	79
3.1. Análisis de la exigibilidad	79
3.1.1 Marco conceptual de la exigibilidad	79
3.1.2. De la exigibilidad que ha dado como resultado 93 consultas comunitarias de las cuales ha intervenido la Procuraduría de los Derechos Humanos	84
3.1.3. De las acciones legales entabladas que han dado como resultado, la postura de la Corte de Constitucionalidad con respecto al derecho de consulta a pueblos indígenas	86
3.1.3.1. Apelación de Sentencia en Amparo. Expedientes Acumulados 1643-2005 Y 1654-2005. Corte de Constitucionalidad: Guatemala, veintiocho de febrero de dos mil ocho	92
3.1.3.2. Amparo en Única Instancia Expediente 123-2007, Corte de Constitucionalidad, Guatemala 9 de enero de 2008, en calidad de tribunal Extraordinario	95
3.1.3.3. Expediente 3878-2007, Apelación de Amparo, Corte de Constitucionalidad Guatemala, veintiuno de diciembre de dos mil nueve	98
3.1.3.4. Sentencia emitida por la Honorable Corte de Constitucionalidad dentro del Expediente número 1031-2009, en la ciudad de Guatemala, el veinticinco de mayo de dos mil diez	100
3.1.3.5. Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 429-2011, Corte de Constitucionalidad Guatemala, cinco de abril de dos mil once	103
3.1.3.6. Expediente 1149-2012 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de Amparo: Guatemala, diez de septiembre de dos mil quince	106
3.1.3.7. Apelación de Sentencia de Amparo, Expediente 1925-2014 Corte de Constitucionalidad, Guatemala, diecisiete de septiembre de dos mil catorce	107
3.1.3.8. Apelación de Sentencia de Amparo Expediente No. 1134-2015, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, doce de noviembre de dos mil quince	108
3.1.3.9. Apelación de Amparo dentro de los Expedientes Acumulados No.156- 2013 Y 159-2013, sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad, de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince	111
3.1.3.10. Apelación de sentencia de Amparo, Expediente 406-2014, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, veintitrés de noviembre de dos mil quince	120
3.1.3.11. Apelación de Amparo Expediente 411-2014, Corte de Constitucionalidad Guatemala, doce de enero de dos mil dieciséis	123
3.1.3.12. Expediente 4785-2017, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, tres de septiembre de dos mil dieciocho.	126

3.2	Derecho de consulta como parte del Bloque Constitucional	138
3.2.1.	Conceptualización del Bloque de Constitucionalidad.....	138
3.2.2.	Derecho de consulta como parte del bloque constitucional	141
3.3	Inminente necesidad de la Implementación de marco jurídico adecuado que establezca con precisión el procedimiento de consulta a pueblos indígenas en Guatemala.....	143





CAPÍTULO IV	146
4. Análisis de resultados	146
4.1. Discusión de las consecuencias jurídicas y la afectación de la vida, la salud, la alimentación y el desarrollo integral de los pueblos indígenas, como resultado de la falta de la aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala ..	146
4.1.1. Afectación de la Vida de pueblos indígenas como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala	146
4.1.2. Afectación de la Salud de pueblos indígenas como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala	151
4.1.3. Afectación de la alimentación de pueblos indígenas como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala ..	154
4.1.4. Afectación del desarrollo integral de pueblos indígenas como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala	157
4.2 Guía Operativa para la Implementación de Consulta a pueblos indígenas	163
4.3 De la iniciativa de ley que conoce el Congreso de la República derivada de la conminatoria que efectuara la Corte de Constitucionalidad	165
4.3.1. Análisis y aporte propio a la Iniciativa que dispone aprobar Ley de Consulta a Pueblos Indígenas, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT	166
4.3.2 Acciones necesarias respecto a la Iniciativa que dispone Aprobar Ley de Consulta a Pueblos Indígenas, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT.....	177
Conclusiones.....	178
Referencias	180



Introducción

Para el desarrollo de la presente investigación, se planteó como **objetivo general** conocer las principales condiciones sociopolíticas y jurídicas que permitan la exigibilidad al Estado de Guatemala del derecho de consulta previa a pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- y su vinculación con la Constitución Política de la República de Guatemala.

En la definición del problema se consideró el contexto nacional en el tema de consulta a pueblos indígenas, pues actualmente existe un clima de gran inestabilidad y conflictividad social en relación con las actividades de las empresas en territorios tradicionales de pueblos indígenas, y es una situación preocupante donde se han visto gravemente afectados los derechos, a la salud, la integridad, la libertad, medio ambiente sano, y la cosmovisión de los pueblos originarios de Guatemala, y cuando los pueblos indígenas han intentado hacer que se respete su derecho de consulta, resulta ser una circunstancia que polariza a la sociedad y por lo que se ha tratado de deslegitimar y minimizar sus demandas y aspiraciones.

La presente investigación tiene su fundamento teórico establecido en que Guatemala es un país con población indígena, es conocido como un Estado unitario multiétnico, pluricultural y multilingüe este reconocimiento se realizó en el Acuerdo sobre Identidad y derechos de los pueblos indígenas, suscrito el 31 de marzo de 1995 y forma parte de los Acuerdos de Paz, no obstante ya la Constitución Política de la República (Asamblea Nacional Constituyente, 1985), en el Capítulo II Título II ya había establecido lo relativo a “Comunidades indígenas”, estableciendo que el Estado de Guatemala reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, y formas de organización social de los grupos indígenas de ascendencia maya. Adicional se considera prever una ley a la fecha no emitida, que regulará lo relativo a los pueblos indígenas, al mismo tiempo Guatemala, ha suscrito, aprobado y ratificado varios tratados y convenios internacionales, y que forman parte de su legislación, reconociendo en ellos los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, entre esto el Convenio 169 de Pueblos indígenas y Tribales en Países independientes de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-.



Pero tales esfuerzo, y toda normativa nacional e internacional no ha sido suficientes para la implementación de la consulta previa a pueblos indígenas cuando exista una decisión administrativa o legislativa que pueda afectarles y no se ha dado el abordaje serio y responsable por parte Estado de Guatemala y en especial del Organismo Legislativo, para emitir la ley que regule el mecanismo de consulta previa a pueblos indígenas establecido en el relacionado Convenio. A pesar de reiteradas sentencias de la honorable Corte de Constitucionalidad en la cual se ha exhortado y conminado al Organismo Legislativo a la emisión de la relacionada ley.

En ese contexto, se planteó la hipótesis de si ha existido falta de voluntad política del Estado de Guatemala, en hacer efectivo el derecho de consulta de los pueblos indígenas que habitan el país y la referida falta de consulta ha propiciado graves consecuencias jurídicas, en la vida, la salud, integridad, el derecho de alimentación, además de la vulneración a su medio ambiente, su armonía con la naturaleza, elemento fundamental en la cultura maya de los pueblos indígenas de Guatemala.

Por ello era necesario realizar una investigación profunda jurídica de todo lo que conlleva la normativa nacional e internacional relacionada al reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas pero especialmente al derecho de consulta previa, conocer el criterio que ha emitido la Corte de Constitucionalidad en sus sentencias y la forma en que ha interpretado el derecho de consulta previa a pueblos indígenas, así como también el informe del Relator Especial en materia de derecho de pueblos indígenas de la Organización de Naciones Unidas. Para arribar a las principales conclusiones de la presente investigación, se desarrollaron cuatro capítulos; en el primero se aborda el marco conceptual del derecho de Consulta a Pueblos indígenas, el desarrollo histórico que ha tenido en Guatemala, incluyendo el antes y el después a partir de los acuerdos de paz, la naturaleza del derecho de consulta a pueblos indígenas y su vinculación jurídica con respecto a la Constitución Política de la República.

En el segundo capítulo se identifica el marco jurídico sobre el derecho de consulta a pueblos indígenas y se toma en cuenta la normativa nacional e internacional, así como

el mecanismo de control que incluye los informes del relator especial de las Naciones Unidas, sobre el Derecho de consulta de Pueblos indígenas en especial en su visita a Guatemala.



Seguidamente el tercer capítulo aborda la exigibilidad del Derecho de consulta promovida por la honorable Corte de Constitucionalidad, se presenta el resultado de las consultas comunitarias efectuadas en las cuales ha intervenido la Procuraduría de los Derechos Humanos y, en igual sentido, las acciones legales entabladas que ha dado como resultado la postura de la Corte de Constitucionalidad a partir de las diversas sentencias emitidas, analizando la exigibilidad como concepto jurídico. Se analiza la postura que ha tenido la Corte de Constitucionalidad respecto del derecho de consulta, y este derecho como parte del bloque de constitucionalidad, así la eminente necesidad de la implementación del marco jurídico adecuado que establezca con precisión el procedimiento de consulta a pueblos indígenas en Guatemala.

Finalmente, en el cuarto capítulo se desarrolla el análisis de la discusión de las consecuencias jurídicas, y la afectación de la vida, la salud, la alimentación y el desarrollo integral de los pueblos indígenas, como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala. Y se realiza el análisis y propuesta de la Iniciativa de Ley que se pretende emitir por parte del Organismo Legislativo, así como algunas consideraciones necesarias para que sean incluidas como un aporte de la presente investigación.

Es importante mencionar que el presente trabajo de investigación se desarrolla en un momento en el que han acontecido varios procesos importantes en el tema de normativa del derecho de consulta a pueblos indígenas en Concordancia con el Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo –OIT-. Tales como: la Corte de Constitucionalidad emitió sentencia ordenando se realice la consulta relacionada en el Convenio 169 de OIT, sobre la Licencias de operación de la mina San Rafael Las Flores “El Escobal y Juan Bosco”, ubicadas en los municipios de Santa Rosa y Mataquescuintla Jalapa, operada por Tahoe Resources Inc. Derivado de que se omitió la consulta a los pueblos indígenas en la región, y conlleva gran importancia por la

forma en que se ha desarrollado este conflicto jurídico social, en el que incluye grandes despidos de alrededor de 250 trabajadores por la suspensión de las licencias por el amparo otorgado al centro de Acción Legal Ambiental y Social de Guatemala –CALAS-. Y con ello la evidente negación al pueblo indígena Xinca de su existencia en los lugares donde se realizan estos proyectos mineros.



Actualmente en el Congreso se conoce la iniciativa de Ley Número 5416 que conoció el pleno el 13 de marzo de 2018, Iniciativa que dispone Aprobar Ley de Consulta a Pueblos Indígenas, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT-, derivado de la conminatoria que le efectuara la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha veintiséis de mayo de dos mil diecisiete dentro de los Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 Y 92-2017, esta conminatoria es confirmada en la reciente sentencia emitida sobre el caso de Mina San Rafael.

El propósito de la presente tesis es dar un aporte en especial a los pueblos indígenas de Guatemala, para seguir desarrollando análisis jurídico del derecho de consulta previa que les asiste, e ir promoviendo la formación y conocimiento de su derecho de consulta previa cuando existan decisiones administrativas o legislativas que puedan afectarles.

Consiente de la necesidad de la construcción e implantación del marco jurídico nacional que permita dar el mecanismo de la implementación de la consulta previa a pueblos indígenas, el cual debe responder con pertinencia cultural y lingüística y por medio de ello se evite violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas, y sea parte del proceso de consolidación de la democracia, el desarrollo equitativo de la auténtica participación de los pueblos indígenas en el diseño de una nueva nación cohesionada a partir del reconocimiento y potenciación del carácter pluricultural, multilingüe y multiétnico de Guatemala.



Capítulo I

1. Derecho de consulta a pueblos indígenas

1.1 Definición

El derecho de consulta a pueblos indígenas ha sido abordado desde distintos puntos de vista, dentro de todos los aportes es importante referir que sobresalen los que para su efecto han emitido los relatores especiales sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, ante las Naciones Unidas, quienes son nombrados, por la Comisión de Derechos Humanos expertos en dichas temáticas y en el cumplimiento de sus misión han generado excelentes definiciones basadas en los casos reales que conocen y en los cuales recomiendan y aportan en nombre de ese alto organismo. El relator especial, Janes Anaya nombrado mediante la resolución No. 6/12 el 28 de marzo de 2008, se pronuncia en su Informe titulado, “Observaciones sobre situación de los Derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, en relación con los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos en sus territorios tradicionales”, en el que indica:

(...) la consulta a los pueblos indígenas en relación con la aprobación e implementación de proyectos extractivos y otro tipo de proyectos en sus territorios tradicionales han adquirido una especial relevancia en el contexto actual. Se trata de una cuestión fundamental cuya plena comprensión; sin embargo, debe ser colocada en el contexto más amplio de las garantías exigidas por las normas internacionales en relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas (Janes, Anaya; Relator ONU, 2011, pág. 21).

El reconocimiento al derecho de consulta a pueblos indígenas debe darse sobre la base de garantías exigibles y que han adquirido relevancia a partir de conformar un derecho inherente las poblaciones Indígenas.



(Loarca, 2009), refiere que la Organización Internacional Trabajo define:

Que los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas, definiéndolos como, los derechos humanos inherentes e inalienables que todo ser humano tiene desde su nacimiento independientemente de su raza, etnicidad, género, religión, clase así también su origen e identidad indígena. Los pueblos indígenas tienen derecho a gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales como cualquier otro. De esta definición es claro determinar que en cuanto al Convenio 169 y la Declaración del derecho de consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas (...) y que es obligación de los Estados Consultar a los pueblos indígenas teniendo un nivel general y un nivel particular. En un nivel general, deben consultarse todo tipo de medidas que les afecten directamente. La obligación de los gobiernos de consultar adquiere especial relevancia en 6 casos: 1. Al Prevenir medidas legislativas o administrativas. 2. Antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo. 3. Al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la trasmisión de sus derechos sobre esas tierras a personas extrañas a su comunidad. 4. Con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que solo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa. 5. En la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional. 6. En las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (pp.15, 16).

El derecho de Consulta de pueblos indígenas es un derecho inherente, inalienable, agregándole indelegable e indicativo y de carácter obligatorio para todos los Estados a través de sus gobiernos en todos aquellos casos en los que hayan circunstancias que puedan afectar el pleno goce de los derechos humanos.

Es un deber de los Estados consultar con los pueblos indígenas, es una manifestación del derecho de estos pueblos a la participación en la toma de decisiones relativa a las decisiones que les afectan, y, en términos más amplios, del derecho de estos pueblos a la libre determinación, que aspira a que estos puedan

alcanzar la mayor cota posible de libertad en la toma de decisiones en relación con sus asuntos políticos, económicos y sociales. (James, Anaya, 2001, p. 11).



La obligación de los Estados a cumplir con el derecho de consulta a los pueblos indígenas, es un derecho indispensable que tiene como primordial objetivo evitar las violaciones a los derechos humanos fundamentales de las poblaciones indígenas, la negación incluso a su supervivencia y en gran parte corregir las prácticas discriminatorias de imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida muchas veces en total detrimento de su propia cosmovisión. El derecho de consulta es una real oportunidad de viabilizar el consentimiento de los pueblos indígenas en todos aquellos temas de su interés haciendo posible la incorporación de sus propuestas para beneficio de la colectividad y a la vez establecer un verdadero reflejo de la puesta en práctica de la era democrática y participativa a los pueblos que históricamente han sido discriminados y excluidos.

La consulta a pueblos indígenas ha sido calificada, además, como un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación cuyo reconocimiento surgió como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de abogar, de manera especial por la salvaguarda de los intereses de grupos humanos que por factores ligados a su identidad cultural, se han visto históricamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general; erigiéndose así, en garantía de igualdad o de equiparación, en cuanto a la aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida (...) así concebida la prerrogativa en referencia conlleva para el Estado, con relación a las acciones gubernamentales que podrían afectarles directamente, 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 concertar acuerdos sobre las medidas que se proyectan realizar (Apelación de Amparo, 2015, pp. 27, 28).

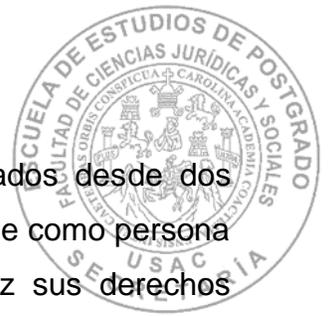


A nivel internacional se ha reflejado la necesidad del cumplimiento de este Derecho de consulta, que representa sin lugar a duda una oportunidad relevante para avanzar y materializar el reconocimiento y la protección de los pueblos indígenas, para el caso específico de Guatemala, ejercer el derecho de consulta resultaría un acto positivo para consolidar una nación verdaderamente integral y respetuosa de sus diferencias y de su riqueza multicultural, multilingüe y multiétnica.

1.2 Derechos indígenas

Cada pueblo indígena en cada país conserva su propia historia y para el caso de Guatemala, los pueblos indígenas son la esencia de la homogeneidad, desde tiempos memorables y es innegable los grandes aportes que las culturas heredaron y los grandes avances que en materia de ciencia habían logrado, de hecho sus avances matemáticos y astronómicos son bien conocidos y sin lugar a duda los plasmaron para la eternidad y erigieron grandes obras que darían muestra de su gran potencial y que sin palabras transmiten la magnitud de una gran cultura, los templos mayas sin palabras transmiten el gran potencial a todo nivel que tuvieron quienes los construyeron, con esa perfecta arquitectura demostrando que solo una gran civilización pudo crear tanta belleza; sin embargo, a partir de la invasión de la que fueron objeto los pueblos originarios, con las condiciones de degradación de su esencia, el sometimiento a otras culturas y la esclavitud de la que fueron objeto, lograron con grandes esfuerzos la supervivencia, y es que la invasión de los españoles dio el punto de partida de la violación a sus derechos humanos, derechos que con el pasar de los años se fueron reduciendo de manera considerable al punto que en la historia de Guatemala a los pueblos indígenas se les trataba no como seres humanos, sino como instrumentos de trabajo o reducidos servidumbres o esclavitud, represión y subordinación política.

Con el paso del tiempo los pueblos indígenas de Guatemala a pesar de todas las adversidades y la supervivencia que lograron, no perdieron su identidad; sin embargo, la exclusión y discriminación a los pueblos indígenas es aún latente por el solo hecho de ser indígenas y continúa existiendo una brecha profunda entre que se reconozcan los derechos de pueblos indígenas y en que se respeten y se apliquen.



De allí que los derechos de pueblos indígenas deben ser abordados desde dos puntos vista, desde el carácter individual y colectivo, ello derivado de que como persona tienen derechos inherentes, inalienables e intransferibles y a su vez sus derechos colectivos por pertenecer de conformidad con su propia identidad a un pueblo originario.

Los derechos de los pueblos indígenas tienen, por definición, carácter colectivo. Dicho de otro modo, se confieren a individuos indígenas que se organizan en pueblos. Aunque también se reconocen derechos individuales, es innovador el grado en que se reconocen en la Declaración los derechos colectivos. Antes de la Declaración Universal de los Derechos de pueblos indígenas, el sistema internacional de derechos humanos había asimilado con lentitud el concepto de concesión de derechos a grupos, excepción hecha del derecho a la libre determinación. Por lo general, se daba por sentado que los derechos de los individuos bastarían para garantizar una protección y promoción adecuadas de los derechos de proyección colectiva, como el derecho a la cultura. Sin embargo, con la aprobación de la Declaración la Comunidad Internacional ha afirmado claramente que deben reconocerse los derechos colectivos de los pueblos indígenas para que estos puedan disfrutar de sus derechos humanos. (Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina Alto Comisionado, 2013, p. 13).

Se integra con los principios, instituciones, normas, valores y procedimientos y autoridades propias que regulan una convivencia individual y colectiva fundamentada principalmente en su cultura y cosmovisión. Para ello es necesario entender el concepto de pueblos indígenas ampliamente explicado y definido en el artículo 1 del Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo:

Denominar pueblos indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en 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 (Organización Internacional de Trabajo, 1989).



g En igual sentido es importante referir el concepto de pueblos indígenas definido por (Stavenhagen, 1990), que indica “El concepto Indígena tiene un claro origen colonial, pues “son indígenas los descendientes de los pueblos que ocupaban un territorio dado cuando este fue invadido, conquistado o colonizado”.(p.88)

1.3 Desarrollo Histórico del Derecho Indígena en Guatemala

Los pueblos originarios de Guatemala, tienen una abundante historia que es ampliamente desconocida por la mayoría de los mismos guatemaltecos, la causa principal se da en la forma en que se ha trasladado la información por muchos años, con datos errados y encaminados a anular y reconocer el gran potencial de los pueblos indígenas todo ello, porque en su momento se consideró que eran los pobladores indígenas la principal causa del subdesarrollo en Guatemala, esos pensamientos son aún una dura realidad de Guatemala.

Es indispensable hacer un recorrido del proceso histórico del pueblo maya, para poder entender como desde su origen hasta tiempos actuales, las causas y efectos de la realidad que afrontan los pueblos indígenas en Guatemala.

Para arribar al desarrollo histórico del Derecho Indígena en Guatemala es indispensable hacer un breve, pero importante recorrido de la historia de los pueblos indígenas en Guatemala.

Antes de la Invasión española, la arqueología divide la historia prehispánica en cuatro períodos: (Fernando Rendon Terraza, Proyecto de Desarrollo Santiago, 2008): Arcaico: más o menos entre los años 20,000 y 2,500 antes de Cristo. Preclásico: entre los años 2,500 antes de Cristo y 200 después de Cristo. Clásico: entre 200 y 900 después de Cristo. Postclásico: 900 después de Cristo hasta la invasión española en Guatemala, que comenzó en 1524.



1.3.1. El periodo arcaico

Desarrolla la teoría que los Indígenas de Guatemala al igual que los demás pueblos indígenas de América descienden de gente que vino de Asia a América se hizo al norte por encontrarse ambos continentes separados en ese entonces de 80 kilómetros del mar que los separaban, hace uno 50,000 años. La gente comenzó a pasarse a América, caminando sobre el mar congelado y así llegaron a Guatemala, los primeros ancestros vinieron a lo que ahora es Guatemala hace unos 25,000 años. Al principio no estaban en lugares fijos, cambiaban mediante la necesidad de agua y vegetación para alimentarse por ello se trasladaban a lugares distintos. Con el paso del tiempo cambiaron esa vida y aprendieron al cultivar la tierra, descubriendo el maíz entre los años 7000 y 1200.

1.3.2. Período Preclásico.

Con el cultivo del maíz, se precisó la necesidad de poder fijar sus casas cerca para cuidar sus cultivos, así nacieron las primeras aldeas, formándose al mismo tiempo alfareros y cultivando ya diferentes tipos de plantas, como frijol y ayotes.

Entre el período preclásico medio se dan avances en la agricultura, la tecnología y se dio inicio a las primeras pirámides y otros templos, ciudades mayas fundadas entre otras: Kaminaljuyu, El Mirador, Tikal, Uaxactún y Dzibilchaltún, con ello se evidenció aún más la vida religiosa. Y se pasó de un único lenguaje materno a la diversidad que existen actualmente en Guatemala, asimismo se da inicio en esta época la comercialización a mayor escala entre sí.

1.3.3. Periodo Clásico.

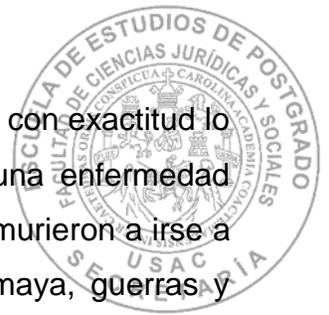
Durante esta época es notable que se alcanzara un máximo desarrollo cultural. Los antepasados dieron un rotundo avance en la tecnología, en la astronomía, en la gastronomía en los métodos de agricultura, arquitectura sin lugar a duda es por esa razón que el mundo entero reconoce que es una de las culturas más refinadas del mundo entero, su dominio en la construcción de edificios, en la exactitud en la medida del tiempo, la observación de las estrellas, la belleza y precisión de su escritura.



En el mes de febrero de 2018, fue publicado y transmitido un descubrimiento que confirma la excelencia de la Cultura Maya y sus grandes aportes a la humanidad, conocido como “Los secretos escondidos que aún guarda Tikal”, fue publicado en 6 de febrero de 2018, en el Diario The New York Times, este reportaje con el título antes descrito, donde se resume:

Han estado ahí por tanto tiempo, ocultas bajo las copas de los árboles en la selva del norte de Guatemala, decenas de miles de estructuras erigidas por los mayas hace más de un milenio. No muy lejos de los sitios ya conocidos, como los altos templos de la antigua ciudad de Tikal, se descubrieron aproximadamente 60,000 chozas, palacios, tumbas e incluso carreteras en las húmedas tierras bajas, gracias a una tecnología que emplea Láser. Estos hallazgos hacen pensar que en la antigüedad existió ahí una sociedad tan densa e interconectada que incluso los arqueólogos más experimentados quedaron sorprendidos. “En cualquier dirección habían más asentamientos de lo esperado, señaló Thomas Garrison, un explorador de National Geographic y arqueólogo del Ithaca College, sí sabíamos que habría más, pero cuando vimos a qué escala no podíamos creerlo”. Los investigadores descubrieron las estructuras gracias a una tecnología que consiste en emitir desde aviones rayos laser que atraviesan la densa vegetación para después crear una imagen tridimensional de la superficie cubierta. Esta tecnología se denomina líder por Light Detection and Ranging –LDR-. Se había calculado que la población total en esa época era de unos cuantos millones, explico Diane Davis, una arqueóloga del Reino Unido especializada en la cultura maya. Pero si se hace el ajuste correspondiente a partir de los nuevos datos obtenidos con la tecnología LDR, podría haber sido más bien de diez millones. Davies quien no participó en el proyecto LDR, comentó que estos datos deberían motivar no solo a reevaluar la civilización maya, sino también a aprender aún más de ella. Lograr que ese gran número de personas vivieran a un nivel tan alto durante tanto tiempo en realidad demuestra que era un pueblo muy desarrollado y tenían un enorme respeto por el medio ambiente.

El período clásico terminó alrededor del año 900, cuando estas sociedades se derrumbaron y las grandes ciudades fueron abandonadas. Sus habitantes dejaron de



hacer templos, pintar paredes y escribir en la piedra, aun no se conoce con exactitud lo que pudo haber ocurrido entre muchas explicaciones sobresale, alguna enfermedad demasiado fuerte que mató a muchos habitantes y obligó a los que no murieron a irse a otro lado, o que varios factores se unieron en desfavor del pueblo maya, guerras y enfermedades, pero esto no significó la desaparición de este pueblo, los pobladores de estas grandes ciudades abandonadas se fueron a vivir a otros lugares principalmente al altiplano de Guatemala. Los mayas siguen y seguirán existiendo en miles de guatemaltecos que reconocen su identidad y su cultura. Las sociedades mayas siguieron desarrollándose hasta la invasión española.

1.3.4. Cuando se dio la invasión española.

Los españoles recurrieron a quemar sus ciudades y cultivos, a cometer muchas masacres, consigo traían varias enfermedades que antes no existían en los pueblos mayas, como la viruela el sarampión, el cólera y otras. Como es sabido de conformidad con la historia se extrajo de los pueblos mayas el oro, plata y riquezas que existían en abundancia, y fueron llevadas a sus países de origen. Con la invasión española la esclavitud y la explotación para la población maya fue la forma de obtener el control.

(Fernando Rendon Terraza, Proyecto de Desarrollo Santiago, 2008) Los Mayas debían pagar tributo, impuestos a los reyes españoles y a la Iglesia Católica, este tributo se pagaba con metales preciosos (oro-plata) o con productos agrícolas... Para que pudieran pagar los tributos, los españoles dejaron algunas tierras comunales para los “pueblos de indios”, entonces nuestros ancestros tuvieron que trabajar el doble, pues debían trabajar la tierra de su encomendadero y la tierra comunal para pagar tributos y alimentarse”. Es importante tener claro que el período colonial no fue una época de tranquilidad y paz; la dominación que se tuvo sobre los mayas se basó, desde sus inicios, en la violencia y el miedo. El terror colonial fue la forma planeada para que la población maya se sometiera a la dominación. (pp.43, 44).

Sin lugar a duda la resistencia del pueblo maya ha sido evidente su sola existencia es la manifestación expresa de su valentía y el amor a su identidad, porque a pesar de la violencia que se ejerció para que perdieran su religión sus creencias su cultura, para ello adoptaron algunos elementos los más evidentes para que sus opresores pensarán

que los habían convencido; sin embargo, mantuvieron muy dentro y con firmeza muchos elementos de su organización social, su espiritualidad, sus idiomas, valores, principios, religión. Su propia cosmovisión y su equilibrio con el medio ambiente.



La invasión española dejó impuesto un sistema social, político, económico que aún existe en Guatemala y que afecta la realidad del país, entre ellas se puede mencionar:

- a) El rompimiento de la autodeterminación del pueblo maya: el pueblo maya con la invasión fue marginado totalmente, esclavizado y luego como súbditos del Rey de España y luego como ciudadanos de segunda clase.
- b) La discriminación: como método de justificar la dominación haciendo creer que la cultura maya era una cultura subdesarrollada, haciéndolos de menos, considerándolos personas inferiores, incapaces, llenas de defectos para justificar con ello los abusos y dominación.
- c) El empobrecimiento: los españoles se apropiaron de las tierras en que vivía el pueblo maya, buscaron enriquecerse de forma fácil, segura y rápida, aprovechándose, además de mano de obra gratis a través de la esclavitud, por ello es importante conocer la realidad de la historia, porque esta forma injusta en que está repartida la tierra se remonta a la conquista y de allí el empobrecimiento, el subdesarrollo y el atraso en el país.

1.3.5. Con la independencia

De 1821, no cambió nada, para la población maya, porque únicamente cambio el destinatario de los impuestos. Desde 1821 hasta 1871, época en la que dominaron políticamente los criollos conservadores, las condiciones económicas políticas, sociales y culturales en que vivían los indígenas y mestizos pobres se mantuvo muy parecida a como había sido durante la colonia.

Durante el régimen liberal, las circunstancias para los pueblos indígenas no variaron mucho, porque a pesar de supuestas reformas legales, la opresión continuó presente, sobre todo la población indígena siguió siendo el principal recurso económico a través de sus tierras y su mano de obra forzada, el régimen liberal puso en práctica una política de expropiación de tierra que acabo con el sistema de tierras comunales,



vigente desde la colonia. Grandes cantidades de tierras mayas fueron expropiadas, esa falta de tierra obligó a miles de mayas a quedarse sin poder producir sus propios alimentos y a tener que depender de los dueños de grandes fincas, quienes a cambio de su fuerza de trabajo pagaban con alimentos. Dentro de los pensamientos liberales, los indígenas representaban un supuesto obstáculo para el progreso, de esa forma por medio de la represión pretendían que los indígenas olvidaran sus idiomas, abandonaran sus trajes, sus tradiciones sus costumbres y valores, utilizando por medio del gobierno, medios como la educación el ejercito el trabajo forzado.

Otro de los hechos importantes del periodo fueron: la cada vez mayor influencia y poder de intereses económicos y políticos de países extranjeros (alemanes, ingleses y luego estadounidenses) sobre la vida nacional, el carácter autoritario y represivo de los gobiernos con dictaduras como las de Estrada Cabrera y Jorge Ubico (P.52).

1.3.6. Periodo revolucionario 1944-1954.

Uno de los cambios importantes de esta Revolución para el pueblo maya fue que toda la estructura del trabajo forzado fue suprimida mediante el Decreto del Congreso de la República, en marzo de 1945, con ello se cerró un largo capítulo de la represión y dominación. Así también a través del Decreto 900 de Reforma Agraria, emitido por el presidente Jacobo Arbenz, constituyó un medio para que el pueblo maya pudiera acceder a la propiedad de la tierra la cual había sido expropiada por terratenientes y la Compañía Estadounidense United Fruit Company. En esta época fue promulgado el primer Código de Trabajo, la creación del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social IGSS, la autonomía de las municipalidades y de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Sin embargo, el proceso revolucionario fue cortado violentamente con la contrarrevolución de 1954.

(Fernando Rendon Terraza, Proyecto de Desarrollo Santiago, 2008) La Oligarquía nacional, aliada con el Gobierno de Estados Unidos y la Iglesia Católica, organizó el derrocamiento del presidente Arbenz, en el contexto de una guerra fría y del predominio de la ideología anticomunista. Nuevamente la población indígena fue despojada de las tierras que habían tenido acceso a raíz de la reforma agraria. El

gobierno contrarrevolucionario de Castillo Armas emprendió una ola de represión contra sindicalistas de la ciudad y del campo, la cual dejó cientos de personas muertas y decenas de organizaciones deshechas (P.53).



1.3.7. El Conflicto Armado Interno:

Los sectores democráticos de la población fueron marginados de la política lo que fue causa que fueran apareciendo los primeros movimientos guerrilleros en el oriente del país, el surgimiento de las guerrillas sirvió como justificación de la represión del terror, que se instauró en 1963 con el golpe de Estado del General Peralta Azurdia, los altos mandos militares en ese entonces comenzaron a tener más poder, no solo político, sino también económico. Los generales y coroneles recibieron grandes fincas en Peten y la Costa Sur de Guatemala.

(Fernando Rendon Terraza, Proyecto de Desarrollo Santiago, 2008). Desde 1960 comenzaron a surgir muchas organizaciones formadas por mayas, con distintos enfoques, perspectivas y antecedentes; en esta época empezaron a unirse a las bases de lo que se conoce como movimiento maya y otros movimientos sociales como el sindical y movimientos estudiantiles de educación media y de la universidad.

La primera fase del conflicto armado interno terminó alrededor de 1979, con la derrota parcial de las primeras guerrillas, en estas la participación de indígenas era casi inexistente, la segunda época del conflicto inicio en la década de 1980, en el occidente y norte del país. Las nuevas organizaciones guerrilleras contaron con la participación y el apoyo de gente indígena. Entre 1978 y 1984, se produjo la peor ofensiva represiva realizada por el Estado de Guatemala contra la población, tanto en la ciudad como en el campo muchas personas que pertenecían a los movimientos populares fueron asesinadas y en el campo se produjeron los mayores vejámenes conocidos y masacres, especialmente en el período en que gobernó Ríos Montt.

“Más o menos 100,000 mil personas fueron asesinadas, alrededor de 45,000 personas desaparecieron y más de un millón abandonaron sus tierras. De acuerdo con el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico el 83% de las víctimas pertenecían a una etnia maya”. (P.57).



El Conflicto Armado interno es una de la épocas recientes más sangrientas y que selo con mucho dolor miles hogares guatemaltecos sobre todo de la población maya, el conflicto armado interno en Guatemala, duro 36 años y llego a su fin en 1996, cuando representantes del Gobierno de la República de Guatemala y de la Unidad Revolucionaria Guatemalteca decidieron poner fin al enfrentamiento armado interno a través de la firma de los Acuerdos de Paz, de allí que se plasman la trasformaciones que deberían de darse en el país para poder vivir en una sociedad más justa, humana, democrática equitativa en un país multiétnico, pluricultural y multilingüe.

1.4 El antes y el después a partir de los Acuerdos de Paz en Guatemala, con respecto a los derechos de los pueblos indígenas

La firma de los Acuerdos de Paz, significaron un gran avance para las aspiraciones de todos los guatemaltecos, porque dieron fin al enfrentamiento armado interno y el inicio de una nueva era democrática y la puesta en marcha de nuevas esperanzas para un desarrollo a todo nivel. Es fundamental poder mencionar la gran cantidad de legislación emitida en cumplimiento de los compromisos adquiridos en los Acuerdos de Paz. De hecho se han emitido alrededor de veinte leyes entre Decretos y Acuerdos Gubernativos en favor de los guatemaltecos.

Como un antecedente de la suscripción de los Acuerdos de Paz podemos referirnos a un resumen de la Cronología de los Acuerdos de Paz. (Secretaria de la Paz de la Presidencia, 1996).

1.4.1. Antecedentes.

“La primera vez que se habló de diálogo y de paz en Guatemala, fue a inicios de 1983. El punto de reunión fue la Isla de Contadora, Panamá, donde a instancias del Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país y con la participación de los cancilleres de México, Colombia y Venezuela, se abordó el tema de la Paz en Centroamérica los días 8 y 9 de enero”. 1986 -1987



En mayo de 1986, tuvo lugar una reunión “Esquipulas I”, a la que asistieron cinco presidentes de América Central, la reunión sirvió de base para consolidar la decisión política de los gobernantes y establecer con Esquipulas II en 1987 el procedimiento para conseguir la Paz firme y Duradera en la región.

Durante 1986 y 1987, fue establecido el “Proceso de Esquipulas”, promovido por el presidente Vinicio Cerezo de Guatemala, en el proceso los jefes de estado de América Central acordaron una cooperación económica y una estructura básica para la resolución pacífica de los conflictos. De ahí emergió el “Acuerdo de Esquipulas II” y fue firmado en la Ciudad de Guatemala por el presidente de Guatemala Vinicio Cerezo, el presidente de El Salvador José Napoleón Duarte, el presidente de Nicaragua Daniel Ortega, el presidente de Honduras José Azcona Hoyo y el presidente de Costa Rica Oscar Arias Sánchez el 7 de agosto de 1987.

El 7 de agosto, 1987: los presidentes de las repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica alentados por la visionaria y permanente voluntad de Contadora y el Grupo de apoyo en favor de la paz, establecen el procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica, entre lo que destaca que “en cada país centroamericano, salvo en aquellos en donde la Comisión Internacional de Verificación y Seguimiento determine que no es necesario, se emitirán DECRETOS DE AMNISTÍA que deberán establecer todas las disposiciones que garanticen la inviolabilidad de la vida, la libertad en todas sus formas, los bienes materiales y la seguridad de las personas a quienes sean aplicables dichos decretos.

El 11 de septiembre, 1987: se publicó el Acuerdo de creación de la Comisión Nacional de Reconciliación –CNR- la cual constataría la vigencia real del proceso de reconciliación nacional, así como el respeto irrestricto de todos los derechos civiles y políticos de los ciudadanos centroamericanos.

El 30 de marzo de 1990: delegados de la Comisión Nacional de Reconciliación y la Unidad Revolucionaria Nacional de Guatemala –URNG- firmaron en Oslo Noruega un “Acuerdo Básico para la búsqueda de la Paz por medios Políticos” conocidos como el

“Acuerdo de Oslo” y nombra al Obispo Quezada Toruño como “Conciliador” del proceso.



1.4.2. Negociación y firma de los Acuerdos de Paz

El 26 de abril de 1991: se inició la negociación directa y se aprueba el “Acuerdo de México”, que contiene las normas de procedimiento y temario.

El 25 de julio 1991: se suscribió el Acuerdo Marco sobre democratización para la búsqueda de la paz por medios políticos en Querétaro, México.

El 10 de enero, 1994: se suscribió el “Acuerdo Marco para la Reanudación del Proceso de Negociación entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca”, en México DF, también se crea la Asamblea de la Sociedad Civil con Monseñor Quezada Toruño como presidente.

El 29 de marzo de 1994: se suscribe el Acuerdo Global de Derechos Humanos en México DF.

El 17 de junio 1994: se suscribió el Acuerdo para el reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado en Oslo, Noruega.

El 31 de marzo 1995: se firmó el Acuerdo de Identidad y Derechos de los pueblos indígenas México.

El 12 de febrero ,1996: el Gobierno y la URNG emitieron un comunicado conjunto en el que informan sobre un encuentro directo ocurrido en diciembre de 1995.

El 6 de mayo, 1996: se suscribió el Acuerdo sobre aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, en México. D.F.

Diciembre, 1996: se firmaron los siguientes Acuerdos:

Día 4: Acuerdo sobre definitivo CESE AL FUEGO, en Oslo, Noruega.

Día 7: Acuerdo sobre reformas Constitucionales y régimen electoral, en Estocolmo Suecia.

Día 12: Acuerdo sobre bases para la incorporación de la URNG a la Legalidad, en Madrid España.

El 27 de diciembre, 1996: se publicó el Decreto número 145-1996, Ley de Reconciliación Nacional tal como fue acordado en la reunión de Esquipulas II, la cual se constituye en un instrumento para reconciliar a las personas que estuvieron

involucradas en el enfrentamiento armado interno así como la extinción total de la responsabilidad penal por delitos políticos cometidos durante este.

El 29 de diciembre de 1996: se suscribieron en la Ciudad de Guatemala el Acuerdo de Paz firme y Duradera y el de Cronograma para la implementación cumplimiento y verificación de los Acuerdos de Paz.

A partir de ello, es muy importante señalar que en los Acuerdos de Paz suscritos el 29 de diciembre de 1996, que por primera vez se reconoció a Guatemala como una nación multiétnica, pluricultural, multilingüe.

La suscripción del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los pueblos indígenas y el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, es en donde se establecen para el Estado de Guatemala, compromisos, recomendaciones y reconocimientos en favor de los pueblos indígenas. Es por ello que es evidente como en la historia del país queda plasmado que después de la firma de los Acuerdos de Paz se sientan verdaderamente las primeras bases para el reconocimiento y respeto de los derechos de pueblos indígenas y es en esta temporalidad en que al igual Guatemala por medio de la ratificación del Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, se compromete a la aplicación de los derechos Indígenas y sobre todo a respetar y poner en práctica el derecho de consulta.

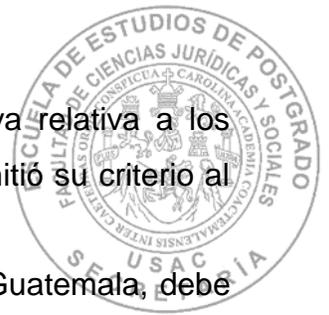
1.5 Contexto Histórico del derecho de consulta a pueblos indígenas

1.5.1 Antecedentes de la Regulación del derecho de consulta en Guatemala

El 31 de mayo de 1985, fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente la Constitución Política de la República de Guatemala de suma relevancia para la historia política y jurídica guatemalteca, siendo una norma suprema que fue producto de grandes acuerdos entre distintos sectores del país, confirmándose con ello un gran aporte a la era democrática.

Siendo Guatemala un país conformado por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, garífuna y xinca en la Constitución

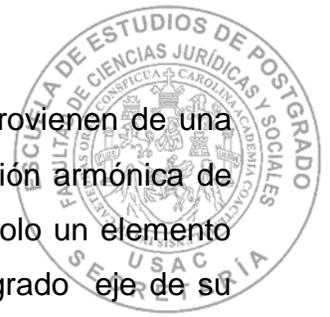




Política de la República se contempló del artículo 66 al 71 normativa relativa a los derechos de los pueblos indígenas y la Corte de Constitucionalidad emitió su criterio al respecto:

De conformidad con el artículo 66 de la Constitución, el Estado de Guatemala, debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, cuyo fin es mantener los factores que tiendan a conservar su identidad, entendiéndose esta como el conjunto de elementos que los definen y a la vez los hacen reconocerse como tal. El Convenio 169 de la OIT versa sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; Guatemala se caracteriza sociológicamente, como un país, multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno... Guatemala ha suscrito, aprobado y ratificado con anterioridad varios instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos de los habitantes en general y de los cuales también son nominalmente destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad. (Opinión Consultiva Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo OIT, 1995, p. 9)

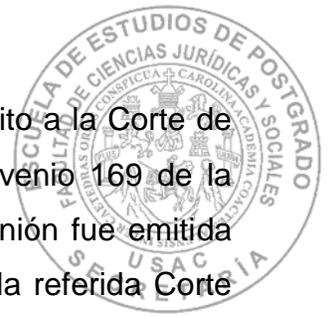
Y es relevante que precisamente durante el proceso de Paz en Guatemala, los derechos de los pueblos indígenas fueron visualizados con prioridad en tal sentido que se incluyeron en el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los pueblos indígenas suscrito entre el Estado de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Guatemalteca el 31 de marzo de 1995 en México. En este Acuerdo en el Capítulo I, párrafo 2, literal c) describe la identidad de los pueblos indígenas a partir de los siguientes elementos:



- a.) La descendencia directa de antiguos mayas. b) Idiomas que provienen de una raíz maya común. c). Una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es solo un elemento más, la tierra es la madre de la vida y el maíz es un signo sagrado eje de su cultura. Está cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de producción material y escrita y por medio de tradición oral, en la que la mujer ha tomado un papel determinando. d) Una Cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maya, una filosofía un legado de conocimientos científicos y tecnológicos una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales y e) La auto identificación.
3. La pluralidad de las expresiones socioculturales del pueblo maya, que incluyen los Achi, Akateko, Awakateco, Chorti, Chuj, Itza, Jakalteco, Kanjobal, Kaqchiquel, Kiche, Mam, Moñan Poqoman, Poqomchi, Qeqchi, Sakapulteco Sipakapense Tektiteko, Tzutujuil y Uspanteko, no han alterado la cohesión de su identidad. (Gobierno de Guatemala, 1995, p. 38)

En este Acuerdo se acordó que el Gobierno de Guatemala, impulsara la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) instando a los partidos políticos con representación en el Congreso a que agilizaran su aprobación. Asimismo se instaría a que el Gobierno promoviera la aprobación del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las instancias apropiadas de la Organización de las Naciones Unidas.

Es así como con fecha 5 de marzo de 1996, aún antes de la suscripción del Acuerdo de Paz firme y duradera, el Congreso de la República de Guatemala aprueba el Decreto 9-96 de Congreso de la República que fue publicado en el Diario de Centro América con fecha 28 de marzo de 1996 y entraba en vigencia 8 días después de su publicación con ello se incorporaba al ordenamiento jurídico del país.



Previo a su aprobación por parte del Congreso este organismo solicitó a la Corte de Constitucionalidad opinión consultiva sobre la compatibilidad del Convenio 169 de la OIT con la Constitución Política de la República de Guatemala, la opinión fue emitida mediante el expediente número 199-95 del 18 de mayo de 1995, allí la referida Corte estimo: “El contenido de las normas del Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, no contradice la Constitución Política de la República.”

Con ello, el Convenio 169 se convierte en una norma de relevante importancia en materia de participación de pueblos indígenas siendo el derecho de consulta previa, la institución de mayor preeminencia en este sentido.

La importancia del Convenio no es solo que convierte en una norma de derecho interno, sino que en parte del ius cogens internacional, sujeto a la fiscalización por parte del único organismo que, además de multilateral, es tripartito, como la Organización Internacional del Trabajo. (Consejo de los Pueblos de Occidente, Movimientos Sindical Indígena y Campesino Guatemalteco.2010. p. 11)

Por lo cual es apartir de que Guatemala acepta el Convenio 169 de OIT que nace la norma que obliga al Estado de Guatemala a realizar la consulta a pueblos indígenas.

El Convenio prevé que los gobiernos deberan asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar al respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos respetando su identidad social y cultural sus costumbres y tradiciones y sus instituciones; que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida. (Consejo de los Pueblos de Occidente, Movimientos Sindical Indígena y Campesino Guatemalteco. 2010 p.12)



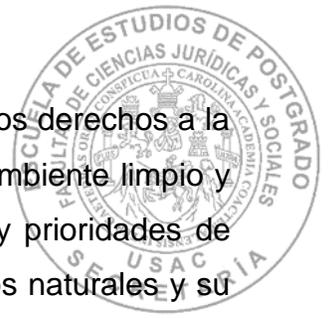
1.6 Consulta pueblos indígenas

Debe ser un proceso que se desarrolle entre las partes involucradas pueblos indígenas u originarios en Guatemala cuya identidad pertenezca a un lugar definido identificado con su propio idioma, cultura y territorio, siendo también parte involucrada el Estado de Guatemala y al igual personas individuales o jurídicas nacionales o internacionales que pretendan desarrollar proyectos que afecten o puedan afectar la vida de los pueblos indígenas; y debe darse como un proceso de participación de forma directa teniendo como objetivo la búsqueda de soluciones a aquellas situaciones que puedan afectar de forma directa e indirecta su desarrollo humano, su cultura, su propiedad, su ecosistema, su integridad.

En principio la consulta ha sido practicada desde siempre dentro de los pueblos indígenas de Guatemala como parte de una herencia ancestral, como refiere el texto citado en el libro Sagrado Maya Popol Wuj, (Colop, 2008) “Llegaron para juntarse y celebraron consejo en medio de la oscuridad, en el amanecer. Cuando buscaron y discutieron; reflexionaron y meditaron, aquí. De esa manera surgió la idea clara, diáfana”; (pp. 127,128). A través del dialogo la consulta ha sido el instrumento por medio del cual se ha llegado a consensos siempre en búsqueda del bien común.

(Procuraduría de los Derechos Humanos Guatemala, 2018). Establece que La Corte Interamericana de derechos humanos ha determinado que los principios de consulta y consentimiento constituyen, en conjunto, una norma esencial que protege el ejercicio de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y funcionan como un medio para garantizar su observancia. Por lo tanto, la consulta es un derecho que complementa y contribuye a dar efectividad a otros derechos sustantivos (p.4.).

Por ello, es necesario referir a que en cuanto al marco de explotación de los recursos naturales entre los derechos sustantivos fundamentales de los pueblos indígenas que pueden verse afectados figura (...) el derecho a la propiedad, la cultura, el ecosistema, la religión, la discriminación en cuanto al uso de las tierras, los territorios y los recursos naturales, lo cual incluye los lugares y objetos sagrados, como es de reciente conocimiento los grandes descubrimientos en lo que llamaron la Megalópolis



Maya y los impresionantes tesoros ancestrales encontrados en Peten; los derechos a la salud integral y verdadero bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable y los derechos a establecer y fijar sus propias normativas y prioridades de desarrollo en los que debe incluirse el derecho al goce de sus recursos naturales y su respectiva explotación, como parte de su derecho fundamental a la libre determinación, esto último tal y como lo establece el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Acerca del contenido y alcances del derecho a la consulta la Corte de Constitucionalidad ha establecido que: “(...) el derecho de consulta de las poblaciones indígenas opera como una extensión o primera línea de defensa de otros derechos fundamentales, tales como el de propiedad a la cultura, a la salud, libertad de culto, entre otros.” (Procuraduría de los Derechos Humanos, 2018).

Es importante hacer referencia a los principios internacionales relativos a la Consulta de pueblos indígenas, cuyos principales ponentes son los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas.

James Amaya, Relator especial de Naciones Unidas, especificó y agrupó en seis, los principios internacionales aplicables a la consulta de los pueblos indígenas.

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

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



1.6.1 La consulta debe realizarse con carácter previo

Es un punto de gran trascendencia ello derivado a que en la mayoría de casos que se han dado en Guatemala, se ha visto afectado grandemente el derecho de los pueblos indígenas y en su mayoría se han ocasionado daños irreversibles para la salud y la vida integral de los pueblos indígenas, tal es el caso de los daños que han sufrido la población ubicada en los alrededores de la Mina Marlin en San Miguel Ixtahuacán, departamento de San Marcos en el Occidente del país, donde inclusive perdieron la vida niños y otros quedaron afectados por enfermedades tanto de piel como enfermedades gastrointestinales. De allí que es evidente que la consulta debe realizarse previa tomando en cuenta el respeto a los derechos humanos inherentes de los pueblos originarios y que las decisiones administrativas que deba tomar el Estado de Guatemala vele, porque la consulta deba realizarse de forma previa a autorizar cualquier proyecto en el cual deba explotarse recursos de dichas poblaciones y en cualquier otra decisión que afecte derechos de pueblos indígenas de Guatemala.

Es por ello que el carácter previo de la consulta no debe ser objeto de discusión, puesto que el artículo 6 del Convenio 169 y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas no dejan duda al respecto.

El Relator informa que, dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales, siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión. Ejemplo, es la consulta sobre la reforma constitucional mexicana de 2001 sobre de los pueblos indígenas, donde la OIT expresó que, las “audiencias ante el Congreso”, si bien permitieron que representantes de los pueblos indígenas “se expresaran”, dichas audiencias no constituyeron “consultas sistemáticas con organizaciones...representativas”. En este sentido, el Comité consideró que dichas audiencias no constituyeron “un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos”.



1.6.2 La consulta no se agota con la mera información

Debe ser entendido que la consulta a pueblos indígenas, debe ser un proceso serio y consiente de que cada miembro de los pueblos indígenas, puede expresar de forma libre su voluntad sobre su postura acerca de algún proyecto que pueda afectar su entorno natural, es por ello que la información es de vital importancia sobre los beneficios y efectos negativos que producirá la decisión de un proyecto en su entorno natural, en tal sentido después de ser ampliamente informados en su propio idioma, en forma clara y sin obviar ninguna información, con amplias exposiciones, los miembros de los pueblos originarios tienen derecho a exigir que expertos en la materia y de forma completamente imparcial puedan aclarar dudas que se generen, exijan estudios de impacto ambiental y estos sean certificados a nivel internacional por organizaciones imparciales, a efecto de evitar cualquier circunstancia que pueda cambiar la información o parcializarla. En un pueblo verdaderamente informado de las consecuencias que generaría un proyecto de explotación de recursos o de impacto ambiental, la población si estuviese en la posibilidad de emitir su opinión, de lo contrario no puede darse por válida la mera información y hacerla pasar como consulta a pueblos indígenas.

1.6.3 La Consulta debe ser de buena fe

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

de Trabajo, un clima de “enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca” es una barrera fundamental para llevar a cabo las consultas productivas.



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

El Relator certeramente cita a la Organización Internacional de Trabajo señalando que, no deben confundirse las “instituciones representativas de los pueblos indígenas” con las “organizaciones más Representativas” de estos pueblos. La representatividad de los pueblos indígenas debe estar desprovista de oportunismos y cooptaciones empresariales y estatales que impidan una consulta adecuada. Debido a la diversidad cultural y por lo tanto de particulares formas de organización comunitaria. Teniéndose en cuenta los siguientes criterios mínimos de representatividad: 1. Depende contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas, 2. Debe atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos. 3. Debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos y 4. Conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género, solo puede ser adecuada a un contexto de respeto al ejercicio de la pluralidad jurídica y no de subordinación o asimilación.

1.6.5 La consulta debe ser sistemática y transparente

Cuando el Relator se refiere al contenido sistemático y transparente de la consulta, dicho contenido deriva del deber del estado de realizar consultas lo cual no debe significar una flexibilidad absoluta en la organización y realización de los procesos consultivos Las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes.



1.6.6 El alcance de la consulta

Este principio se refiere al tan discutido carácter vinculante de los resultados de una consulta. Es necesario aclarar que una discusión es la obligación de Estado de realizar la consulta y otra el carácter vinculante de sus resultados. Por la importancia que remarca este tema será discutido en un subtítulo posterior dentro de la presente investigación.

La consulta y la participación son los objetivos principales dentro del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, siendo una piedra angular dentro del convenio. Siendo entonces la consulta a pueblos indígenas un proceso que reconoce y garantiza el pleno ejercicio de una participación activa en la planificación, ejecución y seguimiento de políticas y proyectos que tengan incidencia en sus recursos naturales, o su hábitat y su cosmovisión.

1.7 Naturaleza del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala

La naturaleza del derecho de consulta a Pueblos indígenas es jurídica y está reconocido en principio por la Constitución Política de la República de Guatemala, dentro de la Sección Tercera del Capítulo II, Título II lo relativo a, Comunidades Indígenas, dedicando específicamente 5 artículos, siendo estos el 66, 67, 68, 69, 70.

El artículo 66: establece que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, señalando que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, sus idiomas y dialectos.

El artículo 67: establece que gozaran de especial protección del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial que garanticen su posesión y desarrollo, las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tendencia comunal o colectiva de propiedad agraria.



El artículo 68: contempla que mediante programas especiales y legislación adecuada el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

Artículo 69: establece que la legislación debe proteger y garantizar condiciones adecuadas, de salud, seguridad y previsión social así como regulación de salarios y derechos pertenecientes en materia laboral a los pueblos indígenas.

Por último el artículo 70: prevé que una Ley a la fecha no emitida, regulará lo emitido en esta sección; es decir, a la protección de los grupos étnicos, a las tierras y cooperativas agrícolas indígenas y a su calidad como trabajadores.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, el 3 de mayo de 1996, mediante el Decreto Número 09-96, su contenido íntegro tiene como objetivo primordial el respeto por los derechos de los pueblos indígenas y en especial el derecho de consulta, mediante procedimientos apropiados y en especial mediante instituciones representativas, cada vez que se prevean medias legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El Convenio 169, reconoce la diferencia cultural ideológica, social y económica. Construye unidad dentro de la diversidad, respeto a las culturas, se reconoce a los pueblos como una identidad propia y sus derechos colectivos, se acepta y respeta los valores culturales las prácticas indígenas y sus propias autoridades, para regular la convivencia social. Se promueven programas con la participación, consulta y decisión de los pueblos indígenas, promueve instrumentos internacionales y leyes consuetudinarias como alternativas legales y de justicia, la plena promoción y desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es fundamentalmente por un proceso de auto identificación, promueve la protección de los derechos, los recursos naturales, reconoce la relación especial del pueblo indígena con la tierra, no hay un futuro indígena sin tierra y se establece la necesidad de una educación apropiada, según la cultura, historia, aspiraciones sociales y económicas, la validez del

idioma materno como espacio de seguridad, canal apto de comunicación símbolo de la identidad.



1.8 Vinculación del derecho de consulta a pueblos indígenas con respecto a la Constitución Política de la República

La Constitución Política de la República de Guatemala, tiene una intrínseca relación con el reconocimiento del derecho de pueblos indígenas, todo ello, porque el reconocimiento de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países independientes como parte del catálogo de los derechos fundamentales protegidos por la constitución política, demanda al Estado de Guatemala, en general la realización de cualesquiera modificaciones estructurales que sean necesarias en sus instituciones y legislación interna para darle eficaz cabida en el contexto nacional.

La tutelabilidad de la consulta en la jurisdicción constitucional es solo una de la repercusiones que deben derivar de ese reconocimiento, pues aquel entramado normativo que aloja derechos y principios esenciales no opera únicamente como parámetro para que los jueces constitucionales examinen la legitimidad de las actuaciones gubernamentales, sino, en primer lugar, constituye punto de partida del ordenamiento jurídico vigente que toda población especialmente a las autoridades deben observar y aplicar. Ello implica que ante las solicitudes de proyectos, operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales los órganos competentes están obligados a atender los preceptos atinentes que estén contenidos, en las leyes ordinarias y disposiciones reglamentarias vigentes, como en los instrumentos de derecho o internacional, ratificados y reconocidos por Guatemala.

El derecho de consulta a pueblos indígenas está vinculado por medio de la Constitución Política de la República de Guatemala, estos compromisos se adquieren en virtud de la ratificación de los tratados y convenciones internacionales en cuanto a Derechos de pueblos indígenas y sobre todo a partir de lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala sobre:



- a) La preeminencia de los instrumentos internacionales sobre el derecho interno (artículo 46).
- b) La inclusión de otros derechos y garantías inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución (artículo 44)
- c) Normar las relaciones entre el Estado de Guatemala, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales, con el objeto de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos (artículo 149).

Es por ello que se afirma que la falta de aplicación del derecho de consultar a los pueblos indígenas, conlleva una violación a un derecho reconocido a los pueblos indígenas y una violación a las obligaciones internacionales, a ese respecto la propia Corte de Constitucionalidad ha establecido que:

El derecho de consulta, que involucra el amplio concepto de negociación, de las poblaciones afectadas, plasmado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Declaración de las naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas (...) deriva en un compromiso estatal de cumplimiento ineludible especialmente si se toma en cuenta que se trata de normativa internacional que por su contenido está dotada de preeminencia sobre la legislación ordinaria, al tenor de lo preceptuado en el artículo 46 de la Constitución Política de la República (Sentencia Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2009).

Aquí fundamentalmente descansa el compromiso de Guatemala en observar el derecho de consulta cuya fortaleza se encuentra tanto en la propia Constitución, en el artículo 149 que literalmente establece:

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.



La Corte de Constitucionalidad ha expresado en diversos fallos, que el artículo 149 de la Constitución persigue garantizar la observancia irrestricta y de buena fe de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala, más aún cuando se trata del ámbito de los derechos humanos, cuya preeminencia es reconocida por el artículo 46.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que esta disposición constitucional reconoce, explícitamente la validez del Derecho Internacional convencional, el cual debe interpretarse conforme a los principios de *pacta sunt servanda* y de buena fe. Este principio y el referido a que un Estado parte de un tratado no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado, tienen su fundamento en los artículos 26 y 27 respectivamente de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del cual Guatemala es parte.

Asimismo, la Corte de Constitucionalidad reconoció que la normativa internacional de derechos humanos que reconoce el derecho a la consulta, forma parte del bloque de constitucionalidad. La Corte expresó que “el consentimiento y/o la ratificación de los dispuesto en los documentos multilaterales-tratados internacionales-supone para el Estado de Guatemala, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconcomiendo normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal-sobre en cuanto a la legislación aplicable. (Procuraduría de los Derechos Humanos, 2018, p. 2).

Capítulo II



2 Marco jurídico sobre el derecho de consulta a pueblos indígenas

2.1 Marco jurídico nacional

Es importante referir que, como parte de la presente investigación, se ha incorporado la legislación nacional en primer término; sin embargo, es necesario tener presente que los primeros avances en materia de legislación y reconocimiento de derechos de pueblos indígenas y sobre todo del derecho de consulta a Pueblos indígenas es reconocida inicialmente a nivel internacional, especialmente en el Convenio 107 “Relativo a la Protección e integración de las Poblaciones Indígenas y de otras poblaciones tribales y Semitribales en los Países Independientes en (1957) Convenio del Organización Internacional del Trabajo, previo al Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes. El marco jurídico internacional se analiza en presente capítulo más adelante.

2.1.1 Constitución Política de la República de Guatemala

Es importante tomar como punto de partida la jerarquía de las normas a la cual hizo referencia el jurista Hans Kelsen y que ubicó en la cúspide la suprema norma; es decir, la Constitución Política de la República de Guatemala, emitida por la Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1985, una constitución que es digno reconocer en avanzada, que reguló ampliamente los derechos fundamentales de la persona humana, fijando como fin supremo la realización del bien común y específicamente en materia de derechos de pueblos indígenas en el capítulo II Sección Tercera titulado Comunidades Indígenas destinando al efecto el artículo 66. Protección a grupos étnicos, estableciendo que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, señalando que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, sus idiomas y dialectos.

Como podrá observarse se denomina grupos étnicos por la corriente asimilacionista, que se tenía en la época en que fue redactada la Constitución Política de la República

de Guatemala, pero es importante que el Estado reconozca sus formas de organización, sus idiomas, costumbres y tradiciones.



El artículo 67 establece que gozarán de especial protección del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial que garanticen su posesión y desarrollo, las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tendencia comunal o colectiva de propiedad agraria.

A pesar que existe esta normativa los pueblos indígenas son los más vulnerables en cuanto a la posesión de tierras en comunidad o tenencia colectiva, porque como quedó plasmado en el caso de la Mina Marlín en Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán del departamento de San Marcos dentro de las Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH, se vulneró la propiedad comunitaria.

El artículo 68 contempla que mediante programas especiales y legislación adecuada el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

Es una obligación del Estado dotar de programas especiales a la población para proveerle de tierras estatales.

Artículo 69 establece que la legislación debe proteger y garantizar condiciones adecuadas, de salud, seguridad y previsión social, así como regulación de salarios y derechos pertenecientes en materia laboral a los pueblos indígenas.

Ha quedado demostrado, según conocimiento general, informe de Relatores Especiales en materia de derechos Humanos y la medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Mina Marlín, la vida, la salud y la integridad física de las poblaciones indígenas se ha visto gravemente afectada por proyectos extractivos o de industria que se han instalado sin la referida consulta a pueblos indígenas.

Por último, el artículo 70, prevé que una Ley a la fecha no emitida, regulará lo emitido en esta sección.; sin embargo, esa ley a la fecha no ha sido emitida por falta de interés de los gobiernos que han transcurrido. Y es aquí donde se evidencia que aún se sigue excluyendo en gran medida los derechos adquiridos de los pueblos indígenas.



No obstante, que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, el Estado al reconocer los derechos establecidos en el artículo 66 Constitucional, de conformidad con lo que expuso la Corte de Constitucionalidad en la Opinión consultiva sobre el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- en mil novecientos noventa y cinco se interpreta en el sentido que Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado Unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y de las diversas expresiones socio-culturales de los pueblos indígenas, lo que aún mantiene la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia maya.

2.1.2 La aprobación y ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-

Sobre pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (Ginebra, 27 de junio de 1989) y en Guatemala aprobado por el Decreto número 9-96 del Congreso de la Republica del 5 de marzo de 1996, ratificación inscrita en la OIT el 5 de junio de 1996 y en vigencia el 5 de junio de 1997, que establece las normas y procedimientos dirigidos al reconocimiento de los pueblos indígenas, así como lograr el goce real y efectivo de sus derechos humanos fundamentales. Este Convenio es objeto de análisis y estudio en el apartado de normativa internacional.



2.1.3. Los Acuerdos de Paz

Significaron para Guatemala no únicamente, la finalización de un sangriento y doloroso episodio cruel en la historia de Guatemala, también significó el replanteamiento de un nuevo escenario y el punto de partida de diversidad de legislación demandados en los compromisos adquiridos en los Acuerdos de Paz y otros inspirados sobre las bases de una nación, que hasta en ese momento dichos Acuerdos reconocen a Guatemala como una nación multiétnica, multicultural y multilingüe.

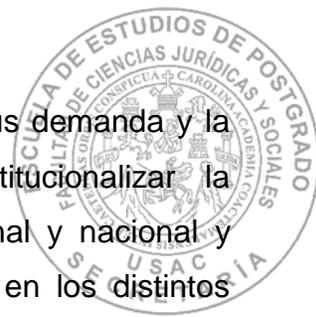
De allí que era necesario que entre dichos acuerdos incluyera el Acuerdo específico sobre la Identidad y Derechos de pueblos indígenas, suscrito por el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional de Guatemala –URNG-; constituyéndose en la base potencial para eliminar las relaciones racistas y discriminatorias hacia la población indígena, ejercida en todos los ámbitos.

Este acuerdo es una reivindicación a los derechos inherentes a los pueblos indígenas, los cuales fueron ignorados completamente durante los 36 años de Conflicto Armado Interno. Este acuerdo fue firmado en México el 31 de marzo de 1995 y en uno de los considerandos plenamente expresa que la realidad histórica ha afectado y sigue afectando profundamente a dichos pueblos, negándoles el pleno ejercicio de sus derechos y participación política y entorpeciendo la configuración de la unidad nacional que refleje, en su justa medida y con su plenitud de valores, la rica fisonomía plural de Guatemala, que en tanto no se resuelva este problema la sociedad guatemalteca, sus potencialidades económicas, políticas, sociales y culturales jamás podrán desenvolverse en toda su magnitud y ocupar en el concierto mundial el lugar que le corresponde por su historia milenaria y la grandeza espiritual de sus pueblos.

Todos los asuntos de interés directo para los pueblos indígenas demandan ser tratados por y con ellos y el presente acuerdo busca crear, ampliar y fortalecer las estructuras, condiciones, oportunidades y garantizar de participación de los pueblos indígenas, en el pleno respeto de su identidad y del ejercicio de sus derechos.

En este acuerdo, se reconoce que los pueblos indígenas han sido marginados en la toma de decisiones en la vida política del país, haciéndoles extremadamente difícil, si

no imposible su participación para la libre y completa expresión de sus demanda y la defensa de sus derechos, en consecuencia es necesario institucionalizar la representación de los pueblos indígenas en los niveles local, regional y nacional y asegurar su libre participación en el proceso de toma de decisión en los distintos ámbito de la vida nacional.



El Gobierno se ha comprometido a promover las reformas legales e institucionales que faciliten, normen y garanticen la participación de los pueblos indígenas.

Derivado de este compromiso asumido por el Gobierno de Guatemala respecto a la participación de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones en los asuntos propios de la comunidad, resultado de ello es el Código Municipal vigente Decreto número 12-2002 y la Ley General de Descentralización decreto número 14-2002 y la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, decreto número 11-2002, con esta trilogía de leyes se vislumbró una postura positiva a favor del respeto de los derechos fundamentales individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

2.1.4 Ley Marco de los Acuerdos de Paz

Por medio de esta ley se establecieron normas y mecanismos que regulen y orienten el proceso de cumplimiento de los Acuerdos de Paz y se reconoció a los Acuerdos de Paz el carácter de compromisos de Estado, cuyo cumplimiento requiere de acciones a desarrollar por las instituciones públicas y por las personas individuales y jurídicas, en el marco de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Decreto Número 52-2005 que contiene la Ley Marco de los Acuerdos de Paz surgió de la intención del Estado de cumplir con los compromisos adquiridos y el involucramiento de los Organismos del Estado y de las diversas fuerzas sociales políticas y nacionales, con el fin de darle un nuevo relanzamiento a los Acuerdos de Paz renovar y fortalecer la institucionalidad de la Paz en su conjunto.



2.1.5 El código Municipal Decreto No. 12-2002

Establece en los artículos 20, 21, 55, 56, 57, 58, 59 y 65, el respeto a las comunidades de los pueblos indígenas, a su forma de cohesión social, a sus formas de organización y administración, respetando su identidad y sus valores, reconocen las alcaldías indígenas, las alcaldías comunitarias o alcaldías auxiliares en la toma de decisiones con vínculos al gobierno municipal. Y específicamente el artículo 65, refiere lo relativo a Consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio, siendo necesario cuando la naturaleza del asunto afecte en particular derechos e intereses de la relacionada población.

2.1.6. Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Decreto No. 11-2002

En esta ley ya se integra dentro de los Consejos Nacional de Desarrollo urbano y rural, los representantes de los pueblos maya, garífuna y xinca.

El artículo 23. Designa ya tomar en cuenta los Consejos de Asesores Indígenas, tomando en cuenta sus propios principios, valores, normas y procedimientos.

Artículo 26. Refiere a la Consulta a pueblos indígenas y establece que en tanto no se emita la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo.

El espíritu de lo descrito en este artículo implica únicamente la intención de coadyuvar al desarrollo de la consulta; sin embargo, como hemos podido apreciar a lo largo de la presente investigación la consulta establecida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo ha sido establecida a todo el pueblos indígenas que se verá afectado por el establecimiento de algún proyecto o una decisión administrativa.



2.1.7 Código Penal

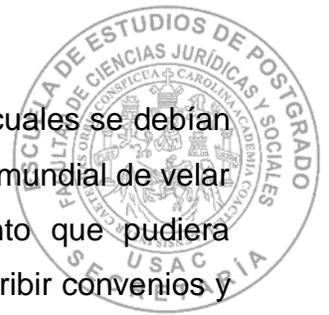
En el artículo 202 Bis. Establece el delito de Discriminación, estableciendo que debe entenderse por discriminación, haciendo énfasis en es toda exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere o dificultare, a una persona, grupo de personas o asociaciones, el ejercicio de un derecho legalmente establecido incluyendo el Derecho consuetudinario o costumbre, de conformidad con la Constitución Política de la Republica y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.

El derecho de consulta a los pueblos indígenas es un derecho reconocido a nivel internacional y nacional por lo cual cuando se da su negación se puede estar incurriendo en discriminación por parte de sus autoridades responsables de su implementación.

2.2 Marco Jurídico Internacional

Es importante poder hacer referencia que uno de los acontecimientos más importantes en la historia de la humanidad se enmarca precisamente en la Declaración de los Derechos humanos, es importante recordar que, el mundo había sufrido el embate de dos terribles guerras mundiales y con ello el más absoluto y evidente desprecio por la vida y la dignidad de los seres humanos, es así que nace con una nueva fortaleza el resurgimiento del tema de los derechos humanos, que dicho sea de paso marcó el más próximo referente de estos tiempos para salvaguardar la vida y la integridad de miles de personas en el mundo.

La comunidad internacional por medio de la Organización de las Naciones Unidas se constituyó y organizó, con un foro, con el fin exclusivo de conservar la paz a nivel mundial y es que precisamente después del análisis de las grandes consecuencias que significó para la humanidad la violación a sus derechos era inminente que se pudiera



unificar por medio de todas las naciones del mundo un acuerdo sobre cuales se debían reconocer y respetar como derechos humanos y asumir el compromiso mundial de velar cada nación por estos derechos previendo para ello un instrumento que pudiera contener todos estos derechos, pero al mismo tiempo se pudieran suscribir convenios y pactos que dieran la vinculación jurídica a los Estados miembros para su estricto cumplimiento, estableciendo con ellos tribunales internacionales que tendrían como objetivo la búsqueda del cumplimiento eficaz del respeto de los derechos humanos que se plasmarán en los referidos instrumentos.

Es así como se presentó a la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 el proyecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por consenso y constituida como principal código de conducta internacional. De esta forma nació el primer documento que integra la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Esta Carta fue completada posteriormente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo adicional. En torno a ellos se ha desarrollado una multitud de Convenios regionales que consagran y protegen estos derechos por medio de una aceptación generalizada y por lo tanto como una norma vigente. Tal es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); la Carta de la Organización de los Estados Americanos-OEA-, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969); la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981); y la Carta Árabe de los Derechos Humanos (1994). (Instituto de Investigaciones Jurídicas URL, 2008, p. 13)

Es importante señalar que con estos convenios, declaraciones y tratados a los cuales una gran mayoría de naciones del mundo aceptaron y ratificaron, se hizo necesario la aparición de varios organismos regionales de carácter oficial de los cuales se hicieron cargo de la promoción y estudio de los derechos humanos, pudiendo mencionar entre ellos: la Corte y Comisión Europea de Derechos Humanos; la Corte y la Comisión interamericana de Derechos Humanos; la Comisión Africana sobre Derechos Humanos



y de los Pueblos, al Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y a la Corte Penal Internacional.

Para efectos de la presente tesis es muy importante hacer referencia a que a partir de que se concluyen la Carta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el desarrollo de los Convenios, Tratados y Declaraciones con ellos fue concientizándose la necesidad de poder ir en forma progresiva y necesariamente tomando en cuenta los derechos de pueblos indígenas, no como una minoría si no una gran parte de la poblaciones del mundo que merecen respeto a sus derechos inherentes y un marco jurídico especial derivado a que históricamente han sido excluidos, marginados o minimizados.

Así lo señaló la señora Cristina Trollnas de Chavez, en su disertación en la VI Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos; paralelamente, la Declaración Universal propició, en las décadas siguientes a su promulgación, el insinuado desarrollo teórico de temas afines a derechos humanos, la promulgación de nuevos y cada vez más amplios derechos en particular llamados Derechos de Pueblos o de tercera generación, mediante un grupo considerable de Convenios como el Derecho a la Paz, al Desarrollo a la Protección al Ambiente y otros. (Instituto de Investigaciones Jurídicas URL, 2008, p. 14)

Sin lugar a duda la celebración de todos estos Convenios, Tratados y declaraciones ha tenido efectos positivos para el caso de Guatemala, sobre todo, porque ha sido un país anuente a la suscripción aprobación y ratificación de la referida normativa internacional y con ello se ha obligado a respetar los derechos humanos y con atención especial a los pueblos indígenas. Y ha servido de inspiración a los legisladores guatemaltecos y la sociedad en sí para preservar la vida de todos seres humanos, la exigencia de leyes y políticas encaminadas a su protección y la conservación de la integridad personal y en sí la aplicación de los derechos Humanos.

En palabras del Secretario de las Naciones Unidas Ban Ki-moon: es nuestro deber garantizar que estos derechos se hagan efectivos en realidad, que sean conocidos, comprendidos y disfrutados por todos, en todos los lugares del mundo. Con frecuencia, los que más necesitan que se protejan sus derechos humanos son los que también necesitan estar informados de la existencia de la Declaración- y

que exista para todos. (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2008, p. 13).

Es por todo lo antes referido que es necesario desarrollar a continuación todo el marco jurídico internacional que lleva consigo especialmente elementos esenciales para los derechos de pueblos Indígenas.



2.2.1 Convenios y tratados Internacionales en Materia de pueblos indígenas

2.2.1.1. La Convención Americana sobre derechos humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica)

Fue suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978, conforme el artículo 74.2 de la Convención.

A este respecto, no se debe olvidar que la Declaración Universal de los derechos Humanos fue creada como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicaciones universales y efectivos, tanto entre los Pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948).

A continuación, se describen algunos artículos de la Convención de Derechos Humanos importantes para el desarrollo de la presente investigación, referentes a los derechos humanos de los pueblos indígenas:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en él y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna o por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones



políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es importante destacar en el anterior artículo a nivel mundial los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertados de todos sus habitantes sin distinción alguna con lo cual hace hincapié en que a todos sin distinción se les respetaran sus derechos.

Artículo 24 Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley.

Aquí podemos analizar ese espíritu de la ley resguardo a todos por igual, sin distinción alguna.

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de las los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Este artículo es fundamental para comprender que es obligación del Estado adoptar medidas de cooperación internacional para unificar esfuerzos y progresivamente lograr la efectividad de los derechos humanos de todos los habitantes de un Estado, especialmente en temas de educación, ciencia y cultura.

Artículo 41. La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Estimula la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estado miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. (Organización de Naciones Unidas, 1969).

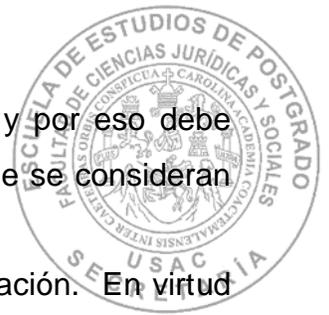
Es importante destacar el papel importante que tiene esta comisión como un aparato de control, observancia y protección de los derechos reconocidos en el Pacto, recreando conciencia en materia de derechos humanos, realizando recomendaciones a los Estados miembros e inspirando a la progresividad de los derechos humanos, sobre todo los derechos llamados de tercera generación donde encontramos los derechos de pueblos indígenas.



2.2.1.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

Este Pacto es parte de la Carta de Naciones Unidas y esta carta se considera el mayor logro de la humanidad organizada y representada y el mayor referente jurídico internacional en materia de derechos humanos, como un instrumento de protección a la humanidad. Este Pacto inspira derechos de tipo económico, social y cultural de forma amplia y desarrollada, y es de reconocer que en Guatemala nuestra Constitución Política de la República contiene un marcado desarrollo de los derechos humanos y se compromete a impulsar los derechos económicos, sociales y culturales; sin embargo, la realidad actualmente nos muestra que después de los 36 años de enfrentamiento armado interno y 21 de la firma de los Acuerdos de Paz la violencia social ha aumentado y los índices de pobreza y los índices de analfabetismo no dan cifras alentadoras, sobre todo cuando se realiza el análisis del respeto a estos derechos en los pueblos indígenas de Guatemala, donde existe insuficiente cobertura y deficiente calidad en la educación nacional, el trabajo y la explotación infantil de miles de niños y jóvenes indígenas, (los niños tienen que trabajar para poder subsistir por la evidente pobreza y abandono de los pueblos indígenas), los derechos culturales se ven afectados por los rezagos de un Estado que intentó la asimilación y la aculturación.



Guatemala aceptó y ratificó este pacto por lo tanto es ley interna y por eso debe exigirse su cumplimiento. A continuación, se describen los artículos que se consideran importantes en cuanto a los derechos de pueblos indígenas.

Artículo 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y poseen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

En este artículo se reconoce la libertad de determinación de los pueblos entendiéndolo por ello, el derecho para decidir sin coacción, sobre su desarrollo económico, social, cultural y sus formas de organización, atendiendo únicamente a la propia reflexión y decisión de los pueblos.

- 3 Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional, basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Al analizar este artículo es fundamental establecer, que los Estados no podrán privar a un pueblo de sus propios medios de subsistencia, en caso del presente tema de investigación es trascendental que se evidencia como la falta de la consulta previa a pueblos indígenas afecta gravemente este derecho, a partir que en Guatemala se han autorizado proyectos extractivos (minerías) las cuales han afectado la calidad del agua de los ríos de los cuales las poblaciones indígenas es el vital líquido y que este insumo básico al igual es utilizado para sus actividades agrícolas y con ello obtienen los alimentos básicos que les permiten su subsistencia.

Artículo 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios



apropiados, inclusive en particular la adopción de las medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Aquí confirma que Estados partes deben canalizar al máximo sus esfuerzo para implementar progresivamente todas las medidas legislativas encaminadas a alcanzar los acuerdos a los cuales se han comprometido los Estados, por lo cual es deber del Estado de Guatemala, adoptar la ley que contenga el mecanismo de consulta previa a pueblos indígenas para la plena efectividad de los derechos de los pueblos indígenas adquiridos.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Fundamentalmente se garantiza que no exista discriminación alguna y se comprenda que las condiciones de raza, color, idioma, nacimiento posición económica entre otros únicamente debe tomarse como diversidad eliminando cualquier tipo de preferencia derivado de dichas circunstancias.

Artículo 25. Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales. (Organización de Naciones Unidas, 1966).

A la fecha, este Pacto es el instrumento jurídico internacional reconocido por su amplitud en la adopción de las medias necesarias para respeto de los derechos intrínsecos de los seres humanos. Y ha sido el proceso de adopción de normas que han sido traducidas en el caso de Guatemala en la Constitución Política de la República, mediante el llamado bloque de constitucionalidad, leyes ordinarias y políticas públicas encaminadas a preservar la vida e integridad de los guatemaltecos, otorgando prioridad a mejores condiciones sociales, económicas y políticas.



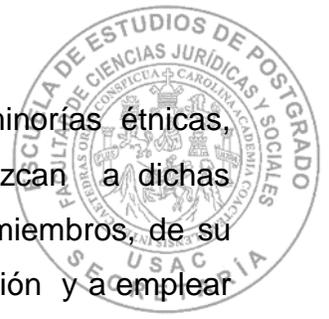
No obstante, su reconocimiento en leyes formales, hay que ser objetivos y evidenciar carencias en su aplicación, sobre todo, en caso de abusos, inequidad y abandono del cual es objeto los pueblos indígenas de Guatemala.

2.2.1.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Ratificado por Guatemala, el 5 de mayo de 1992.

En el presente pacto se tomó que en los Estados donde hubieran minorías étnicas, religiosas o lingüísticas; sin embargo, hay que señalar que se trató de un Pacto celebrado en 1,966, por lo tanto, aun cuando en el se reconoce el derechos de estas pueblos aún no se dimensionaba el carácter progresivo de sus derechos, porque la historia evidencia que se pensó que estas poblaciones con el transcurrir del tiempo desaparecerían; sin embargo, es sumamente importante aclarar que en el transcurso del tiempo y la evolución del derecho internacional y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en el mundo entero, hizo aconsejable adoptar nuevas normas que descartaran la orientación de la asimilación de los pueblos indígenas, reconociéndose las aspiraciones de los pueblos indígenas a sumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, su desarrollo, y fortalecer su identidad, lenguas, religiones dentro del marco de los Estados donde viven.

Por ello debe entenderse que aun en este pacto se refiere a minorías étnicas y culturales, pero de conformidad con lo explicado anteriormente ya no deben ser entendidos como minorías, sino reconocidos como pueblos indígenas, con gran riqueza cultural y una marcada identidad.



Y es claro en establecer que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros, de su grupo a tener su propia vida cultural profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Artículo 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

En el mismo sentido, este Pacto busca que los Estados a lo interno puedan respetar la libre determinación de su población y la búsqueda de su desarrollo económico, social y cultural sin distinción alguna, se reafirma que en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En este pacto se reafirma el interés de la comunidad internacional en que no exista discriminación para ningún ser humano y que protección de los derechos humanos debe prevalecer con equidad para todos.

Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. (Organización de Naciones Unidas, 1966).

Aunque se valora este precepto, porque en esencia se pretende resguardar los derechos de ser humanos que se identifican con minoría; sin embargo, es importante aclarar que, en el caso de Guatemala, la población indígena no es minoría, sino

mayoría y por lo tanto el respeto de sus derechos debe darse en igualdad de condiciones.



2.2.1.4. Declaración sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas

ONU resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1982. Vigente en Guatemala desde el 18 de diciembre de 1992.

Artículo 1.1 Los Estados protegerán la existencia y la identidad étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de su territorio respectivo y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad. Artículo 2.1 las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a disfrutar su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su propio idioma en privado y en público. (Organización de Naciones Unidas, 1982).

Se reitera que con la evolución de la normativa internacional, sobre todo los aportes que en materia de derechos de pueblos indígenas refiere la Organización Internacional del Trabajo y la propia revisión de normativas internacionales han producido nuevas normas dentro de las cuales se hace necesario señalar que no debe minarse la cultura ideológica, social y económica de los pueblos indígenas, si no muy por el contrario ahora se reconoce la riqueza que existe en su cultura, su identidad y sus propias formas de vida y sus principios y valores y los grandes aportes que dan a la sociedad desde su particular cosmovisión.

2.2.1.5. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada “Soberanía permanente sobre los Recursos naturales”

Aprobada por la Asamblea General en su resolución 1803 (XVIII) 1 de diciembre de 1962.

Es importante hacer referencia de esta resolución en virtud que en ella se reconoce la importancia que tiene para los pueblos originarios y en sí a los habitantes de las



naciones la conservación de los recursos naturales y las condiciones en que se puede compartir, autorizar o prohibir la extracción de dichos recursos. Y claramente contempla los casos relacionados a expropiación, requisición los cuales deberán estar claramente fundamentados.

1. El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado.

Se establece que la riqueza de los recursos naturales debe ejercerse en interés del bienestar de sus habitantes.

2. La explotación, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseable para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades.

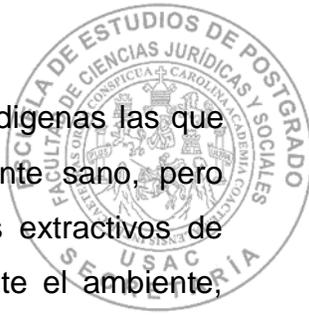
Es básico lo aquí resuelto con base en que corresponde a los pueblos la libre disposición de la explotación de sus recursos, teniendo el poder de decisión sobre ellos.

3. La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero.

Es importante que se considera el derecho de indemnización en caso de perjuicio y deben observarse la normativa nacional e internacional para velar, porque no se violenten los derechos que deben ejercer los pueblos se establece que en caso de no resolverse por la legislación interna pueda resolverse podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional.

5. La violación de los derechos soberanos de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales es contraria al espíritu y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y entorpece el desarrollo de la cooperación internacional y a preservación de la paz. (Organización de Naciones Unidas, 1962).

Es importante referir que se reconoce claramente el ejercicio de los pueblos sobre los recursos naturales en concordancia con lo que establece el Convenio 169 de



OIT, en Guatemala es justo reconocer que son las poblaciones indígenas las que han cuidado de nuestro recursos naturales de un medio ambiente sano, pero también es de reconocer que cuando se han realizado proyectos extractivos de empresas nacionales o extranjeras se ha violentado completamente el ambiente, aunque se pretenda visualizar algo distinto, la misma Corte Interamericana ha reconocido que se ha afectado grandemente el ambiente de las poblaciones indígenas sobre todo en el caso de la sentencia de San Miguel Ixtahuacán, San Marcos, ello derivado de la falta de la consulta a los pueblos indígenas previa a haber instalado la Mina Marlin.

2.2.1.6. La Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio

Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III) de 09 de diciembre de 1948. Entrada en vigor 12 de enero de 1951 de conformidad con el artículo XIII.

La razón por la cual se considera importante la mención de la presente Convención es precisamente por la historia que ha sufrido Guatemala con los vejámenes cometidos durante el Conflicto Armado Interno, la población indígena fue la más afectada, sin olvidar que los orígenes de dicho conflicto fueron las causas estructurales directamente marcadas por la exclusión, el abandono y la discriminación de los pueblos indígenas y del interior del país, plenamente documentado en el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico en Guatemala:

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) concluyó que agentes del Estado de Guatemala, en el marco de las operaciones contrainsurgente realizadas entre 1981 y 1983, ejecutaron actos de genocidio y etnocidio en contra de grupos del pueblo maya, tal como lo establece el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, realizando matanzas contra pueblos mayas. También, porque de acuerdo con la política de tierra arrasada, existió intención de destruir total o parcialmente a grupos étnicos. Asimismo, la CEH registró 626 masacres cometidas por las fuerzas del Estado, apoyadas por estructuras

paramilitares tales como las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC), los comisionados militares y judiciales. El 95 por ciento fueron perpetradas entre 1978 y 1984 y en este período el 90 por ciento fueron ejecutadas en áreas habitadas predominantemente por el pueblo maya. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2008, p. 45)



De ello deriva en que cite a continuación algunos artículos que se consideran relevantes para esta investigación, porque como se podrá observar históricamente esa causa de exclusión y discriminación a los pueblos indígenas sigue latente en todos los ámbitos, económicos, educativos, salud, bienestar integral y se ha relegado su pleno derecho de consulta, aún cuando el Estado se ha comprometido a realizar el marco legislativo que se haga obligatoria la consulta. La falta de consulta ha expuesto a los pueblos indígenas a lesiones a su integridad física, como puede conocerse muchos de los proyectos de extracción instalados en territorio de pueblos indígenas les ha traído como consecuencia enfermedades e incluso muerte, atribuidas a los efectos ambientales que producen los químicos utilizados en las extracciones. Por ello se cita lo que al respecto establece el referido convenio.

Artículo I: Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Es importante detenernos a analizar que los Estados se comprometen a prevenir y unir sus esfuerzos por no permitir que se cometan atroces delitos en contra de los seres humanos por condiciones de origen, étnico, racial, religioso entre otros.

Artículo II: en la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico racial o religiosos, como tal: a) (...) b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

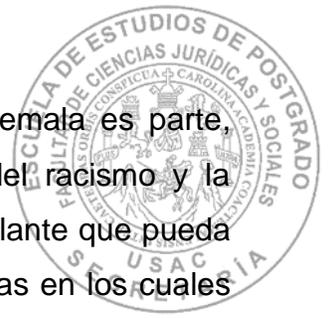
El último párrafo del artículo recién citado es sumamente importante, porque debemos entender que cuando se violenta el derecho de consulta previa a pueblos indígenas y derivado de decisiones administrativas o legislativas, se afecta la vida, la integridad de los pueblos indígenas, podría correrse el riesgo de poder tipificarse como una de las condiciones del presente Convenio.

Artículo V: las partes contratantes se comprometen adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III. (Organización de Naciones Unidas., 1948)

2.2.1.7. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106^a (XX) de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

Como es sabido los Derechos Humanos, son de aplicación universal; es decir, deben ser aplicados en favor de todas las personas sin importar su sexo, religión, raza, cultura, idioma entre otros; sin embargo, existen grupos de personas que han sido colocados en situación de vulnerabilidad por la discriminación que cotidianamente viven, entendiéndose racismo, como un trato diferente, pero negativo en contra de los derechos humanos, con el único fin de hacer creer una superioridad de uno a otros, también se ha conceptualizado por la Defensoría de la Mujer Indígena como: “La discriminación es un fenómeno dinámico, consciente y arraigado históricamente. Expresado de manera compleja para jerarquizar a personas o grupos con características diversas, en el que se naturalizan sus creencias y sus prácticas para excluirlos y dominarlos (Defensoría de la Mujer Indígena, 2010, p. 10).



Es importante citar esta Convención Internacional de la cual Guatemala es parte, porque es necesario comprender que parte de las consecuencias del racismo y la discriminación son la fuente en continuar negando una normativa vinculante que pueda obligar a realizar la consulta a los pueblos indígenas en todos los temas en los cuales sus derechos humanos estén en juego.

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos y que todos los Estados Miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con las Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Convencidos de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte la discriminación racial.

Artículo 1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotara toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. 2(...) 3(...) 4.Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con el objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se consideran como medidas de discriminación racial siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos

raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.



Por medio de la presente convención, los Estados se comprometen a reforzar sus esfuerzos y encaminar políticas a fin de eliminar la discriminación en todos los ámbitos de la administración pública y a promover la armonía entre las diferencias, así se compromete a enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial, también se tomaran en cuenta las medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, todo ello con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

El artículo 5, del referido convenio contempla que los Estados se comprometan a: prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente el goce de los derechos siguientes. a) El derecho de igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia. b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución, el derecho de libertad de opinión y de expresión.

Del reciente citado artículo cobra importancia la protección que el Estado debe brindar a todas las personas y a tomar todas las acciones y políticas necesarias para evitar actos de discriminación y a combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como propagar los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente convención. (Organización de Naciones Unidas, 1965).



2.2.1.8. Posteriormente, la Declaración y Programa de Acción de Viena

Que surge de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en 1993, reconoció las características de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos en su párrafo 5 el cual establece: Todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tomarse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2008, p. 92).

2.2.1.9. La Convención Sobre los Derechos del Niño

Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990 de conformidad con su artículo 49.

Se cita la presente Convención a partir de que todos los niños y en especial los niños indígenas de nuestro país debe tener el pleno goce de sus derechos, lo que dará como resultado que los niños que puedan gozar de la plenitud de su derechos reconocidos puedan también conocer el derecho de consulta que les asiste cuando lleguen a ser adultos, cuando existan proyectos o autorizaciones administrativas que puedan afectar el pleno goce de su derechos.

Es citada esta Convención, porque se enmarcan los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo y se basa en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Reconociendo que el niño, para el pleno y



armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Artículo 2. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Es importante comprender que la Convención establece que todos los niños sin distinción alguna puedan disfrutar de una niñez con amplio respeto a sus derechos humanos y que en nada deberá realizarse menoscabo a sus derechos fundamentales. Los niños de los pueblos indígenas deben disfrutar en igualdad de condiciones de todos los derechos a un ambiente sano, a tener una vida plena sin coacciones, sin limitaciones y circunstancias que limiten su desarrollo integral.

Artículo 8. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

En muchos casos en que la consulta a pueblos indígenas no se ha observado en Guatemala, se ha privado o intentado privar a familias completas de sus territorios ancestrales y este es uno de los elementos de su identidad por lo cual se atenta contra estos derechos adquiridos ocasionados por la pasividad del estado en respetar su derecho d consulta.

Artículo 29. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a) (...) b) (...) c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores de los valores nacionales del país en que vive, del país que sea originario y de las civilizaciones distintas a la suya. d) preparar al niño para asumir una vida responsable en una

sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos o pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.



Es fundamental que para lograr un ambiente de paz, tranquilidad para la niñez de los pueblos indígenas de Guatemala, es indispensable el respeto integro de los derechos, en particular del derecho de consulta previa, para asegurar una vida libre de violencia, coacciones, daños a su entorno natural.

Artículo 30. En los Estado en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y prácticas su propia religión, o a emplear su propio idioma. (Organizacion de Naciones Unidas, 1989).

2.2.1.10. Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas, Organización de Naciones Unidas

Es importante referir a que la Declaración Universal sobre Derechos de los pueblos indígenas es un compromiso político internacional de derechos humanos para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, es un logro del arduo trabajo realizado por representantes de gobierno, líderes indígenas y organizaciones no gubernamentales.

Sus consideraciones y artículos son una expresión universal, firme, de los Estados, resultado de un largo proceso de análisis, discusión y búsqueda de consensos con los pueblos indígenas. Por primera vez se reafirma que el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas es un derecho humano por su relación intrínseca con la naturaleza.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas constituye el nuevo estándar mínimo para la protección de los derechos humanos de

los pueblos y las personas indígenas y representa un cambio de paradigma con respecto a la visión tradicional de los derechos humanos.



Los derechos humanos son aquellos que tienen todas las personas por el solo hecho de serlo, sin distinción de sexo, raza, edad, religión, partido político o condición social, cultural o económica.

El derecho internacional establece obligaciones que los Estados deben respetar, cuando ratifican los tratados de derechos humanos, los Estados asumen ante el mundo las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y realizar esos derechos. Respetarlos significa que los Estados no deben interferir en el disfrute de los derechos humanos ni limitarlos, significa que deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

Desde la visión tradicional los derechos humanos incorporados en los tratados se centran principalmente en el individuo y su relación con el Estado. Tal vez por ello, cuando se adoptaron estos instrumentos no incluyeron derechos específicos de los pueblos indígenas-excepto en la Convención sobre los derechos del niño, que incluye específicamente a las niñas y niños indígenas en su artículo 30. De ahí que la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas como tales resultara dificultosa en la práctica, pues el disfrute de muchos derechos individuales de los indígenas solo es posible en la medida en que su pueblo esté garantizado. Esta situación motivó que los líderes indígenas impulsaran la adopción de una Declaración en que se reconocieran sus derechos específicamente en el seno de las Naciones Unidas como instrumento de derechos humanos. Esta declaración incluye ambos aspectos sus derechos individuales y sus derechos colectivos. (UNICEF, 2008 pp 14,15.)

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

Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007. Reconociendo que en la evolución del derecho internacional este instrumento jurídico

de carácter internacional es un triunfo para la justicia y dignidad humana sobre todo de los pueblos indígenas.



La Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas fue adoptada por una mayoría de 143 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América), 11 abstenciones (Azerbaijan, Bangladesh, Butan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

La Declaración establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad y derechos de los pueblos indígenas del mundo. La Declaración aborda, entre otras temáticas los derechos individuales y colectivos incluyendo aspectos referentes a la identidad cultural, la educación, el empleo y el idioma. La Declaración también condena la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les atañen. De igual manera, garantiza su derecho a la diferencia y al logro de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural. La declaración estimula explícitamente las relaciones de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007)

En la consideraciones de la relacionada declaración se menciona la preocupación de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses. Para el caso de Guatemala, la invasión española que otros reconocen como la colonización y los treinta y seis años recientes de enfrentamiento armado interno.

En esta declaración se alienta a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados.

Artículo 1. Los indígenas tiene derecho, como pueblos o como persona, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales

reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, La Declaración Universal de derechos humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

Se reconoce el disfrute pleno de todos los derechos de los pueblos indígenas a nivel nacional e internacional.

Artículo 2. Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígena.

Ratifica este artículo que los pueblos indígenas deben ser reconocidos sus derechos en igualdad de condiciones sin ningún tipo de restricción, a ese respecto Guatemala se ha comprometido a encontrar el potencial de sus pueblos indígenas, reconociéndose como una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe.

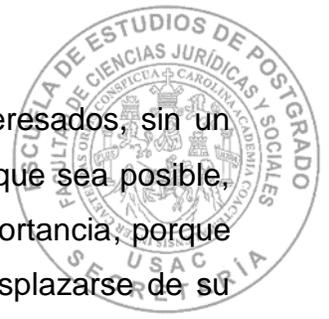
Artículo 4. Los Pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

La libertad de su autonomía y su autodeterminación van encaminados a la toma de decisiones libre con respecto aquellas decisiones administrativas y legislativas que puedan afectarles.

El artículo 8, de esta declaración contiene la prevención y el resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos de sus valores culturales o de su identidad étnica, así privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o de su identidad étnica y se prohíbe todo intento de desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos, prohíbe el traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos y toda forma de asimilación o integración forzada.

El artículo 10 de la referida declaración alude a que los pueblos indígenas no serán desplazados de sus tierras o territorios y no se procederá ningún traslado sin el





consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso, el contenido de este artículo es de particular importancia, porque deja en claro que los pueblos indígenas no pueden ser forzados a desplazarse de sus territorios ancestrales, en el tema de investigación una de las secuelas más graves que se ha tenido es precisamente que los pueblos indígenas han tenido que emigrar ante amenazas y coacciones que han sufrido en la ocupación de territorios donde se han instalado empresas extractivas o explorativas.

El artículo 19 de la declaración enmarca y reafirma que es obligación de los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

El análisis del artículo 20, de la declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

En torno a nuestra investigación este tema es importante que pueda ser tomado en cuenta por el Organismo Legislativo en el momento de emitir la ley de Consulta a pueblos indígenas, porque la reparación justa y equitativa en caso de que los pueblos se vean afectados en su entorno, o sean expropiados de sus territorios por causas de decisiones administrativas o legislativas.

El artículo 26, refiere a que los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar de sus tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizando o adquirido, a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas



tierras, territorios y recursos. Asimismo se respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

En el artículo 28, refiere a que los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado y que estos no pueden ser ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento, libre, previo e informado y si los pueblos indígenas convinieran libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

El artículo 29 refiere a que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorio y recursos.

El siguiente artículo 30 es sumamente importante en nuestro tema de investigación a partir que los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas.

En el artículo 32. Dicta que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo la utilización o la explotación de recursos minerales, híbridos o de otro tipo; asimismo, los Estados están obligados a velar por medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual en caso se llegaran a dar.



Los Estados, en consulta y cooperación de los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho el derecho de consulta.

Finalmente, el artículo 37. Establece que los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos o constructivos.

Nada de lo señalado en la Declaración debe interpretarse en el sentido de que menoscabe o suprima los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

También se contempla que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos.

En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo. (Organización de Naciones Unidas, 2007).



2.3 Ratificación por Guatemala del Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo –OIT-

El Convenio 169 de la OIT aporta nuevos elementos eficaces para remover los obstáculos que impiden a los pueblos indígenas gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales, en el mismo grado que el resto de la población; por una parte, se promueve el respeto a su cultura, religión, organización social y económica y a su identidad propia como pueblos, lo que ningún estado democrático de derecho o grupo social puede negarles y por otra parte incorpora el mecanismo de la participación y consulta con los pueblos interesados, a través de sus organizaciones o de sus representantes, en el proceso de planificación, discusión, ejecución y toma de decisiones sobre problemas que les son propios como forma de garantizar su integridad, el reconocimiento, respeto y fomento de sus valores culturales, religiosos y espirituales.

2.3.1. Antecedentes relacionados con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT

Se expone que en la septuagésima sexta conferencia internacional del Trabajo, reunida en junio de 1989, en Ginebra, Suiza, se consideró que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas y tribales no gozaban de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población, por lo cual era conveniente adoptar el Convenio 169, “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”. Este Convenio revisa normas de la Organización Internacional del Trabajo especialmente el Convenio 107 de 1957 y se aplica como establece el artículo 1 a los pueblos tribales de países independientes.

Cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores y también a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenecen el país en la época de la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera que sea su



situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

El Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo OIT; no obstante, contener casi los mismo principios de reconocimiento de los derechos de las poblaciones indígenas y tribales en países independientes, en su contexto se fundan básicamente en la teoría ya superada de la integración social de dichos pueblos, o sea la que mediante acciones paternalistas trataba de lograr su asimilación o incorporación; es decir, que los indígenas al asumir la calidad de ciudadanos tenderían a desaparecer como tales.

Y muy por el contrario, la riqueza que aporta el convenio 169 a diferencia del convenio 107 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes son los siguientes: utiliza el término “pueblo” y no “población” hace el reconocimiento a su identidad y organización propia. El término “territorio” y no “tierra” que cubre mejor los elementos vitales que consideran los indígenas, es un término más amplio, porque abarca, tierras, aguas, recursos naturales. El derecho a su idioma y lenguas va más allá que un medio de comunicación, es parte de la cultura, por medio de esta expresan su identidad su historia oral, sus creencias, sus mitos. En general, el derecho a decidir por ellos mismos sus formas de vida, sus instituciones, su desarrollo económico, social y cultural.

El convenio 107 impulsaba la integración, asimilación y protección social y cultural y económica (una anulación cultural). Reconocía agrupaciones de personas y minimizaba los valores culturales, las prácticas de los indígenas y propias autoridades para regular la convivencia social, promovía programas integrativos, sin consulta ni consentimiento de los indígenas, promovía legislaciones nacionales como único mecanismo para la convivencia y justicia, la definición de indígena era superficial y elaborada por no indígenas, omite la utilización y protección de los recursos naturales, la educación era de tendencia asimilacionista.



El Convenio 169 reconoce a la diferencia cultural ideológica, social y económica. Construye unidad dentro de la diversidad, respeta todas las culturas, se reconoce a los pueblos como una identidad propia y sus derechos colectivos, se acepta y respeta los valores culturales las prácticas indígenas y sus propias autoridades para regular la convivencia social. Se promueven programas con la participación, consulta y decisión de los pueblos indígenas, promueve instrumentos internacionales y leyes consuetudinarias como alternativas legales y de justicia a la plena promoción y desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la definición de indígena es por el propio indígena, fundamentalmente por un proceso de auto identificación promueve la protección de los derechos, los recursos naturales existentes en sus tierras, impulsa la administración y conservación, reconoce la relación especial del pueblo indígena con la tierra no hay futuro indígena sin tierra, establece la necesidad de una educación apropiada, según la cultura, la historia, o aspiraciones sociales y económicas reconoce la validez del idioma materno como espacio de seguridad, canal apto de comunicación e interpretación y símbolo de identidad.

Lo antes señalado ubica al Convenio 169 de la OIT, como el instrumento jurídico internacional mediante el cual la Organización Mundial de las Naciones Unidas (ONU), a través de su organismo especializado organización Internacional del Trabajo, en el marco de su competencia, reitera los principios de la Carta y demás tratados, convenios y declaraciones que en materia de Derechos Humanos y libertades fundamentales ha adoptado la comunidad internacional para reafirmar, fomentar y extender el goce efectivo de esos derechos a los pueblos indígenas y Tribales en los Países Independientes que a la vez toman parte de la población en general de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas. (Corte de Consitucionalidad, 1995).

El convenio 169 aprobado en 1989, por OIT fue conocido en primera lectura en el Congreso el 20 de agosto de 1992, ese mismo año el 7 de octubre, se aprobó en segunda lectura cuando era presidente del Congreso de la República, Edgar Rene País Hernández, el proyecto quedó un tiempo engavetado y fue hasta en 1995 cuando se pidió Opinión Consultiva a la Corte de Constitucionalidad si la aprobación de tal convenio no contravenía la Constitución, el 18 de mayo de 1995, la Corte de Constitucionalidad emitió Opinión e indicó que el contenido de las normas del

Convenio 169 de OIT sobre pueblos indígenas tribales en Países independientes no contradecía la Constitución Política de la República de Guatemala. La legislatura del Frente Republicano Guatemalteco FRG, pospuso la discusión del convenio, según dijeron, para evitar que fuera utilizado de manera demagógica durante la campaña electoral. Siendo la diputada Aura Marina Otzoy Coal, quien volvió a presentarlo para su aprobación y ratificación, habiéndose aprobado el 5 de marzo de 1996, el Congreso aprobó por unanimidad el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo. (Prensa Libre, 2018).



El Congreso de la República de Guatemala conforme lo establece el artículo 171 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad compareció ante la Corte de Constitucionalidad para solicitar través de su presidente, Opinión Consultiva y para el efecto formuló la pregunta sobre “La constitucionalidad del contenido de las normas del convenio 169 de la organización internacional del trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”. El presidente del Congreso de la República expone que la solicitud anterior la formula por mandato del pleno del mencionado Organismo del Estado, contenido en la moción Privilegiada aprobada el 4 de abril de 1995, la cual en su parte conducente expone “Moción privilegiada: Considerando: que el proyecto de Decreto que aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, se encuentra en su proceso de aprobación ante el pleno del Congreso de la Republica sin que esa legislatura haya tenido la posibilidad de discutirlo, en virtud de que cuando asumió dicho proyecto se encontraba en la fase final de su adopción y habiendo sido ya conocido en tercera lectura es procedente, previo a su discusión por artículos y redacción final, conocer la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad, sobre los distintos aspectos que contiene y sus implicaciones respecto a la Constitución y leyes vigentes.

La Corte de Constitucionalidad, en conclusión, expresó: “Como ha quedado expuesto, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, no existen disposiciones que pudieran considerarse incompatibles con el texto constitucional, pues interpretadas dichas normas dentro del marco general de flexibilidad con que fue

concebido, el citado convenio solo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala, así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre los asuntos propios de su comunidad.

Guatemala, ha suscrito, aprobado y ratificado, con anterioridad varios instrumentos jurídicos internacionales, de reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos de los habitantes en general y de los cuales también son nominalmente destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta que si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país por lo cual el Convenio se diseñó como mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad. Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y las diversas expresiones socioculturales de los pueblos indígenas, los que aún mantienen la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia Maya, como: Achi, Akateco, Awakateco, Chorti, Chuj, Itza, Ixil, Jakalteco, Kanjobal, Kaqchiquel, Kiche, Mam, Mopan, Pocomam, Poqomchi, Q'eqchi, Sakapulteko, Sikapakense, Tectiteco, Tzutujil y Uspanteco. Esta Corte es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es el instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de esta, lo que no se opone, sino por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional. (Corte de Constitucionalidad, 1995).



2.3.2 Contenido de artículos en el Convenio 169

2.3.2.1 Parte política general

Artículo 1. El presente Convenio, se aplica:

- a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones oportuna legislación especial.
- b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan 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 políticas, o parte de ellas.

El convenio es claro en establecer a quienes debe aplicarse el Convenio no deja lugar a duda con respecto a las personas a quienes se considera indígenas y es elemental considerar que la libre determinación y consentimiento de pertenecer a determinado pueblo es una libertad intrínseca de cada ser humano.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio.
3. La utilización del término pueblos, en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse dicho término en el derecho internacional.

EL artículo 2 establece:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática,

con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.



2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos, gozar en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.
- b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones,
- c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Es importante referir que a partir del Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de pueblos indígenas se reconoció que el tema de identidad y Derechos de los pueblos indígenas constituía un punto fundamental de trascendencia histórica y reconoce por primera vez que los pueblos indígenas incluyen el pueblo maya, el pueblo garífuna y el pueblo xinca y que la nación guatemalteca tiene carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe.

El artículo 3. Establece que:

1. Los pueblos Indígenas y Tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a hombre y mujeres de esos pueblos. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

El artículo 4. Considera.



1. Deberán adaptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar, las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

La propuesta es que los pueblos indígenas sean los protagonistas de su propia historia, dejando en la historia la exclusión y el racismo, se busca ampliar y fortalecer sus estructuras, su organización.

El artículo 5. Contempla cuando aplicar las disposiciones del presente Convenio.

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales, propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se plantean, tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.
- c) Deberá adoptarse con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Aquí es trascendental tener presente que Guatemala, ha reconocido como normativa todos los convenios y tratados de derechos humanos y en los cuales se reconocen los derechos de los pueblos indígenas los cuales se incentiva la participación de los pueblos originarios y la real toma de decisiones en todo lo que les afecte.

Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;



b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y a todos niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que le conciernan;

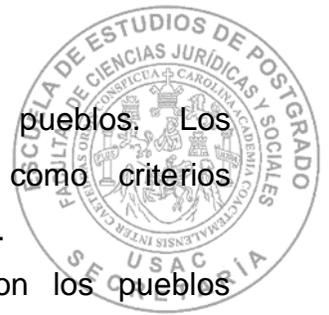
c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Este es el principal fundamento de nuestra investigación y la piedra angular y el espíritu del sentido del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. No deja lugar a duda que la consulta previa debe realizarse en esencia de verdadera buena fe y donde el Estado se comprometa a respetar la decisión que pueda mediante la consulta aportar los pueblos indígenas.

El Artículo 7 establece:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las



actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de esos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Se toma en cuenta que derivado de las decisiones excluyentes de la historia, se reitera que los pueblos maya, garífuna y xinca tienen derecho a la dirección y creación de sus propias instituciones el control de su desarrollo y la oportunidad real de preservar su medio ambiente y los territorios que habitan.

El artículo 8. Estipula: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres propias, siempre que estas no sean compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, siempre que sea necesario deberán establecerse procedimiento para solucionar conflictos que puedan surgir de la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9. 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.



2.3.2.2. Parte tierras

El artículo 13 establece que al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados revista su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberán incluir el concepto de territorios lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Por medio del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los pueblos indígenas el Estado considero necesario la protección de los derechos relativos a la tierra dentro de las cuales se contempló medidas legislativas y administrativas para el reconocimiento de titulación, protección, reivindicación, restitución y compensación de estos derechos, cumplimiento de este compromiso está en la creación del Fondo de Tierras-FONTIERRAS- creada mediante el Decreto ley número 24-99. Al igual el Estado considero por la particular desprotección y despojo de las tierras comunales y colectivas merecían especial atención para no continuar violentando derechos adquiridos de los pueblos indígenas.

Así también con ello se relaciona el Artículo 14 del Convenio y refiere:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados en derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto deberá prestarse particularmente atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.



2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Deberá instruirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15.

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, lo gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y recibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

El artículo 17 considera que:

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los pueblos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras, fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse a personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por

parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

4.

Artículo 18 La ley deberá proveer sanciones apropiadas contra toda instrucción no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de estas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones. (Organización Internacional de Trabajo-OIT-, 1989)

El Convenio tiene un total de 44 artículos; sin embargo, se analizaron los atinentes al tema de consulta.

2.3.2.3. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala. James Anaya

“Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala, en relación con los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales” (Naciones Unidas, Asamblea General, 2011).

El presente informe del Relator Especial es el fruto de un intercambio de información y comunicaciones con el Gobierno de Guatemala y otras partes interesadas, así como de la visita oficial que se llevó a cabo por el Relator en junio de 2010. Estas observaciones se centran específicamente la cuestión crucial de los derechos de pueblos indígenas en el contexto de los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos, que afectan directamente sus territorios tradicionales. En el anexo de dicho informe el relator se centra en el caso específico de las comunidades afectadas por la mina Marlin, en las municipalidades de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa, Departamento de San Marcos.

El relator se refiere a que en esa temporalidad de la entrega de su informe Guatemala atravesaba un clima de alta inestabilidad y conflictividad social en relación con las actividades empresariales en los territorios tradicionales de los



pueblos indígenas, que tienen serios impactos sobre los derechos de los pueblos indígenas y pone en riesgo la gobernabilidad y el desarrollo económico del país.



Entre estos impactos se cuentan numerosas alegaciones relativas a la afectación de la salud del medio ambiente de los pueblos indígenas como resultado de la contaminación producida por las actividades extractivas; la pérdida de tierras indígenas y los daños causados a su propiedad y viviendas, la respuesta desproporcionada ante acto de protesta social legítima y el hostigamiento y ataques a defensores de derechos humanos y líderes comunitarios.

En este informe el relator expuso su grave preocupación ante dicha situación e hizo un llamado al Gobierno y a otros interesados, incluyendo las empresas, para que se tomaran medidas urgentes para garantizar los derechos de pueblos indígenas afectados.

El debate giró en torno a esa falta de consulta a los pueblos indígenas en relación con los proyectos, fomentada por la falta de regulación interna de la consulta y una serie de malentendidos entorno al contenido y alcance de esta.

El Relator realizó observaciones y recomendaciones en congruencia con la normativa internacional que regula la consulta a pueblos indígenas y que vincula a Guatemala, así también se identificó otros problemas que han generado inestabilidad, entre ellos la alarmante desprotección jurídica de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales, esto por tratarse de una cuestión fundamental de garantías exigidas por normas internacionales en relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas y se tome en cuenta la especial relación material, cultural y espiritual que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras y territorio y sus aspiraciones a vivir en una verdadera paz, seguridad y ya no revivir situaciones conflictivas que tanto han marcado su existencia en un pasado violento todavía resiente.



Dentro de las recomendaciones realizadas, el Relator estableció la urgente necesidad de un mecanismo formal para el ejercicio del deber estatal de consultar a los pueblos indígenas en relación con la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten, de conformidad con los estándares mínimos fijados en las normas internacionales, todas las partes implicadas deben participar de buena fe y con un dialogo genuino.

Asimismo, recomendó que sin perjuicio de la necesidad de reglamentar el deber estatal de consulta, el Relator especial considera que debe procederse, con la misma urgencia, a la revisión de la legislación sectorial relativa a la aprobación de los proyectos extractivos y otros proyectos de inversiones, en la medida en que afecten a los pueblos indígenas, ejemplo la ley de Minería debe ser reformada para incorporar garantías específicas relativas a la consulta y participación de los pueblos indígenas, así como mecanismo formalizados de reparto de beneficios derivados de la explotación en consulta con los pueblos indígenas, al mismo tiempo la revisión de normas ambientales y que se considera un mecanismo centralizado de carácter reparador que asegure que se realicen las consultas conforme las normas internacionales y el Estado se comprometa acomodar los resultados de la consulta a los proyectos relacionados. Que en el futuro no debía formalizarse una moratoria contra el otorgamiento de nuevas licencias para el aprovechamiento industrial de recursos naturales, hasta que se desarrollara una ley que regulara la consulta a pueblos indígenas.

El Relator Especial en su último informe al Consejo de Derechos Humanos, subrayó que las empresas tienen también el deber de respetar las normas internacionales específicas que reconocen y garantizan los derechos de los pueblos indígenas, sin perjuicio del respeto de otros derechos individuales básicos.

En este ámbito, el Relator pudo detallar fallas, a veces muy serias, en la diligencia debida de las empresas concesionarias de proyectos que tienen un impacto sobre los pueblos indígenas de Guatemala y que no pueden ser justificadas

únicamente recurriendo al argumento de las limitaciones del marco legal guatemalteco.



2.4. Bloque de Constitucionalidad

Este tema es desarrollado en el tercer capítulo; sin embargo, se considera relevante entender que de conformidad con el marco jurídico nacional e internacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo que contempla el derecho de consulta a pueblos indígenas es una norma vigente que ingreso como norma interna a partir que Guatemala suscribiera el referido Convenio y lo ratificara el 05 de junio de 1996.

La Honorable Corte de Constitucionalidad refiere en la sentencia del diecisiete de julio de dos mil doce Expediente 1822-2011 refiriéndose al bloque de constitucionalidad que “El bloque de constitucionalidad de se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal”.

Se reconocer que el bloque de constitucionalidad es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, al igual que las contenidas en el texto fundamental como las existentes fueres de este, pero que se desarrollan o complementan al ser aceptadas por un país atreves de la ratificación de convenios o tratados aceptados nivel internacional y que por lo tanto desarrollan o complementan los derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal.

Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, 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. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución Política de la República establecidos en los artículos 44 “Derechos Inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que

otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...” y 46 Preeminencia del Derecho Internacional “se establece el principio general que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Por lo cual son los canales que perfilan su contenido, alcances y aplicación como norma interna de los convenios y tratados aceptados y ratificados por Guatemala.

Siendo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre pueblos indígenas y Tribales en países Independientes, un tratado internacional que regula en materia de Derechos Humanos de los Pueblos indígenas, el más importante en materia de pueblos indígenas. En ese sentido al ser un tratado internacional en materia de derechos humanos, y, según lo establecido por la Corte de Constitucionalidad al haber sido ratificado por Guatemala el cinco de junio de mil novecientos noventa y seis forma parte del llamado Bloque de Constitucionalidad y por lo tanto es parámetro de constitucionalidad y forma parte íntegra de nuestra carta magna.

CAPÍTULO III



3. La exigibilidad del derecho de consulta promovida por la Honorable Corte de Constitucionalidad

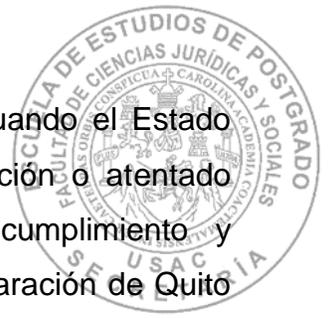
Ello a partir de las diversas sentencias emitidas en relación con las acciones legales iniciadas por Pueblos indígenas en Guatemala. (Análisis de sentencias relevantes).

Como ya se mencionaba antes la Honorable Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha tenido un papel muy relevante en cuanto a expresar y sentar su doctrina legal en los casos en que ha conocido por obviarse el derecho de Consulta a pueblos indígenas de allí la importancia de analizar algunas de la sentencias relevantes en ese sentido, no sin antes conocer la exigibilidad que ha tenido como producto que se conozca el tema de consulta pueblos indígenas a nivel judicial constitucional.

3.1. Análisis de la exigibilidad

3.1.1 Marco conceptual de la exigibilidad

Dentro de los derechos humanos se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y por lo tanto inmerso el derecho de consulta, al igual que los derechos civiles y políticos que son parte inherente, indisoluble e intransferible de los derechos humanos, tal como consta en la declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Declaración sobre garantías Sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo facultativo de San Salvador, asimismo estos derechos han sido desarrollados en los Convenios celebrados con la Organización Internacional de Trabajo –OIT- fundamentalmente el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y Tribales, la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo y las declaraciones de Teherán, Viena, Copenhague, Rio y Beijing entre otras. Tomando en cuenta que en todos estos instrumentos jurídicos internacionales, los Estados parte que han aprobado y ratificado y por ende se han comprometido a su efectivo cumplimiento y observación.



Es por ello que la exigibilidad de los derechos humanos, surge cuando el Estado debe respetar dichos derechos y en caso de incumplimiento, violación o atentado contra ellos, se requiere ciertos mecanismos para exigir su cumplimiento y restablecimiento, de allí es que se puede entender que, según la Declaración de Quito da la definición siguiente en cuanto al concepto de exigibilidad:

La exigibilidad es un proceso social, político y legal, la forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los derechos económico, sociales y culturales no solo ha de ser materia de escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las norma que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil, en esta tarea como una condición del ejercicio de ciudadanía. Los derechos económicos, sociales y culturales, son derechos subjetivos cuya exigibilidad puede ejercerse individual o colectivamente (Declaración de Quito, 1998, p. 5).

Esta importante definición fue avalada por la representación de 18 países del mundo y reconoce la exigibilidad a través de diversas vías: judicial, administrativa, política, legislativa, también se consideran acciones socio políticas que constituyen exigibilidad, las que se remarcan en la participación activa de la sociedad civil, ya sea a través de comunicados, marchas y otras medidas legales de presión.

El papel de la sociedad civil es trascendental en el tema de la exigibilidad, porque esta puede desarrollarse de forma individual o colectiva, según lo expuesto en la Declaración de Quito.

La sociedad civil puede de forma organizada y colectivamente exigir el cumplimiento de sus derechos, monitoreando las acciones realizadas por el gobierno, la exposición de la problemática derivada del incumplimiento y formando presión social necesaria para exponer la afectación de sus derechos. Aquí se puede mencionar lo que ha ocurrido en el incumplimiento del derecho de consulta a pueblos indígenas, porque como es de conocimiento general, los pueblos indígenas organizadamente han demandando el cumplimiento de la consulta, por medio de amplias manifestaciones, por medio de los

organos judiciales y el organo máximo en materia Constitucional como la Corte de Consitucionalidad.



Y de no ser por esta importante participación de la población, en especial del pueblo indígena, el tema de consulta no hubiera provocado el análisis público y el interés del Estado por dar los primeros pasos positivos desde la aprobación y ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, para la implementación de su cumplimiento, tal es el caso de la elaboración por parte del Ministerio de Trabajo y Previsión Social de la Guía Operativa para la Implementación de Consulta a Pueblos indígenas presentada por el presidente de la República al presidente del Congreso, el 18 julio de dos mil diecisiete, para que este documento pueda ser consultado para la iniciativa de ley en el Congreso.

Por su parte, Lisseth Eugenia Grande Nolasco, da la siguiente definición aún con más claridad de lo que se debe entender por exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales dentro del que figura el derecho de la consulta a pueblos indígenas e indica:

Todos los Derechos Humanos son exigibles y constituyen obligaciones de los Estados ratificando las normas internacionales relacionados con estos. Esta exigibilidad puede realizarse mediante un conjunto de acciones: denuncia, movilización, campañas, difusión, defensa legal, entre otros. Todo con el fin de evitar que el Estado retrase deliberadamente la realización progresiva de un derecho (Grande Nolasco, 2018 p.7).

Uno de los pilares de la exigibilidad de los derechos humanos es la participación activa de la sociedad en general y de las comunidades afectadas, teniendo presente que son derechos humanos exigibles y justiciables. Por ello es importante, para la exigibilidad de estos derechos que se promueva la formación a la población acerca de los conceptos, estrategias y metodologías de exigibilidad jurídica y política dirigidos a distintos liderazgos de la sociedad civil y organizaciones que les representen de manera que amplíen la capacidad de actuar e incidir en el cumplimiento por parte del Estado del derecho de Consulta.

En el año 2006 la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) publicó el documento denominado derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales, Exigibilidad y justiciabilidad de los DESC en la ciudad de México y realizan en este documento un importante aporte explicando la diferencia que existe entre la exigibilidad y justiciabilidad .



La exigibilidad es un proceso social, político y legal cuyo objetivo es que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos. En términos generales, se puede hablar de dos tipos de exigibilidad en la materia de acuerdo con el tipo de estrategia que se definen y aplican:

- a) Exigibilidad jurídica: conocida también como justiciabilidad, implica la defensa de los derechos que han sido violados ante instancias jurisdiccionales (tribunales) nacionales e internacionales.
- b) Exigibilidad política: implica acciones variadas para promover el ejercicio de los DESC y/o resolver situaciones violatorias, por ejemplo: cabildeo de leyes, campañas, incidencia en políticas públicas, denuncia pública de violaciones vía los medios de comunicación, acciones urgentes nacionales e internacionales, manifestaciones, informes alternativos o quejas ante instancias no jurisdiccionales nacionales e internacionales como las comisiones públicas de derechos humanos (instituciones nacionales) o los mecanismos de relatores temáticos de Naciones Unidas entre otras. (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, p. 8).

La exigibilidad jurídica implica la intervención del sistema de justicia; Organismo Judicial, la Corte de Constitucionalidad, Ministerio Público, defensores, sujetos procesales para efectos de la presente investigación es importante referir al excelente papel que ha representado la Corte de Constitucionalidad al dejar plasmada la exigibilidad del cumplimiento obligatorio del derecho de consulta a pueblos indígenas que ha realizado tanto al Gobierno como al Organismo Legislativo, en las diferentes sentencias emitidas.

Con respecto a la exigibilidad política es necesario reconocer los aportes trascendentales que han realizado en los informes en materia de derechos de pueblos indígenas, los Relatores Especiales de la Organización de Naciones Unidas.



La exigibilidad debe ser entendida como el compromiso de cumplimiento de acuerdos convencionales o contractuales sostenidos entre las partes firmantes y que se asumen obligatorios a partir de su firma y ratificación, su cumplimiento puede ser requerido por la vía legal y por medio político.

En cuanto a la justiciabilidad como derecho fundamental, se ha puesto en relieve de indudable justiciabilidad de la consulta a pueblos indígenas en Guatemala en reiteradas sentencias emitidas por esta alta Corte, que ha emitido en el referido pronunciamiento especialmente en las sentencias: (sentencias dictadas en los expedientes mil ciento setenta y nueve -dos mil cinco (1179-2005), mil cuatrocientos ocho -dos mil cinco (1408-2005), dos mil trescientos setenta y seis -dos mil siete (2376-2007), tres mil ochocientos setenta y ocho -dos mil siete (3878-2007), mil treinta y uno -dos mil nueve (1031-2009), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y dos y dos mil cuatrocientos ochenta y uno -dos mil once (2432/2481-2011), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y tres y dos mil cuatrocientos ochenta -dos mil once (2433/2480-2011), un mil ocho -dos mil doce (1008-2012) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve -dos mil doce (4419-2012), entre otros), además de calificarla como un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surgió como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de abogar, de manera especial, por la salvaguardia de los intereses de grupos humanos que por factores ligados a su identidad cultural, se han visto históricamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general.



3.1.2. De la exigibilidad que ha dado como resultado 93 consultas comunitarias de las cuales ha intervenido la Procuraduría de los Derechos Humanos

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, especialmente en el artículo 274 donde se crea la figura del Procurador de los Derechos Humanos creado para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza. En la sentencia del veintiséis de mayo de 1988 la Corte de Constitucionalidad emitió en siguiente pronunciamiento:

“El Procurador de los Derechos Humanos fue instituido por la Constitución Política en sus artículos 273 y 274, no teniendo en la historia constitucional del país antecedente alguno. Tratándose de una nueva institución, la interpretación de su naturaleza jurídica y de su competencia se hace, además del estudio de la disposiciones precitadas y de las contenidas en las leyes ordinarias que las desarrollan (Decreto 54-86 y 32-87 del Congreso de la República)...Se reconoce en el Estado moderno, llamado en algunos sistemas como un Estado Social, que la ampliación de su esfera de acción implica la constante intervención estatal para satisfacer demandas de los particulares y el fenómeno de la burocratización y la complejidad de trámites, que en mucho han deshumanizado la relación entre el súbdito y la clase gobernante, hizo necesario la figura de un “intermediario”, “defensor”, o “comisionado”, cuyo prestigio y autoridad, respetándolos por el órgano político representativo del pueblo, hiciera más efectiva la gestión ciudadana, por medio de un procedimiento ágil y expeditivo más accesible a los particulares y que opere como reclamo o denuncia en el Estado de derecho.” (Sentencia, 1988, p.184).

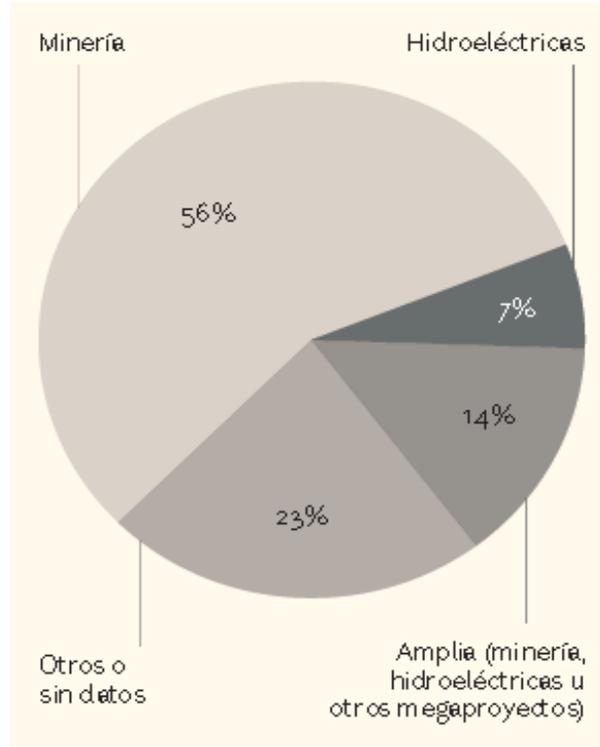
Y es en ese ámbito de tutela de jurisdiccional para el cumplimiento de los fines de protección de los derechos humanos que se ha constituido la Procuraduría de los Derechos Humanos, como un amigable componedor en los casos de exigibilidad de la consulta cuando afecta intereses de los pueblos indígenas en Guatemala.

La conflictividad relativa a la minería para el país ha presentado fuertes llamadas de atención sobre las consecuencias humanas y territoriales que han sufrido los pueblos indígenas. Y tal como se expone, según la información que proporcionó la Procuraduría de los Derechos Humanos acompaña entre el 2004 al 2015 alrededor de 93 consultas comunitarias de buena fe:

“Las consultas comunitarias han sido mecanismos colectivos para hacer notar la oposición a los megaproyectos en general y a los mineros en particular; sin embargo, estas no han sido tomadas en consideración ni son vinculantes para la toma de decisiones del gobierno central. Amparadas en legislación nacional e internacional, diversas poblaciones (comunidades o municipalidades) han organizado al menos 93 consultas comunitarias en diferentes modalidades. El 56% de las consultas comunitarias que se han llevado a cabo son referentes a algún proyecto de exploración o explotación minera metálica o de construcción. Si incluimos las consultas más amplias (aquellas que, además de la minería se pronuncian sobre proyectos hidroeléctricos y otros) encontramos que el 70% de las consultas realizadas han consultado sobre el tema de minería. Los resultados de todas las consultas han sido negativas; es decir, de rechazo a estos proyectos. A pesar de los resultados de las consultas, los proyectos han continuado evidencia de la desigualdad entre contendientes.” (Programa de Naciones Unidas, 2016, p. 217).

Gráfica No. 1

Guatemala. Porcentaje de las consultas comunitarias por temáticas convocadas (2004-2015) Fuente INDH-PNUD. Guatemala, con base en la información, proporcionada por la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala.



3.1.3. De las acciones legales entabladas que han dado como resultado, la postura de la Corte de Constitucionalidad con respecto al derecho de consulta a pueblos indígenas

A partir de la firma del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en Guatemala, convenio que reconoce el derecho de consulta de pueblos indígenas, cuando vayan a ser afectados por la decisión de alguna autoridad, a partir de ello por la falta de observancia de dicho derecho se presentan las acciones ante los órganos de justicia por lo cual llegaron en apelación de Amparo y Apelación de amparo en Única Instancia a la Corte de Constitucionalidad, por lo cual se encuentran registrados un total de 25 casos. Y se incorpora el expediente que en materia de Opinión Consultiva emitió la Corte de Constitucionalidad en relación con el referido Convenio. De conformidad con la tabla que se anexa.

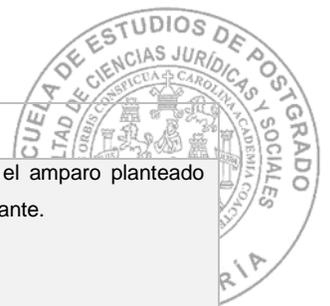


Gráfica No. 2 Casos que la Corte de Constitucionalidad ha conocido en Apelación de Amparo y Apelaciones de Amparo en Única Instancia, en casos en los cuales no se ha observado el derecho de consulta establecido en el Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo.

<u>Sentencia No.</u>	<u>Fecha</u>	<u>Ubicación departamental</u>	<u>Interponente del Amparo</u>	<u>Empresa implicada</u>	<u>Resultados</u>
199-95	18 de mayo de 1995	Ciudad de Guatemala	El Congreso de la República en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, compareció ante esta Corte para solicitar, a través de su presidente, opinión consultiva y para el efecto formuló la pregunta sobre "LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES."		La Corte de Constitucionalidad, con base en lo ente considerado y en lo establecido en los artículos citados y 268, 272 inciso e) de la Constitución Política de la República y 175, 176, 177 y 183 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se pronuncia en los términos expuestos y OPINA: eL CONTENIDO DE LAS NORMAS DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES, NO CONTRADICE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.
Acumulados 1643-2005 Y 1654-2005	28 de febrero de 2018	Sipacapa, de San Marcos	Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima	Concejo Municipal del municipio de Sipacapa, San Marcos.	Deniega el amparo solicitado por Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima.
3878-2007	21 de diciembre de 2009	San Juan Sacatepéquez, Guatemala	Consejos Comunitarios de Desarrollo de las Comunidades El Pilar I y II, del Sector I del Caserío San Antonio Las Trojes, de la Aldea Lo de Ramos y del	Cementos Progreso, Sociedad Anónima	Otorgan el amparo a favor de los consejos comunitarios de desarrollo.



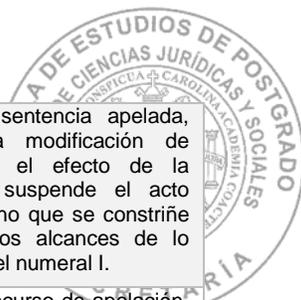
			Caserío Cruz Ayapán		
1031-2009	25 de mayo de 2010	Santo Domingo Xenacoj, de Sacatepéquez	Constructora Nacional, Sociedad Anónima	Concejo Municipal de Santo Domingo Xenacoj, departamento de Sacatepéquez	Se confirma la sentencia y se previene al Consejo Municipal de no tomar decisión alguna sobre el proyecto de la Constructora y traslade toda información al Consejo de Desarrollo del municipio relacionada al proyecto.
429-2011	5 abril de 2011	Santa María Nebaj, Quiche	Alcalde Auxiliar de la Comunidad el Sumalito, Quiche y su respectivo Cocode	Hidroxil, S.A.	Con lugar el recurso de apelación interpuesto por Hidroxil S.A..
4419-2011	5 de febrero de 2013	San Agustín Lanquín, Alta Verapaz	Consejos Comunitarios de Desarrollo de las comunidades Chicanchiu Chipap, Chisek, Chitem, Chiocx, Yutbal y Samastun, todas del municipio de San Agustín Lanquín, departamento de Alta Verapaz	Corrientes del Río, Sociedad Anónima	Otorga amparo a los Consejos Comunitarios de Desarrollo.
1149-2012	10 de septiembre de 2015	Santa María Nebaj, de El Quiché	Consejo de Principales de Trapichitos (Q'sal Tenam Trapichitos)	Ministro de Energía y Minas	Con lugar el recurso de apelación y se otorga el amparo en el sentido de que, sin dejar en suspenso el Acuerdo Ministerial 99-2011, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que tome las medidas necesarias para que se practique la consulta de las comunidades indígenas a las que interese y afecte, conforme los estándares internacionales aplicables
Acumulados 4957-2012 y 4958-2012	14 de septiembre de 2015	Santa María Nebaj, El Quiché	Comunidades asentadas dentro del municipio de Santa María Nebaj, departamento de El Quiché	Hidroxil, Sociedad Anónima	Otorga amparo a los postulantes, en el sentido de que, sin dejar en suspenso el Acuerdo Ministerial 244-2011, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que tome las medidas necesarias para que se practique la consulta de las comunidades indígenas a las que interese y afecte, conforme los estándares internacionales



					aplicables
Acumulados 5237-2012 y 5238-2012	25 de marzo de 2015	Santa María Nebaj, Quiché	Comunidades Indígenas Mayas Ixiles de Santa María Nebaj	Transportador a de Energía de Centroamérica, Sociedad Anónima	Se deniega el amparo planteado por el postulante.
Acumulados 156-2013 y 159-2013	25 de marzo de 2015	San Juan Cotzal, San Miguel Uspantán y Chicamán de Quiché y San Cristóbal Verapaz, de Alta Verapaz	Consejo de Autoridades Ancestrales de San Juan Cotzal, Quiché	Transmisora de Energía Renovable, S.A.	Se confirmó el Amparo a favor de los interponentes, con la modificación de ordenar que se trasladara el expediente al gabinete de pueblos indígenas del Organismo Ejecutivo para dar acompañamiento a la realización de la consulta a pueblos indígenas.
Acumulados 5705-2013 y 5713-2013	12 de enero de 2016	Cabricán, Quetzaltenango	Directiva Central de Autoridades Comunitarias del Municipio de Cabricán del departamento de Quetzaltenango	Entre Mares de Guatemala, Sociedad Anónima	Con lugar, parcialmente, el recurso de apelación para que previo a futuras autorizaciones de operaciones que propendan a la exploración, explotación o uso de recursos naturales no renovables solicite el MEM al OJ consulta sobre esta.
5710-2013	25 de marzo de 2015	Nahualá, Sololá	Concejo de la Municipalidad de Nahualá del departamento de Sololá	Transportador a de Energía de Centroamérica, Sociedad Anónima	Deniega el amparo al Concejo.
5711-2013	7 de julio de 2016	Santa Catarina Ixtahuacán, Sololá	Comité Pro-Mantenimiento de Bienes Comunes y Título Territorial de Santa Catarina Ixtahuacán, departamento de Sololá	Transportador a de Energía de Centroamérica, Sociedad Anónima	Confirma la sentencia apelada, con las modificaciones Expediente 5711-2013 60 siguientes: A) Sustituir lo dispuesto en el numeral III, literal b, de la parte resolutive; B) Añadir, como numeral V; y, C) Añadir, como numeral VI.
5888-2013	5 de febrero de 2015	Palín, Escuintla	Vidal López Sazo, Alejandro Porfirio Aquino Hernández, Fermín Sabana Lobo, Felipe Sebastián Sabana Cojón, José Quispal Caniche,	Asamblea General Extraordinaria de la Asociación Comunidad Indígena de Palín	Con lugar el recurso de apelación interpuesto por Vidal López Sazo –postulante– y, consecuentemente, revoca la sentencia apelada y, resolviendo conforme a Derecho, otorga amparo.



			Lázaro Aquino Hernández, Juan Raguay Gutiérrez, César Arturo Morataya Guzmán, Salvador Raguay Pirique, Julio Enrique Guzmán, Francisco Ragway Pérez, Gaspar Raguay Lobo y Feliciano Benito Caniche		
406-2014	23 de noviemb e de 2015	Momostenango, Totonicapán	Consejo de Autoridades Comunitarias y Consejo de Autoridades de las treinta y un Comunidades de Momostenango, Totonicapán.	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.	Sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Director General de Energía Minas
411-2014	12 de enero de 2016	Chicaman e Uspantan, Quiche, Cubulco Baja Verapaz	Consejo de Pueblos K'ches y la Aldea Belejú de Chicaman, Quiché	Nichromet Guatemala, S.A.	Sin lugar la apelación del amparo con la modificación de instruir se realice la consulta a pueblos indígenas observando los parámetros establecidos en esta sentencia, sobre todo observando los parámetros internacionales.
1925-2014	17 de septiemb e de 2014	San Juan Sacatepéquez, Guatemala	Representantes de comunidades mayas kaqchikeles del municipio de San Juan Sacatepéquez	Cementos Progreso, Sociedad Anónima	Sin lugar el recurso de apelación interpuesto por los representantes de comunidades mayas kaqchikeles.
Acumulados 3695-2014 Y 3738-2014	8 de junio de 2016	Ixcán, El Quiché	Comunidades indígenas ancestrales q'eqchí's Las Margaritas Copón y Xalalá, ambas de la Micro-región VI del municipio de Ixcán del departamento de El Quiché	Intertechne Consultores, Sociedad Anónima	Denegaron el amparo a los postulantes.



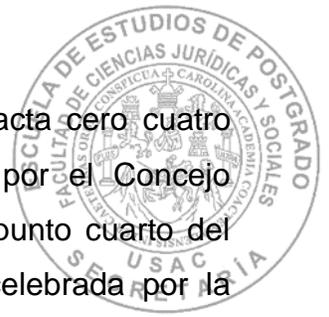
3753-2014	12 de enero de 2016	Sipacapa, de San Marcos	Consejo Maya Sipakapense del municipio de Sipakapa, departamento de San Marcos	Entre Mares de Guatemala, Sociedad Anónima	Confirma la sentencia apelada, pero con la modificación de precisar que el efecto de la decisión no suspende el acto reclamado, sino que se constriñe a modificar los alcances de lo dispuesto en el numeral I.
1134-2015	12 de noviembre de 2015	San Juan Sacatepéquez, Guatemala	Representantes de comunidades mayas kaqchikeles del municipio de San Juan Sacatepéquez	Ministro de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda	Sin lugar el recurso de apelación. Se exhortó a los postulantes para que, en futuras oportunidades, procedan a petición al Organismo Ejecutivo, para que, por conducto de la autoridad correspondiente, se agote el procedimiento respectivo.
2567-2015	31 de marzo de 2016	Tajumulco, San Marcos	Comunidades indígenas mames radicadas en el municipio de Tajumulco, departamento de San Marcos	Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima	Sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas de Guatemala.
3120-2016	29 de junio de 2017	Santa María Nebaj y Chajul, ambos del Quiché	Comunidades indígenas maya-ixiles asentadas dentro de los municipios de Santa María Nebaj y Chajul, ambos del departamento de Quiché	Hidroeléctrica Las Brisas, Sociedad Anónima	Se confirma la sentencia de primer grado, pero con la modificación de precisar que Hidroeléctrica Las Brisas, Sociedad Anónima debe suspender las operaciones del proyecto hidroeléctrico, el que únicamente podrá continuar ejecutando, hasta en tanto el Ministerio de Energía y Minas lleve a cabo y concluya con el proceso de consulta
Acumulados 5765-2016 Y 5811-2016	6 de julio de 2017	San Juan Sacatepéquez, Guatemala	Alcalde Indígena Principal y Representante Legal de la Comunidad Indígena Común del Pueblo de San Juan Sacatepéquez	Alcalde Municipal de San Juan Sacatepéquez, departamento de Guatemala	Confirma el fallo apelado, en cuanto a que debe dar cumplimiento en plazo indicado relacionado a la inscripción en el registro civil de la Comunidad Indígena Común del Pueblo de San Juan Sacatepéquez.
Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017	26 de mayo de 2017	Municipio de Cahabon, departamento de Alta Verapaz	Bernardo Caal Xol	Ministerio de Energía y Minas	Apelación de Amparo denegado, con la modificación de ordenar que se realizara la consulta a pueblos indígenas
123-2017	9 de enero de 2008	Sipacapa y San Miguel Ixtaguacan, San Marcos	Asociación Civil Madre Selva	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.	Apelación de Amparo denegado al interponente.
4785-2017	3 de septiembre de 2018	Mataquescuintla departamento de Jalapa, Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa.	Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala – CALAS– por medio de su Mandatario Judicial con Representación,	Minera San Rafael S.A.	Sin lugar los recursos de apelación interpuestos por Minera San Rafael, Sociedad Anónima; Municipalidad de Mataquescuintla, del departamento de Jalapa; Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala; Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Anexas –ASEMIS– y Representaciones Químicas,

			<p>Pedro Rafael Maldonado Flores y su Director General Yuri Giovanni Melini Salguero, contra el ministro de Energía y Minas.</p>	<p>Sociedad Anónima. II. Con lugar, parcialmente, el recurso de apelación que interpuso Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–. III. Confirma la sentencia de primer grado en cuanto otorga el amparo solicitado por el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS) contra el ministro de Energía y Minas, con las modificaciones siguientes en los alcances de la tutela concedida: a) para la debida protección de los sitios arqueológicos ubicados en la región en la cual se desarrollan los proyectos mineros que, por su naturaleza deben ser protegidos, esta Corte ordena: i) a los titulares de los Ministerios de Energía y Minas y de Cultura y Deportes, realizar, en conjunto, estudios especializados que determinen si el funcionamiento del proyecto de explotación con licencia <i>Escobal</i>, inobserva legislación nacional que protege el patrimonio cultural de la Nación.</p>
--	--	--	--	--

En adelante se analizan algunas de las sentencias emitidas con los cuales la Corte de Constitucionalidad ha emitido y expresado su doctrina y jurisprudencia.

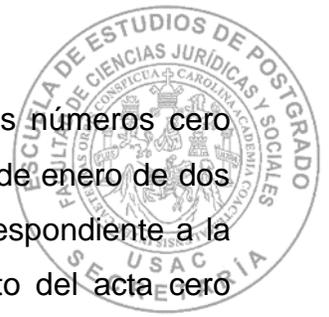
3.1.3.1. Apelación de Sentencia en Amparo. Expedientes Acumulados 1643-2005 Y 1654-2005. Corte de Constitucionalidad: Guatemala, veintiocho de febrero de dos mil ocho

Sentencia de veinte de julio de dos mil cinco, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Económico Coactivo del departamento de San Marcos, constituido en Tribunal de Amparo, en el amparo promovido por Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, contra el Concejo Municipal del municipio de Sipacapa del departamento de San Marcos.



Acto reclamado: resoluciones contenidas en: i) punto tercero del acta cero cuatro guion dos mil cinco (04-2005), que contiene la sesión celebrada por el Concejo Municipal impugnado el veinticuatro de enero de dos mil cinco; y ii) punto cuarto del acta cero seis – dos mil cinco (06-2005) que contiene la sesión celebrada por la autoridad impugnada el siete de febrero de dos mil cinco. En dichas resoluciones, la autoridad recurrida acordó consultar de buena fe, conforme los usos y costumbres del pueblo de Sipacapa, a las autoridades indígenas, a la población indígena de ascendencia maya sipakapense y a vecinos mayores de dieciocho años de edad, para que se pronuncien a favor o en contra de la actividad minera de reconocimiento, exploración y explotación de minerales metálicos a cielo abierto, que se pretende efectuar en el municipio de Sipacapa, “a efecto de determinar si sus intereses son perjudicados y en qué medida son perjudicados esos intereses” por la actividad antes indicada; y b) resolución contenida en el punto cuarto, del acta cero nueve guion dos mil cinco (09-2005), que contiene la sesión administrativa celebrada por el Concejo Municipal impugnado el veintiocho de febrero de dos mil cinco, por la que se acordó, primero, aprobar un Reglamento de Consulta de Buena Fe, para regular la manera en la que se iba a realizar la mencionada consulta y segundo, que esta se llevaría a cabo el dieciocho de junio de dos mil cinco.

En el presente caso Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, ha promovido acción de amparo, denunciando una amenaza a sus derechos adquiridos y violación a principios constitucionales, en virtud de que el Concejo Municipal de Sipacapa del departamento de San Marcos, convocó a una Consulta de Buena Fe a los vecinos mayores de dieciocho años del municipio precitado y, a la vez, por haber decretado un Reglamento de Consulta de Buena Fe, que detalla los aspectos relativos - según lo califica la recurrente- al evento electoral y fijó el dieciocho de junio de dos mil cinco como fecha para su realización, oportunidad en la cual los vecinos se manifiesten a favor o en contra de la actividad minera en ese municipio. Señala la accionante que la Municipalidad de Sipacapa, del departamento de San Marcos, no tiene competencia, según la Constitución Política de la República y las leyes ordinarias del país para realizar dicho evento. Las resoluciones que se pretende dejar sin efecto con el presente proceso son las contenidas en las actas suscritas en el libro número uno de la

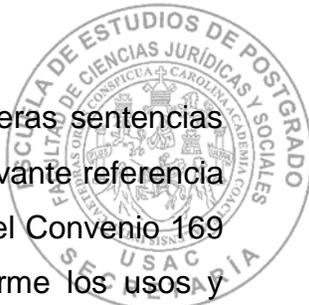


Corporación Municipal ya mencionada, que fueran registradas con los números cero cuatro-dos mil cinco (04-2005), celebrada en la sesión del veinticuatro de enero de dos mil cinco; punto tercero; cero seis guion dos mil cinco (06-2005), correspondiente a la sesión celebrada el siete de febrero de dos mil cinco; y punto cuarto del acta cero nueve guion dos mil cinco (09-2005), celebrada el veintiocho de febrero de dos mil cinco y la última de las mencionadas, incluye el “Reglamento de la Consulta de Buena Fe” y la convocatoria al proceso de consulta para el dieciocho de junio de dos mil cinco. Sustancialmente, la pretensión de Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, es que al otorgársele amparo definitivo se declare: “Que lo resuelto por la autoridad recurrida en las resoluciones antes señaladas quede suspendida (sic) en forma definitiva por lo que en su contenido, efectos a producir, no afecta en sus derechos a la amparista”. Dicha pretensión encontró acogimiento en el tribunal de amparo de primer grado, cuya sentencia fue apelada por la autoridad impugnada y el Ministerio Público.

Del estudio de las actuaciones, esta Corte determina que las resoluciones impugnadas a través de la presente acción, tienen como común denominador el haber sido emitidas con la finalidad de regular y celebrar una consulta de buena fe a las autoridades indígenas, a la población indígena de ascendencia Maya Sipakapense y a los vecinos del Municipio de Sipacapa, departamento de San Marcos, a efecto de que se pronuncien en contra o en favor de la actividad minera de reconocimiento, exploración y explotación de minerales metálicos a cielo abierto y, con ello, determinar si sus intereses son perjudicados con dicha actividad.

La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas resuelve:

I) Revoca la sentencia apelada y en consecuencia: a) Deniega el amparo solicitado por Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima. b) No condena en costas a la postulante. c) No se impone multa a los abogados patrocinantes por lo considerado II) Se revoca el amparo provisional otorgado por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala el trece de junio de dos mil cinco. III) Notifíquese y con certificación de lo resuelto, devuélvanse los antecedentes. (Consulta de Buena Fe, 2008)

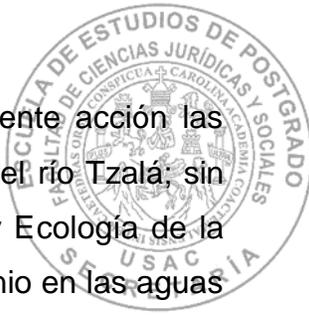


Análisis. Esta sentencia es de importancia por ser una de las primeras sentencias que emitía la Honorable Corte de Constitucionalidad y una caso de relevante referencia a partir que una municipalidad reconoce los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, la autoridad había acordó consultar de buena fe, conforme los usos y costumbres del pueblo de Sipacapa, a las autoridades indígenas, a la población indígena de ascendencia maya sipakapense y a vecinos mayores de dieciocho años de edad, para que se pronuncien a favor o en contra de la actividad minera de reconocimiento, exploración y explotación de minerales metálicos a cielo abierto, que se pretende efectuar en el municipio de Sipacapa y determinar si sus intereses eran perjudicados. La empresa Minera Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima solicitaba desconocer esa decisión como acto denunciado; sin embargo, la Corte le deniega el Amparo y reconocer el derecho de consulta a previa los pueblos indígenas afectados.

3.1.3.2. Amparo en Única Instancia Expediente 123-2007, Corte de Constitucionalidad, Guatemala 9 de enero de 2008, en calidad de tribunal Extraordinario

Amparo en única instancia promovido por la Asociación Civil Colectivo Madreselva acto reclamado: concesión del proyecto de explotación minera a cielo abierto de metales en los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán del departamento de San Marcos, otorgada por el ministro de Energía y Minas a Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, denominado proyecto minero Marlín.

El amparo es la única vía para restablecerles los derechos violados, pues se ha denunciado en reiteradas ocasiones las anomalías que se dieron en el proceso de concesión acarreado como consecuencia la contaminación del río Tz'alá, violándose el derecho de información que tienen los pueblos indígenas y, además al no tomar las medidas de prevención necesarias hay una evidente trasgresión al derecho a la vida, salud y medio ambiente sano de las poblaciones afectadas.



Los postulantes manifestaron que durante el desarrollo de la presente acción las autoridades impugnadas han aseverado que no existe contaminación del río Tzalá; sin embargo, en los monitoreos realizados por la Comisión Pastoral Paz y Ecología de la Diócesis de San Marcos se concluyó que el contenido de hierro y aluminio en las aguas se encuentra en concentraciones altas, además se rechazó el uso del referido líquido vital para el consumo por la presencia de bacterias, pues la empresa minera no cuenta con un sistema de drenaje adecuado. Además, la concesión minera se dio sin tomar en cuenta a la población y sin contar con estudios técnicos objetivos sobre los efectos de la explotación minera a cielo abierto en la región

En conclusión, debe señalarse que: a) la licencia de explotación fue concedida de conformidad con el mandato otorgado al Ministerio de Energía y Minas en el artículo 34 inciso d) de la Ley del Organismo Ejecutivo; b) que los postulantes tuvieron oportunidad de hacer valer sus argumentaciones en la vía correspondiente, pero no lo hicieron, la referida concesión no puede evidenciar agravio reparable por la vía del amparo, al haber enmarcado las autoridades impugnadas su actuación dentro del ámbito de sus facultades.

La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve:

I. Deniega, el amparo promovido por la Asociación Civil Colectivo Madreselva, por medio del Vicepresidente de su Junta Directiva y Representante Legal, Carlos Antonio Salvatierra Leal y por Mario Perfecto Tema Bautista, Juan Mejía Ambrosio, Armando Méndez Tojil, Santos Serapio Ambrosio García, Víctor Basilio López Pérez, Oracio Vidal Pérez Pérez, Encarnación Carrillo Ambrosio, María Ortencia Chun Bautista, Hilda Martina López Tojil, contra el presidente de la República y los ministros de Energía y Minas, Ambiente y Recursos Naturales y Salud Pública y Asistencia Social. (Apelación de Sentencia Mina Marlin, 2008)

Análisis. En el presente caso se denegó el amparo promovido por la Asociación Civil Colectivo Madreselva, argumentado la Corte de Constitucionalidad que la licencia de explotación fue concedida de conformidad con el mandato otorgado al Ministerio de Energía y Minas en el artículo 34 inciso d) de la Ley del Organismo Ejecutivo, que adicional los postulantes tuvieron oportunidad de hacer valer sus



argumentaciones en la vía correspondiente, pero no lo hicieron, la referida concesión no puede evidenciar agravio reparable por la vía del amparo, al haber enmarcado las autoridades impugnadas su actuación dentro del ámbito de sus facultades. Como podrá observarse la Corte desconoció el derecho que tenía la población de haber sido informada y contrario a ello argumento que la autoridad impugnada había actuado apegada a derecho, es por esa razón que se acude a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por denegación de justicia la cual el 20 de mayo de 2010, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de 18 comunidades del pueblo indígena maya: Tres Cruces, Escupijá, Pueblo Viejo, La Estancia, Poj, Sipacapa, Pie de la Cuesta, Cancil, Chual, Quecá, Quequesiguán, San Isidro, Canoj, Ágel, San José Ixcaniché, San José Nueva Esperanza, San Antonio de los Altos y Siete Platos, en Guatemala. En la solicitud de medida cautelar se alega que en noviembre de 2003, el Ministerio de Energía y Minas habría otorgado una licencia de explotación minera de oro y plata por 25 años a la empresa Montana, dentro de una extensión de 20 kilómetros cuadrados en los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán. El área de impacto ambiental e hidrológico de la concesión abarcaría el territorio de, al menos, 18 comunidades del pueblo maya en ambos municipios. Los solicitantes alegan que la concesión minera, así como el inicio de la explotación, se habría realizado sin consultar en forma previa, plena, libre e informada a las comunidades afectadas del pueblo maya. La empresa Montana habría comenzado la construcción de la Mina Marlin en 2003 y la extracción de oro y plata en 2005. Los peticionarios sostienen que la explotación minera ha generado graves consecuencias para la vida, la integridad personal, el medio ambiente y los bienes del pueblo indígena afectado, puesto que el Río Tzálá y sus afluentes son las únicas fuentes de agua para consumo y actividades de subsistencia. Según la solicitud, varios pozos de agua y manantiales se habrían secado y los metales presentes en el agua como consecuencia de la actividad minera han tenido efectos nocivos sobre la salud de miembros de la comunidad. La Comisión Interamericana solicitó al Estado de Guatemala que suspenda la explotación minera del proyecto Marlin I y demás actividades relacionadas con la concesión otorgada a la empresa Goldcorp/Montana Exploradora de Guatemala S.A., e implementar medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental, hasta tanto la Comisión Interamericana de



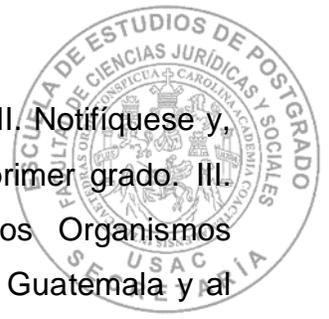
Derechos Humanos adopte una decisión sobre el fondo de la petición asociada a esta solicitud de medidas cautelares. La CIDH solicitó asimismo al Estado adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las 18 comunidades beneficiarias y asegurar el acceso por sus miembros a agua apta para el consumo humano; atender los problemas de salud objeto de estas medidas cautelares, en particular, iniciar un programa de asistencia y atención en salubridad para los beneficiarios, a efectos de identificar a aquellas personas que pudieran haber sido afectadas con las consecuencias de la contaminación para que se les provea de la atención médica pertinente; adoptar las demás medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de los miembros de las 18 comunidades mayas mencionadas; y planificar e implementar las medidas de protección con la participación de los beneficiarios y/o sus representantes.

3.1.3.3 Expediente 3878-2007, Apelación de Amparo, Corte de Constitucionalidad Guatemala, veintiuno de diciembre de dos mil nueve

Se examina la sentencia de veintiséis de octubre de dos mil siete, dictada por el Juzgado Octavo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, constituido en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional homónima promovida contra el Concejo Municipal de San Juan Sacatepéquez del departamento de Guatemala por los Consejos Comunitarios de Desarrollo de las Comunidades El Pilar I y II. Acto reclamado, acuerdo municipal contenido en el punto segundo del acta número cero cero uno – dos mil siete (001-2007), dictado por el Concejo Municipal de San Juan Sacatepéquez en sesión pública extraordinaria celebrada el veintisiete de abril de dos mil siete, de oficio, revocó el acuerdo municipal contenido en el punto tercero del Acta número catorce – dos mil siete (14-2007), que dictara en sesión pública ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil siete, por el que se convocaba a los vecinos de las comunidades indígenas mayas kaqchikeles de esa región a participar en la consulta de vecinos a realizarse el trece de mayo de dos mil siete, relacionada a la autorización de una licencia de exploración y explotación minera concedida a Cementos Progreso, Sociedad Anónima, en la finca San José Ocaña del municipio de San Juan Sacatepéquez del departamento de Guatemala.



La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I. Con lugar el recurso de apelación interpuesto por los Consejos Comunitarios de Desarrollo de las Comunidades El Pilar I y II, del Sector I del Caserío San Antonio Las Trojes, de la Aldea Lo de Ramos y del Caserío Cruz Ayapán; las Alcaldías Auxiliares de los Caseríos Santa Fe Ocaña, Los Pajoques, de las Aldeas Comunidad de Ruiz, San Antonio Las Trojes II; la Asociación de Vecinos de la Comunidad Santa Fe Ocaña y los vecinos Tereso Chávez Iquic, Dina Abigail Pirir Pirir, Hugo Tulio Búcaro García, Abelardo Curul, Francisco Camey Zet, Juan Gilberto Raxón Curup y Bonifacio Puluc Tubac; revoca la sentencia impugnada y, emitiendo el pronunciamiento que corresponde, otorga amparo a los postulantes antes identificados y en consecuencia: a) deja en suspenso, en cuanto a los reclamantes, el acuerdo municipal contenido en el punto segundo del acta número cero cero uno – dos mil siete (001-2007), dictado por el Concejo Municipal de San Juan Sacatepéquez del departamento de Guatemala, en sesión pública extraordinaria celebrada el veintisiete de abril de dos mil siete; b) para los efectos positivos del presente fallo, la autoridad impugnada debe, de acuerdo con lo aquí considerado: i) disponer lo necesario en la eventualidad de renovación del petitorio de convocatoria a consulta popular de tipo comicial, para que se realice con las garantías de efectividad del evento, entendido como manifestación de opinión de las comunidades convocadas y cuyo resultado, aunque sin efecto vinculatorio, deberá comunicarse al Organismo Ejecutivo; y ii) trasladar el reclamo de los postulantes al seno del Consejo Departamental de Desarrollo, por medio del Alcalde Municipal, a efecto de que en esa instancia el Gobernador departamental y los representantes de los Ministerios de Gobernación, de Energía y Minas y de Ambiente y Recursos Naturales, asuman la responsabilidad de coordinar el diseño e implantación de mecanismos de negociación y concertación de los intereses comunitarios con los actores del Estado y de las entidades terceras interesadas en el amparo, de conformidad con los lineamientos y principios rectores trazados en esta sentencia. Se conmina a la autoridad impugnada para que dé exacto cumplimiento a lo resuelto dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en la que el presente fallo cause ejecutoria, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento, sus integrantes incurrirán en multa de cuatro mil quetzales cada uno,



sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes. II. Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvase la pieza de amparo de primer grado. III. Envíese certificación completa del presente pronunciamiento a los Organismos Legislativo y Ejecutivo, así como a la Gobernación Departamental de Guatemala y al Consejo Departamental de Desarrollo de esta misma circunscripción. (El Pilar I y II, Apelación de Sentencia, 2009)

Análisis. Esta sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad enmarca claramente como aun el desarrollo de la concepción del entendimiento de la consulta a pueblos indígenas ha ido realizándose en forma evolutiva a partir que aquí podemos observar Se conmina a la autoridad impugnada para que dé exacto cumplimiento a lo resuelto dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que cobre firmeza el fallo relacionado, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento, sus integrantes incurrirán en multa de cuatro mil quetzales cada uno, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes.

3.1.3.4 Sentencia emitida por la Honorable Corte de Constitucionalidad dentro del Expediente número 1031-2009, en la ciudad de Guatemala, el veinticinco de mayo de dos mil diez

En apelación y con sus antecedentes, se examinó la sentencia del trece de marzo de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, del departamento de Sacatepéquez, constituido en Tribunal Constitucional de Amparo, en la acción homónima promovida por Constructora Nacional, Sociedad Anónima, por medio de su Mandatario Especial Judicial con Representación, Alejandro José Balsells Conde, contra el Concejo Municipal de Santo Domingo Xenacoj, departamento de Sacatepéquez.

La situación fáctica que subyace al presente amparo está enmarcada en el ámbito de la controversia general derivada de la instauración de una fábrica de cemento en el último de los municipios mencionados; de hecho, según lo asegura la autoridad



impugnada en el informe circunstanciado ya relacionado, el comité provisional de vecinos que se constituyó en la expresión organizada del rechazo de los pobladores de Santo Domingo Xenacoj hacia el proyecto de construcción de la carretera, fue formado a instancia de habitantes de San Juan Sacatepéquez. Es decir que, a la postre, las amenazas de que una eventual solicitud de licencia de construcción de la postulante sea desestimada por el citado Concejo Municipal con base en los motivos enunciados en el punto quinto del Acta cero uno-dos mil nueve (01-2009) de siete de enero de dos mil nueve, así como de que su personal sufra vejámenes por negligencia de la autoridad impugnada, o que se produzca injustificadamente la rescisión del contrato de arrendamiento del bien inmueble en el que se ubica su Oficina de Planificación, derivan todas del respaldo institucional que la referida corporación edil ha decidido brindar a la postura de resistencia asumida por la población de su circunscripción, frente a un proyecto de infraestructura vial que no es, sino uno de los componentes colaterales de un plan global que gira en torno a la instalación de la referida fábrica cementera en el municipio de San Juan Sacatepéquez.

Establecida esa íntima relación, es menester hacer referencia, en lo atinente, a lo considerado y decidido por esta Corte respecto a la manera en que debe ser atendida adecuadamente la controversia general antes descrita, en sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil nueve, dictada con motivo del expediente de apelación de amparo número tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007):

Asimismo, se puntualizó que aunque su reconocimiento surgió a partir de la conciencia internacional de la necesidad de establecer a favor de los pueblos indígenas –debido a la marginación a la que históricamente han sido sometidos por factores ligados a su identidad cultural– una garantía de igualdad en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida; para el caso de Guatemala, por iguales razones de igualdad, justicia y equidad social, debe entenderse que es extensible a cualquier comunidad o población.

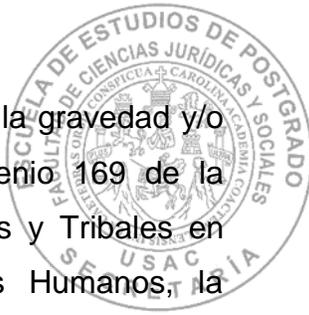
La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas al resolver declaro: “I. Confirma la sentencia venida en grado, con la modificación de precisar los efectos del otorgamiento del amparo en los siguientes términos: a) se



previene al Concejo Municipal de Santo Domingo Xenacoj, departamento de Sacatepéquez –autoridad impugnada– de que no debe tomar motu proprio ninguna decisión acerca del proyecto de infraestructura vial intermunicipal que por medio de Constructora Nacional, Sociedad Anónima, –entidad postulante– se podría llevar a cabo en esa circunscripción, o cualquier otro aspecto vinculado a la instalación de una fábrica cementera que se pretenda concretar en el municipio de San Juan Sacatepéquez, departamento de Guatemala; y b) se ordena a la autoridad impugnada que, por medio del Alcalde Municipal, traslade al Consejo Departamental de Desarrollo de Sacatepéquez toda la información y documentación que posea con relación a los temas aludidos en la literal a), para que dicho Consejo, en coordinación con su homólogo del departamento de Guatemala, se asegure de que sean incorporadas al proceso de consulta referido en lo resuelto por este tribunal el veintiuno de diciembre de dos mil nueve [expediente tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007)], así como también deberá cerciorarse de que a las partes interesadas –incluida la postulante– les sea conferida intervención en este...” (Apelacion de Amparo , 2010)

Análisis: en la presente sentencia la Corte de Constitucionalidad ordena realizar la consulta al pueblo indígena de Santo Domingo Xenacoj departamento de Sacatepéquez, en el pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad, abarca la conciencia que se realizó a través de reconocimiento surgió a partir de la conciencia internacional de la necesidad de establecer a favor de los pueblos indígenas ello con ocasión de la marginación a la que históricamente han sido sometidos por factores ligados a su identidad cultural, por lo cual una garantía de igualdad en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida; para el caso de Guatemala, por iguales razones de igualdad, justicia y equidad social, debe entenderse que es extensible a cualquier comunidad o población.

Adicionalmente, se asentó que ante ese tipo de proyectos de construcción de infraestructura y de explotación de recursos naturales asiste a las poblaciones aledañas el derecho de consulta, que constituye un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, que en ese supuesto opera con un cariz instrumental, como una extensión o primera línea de defensa de otros derechos fundamentales, tales como el



de propiedad, a la cultura, a la salud, libertad de culto, etc. Según sea la gravedad y/o matices particulares del caso. Tiene asidero normativo en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas y el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los pueblos indígenas. Conlleva para el Estado, entre otras, la obligación de que, previo a la consumación de acciones gubernamentales que supongan afectación directa sobre las poblaciones de que se trate, genere de buena fe, en forma sistemática y acorde a las características propias del país, una dinámica de información, participación y diálogo con miembros de sus comunidades dotados de auténtica representatividad, dirigida a la consecución de acuerdos sobre las medidas que se proyecta realizar.

3.1.3.5 Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 429-2011, Corte de Constitucionalidad Guatemala, cinco de abril de dos mil once

Se examina la sentencia de catorce de enero de dos mil once, proferida por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional homónima promovida por Diego Ceto Hermoso, en su calidad de Alcalde Auxiliar de la Comunidad El Sumadito, del departamento de El Quiché y Santiago Ixcoteyac, en su calidad de presidente del Consejo Comunitario de Desarrollo (COCODE) de la misma comunidad, contra la Directora General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.

Acto reclamado: resolución ochocientos treinta y dos – dos mil diez (832-2010) de catorce de abril de dos mil diez, por la que la autoridad impugnada aprobó el estudio de evaluación de impacto ambiental del proyecto “Hidroeléctrica La Vega”, ubicado en el municipio de Santa María Nebaj, del departamento de El Quiché. Violaciones que se denuncian: los principios de seguridad jurídica y debido proceso. Producción del acto reclamado: los amparistas tuvieron una reunión en la que tuvieron conocimiento de la

existencia de un proyecto denominado “Hidroeléctrica La Vega” el que, de ser aprobado, sería construido en la comunidad que aquellos representan, específicamente, en el río Suchúm, ubicado en el municipio de Santa María Nebaj del departamento de El Quiché.



En principio este Tribunal estima necesario señalar que coincide con muchas de las apreciaciones que el Tribunal a quo formuló al realizar el análisis de mérito y que, pese a ello, disiente de su decisión de fondo. Los razonamientos que le parecen acertados a esta Corte, entre otros, son los consistentes en estimar que: a) las encuestas de opinión social dirigidas a comunitarios del área de influencia del proyecto no puede reflejar efectivamente el criterio de un porcentaje significativo de estos, pues solo fueron encuestadas veintitrés personas; b) la publicación que la entidad proponente del proyecto efectuó en “El Periódico” no cumplió con el objetivo principal de la norma que la ordena, pues esta persigue la divulgación del proyecto a desarrollar, no tanto a nivel nacional, sino especialmente entre las comunidades asentadas en el área de influencia de este y siendo que la cobertura de dicho medio informativo no cubre la comunidad de “El Sumalito” de la que son representantes los ahora accionantes, no puede asegurarse que la sola publicación haya surtido el efecto esperado, esto es, hacer del conocimiento de los habitantes de dicha comunidad la existencia de aquel proyecto; c) el hecho de que proyectos de tal envergadura como una hidroeléctrica pueden producir impactos económicos, ambientales, sociales y culturales que hacen necesaria la creación de mecanismos de protección, no con el propósito de detener o retardar su desarrollo, sino fortalecer la convivencia pacífica dentro de un marco de respeto y protección a los derechos humanos.

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Con lugar el recurso de apelación interpuesto por Hidroxil, Sociedad Anónima y, como consecuencia, revoca la sentencia impugnada. Resolviendo conforme a derecho, declara: a) Deniega el amparo solicitado por Diego Ceto Hermoso, en su calidad de Alcalde Auxiliar de la Comunidad El Sumadito, del departamento de El Quiché y Santiago Ixcoteyac, en su calidad de presidente del Consejo Comunitario de Desarrollo (COCODE) de la misma comunidad, contra la Directora General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de

Ambiente y Recursos Naturales; b) condena en costas a los postulantes; (Apelación de Sentencia Hidroeléctrica "La Vega", 2011).



Análisis: resulta importante evidenciar que en esta sentencia la Corte de Constitucionalidad; no obstante, realiza el planteamiento de que debió observarse el derecho de consulta que le asiste a los pueblos indígenas, en el presente caso, es innegable la veracidad de la afirmación que el Tribunal hizo respecto de los derechos que tanto el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas reconocen a dichos pueblos; sin embargo, la Corte no aceptó la aseveración que: a); no obstante, que se acreditaron algunos actos de participación pública, no se cumplió con los requisitos establecidos en la ley, lo que lo llevó a concluir que debía otorgar el amparo requerido, como lo hizo; y b) que no es dable imputar a los postulantes incumplimiento del presupuesto procesal de definitividad, pues la resolución que señalan como acto reclamado no se produjo en el marco de un procedimiento administrativo, como para exigir la previa utilización de los mecanismos de defensa procesal que corresponden en la vía ordinaria. Sobre este último punto es que se funda, esencialmente, la discrepancia de esta Corte con el pronunciamiento efectuado en primera instancia, no, porque estime que efectivamente hubo incumplimiento del presupuesto procesal de definitividad que viabiliza el conocimiento de la acción constitucional instada, sino, porque aceptar dicha tesis –que no puede imputarse a los postulantes la inobservancia de tal requisito– equivaldría a asumir que no existió oportunidad para que estos demandaran su participación en el desarrollo del proyecto hidroeléctrico mencionado y que, dada esa ausencia, el amparo resultó ser la única vía para denunciar la falta de participación de la consulta a pueblos indígenas en la referida obra.

3.1.3.6 Expediente 1149-2012 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de Amparo: Guatemala, diez de septiembre de dos mil quince



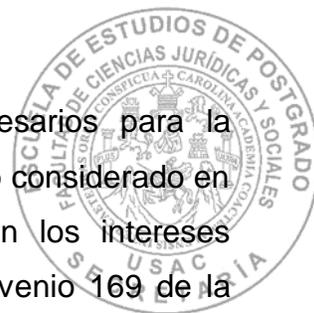
Se examina la sentencia de seis de marzo de dos mil doce, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejudio, en la acción constitucional de amparo promovida por el Consejo de Principales de Trapichitos (Q'sal Tenam Trapichitos), por medio de su presidente Felipe De Paz Solís.

Actos reclamados: Omisión del ministro de Energía y Minas de notificar directa y personalmente y, de consultar previamente, a las comunidades indígenas maya-ixil del área afectada, asentadas en los municipios de San Gaspar Chajul y Santa María Nebaj, ambos del departamento de El Quiché, dentro del procedimiento administrativo de autorización de instalación de la central generadora denominada “Hidroeléctrica La Vega I”. Acuerdo Ministerial noventa y nueve guion dos mil once (99-2011), de tres de junio de dos mil once, publicado en el Diario de Centro América el trece del mes y año citados, que autoriza a Hidroxil, Sociedad Anónima para utilizar por el plazo de cincuenta años bienes de dominio público, para la instalación de la central generadora denominada “Hidroeléctrica La Vega I”.

Por lo anteriormente considerado, la solicitud formulada debe declararse sin lugar. (Hidroeléctrica "La Vega" Apelación de Amparo, 2015)

Análisis: No obstante, resulta pertinente mencionar que, en lo que respecta a los motivos que dan impulso a la forma en que se dicta la sentencia, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que tome las medidas necesarias para que se practique la consulta de las comunidades indígenas a las que interese y afecte, conforme los estándares internacionales aplicables, respecto a la instalación de la central generadora hidroeléctrica “La Vega I”. Dicha consulta deberá concluir en el término de seis meses contados a partir de que el fallo adquiriera firmeza, debiendo tomar en cuenta que en todo momento la consulta debe ser concebida como un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes. Y ante la falta de regulación legal para la realización de las consultas, el Estado, por conducto del Ministerio de Energía y Minas, serviría de mediador entre las

comunidades indígenas, a las que interese y afecte y los empresarios para la realización de la consulta, en el plazo indicado, tomándose en cuenta lo considerado en esta sentencia, que permita arribar a los acuerdos que armonicen los intereses contrapuestos, de buena fe y en armonía con lo regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, del cual Guatemala es parte.



3.1.3.7 Apelación de Sentencia de Amparo, Expediente 1925-2014 Corte de Constitucionalidad, Guatemala, diecisiete de septiembre de dos mil catorce

En apelación y con sus antecedentes, se examina la sentencia de diez de marzo de dos mil catorce, dictada por la Corte Suprema de Justicia, constituida como Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por Rafael Jozal Boc en su calidad de Primer Alcalde del Caserío las Trojes Sector Dos..., contra el ministro de Comunicaciones Infraestructura y Vivienda.

Acto reclamado: La disposición administrativa emitida por el ministro de Comunicaciones Infraestructura y Vivienda de aprobar la construcción vial del tramo interconexión CA – I Occidente (kilómetro treinta y ocho punto cinco) RN – cinco (kilómetro treinta y cuatro), que corresponde a la primera fase del anillo regional, inaugurado el veintidós de mayo de dos mil trece y publicado en el Diario de Centro América el veintitrés de ese mismo mes y año.

En el presente caso se examina, en apelación, la sentencia de diez de marzo de dos mil catorce, dictada por la Corte Suprema de Justicia, constituida como Tribunal de Amparo, en la acción constitucional promovida contra el ministro de Comunicaciones Infraestructura y Vivienda. El amparo fue dirigido contra la disposición administrativa emitida por el ministro de Comunicaciones Infraestructura y Vivienda de aprobar la construcción vial del tramo interconexión CA – I Occidente (kilómetro treinta y ocho punto cinco) RN – cinco (kilómetro treinta y cuatro), que corresponde a la primera fase del anillo regional, inaugurado el veintidós de mayo de dos mil trece y publicado en el

Diario de Centro América el veintitrés de ese mismo mes y año. Los postulantes estiman que se conculcaron sus derechos constitucionales anteriormente referidos, puesto que la autoridad impugnada previo a aprobar el acto reclamado debió cumplir con lo regulado en el artículo 6 del Convenio ciento sesenta y nueve de la Organización Internacional del Trabajo y consultar la realización del indicado proyecto de construcción.



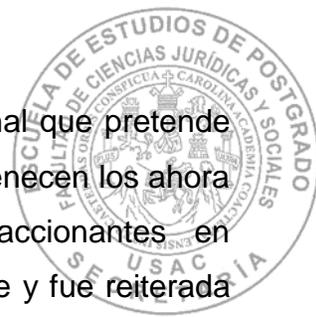
La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Sin lugar el recurso de apelación interpuesto por Ana Rafael Jozal Boc en su calidad de Primer Alcalde del Caserío las Trojes Sector Dos..., quienes unificaron la personería en Luis Rolando Tubac Pajoc, –amparistas—. II) Como consecuencia, se confirma la sentencia apelada. III) Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvanse los antecedentes remitidos. (Tramo Construcción Vial Tramo Carretero. Apelación de Sentencia, 2014)

Análisis: el Tribunal Constitucional denegó la protección solicitada, por considerar que los postulantes no agotaron la vía ordinaria antes de acudir a la acción constitucional de amparo, pues estimó que desde el año dos mil seis, ellos tuvieron conocimiento del proyecto y aun así no accionaron administrativa o judicialmente antes de promover el amparo, por lo que no cumplieron con el presupuesto procesal imprescindible de definitividad. Aquí podemos observar que lamentablemente se dejó de observar la urgente necesidad de precisar como premisa el derecho de consulta, que por ser un derecho colectivo y de prestación en materia de derechos humanos, era urgente acoger e incidir en que se cumpliera con la consulta.

3.1.3.8 Apelación de Sentencia de Amparo Expediente No. 1134-2015, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, doce de noviembre de dos mil quince

Acto reclamado: omisión del ministro de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda de resolver y notificar la solicitud efectuada para que se realice consulta comunitaria de conformidad con lo regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del

Trabajo, previo a la instalación del proyecto denominado Anillo Regional que pretende construirse en el territorio de las comunidades indígenas a las que pertenecen los ahora postulantes. La petición de consulta fue presentada por los accionantes en representación de sus comunidades el veinte de enero de dos mil once y fue reiterada el veinte de mayo de dos mil trece.



Cabe citar que este Tribunal, en sentencia de veinticinco de marzo de dos mil quince, expedientes acumulados 156 y 159-2013, en su considerando X señaló: "(...) El ente estatal idóneo para hacerse cargo de la implementación, coordinación y supervisión de la consulta a pueblos indígenas en Guatemala. (...) Ante la circunstancia de que el Ministro ahora cuestionado no es la autoridad competente para agotar el procedimiento de consulta, esa Cartera, al recibir la manifestación de interés de alguna comunidad de ser consultados respecto de determinado proyecto, deberá efectuar traslado al Organismo Ejecutivo, para que, por conducto de la autoridad correspondiente, se agote el procedimiento respectivo. Por lo considerado, procede confirmar el fallo de primer grado, en el que se denegó la protección solicitada, pero, en la parte resolutive de este fallo, debe exhortarse al funcionario cuestionado para que, en futuras oportunidades, atienda la jurisprudencia emanada de esta Corte, en relación con el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados.

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Sin lugar el recurso de apelación interpuesto por Tiburcio Guamuch Subuyuj, Primer Alcalde de la Comunidad El Pilar II, en quien se unificó personería -amparista- y, como consecuencia, confirma la sentencia apelada. II) Se exhorta al funcionario cuestionado para que, en futuras oportunidades, al recibir manifestación de las comunidades en relación con su interés de ser consultadas respecto de determinado proyecto, proceda a efectuar traslado de esa petición al Organismo Ejecutivo, para que, por conducto de la autoridad correspondiente, se agote el procedimiento respectivo. ("Anillo Regional" Apelación de Amparo, 2015)

Análisis: esta sentencia se enmarca en la jurisprudencia nacional e internacional es conteste en señalar que el Estado es el responsable de que la consulta a pueblos indígenas se lleve a cabo cuando sea procedente. Se trajo a colación que fue creado,



mediante el Acuerdo Gubernativo 117-2014, el Gabinete de pueblos indígenas e Interculturalidad, como gabinete específico, al tenor de lo preceptuado en el artículo 18 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República y sus reformas. Y que las consideraciones aducidas por el Presidente de la República para la instauración del referido Gabinete reflejan sintonía con los fines, naturaleza y fundamento de la consulta a pueblos indígenas: la Constitución Política de la República reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo con sus valores, idiomas y costumbres; asimismo, determina que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos y que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, por lo que debe ser compromiso del Estado, contribuir positivamente en la construcción de la igualdad y unidad en la diversidad que permita la convivencia pacífica y alcanzar el bienestar para todos y que el Estado de Guatemala al haber ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes y suscrito la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos indígenas, así como lo establecido en el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los pueblos indígenas, adquirió compromisos para con estos pueblos, que requieren modificaciones en la institucionalidad estatal que se deben abordar de manera integral.

En esta sentencia la Corte se consideró que la consulta a pueblos indígenas debía ser coordinada por un ente estatal que específicamente se haga cargo de implementar, coordinar y supervisar las diferentes etapas del proceso de consulta, resulta idóneo el recientemente creado Gabinete de pueblos indígenas e Interculturalidad del Organismo Ejecutivo.”

3.1.3.9 Apelación de Amparo dentro de los Expedientes Acumulados No.156-2013 Y 159-2013, sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad, de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince



Por medio de apelación la Corte de Constitucionalidad examinó la sentencia de fecha veintiocho de noviembre de dos mil doce, dictada por Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional homónima promovida por el Consejo de Autoridades Ancestrales del municipio de San Juan Cotzal, departamento de Quiché y las comunidades indígenas mayas ixiles de la misma localidad, por medio del Primer Alcalde Indígena, Concepción Santay Gómez, contra el ministro de Energía y Minas.

Las violaciones que se denunciaron fueron los derechos de defensa y de consulta, así como a los principios jurídicos de debido proceso y de legalidad. Los agravios que se atribuyen a los actos reclamados: los postulantes estimaron que el proceder de la autoridad recriminada redundó en conculcación de sus derechos y de los principios jurídicos enunciados, por las siguientes razones: a) en el Acuerdo ministerial en cuestión se señaló el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Ley General de Electricidad y otras vinculadas, pero no las previstas en la propia Constitución Política de la República –artículos 58 y 66–, convenios internacionales y leyes ordinarias relativas a los derechos de los pueblos indígenas; consecuentemente, es un acto administrativo nulo de pleno derecho, pues conculcó el principio de legalidad, al no estar fundamentado en todas las normas jurídicas aplicables; b) ese Acuerdo ministerial fue resultado de un procedimiento administrativo en el que se omitió exigir a Transmisora de Energía Renovable, Sociedad Anónima, el establecimiento de mecanismos que aseguraran el cumplimiento de normas fundamentales y obligatorias sobre la protección especial de los pueblos indígenas en Guatemala, particularmente en lo que concierne a: i. la indemnización por posibles daños y perjuicios que puedan ser causados a las comunidades indígenas debido a la construcción e instalación del transporte de electricidad que esa entidad pretende realizar; ii. el derecho de esas comunidades a participar de los beneficios que se puedan producir en virtud de la



utilización de sus territorios para el transporte de electricidad, mediante las servidumbres de paso y de agua que se constituirán para ello; iii. el derecho de esas comunidades a participar en la discusión y planificación de los problemas y asuntos que atañen a su desarrollo económico y social, o que de cualquier manera pudieran afectar sus derechos fundamentales; y iv. los procedimientos que, respetando sus tradiciones, usos y costumbres, garantizaran el arreglo y solución de los conflictos que pudiesen surgir entre las comunidades y la entidad antes identificada, debido a la construcción e instalación del transporte de electricidad; c) como pueblos y comunidades indígenas asentados en el municipio de San Juan Cotzal, debieron ser consultados previamente acerca de la referida autorización de instalación y construcción de transporte de electricidad, mediante mecanismos adecuados y con la debida información y diálogo, en su idioma materno; d) al impedir ilegal y arbitrariamente su participación directa en la planificación, discusión y toma de decisiones sobre problemas que les conciernen, la autoridad cuestionada veda la posibilidad de llegar a acuerdos, conforme lo dispuesto en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes; y e) al no haberles notificado, citado ni dado intervención en el procedimiento para autorizar el transporte de electricidad, se vulneraron su derecho de defensa y el principio jurídico de debido proceso.

Ante las solicitudes de que sean autorizados proyectos, operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales, los órganos competentes están obligados a atender los preceptos atinentes que estén contenidos, tanto en las leyes ordinarias y disposiciones reglamentarias vigentes, como en los instrumentos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala; unos y otros que conforman conjuntamente el andamiaje normativo aplicable. De esa cuenta, si se avizora que las licencias cuya autorización se solicita, o las ya otorgadas, producirán afectación directa de las condiciones de vida de comunidades indígenas, el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en la Ley General de Electricidad o en la Ley de Minería y sus respectivos Reglamentos, no excluye la responsabilidad estatal de poner en práctica la consulta establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes.



Es oportuno recalcar que la carencia de legislación ordinaria ad hoc no puede significar la nulidad de la consulta que asiste a los pueblos indígenas, porque, de ser así, ello equivaldría a consentir que la pasividad del poder público tuviera como resultado vaciar de contenido al indicado derecho fundamental.

VII. Circunstancias ante las cuales resulta procedente la consulta a pueblos indígenas. Al tenor de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes [artículo 6, inciso a] debe consultarse a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; en especial antes de emprender o autorizar programas de prospección o explotación de recursos naturales [artículo 15, numeral 2]; o, de encontrarse ya en ejecución, para disponer, si fuere el caso, las medidas mitigadoras, resarcitorias, reparadoras o compensatorias que garanticen el modo de vida y las proyecciones futuras de las comunidades afectadas.

Para que la consulta sea procedente es necesario que concurren dos componentes: por un lado, el encuadramiento de determinadas acciones o decisiones del poder público como medidas administrativas o legislativas; y por otro, la circunstancia de que pueda razonablemente preverse que el proyecto, operación o actividad cuya autorización se pide originará afectación directa de poblaciones indígenas.

En definitiva, de lo antes relacionado se colige que resultará procedente la consulta a pueblos indígenas cuando se prevean disposiciones de poder público, sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, en el entendido de que esto último se determina en función de la incidencia que esas medidas puedan llegar a tener en sus condiciones de vida –sea de índole social, económica, espiritual, ambiental, sanitaria, alimentaria, etc.–, a fin de prevenir que se produzca de modo y con intensidad tales que conlleven detrimento de su identidad cultural y su subsistencia digna.



En suma, el estudio integral de la normativa nacional aplicable y la información reseñada sobre el expediente administrativo subyacente al amparo, en concatenación con los supuestos de procedencia y alcances de la consulta delineados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes y en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, conduce a determinar que en el caso concreto existen elementos de convicción, objetivos y verificables, para prever que la autorización del servicio de transmisión de energía eléctrica del proyecto “Subestaciones Uspantán y Chixoy II y línea de transmisión Uspantán-Chixoy II” constituye medida administrativa que probablemente produciría, produce o producirá afectación directa (favorable, desfavorable o inocua) de las condiciones de vida de las comunidades representativas de los pueblos indígenas que se encuentran asentadas en el municipio de San Juan Cotzal, departamento de Quiché. Por ende, en el caso bajo estudio concurren las condiciones de procedencia de la consulta a pueblos indígenas, por lo que esta debe ser realizada.

IX. Características esenciales que deben concurrir para que pueda afirmarse que se ha realizado adecuadamente la consulta a pueblos indígenas.

A. Carácter previo a la medida gubernativa.

B. Comprende un verdadero diálogo en el que privan la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos; no se agota con la sola información.

C. Orientada al objetivo de arribar a acuerdos, con el consenso como vía para la toma de decisiones; no se trata de que una parte se imponga a la otra.

D. Se concreta mediante procedimientos culturalmente apropiados, en los que se respetan las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas.

Esos estándares de derecho internacional ya han quedado reflejados en la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia.



Era procedente otorgarles amparo a efecto de que ello tenga lugar en el estado en que se encuentran las cosas, pues el hecho de que no se les haya consultado con la antelación debida, no era óbice para que se haga, a la brevedad posible.

X. Ente estatal idóneo para hacerse cargo de la implementación, coordinación y supervisión de la consulta a pueblos indígenas en Guatemala.

La jurisprudencia nacional e internacional es conteste en señalar que el Estado es el responsable de que la consulta a pueblos indígenas se lleve a cabo cuando sea procedente. En este sentido es básico enfatizar que al Guatemala, aprobar el Convenio 169 de Sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes y suscrito la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos indígenas, así como lo establecido en el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los pueblos indígenas, adquirió compromisos para con estos pueblos, que requieren modificaciones en la institucionalidad estatal que se deben abordar de manera integral.

XI. Forma indicativa en la que puede ser realizada la consulta a pueblos indígenas en Guatemala.

La Corte de Constitucionalidad propuso derivado a la ausencia de legislación nacional que regule especialmente la materia, algunos lineamientos básicos a seguir en concordancia con los estándares internacionales sobre la materia: la consulta debe ser concebida como lo propone el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes. Consecuentemente, en el caso concreto debe estar orientada, por un lado, a formar en las comunidades mayas ixiles de San Juan Cotzal, Quiché, un panorama objetivo, pleno y transparente del modo y grado de las implicaciones del transporte de energía eléctrica del proyecto “Subestaciones Uspantán y Chixoy II y línea de transmisión Uspantán-Chixoy II”, considerando tanto sus beneficios como sus repercusiones no deseadas así como las posibilidades de mitigación, compensación o resarcimiento de estas; y por otro, a trasladar a las autoridades públicas competentes una visión culturalmente pertinente y ajustada a la realidad, de las preocupaciones y expectativas de aquellas

comunidades frente a la indicada iniciativa. Es a partir de esa concepción que la consulta propenderá efectivamente a la disolución de factores de polarización y a propiciar el acercamiento de perspectivas y posturas que desemboque en la cristalización de acuerdos satisfactorios para todos los interesados.

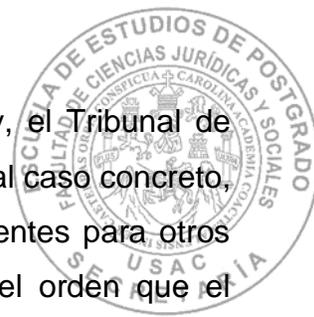


Institucionalizando este tipo de prácticas democráticas podrá encontrar el Estado de Guatemala un punto de equilibrio y armonización entre elementos tales como la diversificación de la composición de su matriz energética; la potenciación de proyectos de inversión orientados al desarrollo sostenible, en un clima de seguridad jurídica y paz social; el adecuado cumplimiento de sus obligaciones internacionales; y el ineludible deber de respetar y tutelar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, en especial de aquellos que colectiva e individualmente han sido objeto de histórica marginación.

En esta Sentencia se puede valorar el esfuerzo expuesto en proponer como debía realizarse una consulta con actores a todo nivel en ese entonces el Gabinete de pueblos indígenas y de Interculturalidad del Organismo Ejecutivo, Ministerios de Energía y Minas, de Ambiente y Recursos Naturales y de Cultura y Deportes, A la junta directiva de la comunidad lingüística ixil, Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala, los Consejos Comunitarios de Desarrollo que funcionan en San Juan Cotzal, Quiché, a la empresa Transmisora de Energía Renovable, Sociedad Anónima, Procurador de los Derechos Humanos, A los representantes de las Universidades de San Carlos de Guatemala y de las Universidades Privadas que integran el Consejo Departamental de Desarrollo que funciona en el departamento de Quiché.

Con relación a la facultad de la protección constitucional de delinear esquemas reguladores para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, en aquellos casos en que existe falencia del Estado para haberlos establecido, resulta necesario que la Corte de Constitucionalidad pueda fijar esos parámetros, no solo por aplicación directa de la Constitución, que por su supremacía puede allanar las dificultades materiales que obstruyan su aplicación, sino también para situaciones como la señalada en esta sentencia, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad ha sido previsoramente, preceptuando al respecto: “Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por

omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de esta al caso concreto, según los principios generales del Derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.



XII. La consulta a pueblos indígenas como contexto apropiado para evaluar y determinar la vigencia de la autorización conferida por la autoridad cuestionada a la tercera interesada.

Es importante enfatizar que si al realizarse la consulta, en consonancia con lo apuntado en el apartado considerativo precedente, se verifica que las actividades desarrolladas por la tercera interesada han estado o están provocando efectos no deseados a las comunidades mayas ixiles de San Juan Cotzal, Quiché, deberán concertarse mecanismos destinados a revertirlos, corregirlos, mitigarlos o, eventualmente, resarcirlos. Y si llega a comprobarse fehacientemente que, ya sea por ineficacia de los mecanismos fijados o por incumplimiento de lo acordado, tales repercusiones se traducen en efectos nocivos, graves e irreversibles para las indicadas comunidades, la autoridad cuestionada deberá revocar la autorización originalmente conferida, incurriendo en las responsabilidades legales que correspondan, en caso de no hacerlo.

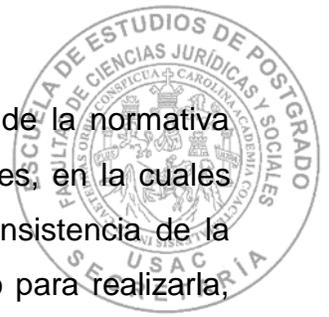
XIII. Desarrollo nacional y acceso a los recursos para el progreso y la modernización. Para el caso que se examina, resulta obvio que el régimen constitucional se basa en principios de equidad que permiten mecanismos de producción, transporte y distribución de energía eléctrica (que constituye, sin ninguna duda, un sistema de modernización e industrialización que debe producir beneficios directos e inmediatos a importantes sectores de la población) y, asimismo, que esa normatividad tampoco podría aceptar que el beneficio de unos pudiera producir perjuicios impunes, algunos de manera irreversible, contra individuos o comunidades en daño a su hábitat natural y cultural.

XIV. La ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno. Corte ha resaltado que la regulación especial de la consulta a nivel interno es una de las obligaciones estatales esenciales que dimanar de la suscripción y ratificación del mencionado Convenio.



Sentencia: La Corte de Constitucionalidad, dio con lugar los recursos de apelación interpuestos, por un lado, por el Ministerio Público y, por otro, por el Consejo de Autoridades Ancestrales del municipio de San Juan Cotzal, departamento de Quiché y las comunidades indígenas mayas ixiles de la misma localidad –postulantes–, en cuanto a los indicados en los resultandos como segundo [B.2] y tercer [B.3] actos reclamados y, consecuentemente, otorgó amparo a los últimos mencionados, en el sentido de ordenar al Ministerio de Energía y Minas que trasladará copia íntegra y certificada de lo actuado en el expediente administrativo de autorización definitiva del transporte de electricidad del proyecto “Subestaciones Uspantán y Chixoy II y línea de transmisión Uspantán-Chixoy II” al seno del Gabinete de pueblos indígenas e Interculturalidad del Organismo Ejecutivo, del cual forma parte, a fin de que este tome las medidas necesarias para que al respecto se practicara la consulta de los postulantes, conforme los estándares internacionales aplicables; lo cual deberá concluir en el término de seis meses contados a partir de que cobrará firmeza el fallo y para cuyo efecto podrían seguir los lineamientos procedimentales propuestos en el segmento considerativo octavo. Y ordeno, remitir certificación de la sentencia de mérito a todos los funcionarios y entidades que, al tenor de lo preceptuado en el artículo 3 del Acuerdo gubernativo 117-2014, integran el Gabinete de pueblos indígenas e Interculturalidad del Organismo Ejecutivo, el Procurador de los Derechos Humanos, el Procurador General de la Nación, el Congreso de la República, la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Tribunal Supremo Electoral. Extracto tomado de la Sentencia. (Apelación de Sentencia de Amparo. "Subestaciones Uspantán y Chichoy II y Línea de Trasmisión Uspar Chichoy II" , 2015).

Análisis: entre las diversas sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad, se considera que es una de las sentencias más completas en materia de Consulta a pueblos indígenas, en las cuales en la parte considerativa los Honorables Magistrados



de la Corte de Constitucionalidad hicieron un profundo estudio tanto de la normativa internacional como nacional y consultaron amplias sentencias contestes, en la cuales podían nuevamente unificar su criterio, exponen de forma clara la consistencia de la problemática imperante a raíz de la falta de consulta y de mecanismo para realizarla; integran recomendación de la forma en que debe llevarse a cabo una consulta y el instrumento jurídico que el Organismo Legislativo debe emitir y exhorta nuevamente a este Organismo a cumplir con su obligación de legislar sobre la Consulta a pueblos indígenas. Se expone que la pasividad que se ha demostrado solo ha acarreado consecuencias negativas y ha vulnerado la gobernabilidad. Y hace énfasis en que la consulta debe ser aplicable incluso en la ausencia del marco legislativo interno.

Expone claramente que los edictos publicados de conformidad con la Ley General de Electricidad, Ley de Energía y Minas, como producto de los procesos administrativos no pueden ser tomados en cuenta como la consulta a la que hace referencia el Convenio 169, puesto que dichos medios no tienen ni cobertura ni esta traducida a los idiomas propios de los pueblos indígenas y menos pueden trasladar manifestación alguna de las poblaciones que serán afectadas por la decisión administrativa que se tomara.

También en esta sentencia, se tomó en cuenta lo que al efecto los relatores expertos en materia de pueblos indígenas han recomendado a los Estados que han ratificado y aceptado el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo-OIT-.

La Corte ha apuntado en oportunidades anteriores [sentencias dictadas en los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007), un mil treinta y uno-dos mil nueve (1031-2009) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil doce (4419-2012)] que el soporte normativo de la consulta a los pueblos indígenas acerca de medidas estatales susceptibles de causarles afectación reside en una serie de instrumentos internacionales de los cuales el Estado de Guatemala es parte.

La Consulta como principio general del Derecho Internacional y su justiciabilidad como derecho fundamental. La consulta a pueblos indígenas es un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surgió como

resultado de la conciencia internacional de la necesidad de abogar, de manera especial, por la salvaguardia de los intereses de grupos humanos que por factores ligados a su identidad cultural, se han visto históricamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general; erigiéndose así, en garantía de igualdad o de equiparación, en cuanto a la aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida. La Corte de Constitucionalidad ha puesto de relieve la indubitable justiciabilidad de la consulta a pueblos indígenas de Guatemala en diversas sentencias.

Carácter integral de las implicaciones del reconocimiento de la consulta como derecho fundamental. El reconocimiento de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, como parte del catálogo de derechos fundamentales protegidos en el bloque de constitucionalidad, demanda del Estado de Guatemala, en general, la realización de cualesquiera modificaciones estructurales que sean necesarias, en sus instituciones y legislación interna, para darle eficaz cabida en el contexto nacional.

3.1.3.10 Apelación de sentencia de Amparo, Expediente 406-2014, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, veintitrés de noviembre de dos mil quince

En apelación y con sus antecedentes, se examinó la sentencia de veintidós de octubre de dos mil trece, dictada por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por el Consejo de Autoridades Comunitarias de Momostenango del Departamento de Totonicapán, por medio de su Nab'e K'amalb'e, Javier Lajpop Poroj y el Consejo de Autoridades de las treinta y un Comunidades del municipio de Momostenango del departamento de Totonicapán, por medio de su Representante, Celso Renato Vicente Coguoq, contra el Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. El postulante actuó con el auxilio del referido mandatario. Es ponente en este caso el Magistrado Vocal II, Mauro Roderico Chacón Corado, quien expresa el parecer del Tribunal



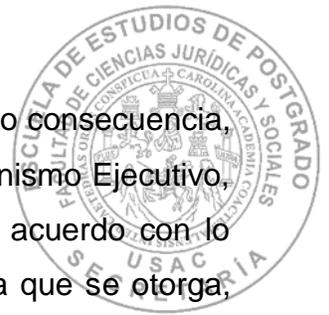
Actos reclamados: resolución número un mil trescientos veintidós (1322) de veintiséis de septiembre de dos mil uno, mediante la cual se otorga la licencia de exploración minera denominada “Centauro II” a favor de Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima;

Violaciones que denuncian: a los derechos de protección a grupos étnicos y a la consulta de los pueblos indígenas.

En octubre de dos mil doce los representantes del pueblo indígena, tuvieron conocimiento que el Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas emitió la resolución número un mil trescientos veintidós (1322) de veintiséis de septiembre de dos mil uno, mediante la cual otorgó la licencia de exploración minera denominada “Centauro II” a favor de la entidad Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, confiriéndole la facultad exclusiva, por tres años, de localizar, analizar, evaluar y estudiar los yacimientos de oro, plata, níquel, cobalto, cromo, antimonio, zinc y tierras raras en el municipio de Momostenango, departamento de Totonicapán, sin consultarles previamente en su calidad de pueblos indígenas afectados.

Clarificado el criterio de este Tribunal respecto a los alcances, efectos y legitimación de las amparistas a exigir el derecho de consulta reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, deviene procedente, como siguiente punto, determinar en el caso en concreto, si la actividad sometida a aprobación de la autoridad recurrida y cuya falta de consulta se endilga, se enmarca dentro de los criterios antes expuestos, referentes a ocasionar afectación directa a las poblaciones indígenas que viabilice y justifique la realización de la consulta. Entendida tal afectación como el impacto de magnitud, recaído en el desarrollo social, cultural, espiritual y ambiental de las comunidades.

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Director General de



Minería del Ministerio de Energía y Minas, autoridad cuestionada y como consecuencia, se confirma la sentencia apelada, precisando que corresponde al Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas, realizar la consulta, de acuerdo con lo considerado en este fallo. II) Para el efectivo cumplimiento de la tutela que se otorga, deberán observarse los lineamientos generales propuestos. (Apelación de sentencia, 2015)

Análisis: La Corte determino en la citada sentencia En ese sentido, esta Corte ha determinado que ante su función esencial de ser la suprema defensora de la Constitución y el orden constitucional de Guatemala, le corresponde velar por la eficacia normativa del Texto Supremo, ante actitudes omisas del legislador que impiden el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza [expedientes 4238-2011, 2229-2010 y 2242-2010, sentencias de catorce de marzo de dos mil doce, ocho y veintidós de febrero de dos mil once, respectivamente], tal y como ocurre en el caso bajo análisis; y en aplicación de la técnica de la utilización de las sentencias de tipo exhortativo, que ha sido utilizada en oportunidades pasadas por esta Corte [expedientes 1179-2005, 2376-2007 y 3878-2007, sentencias de ocho de mayo de dos mil siete, nueve de abril de dos mil ocho y de veintiuno de diciembre de dos mil nueve, respectivamente], se considera pertinente trazar líneas orientativas respecto materializar el procedimiento de información a las comunidades con incidencia en la actividad a ejecutarse, en busca de acuerdos y consensos valederos que propicien certeza a los entes involucrados, en observancia del 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. Debe en consecuencia, proyectarse quién será 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.

Debe reiterarse que es el Estado de Guatemala, el responsable de llevar a cabo el procedimiento de consulta, por ende, se requiere que el Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas, proceda a realizar la consulta y para ello, se sugiere que una vez el Gabinete convocante cerciore la presencia de todos los sujetos involucrados que fueron convocados, se estima que el procedimiento de consulta debe



iniciar con una presentación detallada por parte de funcionarios del Ministerio de Energía y Minas en la que se informen los alcances, efectos y demás aspectos técnicos del proyecto que se pretende ejecutar. Seguido a ello, correspondería la presentación de implicaciones ambientales al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. En ese sentido, se sugiere que se definan formas de solución de las desavenencias que puedan presentarse entre quienes han de intervenir en el desarrollo de la consulta. Asimismo, debe definirse un período máximo de duración del procedimiento, efectuando para ello, una programación de los procedimientos de consulta, diseñados de acuerdo con plazos razonables para su realización, en la que cuanto menos se incluyan aspectos como la forma y número de oportunidades de cada sujeto para pronunciarse acerca de las propuestas formuladas por los actores directamente involucrados en la consulta; fechas probables de materialización de preacuerdos y la forma en que se brindará seguimiento a los acuerdos alcanzados, los cuales deberán ser institucionalizados de manera a que se garantizara su cumplimiento.

3.1.3.11 Apelación de Amparo Expediente 411-2014, Corte de Constitucionalidad Guatemala, doce de enero de dos mil dieciséis

Acción constitucional de amparo promovida por el Consejo de Pueblos K'iche's y la Aldea Belejú del municipio de Chicamán, departamento de Quiché. Acto reclamado: a) resolución número catorce de treinta de enero de dos mil ocho, dictada dentro del expediente LEXR-cero cuarenta y siete-dos mil seis (LEXR-047-2006), por la que la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas de Guatemala otorgó a Nichromet Guatemala, Sociedad Anónima, la licencia minera de exploración denominada "Los Cimientos", que implica la facultad exclusiva de localizar, estudiar, analizar y evaluar cadmio, plomo, zinc, cobalto, cobre, minerales del grupo del platino, molibdeno, níquel, oro, plata y tierras raras argentífero, en los municipios de Chicamán y Uspantán del departamento de Quiché y en el municipio de Cubulco del departamento de Baja Verapaz.

Esta sentencia establece que el derecho de consulta implica que los pueblos indígenas tengan una participación efectiva en los temas a los que se ha hecho relación. Los Estados partes tienen la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados a las personas sujetas a su jurisdicción y para ello deben organizar todo el aparato gubernamental para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos.

Además de que el derecho de consulta tiene asidero en varios otros estándares internacionales suscritos por Guatemala, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas; por lo que se considera inserto en el bloque de constitucionalidad, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República; y la autoridad cuestionada infringió normativa internacional que goza de preeminencia sobre la legislación ordinaria.

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I. **Sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas de Guatemala- autoridad- cuestionada- y consecuentemente, confirma la sentencia apelada, precisando que el otorgamiento del amparo se constriñe a dejar en suspenso definitivo el segundo de los actos reclamados; asimismo, con la modificación se especifican los alcances de lo dispuesto en el numeral II, en los siguientes términos. a) Se ordena a la Dirección general de Minería del Ministerio de Energía y Minas que en un plazo de quince días-contados a partir de la fecha en la que el presente fallo cause ejecutoria-eleve el expediente administrativo de la solicitud de prórroga de la licencia de exploración minera denominada “Los Cimientos” al despacho superior, a fin de que este, que aglutina a las autoridades máximas de la cartera en referencia (artículos 2,y 3 del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas), a la brevedad posible, a suma las medidas y gire las instrucciones pertinentes para que las comunidades indígenas asentadas en los municipios de Chicaman y Uspantan del departamento de Quiché y en el municipio de Cubulco del departamento de baja Verapaz, sean consultadas al respecto, conforme los



parámetros relacionados en el apartado considerativo decimo de este pronunciamiento y, de estimarlo adecuado, tomando como referencia lo aplicable, los lineamientos procedimentales que fueron propuestos por esta Corte en pronunciamientos anteriores (Sentencias dictadas dentro de los expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013, 5712-2013 y 406-2014. **b)** Se conmina a la autoridad cuestionada a que, previo a decidir sobre futuras solicitudes de autorización de operaciones, proyectos o actividades que propendan a la exploración, prospección, explotación o aprovechamiento de recursos naturales no renovables en la misma localidad, o bien, de prórroga de licencias previamente autorizadas, atienda escrupulosamente lo asentado en los apartados considerativos octavo noveno undécimo y duodécimo del presente fallo; y **c)** Lo ordenado en los incisos a y b es bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se incurrirá en multa de cuatro mil quetzales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes. II. Remítase certificación de la sentencia de mérito al Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y la Universidad de San Carlos de Guatemala. (Apelación de Amparo "Los Cimientos", 2016)

Análisis: en esta sentencia se tomó la tesis general en cuanto a que procede el otorgamiento de la protección constitucional de amparo cuando una autoridad del Organismo Ejecutivo es omisa o negligente en llevar a cabo las acciones necesarias, dentro de su esfera de atribuciones legalmente previstas, para asegurar que se realice la consulta previa a pueblos indígenas respecto a proyectos, actividades u operaciones vinculadas a la minería, que previsiblemente afectarán las condiciones de vida de comunidades representativas de esos pueblos; de acuerdo con lo establecido en los artículos 6 (numerales 1 y 2), 7 (numerales 1 y 3) y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes.

Se tomó como base los estándares internacionales que constituyen soporte normativo de la consulta previa a los pueblos indígenas y justiciabilidad de esta mediante el control interno de convencionalidad Esta Corte ha apuntado en oportunidades anteriores [Sentencias dictadas en los expedientes 3878-2007,



acumulados 156-2013 y 159-2013 y 1149-2012] que la instauración de la consulta previa de los pueblos indígenas surgió como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de abogar, de manera especial, por la salvaguardia de los intereses de grupos humanos que por factores ligados a su identidad cultural, se han visto históricamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general; erigiéndose así, en garantía de igualdad o de equiparación, en cuanto a la aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida.

3.1.3.12 Expediente 4785-2017, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, tres de septiembre de dos mil dieciocho.

En apelación y con sus antecedentes, se examina la sentencia de ocho de septiembre de dos mil diecisiete, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS– por medio de su mandatario judicial con Representación, Pedro Rafael Maldonado Flores y su director General Yuri Giovanni Melini Salguero, contra el ministro de Energía y Minas.

Acto reclamado: la discriminación y violación al derecho de consulta a los pueblos indígenas Xinkas de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, derivado del otorgamiento de las licencias siguientes: i) de exploración, denominada *Juan Bosco*, otorgada mediante resolución cero cero nueve (009) de veintiséis de abril de dos mil doce de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas y ii) de explotación, denominada *Escobal*, aprobada mediante resolución un mil trescientos dos (1302) de tres de abril de dos mil trece del Ministerio de Energía y Minas. C) Violación que se denuncia: al derecho de protección a grupos étnicos, de participación, de consulta y otorgamiento de consentimiento libre, previo e informado, así como el de igualdad y al principio de no discriminación racial.

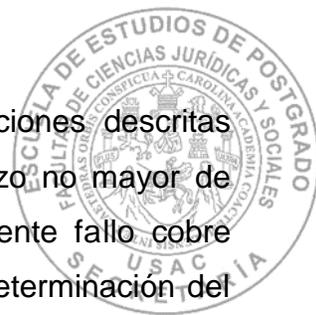
Por medio de resolución cero cero nueve (009) de la Dirección General de Minería de veintiséis de abril de dos mil doce, fue otorgada a la entidad Minera San Rafael,



Sociedad Anónima, la licencia minera de exploración denominada *Juan Bosco*, que le permite ejecutar labores de exploración en área ubicada en los municipios de Mataquescuintla, departamento de Jalapa y Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa; asimismo, por medio de resolución ministerial un mil trescientos dos (1302) de tres de abril de dos mil trece, fue otorgada a esa misma entidad, la licencia minera de explotación denominada *Escobal*, que abarca extensión territorial perteneciente al municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; dichas licencias fueron otorgadas sin haber realizado la consulta respectiva al pueblo indígena que habita el lugar.

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resolvió: I. Sin lugar los recursos de apelación interpuestos por Minera San Rafael, Sociedad Anónima; Municipalidad de Mataquescuintla, del departamento de Jalapa; Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala; Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Anexas –ASEMIS– y Representaciones Químicas, Sociedad Anónima. II. Con lugar, parcialmente, el recurso de apelación que interpuso Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–. III. Confirma la sentencia de primer grado en cuanto otorga el amparo solicitado por el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS) contra el ministro de Energía y Minas, con las modificaciones siguientes en los alcances de la tutela concedida: a) para la debida protección de los sitios arqueológicos ubicados en la región en la cual se desarrollan los proyectos mineros que, por su naturaleza deben ser protegidos, esta Corte ordena: i) a los titulares de los Ministerios de Energía y Minas y de Cultura y Deportes, realizar, en conjunto, estudios especializados que determinen si el funcionamiento del proyecto de explotación con licencia *Escobal*, inobserva legislación nacional que protege el patrimonio cultural de la Nación. Tales estudios se realizarán con el acompañamiento de expertos en la materia pertenecientes al Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala; ii) si al realizar los estudios se estableciere que el proyecto minero se encuentra dentro del espacio que corresponde a alguno de los sitios arqueológicos sujetos a protección, el Ministerio de Energía y Minas deberá dictar resolución en la que garantice que la prosecución de cualquier actividad de ese proyecto minero, se hará

con estricta observancia de la legislación de la materia; iii) las acciones descritas deberán ordenarlas los titulares de los citados Ministerios en un plazo no mayor de ocho (8) días, contado a partir del día siguiente en el que el presente fallo cobre firmeza. Debiendo realizar todas las actuaciones necesarias para la determinación del extremo a que se alude en ese apartado dentro de un plazo no mayor de ocho (8) días hábiles, contado a partir de la fecha en la que dicten la resolución aludida al inicio del presente párrafo. Los titulares de aquellas Carteras deben proceder bajo su más estricta responsabilidad, con apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, quedarán sujetos a las responsabilidades penales y civiles correspondientes, en caso de dejaren de asumir las medidas tendientes a proteger el patrimonio cultural de la Nación y iv) en el supuesto de que le sea presentada nuevamente la solicitud de licencia de exploración respecto del proyecto cuya licencia se encuentra vencida, el Ministerio de Energía y Minas deberá comunicar a la Dirección General de Minería los resultados de los estudios que sobre este extremo haya realizado, precisándole las medidas que debe asumir al momento que se apreste a dictar resolución final, esto a efecto de garantizar el cumplimiento de la legislación correspondiente; b) agotados los plazos fijados en la literal anterior: i) en el caso de la licencia de exploración, para los efectos positivos del presente fallo, se deberá proceder de la manera que sigue: i.a) la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, dentro del plazo de ocho (8) días, contado a partir del día siguiente en el que este fallo quede firme, deberá dictar resolución en la que suspenda el trámite de la solicitud de prórroga de la licencia de exploración Juan Bosco; i.b) en el supuesto que la citada sociedad presente nuevamente la solicitud de licencia de exploración, la Dirección mencionada deberá proceder conforme lo considerado en el presente fallo, cumpliendo con exigir la presentación del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente y, posteriormente, en época en la que la petición de la administrada se encuentre en estado de resolver, deberá remitir lo actuado al Ministerio de Energía y Minas para que este, previo a que sea decidido si se otorga o no la meritada licencia, cumpla con consultar al pueblo Xinka asentado en el área de influencia del proyecto de exploración. Si esta circunstancia acaeciera en época en la que ya hubiere sido emitida por el Congreso de la República la regulación relativa al derecho de consulta a los pueblos indígenas, el proceso consultivo deberá agotarse conforme tal regulación; de lo contrario, deberá ser realizado conforme las pautas





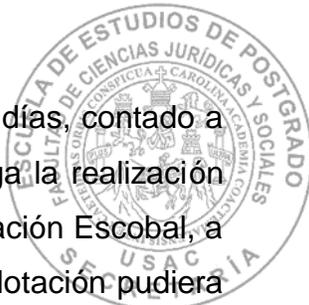
descritas en el presente fallo; i.c) agotado el proceso de consulta y asumidos los mecanismos para garantizar el cumplimiento de lo acordado entre las partes, el ministro de Energía y Minas deberá remitir el expediente a aquella Dirección para que resuelva lo que corresponde; ii) en el caso de la licencia de explotación *Escobal*, para lograr la efectividad de la presente sentencia, luego de agotados los plazos otorgados por este Tribunal para el debido resguardo del patrimonio cultural de la Nación, se deberá proceder de la manera que sigue: ii.a) el ministro de Energía y Minas deberá agotar con el pueblo indígena Xinka asentado en el área de influencia del proyecto de explotación relacionado, el proceso de consulta establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, para lo cual, en caso de que aún persista la falta de normativa, deberá seguir lo dispuesto en el citado Convenio 169 y, como complemento, las pautas descritas en el presente fallo. Si la regulación del derecho de consulta ya hubiera sido emitida, el proceso consultivo deberá agotarse conforme el cuerpo normativo que se hubiere emitido al respecto. El citado proceso deberá realizarse inmediatamente, contado a partir del día siguiente de transcurridos los plazos que este Tribunal fijó para asumir las medidas correspondientes para el debido resguardo del patrimonio cultural de la Nación. La inmediatez en la realización del proceso de consulta se ordena con el objeto de que transcurra el menor tiempo posible para el reinicio de las actividades de la entidad minera. Durante el tiempo que dure la realización del proceso de consulta la autoridad cuestionada deberá rendir informes periódicos detallados ante el Tribunal de Amparo de primer grado en los cuales especifique los avances del proceso de consulta. Finalizado este plazo deberá rendir un informe completo y exhaustivo del proceso consultivo, ante el Tribunal de Amparo de primera instancia, responsable de la verificación del cumplimiento de lo resuelto, a efecto de que, previa audiencia a todas las partes intervinientes en el proceso de consulta, se determine el cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia. ii.b) Se decreta prevención en el sentido de que el proceso de consulta no se haya completado y de que el proceso de consulta no haya podido concluir por causas imputables al Estado –dolo o negligencia del Ministerio de Energía y Minas-, el Tribunal de Amparo de primer grado, luego de comprobado tal extremo, deberá dictar las disposiciones correspondientes que permitan deducir las responsabilidades civiles, penales y administrativas correspondientes al ministro de



Energía y Minas y a cualquier otro funcionario público que resulte responsable de la falta de realización del proceso de consulta, sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 50, 52, 53 y 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. El actuar del Tribunal de Amparo de primer grado queda sujeto al control que, por vía del recurso en queja, pueda ejercer esta Corte. ii.c) Se ordena: 1) al ministro de Energía y Minas que instruya la implementación de todas las medidas pertinentes a fin de asegurar que la actividad de explotación del proyecto minero con licencia *Escobal* se realice conforme los estándares correspondientes, durante el tiempo que dure la licencia que oportunamente fue otorgada; 2) al ministro de Ambiente y Recursos Naturales que: i) dentro de los ocho (8) días siguientes de que cobre firmeza el presente fallo, debe dictar resolución ordenando a la entidad que elaboró el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de explotación *Escobal* que, en el plazo de diez (10) días, proceda a revisar el área de influencia de este proyecto. Cumplido el citado requerimiento, el meritado Ministerio, por medio de la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, deberá dictar la resolución correspondiente; ii) en esa misma resolución deberá ordenar a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, que presente actualización del Plan de Gestión Ambiental contenido en el Estudio de Impacto Ambiental que le fue aprobado por ese Ministerio, acto para el cual deberá fijar plazo de quince (15) días. Esa cartera comunicará a la citada entidad los términos de referencia que servirán de base para aquella actualización. La actualización del Plan de Gestión Ambiental deberá requerirla el citado funcionario a la entidad minera cada tres años, durante el tiempo que dure la vigencia del proyecto de explotación; iii) intensificar y optimizar las medidas de protección al medio ambiente del área en el cual se desarrolla el proyecto de explotación, asumiendo todas las disposiciones que permitan verificar el cumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por esa Cartera; iv) coordinar la implementación de todas las medidas de mitigación y/o reparación de posibles daños ecológicos o de otra naturaleza que pudieran haberse ocasionado al territorio del pueblo indígena Xinka, aunque no hayan sido previstos en el citado Estudio; v) ordenar que se implementen todas las medidas eficaces para evitar la contaminación del recurso hídrico de todos los afluentes que puedan resultar afectados derivado de la actividad de la entidad minera; vi) ordene la



realización, en forma mensual, de inspecciones en las instalaciones del proyecto minero a efecto de establecer que las actividades que allí se realizan no provoquen contaminación de los afluentes hídricos de la región. Todas las actividades descritas en los numerales contenidos en esta literal deberá instruir las el ministro obligado por medio de las unidades o departamentos del Ministerio a su cargo, pudiendo requerir el apoyo de las instituciones públicas que estime pertinentes, debiendo presentar informes periódico ante el Tribunal de Amparo de primer grado a efecto de que este establezca la debida ejecución de lo ordenado; 3) al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social que: i) ordene efectuar Estudio de Línea Base de salud en el área en la que se desarrolla el proyecto minero con licencia *Escobal*, debiendo identificar la concurrencia de enfermedades que puedan derivar de la actividad minera; ii) ordenar la implementación de todas las medidas eficaces que permitan resguardar la salud tanto de las personas que laboran en el proyecto de explotación como de quienes habitan en el área de influencia del proyecto, debiendo disponer la realización de monitoreos periódicos que permitan establecer la efectividad de las medidas asumidas y iii) ordenar la realización de monitoreos trimestrales sobre el agua que, para uso humano, se distribuye en el área de influencia del proyecto, debiendo determinar que la calidad de ese recurso natural sea óptimo para su consumo. Deberá instruir a quien corresponda la eliminación de elementos como el arsénico, el cianuro y cualquiera otro que, en niveles no permitidos, puedan resultar nocivos para la salud de las personas, los animales y las plantas de la región. En caso de advertir que la contaminación proviene de otros elementos deberá informar a las municipalidades correspondientes. La comunicación que se haga a estas entidades ediles las obligará a revisar sus sistemas de potabilización del agua y 4) a los Ministerios de Energía y Minas y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales conformar comisiones de verificación de la efectividad de las actividades descritas en las literales que anteceden con el objeto de evitar, en todo ámbito, que el proyecto extractivo al que se ha aludido cause impacto negativo. Debiendo incluir en la conformación de tales comisiones, a entes académicos ajenos a la controversia [Vgr. Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas –CESEM– de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad –CEAB– de la Universidad del Valle de Guatemala.] IV. Se ordena al Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional para la



Reducción de Desastres –CONRED– que: i) en el plazo de treinta (30) días, contado a partir del momento en el que sea notificado del presente fallo, disponga la realización de estudios especializados en el proyecto minero con licencia de explotación Escobal, a efecto de establecer los riesgos de desastres que esa actividad de explotación pudiera conllevar tanto para la vida como para los bienes de las personas. Una vez realizados los estudios ordenados, el citado funcionario deberá informar los resultados de esa actividad al Ministerio de Energía y Minas, debiendo, además, comunicar a esa Cartera las medidas pertinentes que deberán asumirse a efecto de resguardar la integridad tanto a los trabajadores del proyecto minero como la de los habitantes de las comunidades aledañas a este. También deberá comunicar las acciones que sean pertinentes para el debido resguardo de los bienes de quienes habitan en áreas que puedan ser afectadas por la actividad del proyecto minero y ii) elaborar, en forma conjunta con la municipalidad de San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa, manual de procedimientos para la atención de emergencias a nivel local, el cual deberá ser divulgado por ambas entidades en forma conjunta. V) En caso de incumplimiento de las órdenes que emanan de este fallo para el Director General de Minería, el ministro de Energía y Minas, el ministro de Ambiente y Recursos Naturales, el ministro de Salud Pública y Asistencia Social, el ministro de Cultura y Deportes y el Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED– se les impondrá a cada uno de los citados funcionarios multa de conformidad con la ley, sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 50, 52, 53 y 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, así como de las responsabilidades civiles y penales en que puedan incurrir. VI) Condiciones para la continuación de los trabajos de explotación derivado de la licencia de explotación *Escobal*: para el efecto deben atenderse las directrices siguientes: a) una vez asumidas todas las medidas correspondientes para garantizar la efectiva protección del patrimonio cultural de la Nación y agotado el proceso de consulta, el Ministerio de Energía y Minas, dentro del plazo de quince (15) días, deberá dictar todas las resoluciones que sean necesarias para lograr la efectividad de los acuerdos a los cuales pudieran haber arribado las partes derivado de ese proceso consultivo, debiendo acoplar todas las condiciones de la licencia con el objeto de viabilizar el efectivo cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Las decisiones contenidas en esas



resoluciones podrán incidir en las condiciones de la licencia. Una vez emitidas las resoluciones sobre los extremos antes indicados, la entidad minera podrá iniciar inmediatamente sus actividades. VII) El Ministerio de Finanzas Públicas deberá situar a los Ministerios de Ambiente y Recursos Naturales y de Energía y Minas los fondos correspondientes para cubrir los gastos que irroque la intervención de entidades especializadas particulares ajenas a la controversia, que presten asesorías técnicas y científicas al pueblo indígena Xinka o que sean llamados por las citadas Carteras para realizar estudios o brindar cualquier tipo de asesoría por motivo de la ejecución del presente fallo. VIII) A partir del momento en el que el Ministerio de Energía y Minas sea notificado del presente fallo, no podrá otorgar ninguna otra licencia para la ejecución de proyectos de explotación de recursos naturales en tanto no haya determinado la existencia de pueblos indígenas en la región en la cual los proyectos pretendan ejecutarse y en caso de establecer la existencia de estos colectivos humanos, en observancia de los compromisos internacionales, debe proceder a consultarlos en forma previa a extender las licencias que le sean requeridas. La omisión de atender esta decisión judicial irrogará al titular de la Cartera las responsabilidades civiles y penales correspondientes y provocará la nulidad de las licencias que sean otorgadas con inobservancia de lo dispuesto en este numeral. IX) El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y el Ministerio de Energía y Minas, al avocarse a la resolución de las licencias mineras que se encuentran en trámite, deben vigilar con extrema diligencia que en los estudios de impacto ambiental de los proyectos mineros cuya autorización se encuentre en trámite, se haya verificado el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes en la región. En caso de que no se hubiere cumplido con tal requisito, previo a emitir la resolución correspondiente, deberán ordenar que esa exigencia sea observada. X) Se revoca el numeral II del fallo de primer grado. Resolviendo conforme a Derecho, se requiere a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala que rindan informe a este Tribunal sobre los avances para el cumplimiento de la orden que les fue girada en la sentencia proferida en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017. La respuesta original deberá ser incorporada a la pieza formada con ocasión de dichos expedientes. De esa respuesta, esta Corte debe remitir copia al Tribunal de primer grado, con el objeto de que fiscalice la debida ejecución de la orden emitida. XI) Se declara la firmeza de la exhortativa



dispuesta por el Tribunal *a quo*, relativa a la revisión que debe efectuarse en la legislación que establece el monto de las regalías que deben pagar los titulares de derechos mineros. Esa modificación deberá tener por efecto elevar el porcentaje que perciben en ese concepto los territorios y poblaciones afectadas por los proyectos de explotación de minerales. Los pueblos indígenas deben participar activamente en el planteamiento de las reformas que se consideren pertinentes; para ello deben formular sus propuestas ante cualquiera de las autoridades con iniciativa de reforma de ley. Esta última deberá analizar la propuesta que le sea formulada y realizar la gestión correspondiente ante el Congreso de la República dentro de un plazo de tres (3) meses, contado a partir de que reciba la propuesta correspondiente. El citado Organismo de Estado debe tramitar el proyecto de reforma en un plazo no mayor de seis (6) meses contado a partir del día siguiente en el que reciba la propuesta de ley. XII) Todo funcionario público que sea requerido para el cumplimiento de alguna de las disposiciones contenidas en este fallo, deberá ejecutar los actos que estén dentro de su ámbito competencial, bajo apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, incurrirán en las responsabilidades civiles y penales correspondientes. XIII) En razón del contenido de esta sentencia y sus alcances, notifíquese, además de las partes vinculadas al proceso: i) al Congreso de la República de Guatemala, ii) al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, iii) al Ministerio de Cultura y Deportes, iv) al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social; v) a la Dirección General de Minería; vi) al Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED–; vii) al Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala; viii) al Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala; ix) al Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas –CESEM– de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de San Carlos de Guatemala y x) al Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad –CEAB– de la Universidad del Valle de Guatemala. XIV) Con certificación de lo resuelto devuélvanse los antecedentes a los entes públicos de los cuales fueron recibidos.

Análisis: La presente sentencia fue recientemente dada a conocer por parte de la Corte de Constitucionalidad con una amplia cobertura de los medios de comunicación por las decisiones que se plasmaran en la referida sentencia y la precisión que

ejercieron los representantes empresarios organizados en Guatemala, requerían la emisión de la sentencia a la mayor brevedad por diversos medios y de alguna forma se convirtió en presión a la temporalidad de la resolución de Corte de Constitucionalidad.

Es muy importante reconocer que la Corte de Constitucionalidad emite una amplia sentencia contenida en 554 páginas, donde de forma acertada expresan su sentir, analizando las pruebas presentadas por cada una de las partes y teniendo a la vista los informes que se requirieron e hicieron necesarios de parte de instituciones respetables como la Universidad de San Carlos, la Universidad del Valle de Guatemala; así también fue necesario informes del Ministerio de Cultura y Deportes, Ministerio de Energía y Minas, Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales y todo el mecanismo de interpretación que realizaron los Magistrados y las bases legales tomadas en cuenta para emitir una sentencia que nuevamente, confirma que como país somos un país discriminador al evidenciarse que se había negado la existencia de poblaciones indígenas en las comunidades afectadas de los departamentos Santa Rosa y Jalapa, basándose en los informes denominados “Características de la Población y de los locales de habitación censados Censos Nacionales XI de población y VI de habitación 2002.” Elaborado por el Instituto Nacional de Estadística-INE- en julio 2003, “Caracterización departamental Jalapa 2012, Caracterización departamental Santa Rosa 2012”, también elaborado por el Instituto Nacional de Estadística-INE y esta información cambio completamente, con los informes que al efecto rindieron el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala, estableciendo que en el municipio de San Rafael Las Flores y sus aldeas, habitan personas mestizas y otras que se auto identifican como Xinkas y reconocen el espacio del sur oriente del país como propio, porque históricamente han vivido allí y han usado esas tierras para sobrevivir. La conexión territorial es inseparable e incomprensible si no se toma en cuenta su historia regional vinculada a Mataquescuintla y San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, Ayarza del municipio de Casillas y otros lugares. Así la Laguna de Ayarza, ubicada en el municipio de Casillas, departamento de Santa Rosa, es concebida por los pobladores como un manto acuífero que pertenece a Casillas y a otros pueblos vecinos la cual, según su cosmovisión, los ha alimentado durante años.



Todo el territorio de Santa Rosa, parte de Jutiapa y Jalapa fue ocupada por la etnia Xinka, con intercambios culturales con los pipiles y poqomames.

Adicional entre los hallazgos de la investigación se determinó que los adultos mayores de algunos poblados hablan el idioma xinka, no así los niños y jóvenes. Este fenómeno deriva de la discriminación y racismo que operó negativamente contra la práctica cotidiana del idioma.

En relación con el tema de la autodeterminación, aseguró que los vecinos se describen como descendientes de quienes hace muchísimos años dejaron los montículos y restos materiales del sitio arqueológico de San Rafael Las Flores. Varias personas vinculan estos vestigios con la identidad Xinka.

San Rafael las Flores está habitado por personas que se identifican como ladinas y/o mestizas, también por otras que reconocen a sus antepasados indígenas y, de esa cuenta, se autodefinen como indígenas y Xinkas, otros se identifican como gente de campo, campesinos y otros como mestizos.

Asegura el Instituto que, según investigaciones arqueológicas realizadas en el lugar, la Minera San Rafael se ubica en una parte de ese principal sitio arqueológico.

Como podrá observarse con este informe se desvaneció la teoría que, según datos proporcionados el Instituto Nacional de Estadística, en las caracterizaciones departamentales realizadas en el año dos mil doce, en el departamento de Santa Rosa, el tres por ciento (3%) de la población es indígena, mientras que en el departamento de Jalapa, su presencia es del cero punto uno por ciento (0.1%), tanto en Mataquescuintla, departamento de Jalapa y Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa. Este elemento fue fundamental para la Corte de Constitucionalidad en cuanto a que el dónde se encuentra este proyecto minero sí hay poblaciones indígenas y por lo tanto si debe efectuarse la consulta de los pueblos indígenas y la obligación de las dependencias estatales de su cumplimiento, establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo –OIT-.



Así también fue fundamental el Informe rendido por el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala, porque la evidencia arqueológica indica ocupación del período Preclásico al Postclásico en los sitios arqueológicos denominados San Rafael Las Flores, Laguna de Ayarza y Media Cuesta. Existe evidencia de asentamientos indígenas en San Rafael Las Flores durante la época previa a la conquista. Lo que sí se advirtió es que, al momento de la Conquista, la zona era un punto de encuentro interétnico entre pueblos Poqomam, Xinka y Nahuatl/Pipil.

La Laguna de Ayarza ha sido lugar sagrado y fuente de recursos para la población de San Rafael Las Flores. Con este informe la Corte de Constitucionalidad tuvo aún más elementos para poder definir su postura.

En esta sentencia se vuelve a requerir a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala, rindan informe sobre los avances para el cumplimiento de la orden que les fue girada en la sentencia proferida en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, recordando que dentro de estos expedientes acumulados se produjo una conminatoria al Congreso de la República y no como en todas las demás sentencias donde se realizaba una exhortación al Congreso de la República a que emitiera una ley que contenga el procedimiento sobre consulta a Pueblos indígenas y después de observar la referida pasividad del Congreso de la República, la Corte decide conminar al Congreso bajo pena de accionar de seguirse dando el incumplimiento. Entendiendo jurídicamente que, según el Diccionario de la Real Academia Española define que la “Exhortación”. Se deriva del latín exhortatio-onis, siendo una advertencia o aviso con que intenta persuadir; mientras que la Conminatoria: dicho de un mandamiento que incluye alguna pena. La Corte realizó la respectiva exhortación y posteriormente conmino al Congreso de la República con base en el artículo 52 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Y es así como la Corte en la presente sentencia ya no solo conmina al Congreso de la República, sino, además, solicita a los Diputados del Congreso de la República de

Guatemala que rindan informe a este Tribunal sobre los avances para el cumplimiento de la orden que les fue girada en la sentencia proferida en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, ello en referencia a la ley que contenga el procedimiento para realizar la consulta a pueblos indígenas referida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.



La presente sentencia tiene grandes aportes en materia constitucional en virtud que la Corte realizó su proceso de deliberación sustentándose en informes emitidos por instituciones respetables y de reconocida calidad académica, pero también ordena realizar nuevamente diversos estudios a otras entidades involucradas como el Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, ministro de Cultura y Deportes y el Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED– se les impondrá a cada uno de los citados funcionarios multa de conformidad con la ley, sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 50, 52, 53 y 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, así como de las responsabilidades civiles y penales en que puedan incurrir.

3.2 Derecho de consulta como parte del Bloque Constitucional

3.2.1. Conceptualización del Bloque de Constitucionalidad

Origen: Fue introducida a nivel internacional en la década de los setentas del siglo pasado por el Consejo Constitucional Francés que refirió en palabras del jurista francés Louis Favoreu, 1984:

(...) El Consejo Constitucional se ha declarado competente para censurar leyes contrarias a los derechos y libertades fundamentales. Su primera decisión en ese sentido se produjo el 16 de julio de 1971 cuando, con base en una demanda del presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que no reconocía la libertad de asociación. Dos años más tarde, el 27 de diciembre de 1973, de nuevo con base en una petición del presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que consideró contraria a la Declaración de 1789, en la medida en que esta significaba un atentado a la igualdad de ciudadanos ante la ley de la justicia (p. 59).



Es de observar que se tomó en cuenta en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como control constitucional para garantizar los derechos fundamentales.

Asimismo se pronunció Edgar Carpio Marcos, 2005, quien indica que la expresión “bloque de consistitucionalidad”, fue acuñada a mediados de la década los setentas por Louis Favore, quien la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-4 del 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional Frances, en dicho trabajo se da cuenta de una decisión innovadora del Consejo Constitucional, mediante la cual declaró inconstitucionalidad de una ley, que modificaba a su vez, una disposición legislativa de 1901, que limitaba el régimen de las asociaciones. Para declarar su invalidez, el Consejo consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no solo a partir de la Constitución francesa de 1958, sino también tomando como norma paramétrica a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. A fin de justificar esa ampliación del parámetro, el consejo sostendría que si bien formalmente la Declaración de 1789 constituía un documento distinto a la Constitución de 1958, esta era aludida directamente por su preámbulo. (Carpio Marcos, 2005).

Como antes se refirió al origen del bloque de constitucionalidad es necesario conocer su definición doctrinal para pasar a conocer como en Guatemala la Honorable Corte de Constitucionalidad plasma en sus sentencias la conformación y aplicabilidad del bloque de constitucionalidad.

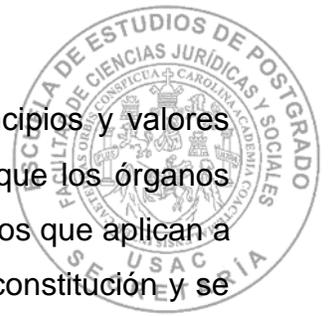
Definición del Bloque de Constitucionalidad. Se encuentra un concepto que se da como pionero en este ámbito la Corte Constitucional de Colombia:

El Bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, 1995).



La noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: el bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple, pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional de abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en la sentencia *Roe v Wade* de 1973. Igualmente en Francia es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen empero rango constitucional... es necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, porque los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principio, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional. Así como los casos más evidentes son aquellos en donde una constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias constituciones latinoamericanas. En otros eventos, la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la constitución y en la carta de derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado (Uprimny, 2005, p. 3).

En concordancia con lo anterior se encuentra otro concepto de constitucionalidad:



(...) el bloque de constitucionalidad es el conjunto de normas, principios y valores fundamentales equiparados y asimilados a la propia constitución, que los órganos encargados del control constitucional emplean en los juicios valorativos que aplican a casos concretos, siempre y cuando ello sea admisible en la propia constitución y se haya establecido el procedimiento para integrarlas(...) (Ardon Sandoval, 2011, p. 10).

El Bloque de Constitucionalidad es un andamiaje político y jurídico que contiene toda la normativa internacional que fortalece y complementa la Constitución Política de la República de Guatemala, y el fin primordial del bloque de constitucionalidad es poder fortalecer las garantías y pleno goce de todos los derechos humanos, que por evolución misma de las normas su progresividad y su constante cambio es necesario incorporarlas de carácter inmediato a la legislación del país, con la misma fuerza vinculante de la contenida en la Constitución y cuyas normas son incorporadas por la viabilidad contenida en los artículos 44, 46, de la propia Constitución.

3.2.2. Derecho de consulta como parte del bloque constitucional

Habiendo comprendido la relevancia del bloque de constitucionalidad es importante acotar que el derecho de Consulta a pueblos indígenas, es una normativa de carácter constitucional habiendo ingresado a través de que Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el año de 1996, habiendo sido contundente la Corte de Constitucionalidad, en cuanto a que este convenio tenía compatibilidad con la Carta Fundamental, (Opinion consultiva emitida en el expediente ciento noventa y nueve guion noventa y cinco). Adicional a ello Guatemala en la Constitución Política de la República, establece en los artículos 44 y 46, que los derechos y garantías otorgados por la Constitución, no excluyan otros que aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana y que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones, aceptadas y ratificadas por Guatemala, tienen preeminencia en el derecho interno. Por ello se concluye que el derecho de consulta a pueblos indígenas forma parte del catálogo de derechos fundamentales protegido en el bloque de constitucionalidad, demandando por ello al Estado todos los esfuerzos necesarios, y las necesarias modificaciones estructurales,

institucionales legislativas, para darle eficaz cabida en el contexto nacional y no se siga negando este derecho humano.



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 la Corte de Constitucionalidad de Guatemala 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 (Apelación Sentencia de Amparo, "Subestaciones Uspantany Chixoy II, línea de Transmisión Uspantan Chixoy II, 2015)

El reconocimiento de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, ha sido catalogada como de derechos fundamentales protegidos en el bloque de constitucionalidad y en suma a demandado de parte del Estado de Guatemala, en general, la realización de cualesquiera modificaciones estructurales que sean necesarias, en sus instituciones y legislación interna, para darle eficaz cabida en el contexto nacional.

La Corte de Constitucionalidad ha expresado en reiteradas sentencias lo antes indicado, dictadas dentro de los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878- 2007) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil once (4419-2011) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencias dictadas en los casos Pueblo Saramaka vrs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ocho (8) del apartado decisorio; y Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y Costas); párrafo trescientos uno (301)].

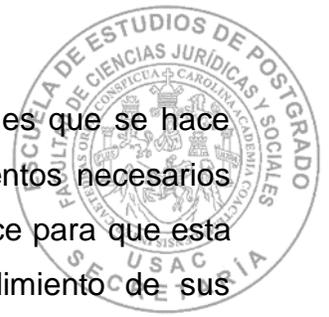


3.3 Inminente necesidad de la Implementación de marco jurídico adecuado que establezca con precisión el procedimiento de consulta a pueblos indígenas en Guatemala

No es posible ocultar que el Estado de Guatemala, a lo largo de 21 años desde la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes, no ha tenido una verdadera voluntad política de poner en práctica el ejercicio del Derecho de Consulta que tienen los pueblos indígenas de en el país.

Y que, no obstante, haber atravesado una reciente historia que llenó de luto a la nación en los años del enfrentamiento armado interno y de haberse comprometido de conformidad con los Acuerdos de Paz, especialmente con el Acuerdo Sobre Identidad y derechos de los pueblos Indígenas, a velar por el estricto cumplimiento, de fortalecer las estructuras y condiciones, oportunidades y garantías de participación de los pueblos indígenas, en pleno respeto de su identidad y del ejercicio de sus derechos. Enfatizándose dentro de los compromisos a todo nivel el mecanismo obligatorio de consulta con pueblos indígenas cada vez que se previeran medidas legislativas, administrativas, susceptibles de afectarles, a los pueblos maya, garífuna y xinca.

Proveer de formas institucionales la participación individual y colectiva en el proceso de toma de decisiones tales como órganos asesores, consultivos y otros que aseguraran la interlocución permanente entre órganos del Estado y pueblos indígenas. Sin dejar en el tintero que los Acuerdos de Paz, se convirtieron en compromisos de Estado, a través del Decreto número 52-2005 del Congreso de la República Ley Marco de los Acuerdos de Paz. Y ante la gama de tratados y convenios en materia de Derechos Humanos y derechos de los pueblos indígenas, al haber aceptado el Estado de Guatemala cada uno de dichos convenios, pasaron a ser parte de la normativa constitucional de conformidad con el bloque de constitucionalidad, el derecho de consulta a pueblos indígenas no se ha ejercido.



Ante esta evidente violación a un derecho plenamente reconocido es que se hace eminente la vigencia de una norma que pueda contener los lineamientos necesarios para realizar la consulta, aunque la ausencia de esta norma, no es óbice para que esta no se haya llevado a cabo por parte del Estado en pleno cumplimiento de sus obligaciones y de un derecho reconocido internacionalmente, en los que los pueblos indígenas han exigido se realice, la comunidad internacional al igual, ha recomendado cumplir con esta obligación y en los casos en los que por medio de la exigibilidad de las comunidades afectadas se ha judicializado, la Honorable Corte de Constitucionalidad ha sentado amplias y verdaderamente enriquecedoras sentencias dentro de las que ha reconocido, que es eminente que el derecho de consulta a pueblos indígenas se practique y que dichos resultados sean vinculantes con decisiones que el Estado deba tomar.

En la actualidad, es de suma preocupación el alto grado de conflictividad social constatado y de pleno conocimiento de todos los sectores, en torno a la explotación de recursos naturales y todos los sectores reconocen también que la ausencia de un mecanismo de consulta y la falta de consulta en concreto respecto a proyectos o decisiones administrativas que puedan afectarles, tal como está previsto en el Convenio, es en gran medida la fuente de dicha conflictividad y la polarización que está ocurriendo en la sociedad guatemalteca.

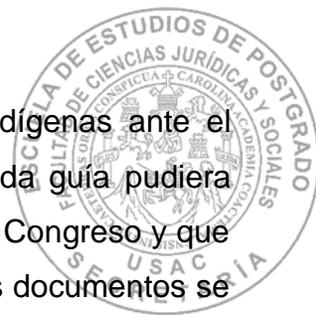
Así lo manifiesta la Corte de Constitucionalidad en la sentencia del veinticinco de marzo de dos mil quince dentro del expediente 156-2013.

Ello corrobora 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. A esa repercusión se añade el pernicioso efecto que causa sobre la seguridad jurídica, como factor clave para propiciar las inversiones y una economía sana.

(Apelación de Sentencia de Amparo. "Subestaciones Uspantan y Chichoy II y Línea de Trasmisión Uspan Chichoy II" , 2015).

A pesar de que como ya se indicó, el señor presidente de la República presentó la

Guía Operativa para la implementación de la Consulta a pueblos indígenas ante el presidente el Congreso de la República con la intención que la referida guía pudiera coadyuvar para el desarrollo de la Ley que para el efecto debe emitir el Congreso y que la más reciente ha pasado recientemente su primera lectura. De ambos documentos se hace referencia en el próximo capítulo, es indispensable que se emita la normativa necesaria con pertinencia cultural y con la aprobación de los pueblos indígenas para que tenga legitimidad.





CAPÍTULO IV

4 Análisis de resultados

4.1 Discusión de las consecuencias jurídicas y la afectación de la vida, la salud, la alimentación y el desarrollo integral de los pueblos indígenas, como resultado de la falta de la aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala

Al iniciar el presente trabajo de investigación se conocía sobre el tema por el marco jurídico de referencia nacional e internacional y, las distintas sentencias emitidas por la Honorable Corte de Constitucionalidad en materia de consulta previa a Pueblos Indígena, la información que para su efecto se pública en los medios de comunicación, reportajes televisivos y la autora personalmente conoció las experiencias de personas que viven en San Miguel Ixtlahuacán del municipio de San Marcos donde estuvo ubicada la Mina Marlin y los efectos negativos que produjeron en su cotidiano vivir, por lo que se consideró oportuno hacer un análisis jurídico constitucional sobre la normativa sobre consulta a pueblos indígenas en concordancia con el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo en países independientes, desde una óptica y formación constitucional y poder encontrar respuesta a la problemática existencial con respecto a su falta de aplicación y las consecuencias jurídicas, sociales, culturales que abarcan la falta de aplicación de este derecho.

4.1.1. Afectación de la Vida de pueblos indígenas como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala

Guatemala, ha establecido en la Constitución Política de la República que el Estado que garantiza a los habitantes de la República la vida, entre otras garantías establecidas en el artículo 2 del cuerpo constitucional y al igual en el artículo 66 también de la Constitución instituye que el Estado reconoce, respeta y promueve las



formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social y el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Sin embargo, resulta que derivado de la falta de observancia del derecho de consulta en Pueblos indígenas cuanto se incorporan proyectos extractivos o de minería u otros proyectos industriales en sus territorios, sin realizar la consulta previa a afectado gravemente la vida de estos se arriba a dicha conclusión a partir que, según estudios presentados sobre todo a nivel internacional reconocen como se ha visto afectada gravemente la vida de las poblaciones así se puede comprobar en los resultados presentados por Golpor, en una Evaluación sobre Derecho Humanos expreso:

“Se identifica un patrón de amenazas e intimidación, incluyendo amenazas de muerte, debido a las divisiones internas en la comunidad entre las personas que están en favor de la mina y aquellas otras que están en contra. Y desde que se construyó la mina, las comunidades más pequeñas a su alrededor y en San Miguel Ixtahuacán han identificado un aumento en la criminalidad, drogadicción, alcoholismo, prostitución y comportamiento ofensivo.” (Golcorp, 2010, p. 7).

En ese sentido, es ineludible reconocer los grandes flagelos sufridos por los pueblos indígenas a causa de proyectos de los cuales no se ha realizado consulta previa a los pueblos indígenas, así puede comprobarse con el último informe rendido por la Asociación Comisión Paz y Ecología -COPAE, dio a conocer los resultados del informe” . Estudio que consiste en el análisis físico químico de la calidad del agua en 12 puntos de monitoreo alrededor de la mina Marlín, dividido en dos fases, la primera se realizó en diciembre del 2017 conocido como monitoreo de verano y en marzo 2018 se llevó a cabo el monitoreo de invierno. Y este describe lo siguiente:

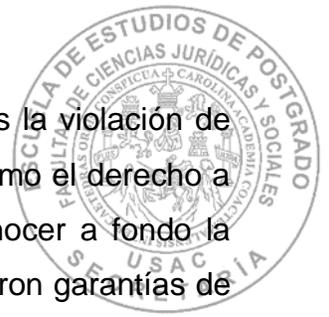
“Los resultados del informe son contundentes las aguas superficiales de los de los ríos Tzala, Quivichil y Cuilco NO son aptas para el consumo humano, animal y riego de cultivos agrícolas, porque las fuentes de agua anteriormente mencionadas, se encuentran contaminadas con metales pesados como el hierro, cobre, aluminio, zinc, magnesio, níquel y cadmio. Nacimientos de agua secos, fuentes de agua contaminada, casas rajadas, paisaje desolador, tristeza e incertidumbre es lo que dejó la actividad minera en las comunidades del Pueblo Maya Mam y Sipacapense,

población que se encuentra con inseguridad de agua para el consumo humano y animal, porque la actividad de explotación minera a cielo abierto que realizó Mina Marlin durante más de 10 años, ha dejado como resultado más de 18 nacimientos de agua secos y fuentes contaminadas con metales pesados peligrosos para la vida humana. (COPAE, 2018)



En ese sentido, los diferentes estudios científicos realizados comprueban el grave daño que se ocasiono en la vida de las poblaciones indígenas que se encuentran en los lugares donde se han realizado proyectos de explotación, como el caso de la Mina Marlin, subsidiaria de la empresa canadiense Goldcorp Inc, a la cual a finales del año 2003 el Ministerio de Energía y Minas e Guatemala le autorizó el permiso de explotación de oro y plata como minerales principales, la licencia de explotación se otorgó sin observarse lo establecido en el Convenio 169 de la OIT acerca de los pueblos indígenas sobre sus territorios al no informar ni consultar al pueblo mam y sipakapense, el pueblo sipakapense se organizó y realizo una “consulta de buena fe” apoyada por las autoridades municipales, el 18 de junio de 2005, conto con la participación de 11 comunidades y de ellas 9 se opusieron al proyecto minero, a raíz de ello se desarrolló judicialmente la oposición a la validez de la referida consulta por parte de la empresa Goldcorp, pero la Corte de Constitucionalidad considero que dicha consulta era legítima, pero no vinculante, con ello se agotó las instancias nacionales que pudieran hacer valer los derecho de pueblos indígenas y es por ello que se llevó el caso a la Comisión Internacional de Derechos Humanos.

La base del caso se sustentó en tres aspectos: I) El Derecho a consultas comunitarias y que sus resultados fueran vinculantes, argumentando la violación del convenio 169 y otros tratados internacionales que reconocen el derecho colectivo de los pueblos indígenas, un elemento en favor de las consultas es que estas cumplieron con criterios internacionales y la responsabilidad del Estado al no haberle consultado antes de iniciar operaciones de la mina. II) En cuanto al medio ambiente, la principal preocupación es la generación del drenaje acido pues en informes elaborados por Montana exploradora de Guatemala S.A. se concluye que hay desechos con altos niveles de contaminación que han enterrado, pero también se han realizado otros



estudios que indican graves daños al ambiente. III) Un último punto es la violación de derechos humanos como el derecho a la vida, los derechos colectivos como el derecho a la salud y la integridad física. De esa manera CIDH después de conocer a fondo la solicitud y de tener los medios de prueba y considerar que se violentaron garantías de derecho internacional de los derechos humanos sobre protección y salvaguarda de la integridad cultural de los recursos naturales y territorios y pueblos indígenas el 20 de mayo de 2010 solicitó al Gobierno de Guatemala fueran puestas en práctica las Medidas Cautelares (MS 260-07). Durante la estadía de las operaciones de Mina Marlín se evidenciaron grandes flagelos para los pueblos indígenas.

Hasta el año 2009 se contabilizaban 120 casas rajadas, lo que aumentó en los últimos años puesto que a principios de 2011 eran ya 200 casas rajadas. En cuanto a la salud, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social declaró que en San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa las enfermedades de la piel eran el tercer problema de consulta en cuanto en el resto del país era el décimo. El Director del Centro de Salud de San Miguel Ixtahuacán menciona que “cuando hablamos de minería en Guatemala, rápidamente se nos viene a la mente enfermedades de la piel en la población, porque hemos visto que hay brotes en la piel de la población aledaña a la mina.” (IPNUSAC -DIAKONIA, 2014).

Entonces, es evidente como se ve afectada la vida de los pueblos indígenas cuando se deja de observar el derecho de consulta y se echan a andar proyectos sin tener o llenar los estándares de seguridad ambiental y normas mínimas de salud o prevenir daños futuros al ecosistema, comprobable en los informes desarrollados por la Comisión de Paz y Ecología de San Marcos que arriba a las siguientes dos conclusiones en su informe.

Después del cierre de operaciones de la mina Marlín, aun se puede observar presencia en la concentración de hierro en el punto CSW1 (Río Tzala debajo de la mina), arriba de los límites establecidos por el Banco Mundial para minería a cielo abierto; concentración de sulfato en los puntos CSW2 y CSW3 (Río Quivichil y Quebrada Seca, abajo del dique de colas de la mina), arriba de los límites permitidos por las normas canadienses de calidad de agua, US EPA y las normas COGUANOR; concentración de níquel en los puntos CSW2, CSW3, CSW8, CSW9 CSW11 arriba de



las normas establecidas por la Organización Mundial de la Salud; concentración de cadmio en los puntos CSW1 (Río Tzala) y CSW5 (punto de control) se encuentra dentro del rango aceptable por las normas establecidas por el Banco Mundial para minería a cielo abierto; sin embargo, se encuentra por arriba de las normas establecidas por a US EPA y la Organización Mundial de la Salud. Estas concentraciones corresponden al estudio fisicoquímico realizado a las aguas superficiales de los Ríos Tzala, Quivichil y Cuilco por lo que No es apta para consumo humano, animal y para uso de riesgo en cultivos agrícolas. (Comisión Paz y Ecología San Marcos Guatemala, 2018, p. 32)

Se determinó que existe presencia de concentraciones de hierro en los puntos CP3 y CP4 por arriba de los límites permitidos por la US EPA y los límites canadienses De calidad del agua; concentraciones de manganeso en los puntos CP3, CP5 y CP6 por arriba de los límites de las normas canadienses para la calidad del agua y de US EPA, concentraciones de níquel en los puntos CP2, CP3, CP4 y CP% por arriba de los límites de la norma establecida por la Organización Mundial de la Salud. Estas concentraciones corresponden al estudio fisicoquímico realizado en 5 nacimientos de agua, concluyendo que NO es apta para consumo humano, animal y uso de riego en cultivos agrícolas. (COPAE, 2018, p 32)

Pero si esto no fuera poco tambien la vida de los pueblos indígenas se ve afectada por las diferentes percecuciones de que son objeto los lideres de los pueblos indígenas por defender los derechos de sus pueblos frente a la violacion al derecho de consulta preevia.

Tanto la Oficina del Procurador de los Derechos Humanos (PDH) como la Unidad de Protección a Defensores de Derechos Humanos en Guatemala (UDEFEUGUA), llevan registro del número de personas que han sido victimas de algún hecho delictivo o intimidatorio que se da en virtud de su trabajo como defensor de los derecho humanos. Entre los hechos por los cuales se han registrado las denuncias (2000-2014)destacan las amenazas escritas, intimidaciones, denuncias judiciales, percecuciones, amenazas telefonica. Ademas durante esos años se registran 174 asesinatos, 178 intentos de

asesinatos, 210 detenciones ilegales entre otros...puede observarse como se ha incrementado el registro de las agresiones a defensores de derechos humanos. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, p. 146)



4.1.2. Afectación de la Salud de pueblos indígenas como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala

A lo largo de la presente investigación, se pudo evidenciar como la carencia de la consulta de buena fe que debe realizarse a los pueblos indígenas en los casos en que se implementan proyectos extractivos o industriales que afectan de forma significativa en el entorno ambiental, afectando de manera directa la salud de las poblaciones indígenas como se demuestra con múltiples estudios realizados a raíz de las demandas planteadas por los propios pueblos indígenas afectados y que en torno a todo instituciones nacionales e internacionales han prestado el auxilio realizando estudios científicos que demuestran cómo se ha afectado la vida de los pueblos indígenas por las secuelas de los referidos proyectos en los cuales no ha habido consulta y menos se han tomado en cuenta planes de seguridad sanitaria presente y futura que pueda mitigar los impactos que se generan en la salud de los habitantes aledaños a los mencionados proyectos.

Por ello, a finales del 2008, Douglass Cassel, Profesor de Derecho y Director del Centro de Derechos Humanos en la Escuela de Derecho de Notre Dame, fue invitado por el Arzobispado de Guatemala, Cardenal Rodolfo Quezada Toruño, para presidir un Panel Independiente Internacional de cuatro miembros y conducir una evaluación de impactos a los derechos humanos, este Panel contrato a Médicos por los Derechos Humanos y a investigadores de la Universidad de Michigan, Estados Unidos para ofrecer una opinión independiente y profesional sobre la colección, análisis e interpretación de la evidencia científica en medicina y en estudios ecológicos.

La degradación ambiental, incluyendo la contaminación de las aguas subterráneas, aguas superficiales, el suelo y el aire, así como daños a la vida silvestre, es comúnmente encontrada. El estudio se dio a raíz de las múltiples



denuncias de las poblaciones indígenas y las evidencias fotográficas, especialmente los niños pequeños y los ancianos que residen cerca de la Mina Marlin, están sufriendo de erupciones graves en la piel, pérdida de cabello, dificultades respiratorias y otras dolencias de la salud las cuales se deben a la contaminación por parte de la mina. Los residentes del área alegan que no padecían de estas enfermedades hasta que las operaciones de la mina comenzaron. Los participantes que viven más cerca de la mina tenían concentraciones más altas de mercurio, arsénico, cobre y zinc en orina. (Universidad de Michigan, Estados Unidos, 2010, p. 3)

El vital líquido es vida es salud, por ello cuando surge la problemática de instalación en territorios de poblaciones indígenas de empresas nacionales o extranjeras en su mayoría, sin contar con una consulta previa, así lo demuestra el informe:

Los principales consumidores y contaminadores del agua no son necesariamente los hogares o el consumo doméstico. La Construcción de hidroeléctricas, por ejemplo, cambia fundamentalmente el derecho al acceso y el uso del agua de las personas afectadas por empresas, mediante inundación, desague, y/o cambio del flujo del río del cual dependen. Por otro lado, la actividad minera hace un uso desmedido del agua, para el caso de Guatemala se carece de cifras actualizadas, pero a nivel mundial se tiene registros de que además del acaparamiento del agua, al final del proceso, el líquido es desechado con altos índices de contaminantes, como los metales pesados, arsénico, cloratos, cianuro u otros, pero sobre todo los de largo plazo, en ningún momento son tomados en cuenta ni siquiera de algún modo en el valor de los minerales extraídos y por lo tanto en los impuestos por cobrar al capital minero. En ese sentido, se puede afirmar que la minería carga consigo una pesada mochila socioecológica. En el caso puntual del agua, hablaríamos de una vasta huella hídrica. Las consecuencias de esta problemática son visibles entre las poblaciones más pobres y entre las más pobres, las mujeres niños y ancianos. Las primeras, por ser quienes necesitan de más agua en sus quehaceres cotidianos y su aseo personal, principalmente durante sus periodos menstruales, pero además, porque el rol de género que suman, son quienes administran la reproducción de la vida, preparación de



alimentos, higiene y cuidado del hogar, aun en condiciones precarias, niños y ancianos por ser los más propensos a contraer enfermedades gastrointestinales, e la piel de otro tipo, relacionadas con falta de higiene o maa calidad de agua. (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, p. 264).

A estos eventos hay que sumarles otro tipo de violencia que generan daños irreparables a la salud física y psicosocial de las comunidades, como los casos de intimidación.

Líderes y lideresas comunitarias han denunciado ser blanco de amenazas y atentados contra sus vidas por formar parte de movimientos de oposición, lucha o resistencia pacífica. Ejemplo de ello es el caso de mujeres involucradas en la lucha por la tierra de El Estor Izabal, quienes no solamente fueron intimidadas, sino también violadas sexualmente por elementos de seguridad de la mina de Níquel y elementos de la PNC. Según consta en el caso abierto en la Corte de Justicia de Canadá, sede de la expropietaria de la compañía guatemalteca de Níquel (CGN). (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, p. 146).

Es evidente como las personas pertenecientes a pueblos indígenas en nuestro país han tenido que sufrir las consecuencias en la afectación de su salud en un evidente flagelo a sus derechos humanos así en torno a una de las más dañinos proyectos de extracción como lo fue el proyecto de la mina Marlin causo graves afecciones en los habitantes de las áreas aledañas, y, así se confirma con los estudios científicos realizados por la Universidad de Michigan Estados Unidos.

En el verano del año 2009, un grupo multidisciplinario de investigadores fue reunido por la organización Médicos por los Derechos Humanos debido a la exposición a metales tóxico, experimentado por trabajadores de la mina y personas indígenas que viven cerca de la mina Marlin, entre los objetivos específicos se encontraba 1...2 “determinar si los niveles de metales tóxicos en humanos y en el ambiente varían de acuerdo con la proximidad a la mina.” 3.”Determinar si la exposición humana a metales tóxicos estaba relacionada a efectos a la salud reportados por individuos. Por otro lado, individuos que viven más cerca de la mina generalmente, comunidades adyacentes o río abajo de la mina) tuvieron niveles más altos de ciertos metales

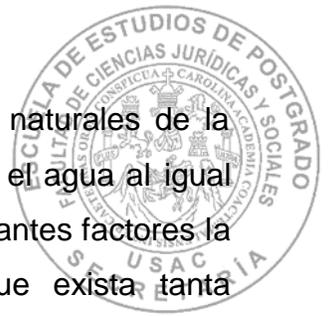


(mercurio, cobre, arsénico y zinc en la orina) al ser comparados con aquellos que viven a una mayor distancia. Los niveles de aluminio, magnesio y cobalto estuvieron elevados en muchos individuos en comparación a los niveles establecidos como normales. (Universidad de Michigan. Estados Unidos, 2010, p. 3).

Como se puede observar los actores de sociedad civil y personas comprometidas con el prójimo buscaron la forma de coordinar acciones para demostrar las consecuencias graves que estaba ocasionando la Mina Marlin en San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa en el municipio de San Marcos.

4.1.3. Afectación de la alimentación de pueblos indígenas como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala

Los impactos son múltiples y difieren, según el tipo de actividad. En el caso de la minería, los impactos más frecuentemente reportados se refieren a la destrucción de ecosistemas donde se ubican las canteras, la remoción física de rocas, la afectación del sistema hidrológico, la contaminación del agua, explosiones, emisiones de polvo, entre otros. Algunos tipos de minería tienden a concentrar y liberar contaminantes en el medio ambiente. Así, la contaminación por mercurio es una preocupación importante en la minería a pequeña escala; mientras que el uso de cianuro en el proceso de lixiviación en pilas lo es en la minería de oro a gran escala. Adicionalmente, problemas existen con el desmantelamiento de minas y la remediación ambiental. De otro lado, la explotación de hidrocarburos implica la apertura de trochas, las evaluaciones sísmicas y la contaminación por derrames o pérdidas en la extracción. Estos emprendimientos, además de las obras para la extracción de los recursos naturales, requieren otras obras asociadas, como caminos o carreteras para asegurar el acceso. Los monocultivos tienen también efectos ambientales agudos como la pérdida de la biodiversidad y la seguridad alimentaria, el aumento del uso de agroquímicos, el avance de la frontera agrícola sobre áreas naturales, entre otros. La minería informal genera un intenso ritmo de deforestación y contaminación de suelos y aguas. (Medidas Cautelares, 2010, p. 17).



Es por ello que es evidente como al verse afectados los estados naturales de la tierra es imposible esperar que pueda ser productiva y menos cuando el agua al igual ha sido contaminada, aun siendo un país agricultor frente estos degradantes factores la producción agrícola no puede ocurrir por lo tanto es evidente que exista tanta desnutrición por falta o inadecuada alimentación precisamente en los lugares donde se ha presentado proyectos de minería o hidroeléctricas.

En Guatemala, los impactos al capital natural se dan en un contexto nacional muy particular. En el país se tienen las tasas más altas de extracción de materiales por unidad de superficie; 8.3 toneladas por hectárea, por año. Ello sobrepasa el promedio de los países con similares indicadores económicos, que es de 4.8 toneladas por hectárea por año (Iarna). Las actividades extractivas agrícolas, ganaderas y mineras son responsables de “sobreuso” en al menos el 15% del territorio nacional. Las industrias extractivas, en total, inducen un nivel de “erosión” potencial de las tierras por orden de 3.4 toneladas de suelo perdido por cada tonelada de biomasa extraída. Por ello, no es extraño pensar que los impactos ambientales serán incrementales y acumulativos ante el aumento de actividades mineras. (Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales IBIS Union Europea, 2014, p. 31).

Al respecto de los posibles impactos ambientales, un tema que ha recibido menor atención en la literatura es que al parecer existe una relación directa entre conflicto y grado de fragilidad ambiental. De acuerdo con Iralep (2010), los municipios con licencias de minería metálica y que tienen conflictos reportados sufrieron, en promedio, un 44.1 más deforestación y tienen un 24.7% más de su territorio en las cabeceras de cuenca que el promedio nacional. (Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales , 2014, p. 32).

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aproximadamente el 40% de los indígenas viven en extrema pobreza y cerca del 80% son pobres, padeciendo los índices de alfabetización y de ingresos más bajos de la sociedad guatemalteca.

Mayoritariamente el país es rural. La población rural representa aproximadamente el 57% de los hogares del país y cerca del 61% de la población nacional; constituyen el

73% de los hogares en situación de pobreza y el 93.2% de los hogares en extrema pobreza. Estos datos colocan a los pueblos indígenas en una situación de particular vulnerabilidad, marginación y exclusión social, siendo los más afectados los niños y niñas indígenas. En Guatemala aproximadamente el 67% los niños y niñas indígenas padecen de desnutrición crónica. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003 p. 08).

Es indiscutible que la intensa actividad industrial propia de los procesos de modernización de la economía nacional y partir de la emisión de la Ley de Minería e Hidrocarburos ha aumentado la explotación minera, la construcción de hidroeléctricas y la producción agroindustrial en detrimento de la producción tradicional y la agricultura familiar, amenazando los territorios indígenas y el uso sustentable de sus recursos asociado a las estrategias tradicionales de vida.

Estos movimientos económicos mundiales no son de beneficio para la población indígena y para las comunidades rurales, pues la distribución de las ganancias que generan no es equitativa. El manejo de los grandes capitales y el uso intensivo de la tierra para monocultivos provoca violación de derechos humanos y genera: a) desviación del cauce de los ríos para el riego de las plantaciones agroindustriales, lo que produce inundaciones en invierno y sequías en verano; b) alto riesgo de despojo de tierras a los pobladores de las áreas circunvecinas; c) y generación de trabajo mal remunerado y condicionado a los intereses del empleador que atenta contra los Derechos Humanos. (Organización de las naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura -FAO-, 2014, pp. 69,70)

Exigimos el cese de la continua y alarmante pérdida de nuestras tierras y territorios, medio ambiente y recursos naturales necesarios para el goce de nuestro derecho a una adecuada alimentación. (p. 88)

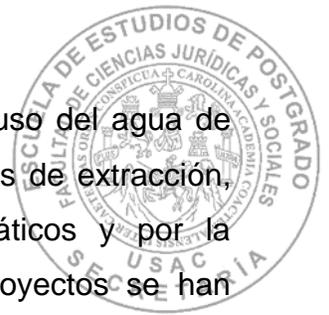
En Guatemala, cinco de cada diez niños menores de cinco años sufren desnutrición crónica (49.8%) afectando está a ocho de cada diez niños indígenas (80%). Ante todo ello los informes arrojan datos alarmantes en materia de la desnutrición que, según:



El Informe de Investigación Evaluación de la Situación de Seguridad Alimentaria y Nutricional de las Familias Desalojadas en el Valle del Polochic, presentado por Oxfam en julio de 2015, el 60.9% de los niños y niñas menores de cinco años, pertenecientes a 732 familias de las comunidades desalojadas violentamente en 2011 –y de las cuales 600 siguen en espera de que les sean entregadas tierras para vivir y producir– padece de desnutrición crónica y el 2% padece de desnutrición aguda. Según dicho estudio, la prevalencia de desnutrición crónica supera en 11.1% el promedio de desnutrición crónica, según la Encuesta Nacional de Salud Materno Infantil. El 77% de las familias consumen una dieta inadecuada e insuficiente. El 40% de las familias están clasificadas –según el índice de Seguridad Alimentaria– como seguras, lo que significa que son capaces de satisfacer las necesidades de alimentos esenciales y no alimentarios; el 9% están clasificadas en nivel de inseguridad leve; el 31% están en un nivel de inseguridad moderada y el 20% se encuentra en un nivel de inseguridad severa, lo que significa que tienen carencias extremas de consumo de alimentos o una pérdida extrema de los bienes productivos. Toda esta precariedad alimentaria debe entenderse a partir de que las familias desalojadas ya no cuentan con reservas de granos básicos, situación agravada por la pérdida del cultivo del maíz por las inundaciones debido a las fuertes lluvias. A esto se suma la falta de opciones de empleo y la estigmatización de las familias desalojadas por las empresas locales y la escasez de agua segura, así como el alto precio de los alimentos. (Informe Nacional de Desarrollo Humano, 2016, p. 185)

4.1.4 Afectación del desarrollo integral de pueblos indígenas como resultado de la falta de aplicación del derecho de consulta a pueblos indígenas en Guatemala

A lo largo del presente estudió, es evidente como se han visto afectados los derechos humanos de los pueblos indígenas, sobre todo cuanto se instalan megaproyectos que se interrelacionan con diversos procesos de contienda y ello resulta en desatar luchas y resistencias complejas. Por ejemplo:



De acuerdo con estudios recientes, la minería se relaciona con el uso del agua de tres maneras diferentes: por medio de su utilización en los procesos de extracción, por la contaminación que puede generarse en los mantos freáticos y por la destrucción de fuentes naturales de agua... Algunos de estos proyectos se han insertado en territorios de poblaciones indígenas que en su mayoría no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión. Lo que algunos entienden por explotación de recursos naturales choca con las ideas sobre la protección de los cerros, las cosechas, los bosques y los ríos que forman parte de la tierra como ser vivo –o incluso deidad– para quienes tradicionalmente han habitado los territorios que hoy son objeto de intervención y extracción. (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, p. 135).

Entonces, resulta evidente poder comprender, porque los pueblos indígenas se ven afectados seriamente en todos los ámbitos de su vida, cuando es evidente que no se realiza la consulta previa en cuanto se ejecutan decisiones del Estado aprobando a empresas privadas proyectos en territorios en los cuales tienen los pueblos indígenas derechos inherentes a su ecosistema a su ambiente natural, siendo afectados drásticamente en el rompimiento de su tejido social, en la pertinencia cultural en su ambiente sano, en la contaminación de su hábitat; así es expuesto en el informe de Desarrollo Humano realizado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo 2016.

Guatemala es considerado un país megadiverso, lo que significa que alberga –junto con otros países del mundo– uno de los mayores índices de biodiversidad de la Tierra. Dicha condición, aunada a la vulnerabilidad social y ambiental frente al cambio climático, así como la poca contribución a la generación de empleos y los escasos ingresos para el país en términos de impuestos, hacen de la minería metálica una actividad poco recomendable para Guatemala. Existen altos niveles de oposición entre las personas, principalmente entre comunidades vecinas de los proyectos. Esta oposición ha sido expresada en consultas comunitarias y múltiples mecanismos institucionales y legales frente a los distintos gobiernos locales y del Estado central,



así como por medio de resistencias pacíficas y acciones contenciosas como bloqueos y protestas. El precio ha sido alto en agresiones, vidas humanas y persecución alrededor del tema minero. (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, p. 272).

A partir de la privatización de la energía eléctrica se han incrementado los conflictos alrededor de su generación, transporte y distribución, en un marco donde la desigualdad y la exclusión son el común denominador. Aunque es un hecho que la producción de energía limpia es una prioridad mundial, el informe llama la atención sobre la intervención con grandes hidroeléctricas en territorios y comunidades – principalmente indígenas– víctimas de despojos y violencia en otros periodos de la historia nacional. El manejo de los bienes naturales para los pueblos originarios es parte fundamental de sus nociones sobre el bienestar, cuyo derecho a ser consultados sobre las decisiones debe respetarse. Sus visiones merecen ser escuchadas y tomadas en cuenta por el Estado y los inversores nacionales y extranjeros, sin criminalización ni persecución a su dirigencia. (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, p. 274).

El desarrollo integral de los pueblos indígenas no podrá desarrollarse mientras se sigan derivando graves problemas que actualmente enfrentan los pueblos indígenas en cuanto a un pleno disfrute de su derecho de consulta previa, sobre todo en los recientes casos de extracción como es el caso de la Minería, la Honorable Corte de Constitucionalidad, resolvió confirmar el Amparo otorgado a favor del Centro de Acción Legal Ambiental y Social de Guatemala (Calas), ordenando al Organismo Ejecutivo a través del Ministerio de Energía y Minas realizar la consulta previa a los pueblos indígenas que habitan en la región de la mina San Rafael Las Flores “El Escobal y Juan Bosco”, ubicadas en los municipios de Santa Rosa y Mataquescuintla Jalapa, operada por Tahoe Resources Inc.

Esto derivado a que al otorgarse las licencias de operación de la referida empresa se omitió hacer efectivo el derecho de Consulta previa establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, al pueblo indígena Xinca que se establece en el lugar. Esto, según la información que han trasladado el pueblo indígena Xinca ha



ocasionado daños en las viviendas cercanas, contaminación de los afluentes naturales, donde está instalada la referida Mina, es preocupante como esta magnitud de inconvenientes afecta gravemente el bienestar de la población indígena, por proyectos que son sumamente destructivos al ambiente y en su mayoría de poco beneficio para las poblaciones indígenas y por ende para Guatemala: la contribución de toda la actividad minera en el país es tan solo el 0.9% de Producto Interno Bruto. “Sin embargo, según lo expuesto por un representante de Minera San Rafael, el Escobal, donde está instalada la Mina San Rafael representa uno de los depósitos de plata más grandes del mundo, (el tercero más grande), porque tienen reservas calculadas en 367 millones de onzas de ese metal precioso.” Así lo indico el señor Alfredo Gálvez, vocero de la Gremial de Industrias Extractivas (Prensa Libre, 2018).

Corte de Constitucionalidad, estudio y analizo el presente caso y solicito al Ministerio de Cultura y Deportes, al Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos y al Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas de la Universidad del Valle, estudios de manera separada sobre la población o poblaciones indígenas que habitan en el área de afluencia del proyecto de la Mina San Rafael.

También solicitó información al Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Ambiente y Recursos y al Ministerio de Salud, más información sobre la emisión de licencias para la Minera San Rafael, así como los controles que han efectuado en temas ambientales incluyendo estudios de agua.

El 18 de enero del presente año 2,018, la empresa Minera San Rafael anunció el despido de al menos 200 trabajadores, supuestamente derivado de la suspensión de sus operaciones y por no tener aún un fallo definitivo de la Corte de Constitucionalidad a lo que, según el representante de Calas expresó y calificó de inmoral e ilegal, la decisión de cancelar los 250 contratos de la Minera San Rafael, dado que, según la organización, durante los cuatro año que operó en el país obtuvo ganancias por más de dos mil millones de dólares (US\$ 2 mil millones), situación que permite garantizar a los trabajadores, por lo menos cinco años más (Prensa Libre, 2018).

Este conflicto actualmente se dilucida y todo lo que ha implicado e impactado a nivel jurídico social, donde deberá priorizarse el respeto a la vida integral de los pueblos indígenas habitantes en el lugar, a su medio ambiente, a su ecosistema y no ser objeto de detrimento a su patrimonio a sus formas de vida, por intereses de elite empresarial, el Estado debe velar por el interés común de los pueblos indígenas. (Prensa Libre, 2018).

La consulta previa a los pueblos indígenas fue omitida y en este caso se ha negado que en el lugar haya pueblos indígenas, lo cual, además, sería constitutivo de discriminación por no reconocer que la identidad cultural es un derecho intrínseco.

Guatemala atraviesa un clima de alta inestabilidad y conflictividad social en relación con actividades de las empresas en los territorios que tradicionalmente han ocupado pueblos indígenas por años, esta circunstancia no solo perjudica a los pueblos indígenas, va más allá, poniendo en riesgo la gobernabilidad y un clima que converge en falta de inversión y desarrollo económico del país y expone nuevamente a las poblaciones indígenas a actos de discriminación y a resentimientos sociales por considerar como caprichoso su derecho de consulta previa por parte de los mismos guatemaltecos, que se han visto beneficiados con fuentes de trabajo en estas empresas extractivas, explorativas, generadoras (electricidad) y se crean anticuerpos en rechazo a la exigibilidad de parte de los pueblos indígenas en la consulta previa que se debe efectuar, previo a la instalación de este tipo de proyectos.

Es evidente que desde la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, han transcurrido más de dos décadas desde que Guatemala aceptó este convenio y su comportamiento pasivo y omisivo ha repercutido en llegar a estos grandes conflictos sociales, donde siempre el pueblo indígena es el más afectado. Y es que esta afectación no se limita a los efectos nocivos e irreversibles (la vida, la integridad personal, medio ambiente entre otros), sino también a repercusiones de tipo personal (coacciones, amenazas, vejámenes, procesos penales en persecución a líderes indígenas) derivadas de exigir su derecho a previa consulta.



En Guatemala no se ha llegado a implementar la legislación y acción institucional estatal en ámbitos realmente relevantes para los pueblos indígenas, como el efectivo reconocimiento y protección de sus tierras y territorios tradicionales y la participación activa de estos pueblos en la toma de decisiones, en particular cuando está en juego la aprobación e implementación de proyectos en sus territorios.

Es importante tomar en cuenta que en la búsqueda de la soluciones a estos problemas es necesario un auténtico ejercicio de comprensión de la realidad histórica de la nación sobre todo, de la limitación y exclusión de que ha sido objeto el pueblo indígena y es que este factor es muy importante a partir de la puesta en marcha de la legitimación de sus demandas y aspiraciones de las comunidades afectadas y pueda tomarse en cuenta la relación material, cultural y espiritual que los pueblos indígenas de Guatemala mantienen con su tierra y territorios y el anhelo de que sus generaciones puedan vivir en paz, en ambientes sanos y seguros y no revivir situaciones conflictivas que tanto marcaron sus vidas durante el enfrentamiento armado interno y que aún es reciente por todas los aspectos negativos que dejó.

Ante ese escenario y después de las múltiples peticiones realizadas por la comunidad internacional sobre todo a través de las recomendaciones instauradas por los relatores especiales en materias de derechos de pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo por medio de la Queja interpuesta por el incumplimiento de este Convenio por parte del Estado de Guatemala y sobre todo el papel importante que la Honorable Corte de Constitucionalidad ha realizado y las importantes sentencias que ha emitido en las cuales han tenido una gran aporte en cuanto a desentrañar el sentido amplio y profundo de la normativa del Convenio 169, realizando abundante aporte en cuanto a su interpretación y enriqueciendo con abundante jurisprudencia el derecho de consulta de los pueblos indígenas y donde ha quedado plasmado la eminente necesidad que el Estado pueda crear una ley en la cual se establezca el mecanismo que deba realizarse para efectuar la consulta previa a pueblos indígenas.

4.2 Guía Operativa para la Implementación de Consulta a pueblos indígenas



En ese sentido el Gobierno de Guatemala, presentó el 17 de julio del año 2017, la Guía Operativa para la Implementación de Consulta a pueblos indígenas, esta Guía fue elaborada por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social y en ella se contempló parte de las recomendaciones que la Honorable Corte de Constitucionalidad ha estimado al efecto, esta Guía también fue presentada ante el Congreso de la República con la intención de que sirva de referencia al proyecto de ley que el Congreso de la República debe realizar.

La Guía Operativa fue presentada por la licenciada Aura Leticia Teleguario Sincal, quién fue nombrada en enero de dos mil dieciséis, Ministra de Trabajo y Previsión Social, a partir de allí ella unifico esfuerzos para poder incidir en la propuesta de la Guía Operativa del Convenio 169 de OIT, siendo uno de los aspectos más relevantes que naciera esta propuesta de una mujer indígena maya Kaqchiquel y precursora de los Derechos Humanos, por lo cual considero importante referir parte de su biografía.

Licenciada y Máster en Administración de Empresas por la Georgetown University, con Postgrado de Gestión Pública por la Universidad Francisco Marroquín y la Franklin University.

Asesora en Temas de pueblos indígenas para USAID y la Embajada de los Estados Unidos de América en Guatemala, durante los últimos 22 años. Miembro de la Junta Directiva de la Organización Vital Voices, el Movimiento Poderosas, ProLideres y el Young Americas Business Trust de la Organización de los Estados Americanos. Cofundadora de la Comisión Intercultural de FUNDESA. Actualmente es miembro del Colectivo Naleb. Ha sido Coordinadora del Grupo de pueblos indígenas del Grupo de Cooperantes y el G13.

Recientemente fue catalogada, por sus múltiples aportes al país, como una de las 12 mujeres más influyentes política y culturalmente en Guatemala. Por ello ha recibido una serie de reconocimientos nacionales e internacionales, entre ellos de USAID Washington y el Departamento de Estado.



Ha participado en diferentes programas y postgrados relacionados a temas de la juventud, mujeres, emprendimiento juvenil en negocios, derechos humanos, entre otros, en distintos países del mundo.

Ha participado en distintos procesos de negociación como el Mecanismo de Seguimiento del Convenio Belem Do Para de la Organización de los Estados Americanos – OEA-, en la Negociación del borrador de la Declaración de pueblos indígenas de OEA, en distintos programas del BID, entre otros (2018).

Con respecto a la Guía Operativa para la Implementación de Consulta a pueblos indígenas, se considera que es un documento que reúne las observaciones y recomendaciones realizadas tanto en el Convenio, sentencias de la Corte de Constitucionalidad, jurisprudencia nacional e internacional, recomendaciones de instancias de Naciones Unidas y diálogos y conocimientos compartidos por los pueblos indígenas impulsados por el Gobierno de la República a través del Ministerio de Trabajo.

El objetivo de la Guía es orientar, mediante preceptos básicos, a la institucionalidad pública, específicamente el Organismo Ejecutivo, cómo debe cumplir con su obligación de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Este documento fue presentado y de esta manera el Organismo Ejecutivo cumplió en el ámbito de sus competencias, con el efectivo ejercicio de ese derecho conforme los estándares y principios contenidos en el convenio 169, mitiga la conflictividad derivada de la ausencia de lineamientos básicos institucionales para llevar a cabo al consulta y promover la participación de los pueblos indígenas. Asimismo el objetivo de esta guía es orientar y motivar al Organismo legislativo a la emisión de la ley respectiva.

4.3 De la iniciativa de ley que conoce el Congreso de la República derivada de la conminatoria que efectuara la Corte de Constitucionalidad



La Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha veintiséis de mayo de dos mil diecisiete dentro de los Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 Y 92-2017, en la parte resolutive, específicamente en el numeral romano III literalmente dictó: **III.** Se conmina a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, produzcan el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta. Para el efectivo cumplimiento de lo indicado, deberá notificarse al Congreso de la República esta sentencia y su Junta Directiva dentro de los ocho días siguientes deberá hacer llegar una copia a cada uno de los Diputados para su ejecución. En relación con el proceso legislativo relacionado deberá tomarse en cuenta lo apuntado por esta Corte en cuanto a la participación coordinada, sistemática y armónica de integrantes de los pueblos indígenas en tal proceso, según lo considerado en esta sentencia.

A pesar que desde que se emitió la primer sentencia en materia del derecho de consulta de pueblos indígenas, se había realizado la exhortación al Congreso para que realizara su proceso legislativo para emisión de una ley que contemplará el mecanismo de consulta y después de las reiteradas exhortaciones en las sentencias que se han emitido en favor de los pueblos indígenas de Guatemala y después de observar la completa inactividad del Congreso de la República, la Corte de Constitucionalidad en su carácter de garante de la Constitución Política de la República y de los convenios, acuerdos y tratados ratificados por Guatemala, se vio en la necesidad de conminar al Congreso de la República, estableciendo el plazo de un año a partir de que cobrara firmeza el referido fallo y les fuera debidamente notificado, derivado de ello actualmente en el Congreso de la República se está presentando la Iniciativa de ley Número 5416 que conoció el pleno el 13 de marzo de 2018. Iniciativa de Ley presentada por los representantes Oliverio García Rodas y Oscar Stuardo Chichilla Guzmán. “Iniciativa que dispone Aprobar Ley de Consulta a Pueblos Indígenas,

conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT- (Organismo Legislativo de Guatemala, 2018)



4.3.1. Análisis y aporte propio a la Iniciativa que dispone aprobar Ley de Consulta a Pueblos Indígenas, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT

Con respecto a dicho proyecto de ley, se realiza el siguiente análisis y las consideraciones necesarias, desde el punto de vista de la presente investigación. El primer artículo del proyecto se refiere al objeto y finalidad de la consulta; sin embargo, se considera importante que pueda incluirse que la finalidad de la consulta es tomar en cuenta la decisión que los pueblos indígenas puedan emitir en la consulta previa. En otro sentido perdería su esencia la consulta a pueblos indígenas.

En el segundo artículo se realiza una definición de consulta: esta definición se queda muy limitada, porque excluye derechos ya reconocidos en el convenio 169, por ello es importante agregarle que el procedimiento debe realizarse con pertinencia cultural y lingüística.

Esta definición se limita a considerar la consulta como un proceso de información y dialogo y esto no es precisamente lo que para su efecto establece el convenio 169, sino establece, además llegar a un acuerdo lograr el consentimiento de los pueblos indígenas acerca de las medidas propuestas.

De forma consciente o inconsciente en la definición de esta iniciativa se excluye de la consulta previa, las medidas legislativas y dejan únicamente las medidas administrativas susceptibles de afectarles.

De ser aprobada así esta iniciativa sería contravenir lo ya aprobado en el Convenio 169, toda vez que el concepto allí establecido (Convenio) sí incluye que la consulta previa a los pueblos indígenas debe ser efectuada, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.



Por lo que, es necesario que se replantee esta definición por excluir derechos ya reconocidos en el Convenio y adicionalmente dejar plasmado que se respetan los acuerdos obtenidos en el Convenio y así deberá observarse y complementarse en caso de duda.

En el tercer artículo se refiere al ámbito de aplicación de la consulta. En cuanto a ello es necesario que se reestructure la redacción y que se considere lo establecido en el artículo 1 del Convenio relacionado a quienes se aplica la consulta y la conciencia de la identidad indígena que deberá considerarse un criterio fundamental e innegable.

El cuarto artículo establece las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas sujetas de consulta. Nuevamente se queda demasiado corta la conceptualización pues se limita a establecer que las medidas sujetas a consulta son las que puedan afectar directamente los pueblos indígenas, en sus tradiciones, costumbres, prácticas, religiosas, culturales, sociales y espirituales, exclusivas y propias de dichos pueblos.

Llama significativamente la atención que no se incluye los casos evidentemente necesarios y por lo cuales existe mayores repercusiones en la vida de los pueblos indígenas, como los es cuando afecten; la vida, la integridad, la salud, medio ambiente, tierras y territorios, sus afluentes, su cosmovisión, estos derechos deben ser incluidos en este artículo, excluirlos es un retroceso en la progresividad que tienen estos derechos humanos de tercera generación y la esencia o piedra angular del espíritu del derecho de consulta previa, evitar que los pueblos indígenas sigan sufriendo los efectos de decisiones no consensuadas con ellos.

De la misma forma parece un proyecto de ley no encaminado a coadyuvar o desarrollar en el pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas ya reconocidos a nivel internacional y que solo debía emitirse el mecanismo para allanar las dificultades del procedimiento que debe realizarse de la consulta previa, no de volver a querer legislar y limitar los derechos ya reconocidos, en este artículo se

establece que únicamente la resolución o autorización final en donde se materializa la posibilidad de afectación es lo único que es objeto de consulta.



De lo antes citado, los artículos 6,7,8 del Convenio 169 son claros en cuanto a que no puede limitarse a los pueblos indígenas, porque establece que dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas nacional y regional susceptibles de afectarles y que los gobiernos deberán velar, porque siempre que se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados y que los resultados de estos estudios deberán ser considerados criterios fundamentales para la ejecución de dichas actividades con el acompañamiento de los pueblos interesados.

El cuarto párrafo del artículo 4 de este proyecto de ley, establece que tampoco será objeto de consulta previa, los actos de mero trámite, las medidas de orden judicial, los dictámenes o actos relacionados con la actividad interna de la Administración tales como nombramientos de autoridad o personal, gestiones presupuestarias, préstamos eternos, donaciones en favor del Estado, sus dependencias, instituciones o municipalidades, aprobación de reglamentos de carácter general. Asimismo, no serán objeto de consulta previa la construcción y mantenimiento de infraestructura, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que estén orientados a beneficiar a la población en general.

En este sentido, esto último deberá ser aclarado a partir de que puede considerarse a simple vista que quedarían fuera del ámbito de la consulta la instalación de hidroeléctricas desde el punto de vista que su efecto es la prestación de servicio de energía eléctrica como servicios públicos.

El artículo 5. Área geográfica de afectación de la medida. En este artículo sería importante incluir que es necesario determinar también si hay pueblos indígenas afectados de forma indirecta. (Ejemplo la instalación de una represa de río) si su cauce ya no llegaría poblaciones beneficiadas y aunque la represa se construya en un lugar específico y este se tomará como el pueblo afectado directamente, indirectamente

debería también incluirse toda la población afectada), verse de manera integral e incluyente, no excluyente.



En cuanto al artículo 6 de este proyecto de ley, se considera que no es necesario incluir nuevamente la definición, sino únicamente referir a que se entenderá por pueblos indígenas los definidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo. Esto debido a que es la copia literal de lo consignado en el Convenio.

En este artículo se crea una entidad responsable que dictará la medida que pueda causar afectación directa y que deba ser sometida a consulta previa. Se crea una Unidad Técnica de Consultas de Buena Fe: como una unidad técnica especializada adscrita a la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia encargada de dar el soporte administrativo y acompañamiento a la entidad responsable de realizar las consultas previas y que creará un registro de información relevante en materia de consultas.

A este respecto sería importante contemplar la creación de una Secretaría de Asuntos Indígenas como existen en otros países, que derivado de la necesidad que presenta el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas por la histórica exclusión. La razón de esta propuesta es, porque como una Unidad adscrita a una Secretaría encargada de la dirección, coordinación y fortalecimiento del Sistema de Consejos de Desarrollo y de la Descentralización del Organismo Ejecutivo, no tendría la misma incidencia que un órgano especializado y destinado exclusivamente a los temas de pueblos indígenas.

En cuando a la creación que se realiza en el proyecto de ley de un Consejo Consultivo de la Unidad Técnica de Consulta de Buena fe: es importante tener un órgano asesor, pero no queda claro la integración de este ni las calidades y es indispensable que pudiera incorporarse en calidad de observador un representante de la Procuraduría de los Derechos Humanos para asesorar en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas y que no se violente ningún derecho reconocido. Y también sería importante un representante de la Academia de Lenguas Mayas que pudiera aportar en

el tema lingüístico. Y como invitado especial al Relator de Derechos Humanos en materia de derechos de pueblos indígenas que pueda asesorar sobre el cumplimiento de la Consulta Previa en concordancia con el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.



Artículo 7. Este se refiere a los principios rectores para el procedimiento de consulta previa los cuales deben observarse en todo proceso de consulta previa.

Buena fe, carácter previo, representatividad, transparencia, publicidad, objetividad, pertinencia cultural, información oportuna, flexibilidad, unicidad, obligatoriedad.

Considero que debe ampliarse el principio de carácter previo y debe agregarse que el carácter previo de la consulta es obligatorio, a partir que la finalidad de la consulta es evitar que se violenten los derechos de los pueblos indígenas, porque de no ser así se encontrarían ya conculcados sus derechos.

Este principio fundamentalmente tendría que ir en conexión con las reformas que deben plantearse principalmente al Decreto número 48-97 Ley de Minería y su Reglamento Acuerdo Gubernativo Número 176-200, Ley General de Electricidad Decreto Numero 93-96; Ley Forestal Decreto 101-96, Ley de Hidrocarburos Decreto Ley número 109-83. Y las reformas deben ir en sentido estricto en que no puede autorizarse ningún proyecto que pueda afectar derechos de pueblos indígenas sin realizar la consulta previa establecida en el Convenio 169 de OIT. Esta ley deberá contener la reforma a dichas leyes.

En cuanto a la representatividad que establece este proyecto de ley es necesario, dejar en claro que se respeta la representación de autoridades tradicionales locales que elija la comunidad de forma legítima, sin pretender a orillar a las autoridades locales oficiales que son distintas, debe respetarse sus formas de organización social consuetudinaria como lo establece el Convenio sin restricción más que la legitimidad.



En cuanto al principio de obligatoriedad debe plasmarse que los resultados de la consulta son vinculantes a la decisión administrativa o legislativa que tomarán, en otro sentido no tendría razón de ser.

El artículo 8 de este proyecto de ley establece, la creación de la Unidad Técnica de Consulta de Buena Fe que como antes ya se indicó, sería oportuno crear a nivel de Secretaría del Organismo Ejecutivo una Secretaria de Asuntos Indígenas, específica para que pudiera tener dentro de su competencia la implementación de la consulta previa. Debe plasmarse como un compromiso que este órgano vele, porque puedan ser verificables con estándares internacionales el cumplimiento de este derecho colectivo de consulta previa.

En cuanto al artículo 9 del proyecto establece las Funciones de la Unidad Técnica de Consulta de Buena Fe:

Dentro de las funciones asignadas a esta Unidad es importante incluir, que esta Unidad debe organizar el proceso de consulta previa tomando en cuenta la obligación de respetar los estándares internacionales de derechos humanos especialmente de los pueblos indígenas a efecto de velar, porque esta ley no minimice los derechos adquiridos de los pueblos indígenas.

Asimismo, implementar una carpeta electrónica a parte de la física a efecto de ir resguardando el expediente que se vaya conformando y este sea de fácil acceso para ir conociendo las fases de su desarrollo y sea accesible a cualquier persona para que la sociedad civil pueda apoyar esos procesos junto a los pueblos indígenas.

En cuanto al inciso h) del proyecto, debe aclararse que el Convenio 169 es claro en cuanto a reconocer que los pueblos indígenas pueden participar a través de sus instituciones representativas, se reconoce su libre organización ancestral, por lo tanto, así debe concebirse sin confundir que deben ser autoridades locales. Y en el inciso j) debe agregarse que no únicamente se resolverán las cuestiones de conformidad con lo establecido en dicha ley, sino en concordancia con toda la normativa en materia de

derechos de pueblos indígenas reconocidos en convenios y tratados internacionales suscritos por Guatemala.



En cuanto al artículo 10 de la iniciativa relacionada, establece. Director de la Unidad Técnica de Consultas de Buena Fe.

Se establece que será nombrado por el presidente de la República, para un periodo de tres años. A este respecto es necesario que se comprenda que mientras en los cargos directivos sean temporales y no exista una verdadera carrera administrativa, siempre se estará a expensas de nombramientos a discreción del Organismo Ejecutivo, y se tome en cuenta que la experiencia y especialización en los cargos son muy importantes para la prestación de un servicio de calidad, debiera ampliarse el periodo de gestión.

Dentro de las calidades requeridas son mínimas, por lo cual sería necesario incluir.

- a) Ser profesional Universitario, de las Ciencias Sociales, Ciencias antropológicas, lingüísticas, etnológicas, etnografía.
- b) Ser especialista en temas de derechos de pueblos indígenas comprobables a nivel nacional e internacional.
- c) Pertener a uno de los pueblos indígenas, Maya, Xinca o Garifuna, para garantizar la participación de los pueblos e incidir en la toma de decisiones.

El artículo 11 regula al Consejo Consultivo de la Unidad Técnica de Consulta de Buena Fe. Se considera oportuno que en dicho consejo consultivo también estuviera un representante del pueblo Maya, Garifuna y Xinca, para incidir en la transformación desde la visión de pueblos indígenas, con ello el Consejo tendría legitimidad.

Artículo 12. Establece el Proceso de Evaluación de la medida, sería oportuno que en el relacionado artículo se contemplara en el inciso c) relacionado la existencia e identificación de los pueblos indígenas y sus instituciones representativas a ser consultadas, dependiendo de la información obtenida establecer la necesidad del apoyo

de traductores para ir documentado el expediente también en el idioma materno del pueblo indígena.



El artículo 13 establece el proceso de consulta previa, el artículo 14 establece la etapa de planificación del proceso de consulta previa, en esta etapa de planificación es realmente necesario que se considere que deberá traducirse al idioma materno el pueblo indígena, que será objeto de consulta previa toda información contenida en el expediente y así deberá hacerse necesario el acompañamiento de traductores para realizar las notificaciones que se les haga a los pueblos indígenas, deberá constar en su idioma, para no dejar cabida a generar inseguridad de los actos dentro del expediente que se está conformando.

El artículo 15 contempla la etapa de entrega de información y difusión del procedimiento, también será necesario que la información se dé a conocer en el idioma materno del pueblo indígena que será objeto de la consulta previa.

El artículo 16. Contempla la etapa de evaluación de las comunidades indígenas. En este artículo es necesario que se considere que los pueblos indígenas, obligatoriamente deberán contar con expertos que puedan orientarles y aclarar todas las dudas y procurarles estudios de impacto ambiental y social que se generen con respecto a la decisión administrativa o legislativa de que se trate, es necesario este acompañamiento, porque dependerá de ello que científicamente ellos puedan junto con sus conocimientos cosmogónicos analizar la factibilidad de la decisión que les pueda afectar, dicho experto deberá ser una persona imparcial y de preferencia que represente a la Universidad de San Carlos de Guatemala, como un aporte a la nación a través de sus conocimientos. Se considera que el plazo allí regulado no es aceptable desde el punto de vista que los pueblos indígenas merecen un análisis amplio y profundo y sin presiones. La etapa de diálogo intercultural: aquí se establece que se propiciarán los acuerdos, pero es necesario indicar que no será una regla que se llegue a acuerdos, porque podría suceder que los pueblos a quienes se realice la consulta previa estén en desacuerdo con plena justificación con dicha medida administrativa o legislativa que el sujeto obligado pretende aprobar. Y el Convenio 169 es claro que también debe respetarse las decisiones que tomen los pueblos indígenas.



El artículo 17 establece, la etapa de diálogo intercultural, aquí es necesario realizar la reflexión que si la esencia de la consulta a pueblos indígenas es precisamente ya no instaurar vejámenes en contra de sus derechos humanos también debe respetarse algún desacuerdo que tengan contra la medida administrativa o legislativa que el Estado pretende otorgar, efectivamente la consulta debería conducir a un acuerdo total sobre la medida propuesta, también podría ocurrir que no hayan acuerdos totales y se dé un acuerdo parcial los pueblos indígenas estarían en la libertad de poder hacer este planteamiento, no están obligados aceptar lo que no les conviene, así también exigir medidas de mitigación o reparación por el acuerdo parcial o total y al igual tendrían derecho al reparto de beneficios que se representen. Beneficios que podrían ser en especial al tema educación, cultura, formación y capacitación.

El artículo 18. Contempla la etapa de sistematización, documentación y cierre del proceso de consulta.

Es fundamental en este artículo que el cierre de proceso de consulta no podrá darse, sino observándose los estándares internacionales en cuanto a haber involucrado al pueblo indígena afectado y en caso de negativa de sus representantes poder obtener una consulta con el pueblo en general.

Artículo 19. Decisión del Estado posterior al proceso de consulta previa. De todo el proyecto de ley este artículo es fundamental aquí se concentra si realmente se cumple con el espíritu de la consulta previa a pueblos indígenas. El último párrafo de este artículo establece, que el proceso de consulta no limita la facultad del Estado en la toma de decisiones que son de su competencia. El resultado de la consulta respecto a los acuerdos alcanzados o la falta de acuerdos sobre la medida consultada, deberá ser considerado en el momento de tomar la decisión correspondiente.

Pero, la propuesta sería que se incluyera que el resultado de la consulta previa a los pueblos indígenas sea vinculante en la decisión que tomará el Estado, de otra forma seguiremos negando e ignorando las decisiones de las poblaciones indígenas y entonces la consulta solo se realizaría por un compromiso del Estado adquirido en

forma internacional y no se velaría, porque realmente los pueblos indígenas sean ya los verdaderos actores en la toma de decisiones que les competen y que les afectan en la plena defensa de sus derechos, e incidir en la transformación del Estado.



El artículo 20 contempla la documentación de acuerdos, desacuerdos y seguimiento a los acuerdos alcanzados.

En el segundo párrafo de este artículo se establece que deberá denunciarse ante la entidad técnica de consulta de buena fe el incumplimiento de cualquiera de las partes, pero el pueblo indígena no puede ser tomado como sujeto de obligación en el tema de consulta, porque precisamente el derecho de consulta es aplicar el derecho que les asiste en cuanto a establecer su parecer con respecto a una medida administrativa o legislativa que pretenden aprobar, en ese sentido esta ley no debe dejar duda ni desvirtuar los derechos de pueblos indígenas adquiridos y no transformar el derecho de consulta en una circunstancia que propicie amenazas a sus derechos.

El artículo 25. Base de datos oficial. En este artículo sería necesario poder involucrar tanto a la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, como al Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Registro Nacional de las Personas y el Instituto Geográfico Nacional y el Instituto Nacional de Estadística.

El artículo 28 de la iniciativa contempla Asignación presupuestaria anual.

Aquí se contempla que el Estado de Guatemala a través del Ministerio de Finanzas públicas, deberá incluir un Presupuesto General de Ingresos y Egresos, para la asignación financiera que demande la implementación de los procesos de consulta a pueblos indígenas. Y estos recursos serán destinados a los ministerios e instituciones correspondientes, según la planificación institucional.

Se considera que dicho presupuesto debería ser por conducto de la institución específica que se crea por esta iniciativa que sería la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia, de otra forma existiría complicación en administrar el presupuesto que iría a las carteras de los ministerios. Por esa razón se considera

oportuna la creación de una Secretaría de Pueblos Indígenas a nivel del Organismo Ejecutivo.



Es necesario que el Organismo Legislativo pueda discutir profundamente sobre esta iniciativa realizar todos los cambios necesarios y conscientemente velar, porque esta ley sea el referente democrático de mayor envergadura en cuanto a la puesta en práctica de los derechos de los pueblos indígenas. Y no se dé únicamente esta ley como cumplimiento a la obligación del Estado de ejecutar lo acordado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en cuanto al derecho de consulta a Pueblos indígenas.

El Organismo Legislativo tiene en sus manos armonizar, humanizar y dar las mejores muestras de renovar las circunstancias de los pueblos indígenas en Guatemala. Es por ello necesario a través de su Comisión de pueblos indígenas lograr la mayor participación y aportes en este proyecto de ley y esta pueda tener la legitimidad de los pueblos indígenas.

Con una ley adecuada para la implementación de la consulta previa a Pueblos indígenas, se podrá evitar o mitigar la inestabilidad y conflictividad que existe y sobre todo evitar las graves consecuencias que han dejado en los pueblos indígenas la falta de consulta en proyectos que se han instaurado en sus territorios sin contar con mayores estudios y análisis previos.

Guatemala hoy más que nunca necesita de actores claves como los organismos Judicial, Ejecutivo y Legislativo, la honorable Corte de Constitucionalidad, la sociedad civil, para la consecución de observar el derecho de consulta previa e instaurar el respeto de los mismos en pueblos indígenas con miras a renovar la relación que ha existido de marginación y exclusión histórica.

Por ello el enfoque del derecho de consulta previa debe abordarse de carácter inmediato a todo nivel y con procesos de formación, información y concientización para ya no vulnerar este derecho colectivo adquirido por los pueblos indígenas.



4.3.2 Acciones necesarias respecto a la Iniciativa que dispone Aprobar Ley de Consulta a Pueblos Indígenas, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT

El Estado de Guatemala debe realmente estar comprometido a poder cumplir a la brevedad con proponer una iniciativa que responda al procedimiento para efectuarse la consulta a pueblos indígenas instaurando la ejecución de los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, debiendo ser estos mecanismos institucionalizados, específicos y pertinentes los cuales deben realizarse previo a adoptar las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de Guatemala.

La iniciativa debe tener como objetivo específico la buena fe y lograr la armonía y un verdadero dialogo entre pueblo indígena y gobierno y poder alcanzar el consentimiento sobre las medidas propuestas, no deben vislumbrarse únicamente como formalidad o requisito o como simple información, deberá respectarse la postura o decisión de los pueblos indígenas.

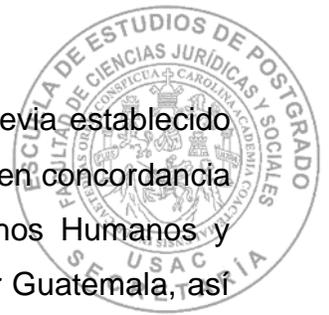
Es necesario que se comprenda que esta iniciativa deba contemplar que el derecho colectivo de consulta, resulta de la situación real de los pueblos indígenas la necesidad intrínseca de conservar su cultura y formas de sustento en un Estado pleno de derecho.



Conclusiones

Derivado de la presente investigación relativa a la Normativa sobre consultas a pueblos indígenas en concordancia con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT- se puede establecer:

- a. Se evidencia que no ha existido voluntad política del Estado de Guatemala, en hacer efectivo el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas que habitan el país, comprobable en la pasividad del Estado en el transcurso de veintiún años de vigencia que tiene el Convenio aceptado y ratificado por Guatemala, tiempo que ha incidido en grandes conflictos sociales, culturales y la grave afectación de los derechos humanos de los pueblos indígenas especialmente el derecho a la vida, integridad, salud, medioambiente y su cosmovisión.
- b. El derecho de Consulta a pueblos indígenas, es una normativa de carácter constitucional, forma parte del bloque de constitucionalidad e ingresó jurídicamente a través de que Guatemala, ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el año de 1996, este convenio tiene compatibilidad con la Carta Fundamental, por lo tanto, por pertenecer a la gama de derechos humanos fundamentales, su aplicación debe tener fuerza vinculante constitucional.
- c. La historia de Guatemala ha marcado esa marginación existencial de los pueblos indígenas, no respetar su derecho de consulta es seguir confirmando que aún es un país excluyente y discriminatorio, el Estado de Guatemala debe velar, porque el órgano legislativo emita a la brevedad La Ley de Consulta y esta haya sido ampliamente consensuada con los pueblos indígenas a efecto que goce de pertinencia cultural y legitimidad y sea un verdadero marco jurídico de reconocimiento de este derecho colectivo y de prestación, que garantice la protección de los derechos de estos pueblos.
- d. La Corte de Constitucionalidad, ha tenido un papel muy importante en cuanto a las diversas sentencias que ha emitido, que han aportado y enriquecido en



cuanto a la interpretación y alcance del derecho de consulta previa establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo en concordancia con los distintos Convenios y Tratados en materia de Derechos Humanos y especialmente derecho de los pueblos indígenas aceptados por Guatemala, así como las exhortaciones y la conminación que ha efectuado al Organismo Legislativo a efecto que emita la Ley que contenga el mecanismo para realizar la consulta previa a pueblos indígenas.

- e. De conformidad con el análisis de la investigación realizada la dinámica de la falta de consulta a los pueblos indígenas que se originan alrededor de muchos megaproyectos no tiene en cuenta las condiciones de las poblaciones a las que afectan provocando más pobreza al eliminar sus formas de vida y violentar sus derechos humanos.
- f. La consulta previa no es solo una acción reivindicativa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sino tiene un significado más allá de lo jurídico repercute en el significado cultural y cosmogónico y es por ello que debe el Estado velar, porque esta consulta se encause hacia el beneficio de los propios pueblos indígenas y no de intereses económicos de gran capital.

Guatemala es un país cuyos territorios conservan su mayor tesoro, sus habitantes, los pueblos indígenas y resulta inminente que se respete sus derechos adquiridos (derecho de consulta) y que los grandes flagelos ocurridos durante los 36 años de enfrentamiento armado interno queden en la historia y se visualice la renovación y progresividad de los derechos de los pueblos indígenas ampliamente reconocidos en toda la normativa nacional e internacional y se construya esa verdadera nación, multiétnica, pluricultural y multilingüe.

Referencias



- "Anillo Periferico" Apelación de Amparo, 1134-2015 (Corte de Constitucionalidad, 12 de Noviembre de 2015).
- "Montana Exploradora" Apelación de sentencia de Amparo, 1654-2005y 1654-2005 (Corte de Constitucionalidad, 28 de febrero de 2008).
- "El Pilar II" Apealción de Amparo, 1134-2015 (Corte de Constitucionalidad, 12 de noviembre de 2015).
- Amparo Única Instancia "Mina Marlin", 123-2007 (Corte de Constitucionalidad, 9 de enero de 2008).
- Apelacion de Amparo , 1031-2009 (Corte de Constitucionalidad, 25 de mayo de 2010).
- Apelación de Amparo "Los Cimientos", 411-2014 (Corte de Constitucionalidad, 12 de enero de 2016).
- Apelación de Sentencia "Cementos Progreso", 1031-2009 (Corte de Constitucionalidad, 25 de mayo de 2010).
- Apelación de sentencia, 406-2014 (Corte de Constitucionalidad, 23 de Noviembre de 2015).
- Apelación de Sentencia de Amparo. "Subestaciones Uspantan y Chichoy II y Línea de Transmisión Uspan Chichoy II" , 156-2013 y 159-2013 (Corte de Constitucionalidad, 25 de marzo de 2015).
- Apelación de Sentencia Hidroelectrica "La Vega", 429-2011 (Corte de Consntitucionalidad, 5 de abril de 2011).
- Apelación de Sentencia Mina Marlin, 123-2007 (Corte de Constitucionalidad, 9 de enero de 2008).
- Apelación Sentencia de Amparo, "Subestaciones Uspantany Chixoy II, línea de Transmisión Uspantan Chixoy II, 156-2013 y 159-213 (Corte deConstitucionalidad, 25 de marzo de 2015).
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). *Declaracion Universal de los Derechos Humanos* . San José, Costa Rica.
- Carpio, E. (2005). Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. *Revista Iberoamericana deDerecho Procesal Constitucional*. México. (2005) ISNN 1870-8390.
- Colop, L. E. (2008). *Popol Wuj*. Guatemala: Cholsamaj.
- Comisión Paz y Ecología San Marcos Guatemala. (22 de 06 de 2018). Informe final "Elaboración del monitoreo de agua superficiales alrdeador de la mina Malin, San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa San Marcos a través de análisis fisicoquímicos por espectrofotometría. . Guatemala, San Marcos, Guatemala.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Situación de los pueblos indígenas en Guatemala*. Guatemala: CIDH.
- Consejo de los Pueblos de Occidente, Movimiento Sindical Indígena y Campesino Guatemalteco. (2010). *El derecho de consulta de los pueblos indígenas en Guatemala*. Guatemala: MDICG.
- Consulta de Buena Fe, 1643-2005 y 1654-2005 (Corte de Constitucionalidad, 28 de febrero de 2008).
- COPAE. (junio de 2018). Conferencia presentación de los Resultados de Situación actual del agua en el area de influencia de la mina Marlin ubicada en los municipios de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa departamentod e San Marcos Guatemala . San Marcos, Guatemala, Guatemala.



- COPAE. (06 de 2018). Informe final, monitoreo de agua superficial alrededor de la mina Marlin. San Marcos, San Miguel Ixtahuacán, Sipacapa, Guatemala.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95>
- Corte de Consitucionalidad. (18 de mayo de 1995). Opinión consultiva sobre Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- El Pilar I y II, Apelación de Sentencia, 3878-2007 (Corte de Constitucionalidad, 21 de diciembre de 2009).
- Rendon, F. (2008). Diversidad es nuestra historia. En F. R. Terraza, *Diversidad es nuestra historia*. Proyecto de Desarrollo Santiago. Guatemala: s.e.
- Gobierno de Guatemala. (31 de marzo de 1995). Acuerdos de Paz. *Acuerdo de Idetnidad y Derechos de los Pueblos Indígenas*. México D.F.: SEPAZ.
- Golcorp. (2010). *Evaluación de los derechos humanos de la mina Marlin Guatemala*. Guatemala.
- Grande Nolasco, L. E. (07 de febrero de 2018). Recuperado de <http://www.derechocambiosocial.com/revista007/desc.htm>
- Hidroeléctrica "La Vega" Apelación de Amparo, 1149-2012 (Corte de Constitucionalidad, 10 de septiembre de 2015).
- Informe Nacional de Desarrollo Humano. (2016). *Más allá del conflicto lucha por el bienestar*. Guatemala: PNUD.
- Instituto Centroamericano de Estudios Fisclaes IBIS Union Europea. (2014). *Realidad y desafíos frente a la democracia y el desarrollo* . Guatemala: UE IBIS.
- Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales . (2014). *Realidad y desafíos frente a la democracia y desarrollo*. Guatemala: UE IBIS.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar . (2008). *Memoria de la VI Conferencia Nacional de Derechos Humanos* . Guatemala, Guatemala.
- IPNUSAC -DIAKONIA. (2014). Informe mina Marlin 2014. Guatemala, Guatemala.
- Janes, Anaya; Relator ONU. (2011). *Observacionnes sobre situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación de los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos en sus terriotirios tradicionales*. Ginebra,Suiza.
- Loarca, C. (2009). *El deber de consultar a los pueblos*. Guatemala.
- Medida Cautelar , MC-260-07 (Comisión Interamerica de Derechos Humanos, 20 de mayo de 2010).
- Naciones Unidas, Asamblea General. (2011). *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos de pueblos indígenas en Guatemala*. Guatemala.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2007). Recuperado de www.conicyt/cl/files
- Opinión Consultiva Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo OIT, 199-95 (Corte de Constitucionalidad, 18 de mayo de 1995).
- Organismo Legislativo de Guatemala. (13 de 03 de 2018). Iniciativa de Ley No.5416. Ley de Consulta a Pueblos Indígenas, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo -OIT-. *Consulta a pueblos indígenas, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo -OIT-*. Guatemala, Guatemala: Organismo Legislativo.
- Organización de las naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura -FAO-. (2014). *Informe Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional y Pueblos Indígenas en Guatemala*. Guatemala: FAO.
- Organización de Naciones Unidas. (1962). *Resolucion 1803*.



- Organización de Naciones Unidas. (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*. ONU.
- Organización de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, Estados Unidos.
- Organización de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York, Estados Unidos.
- Organización de Naciones Unidas. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José*. San Jose de Costa Rica.
- Organización de Naciones Unidas. (1982). *Declaración de Derechos de Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*. ONU.
- Organización de Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. ONU.
- Organización de Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. ONU.
- Organización de Naciones Unidas. (1948). *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. ONU.
- Organización Internacional de Trabajo. (7 de junio de 1989). Convenio 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. *Convenio 169*. Ginebra, Suiza: s.e.
- Organización Internacional de Trabajo-OIT-. (Junio de 1989). Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes.
- Prensa Libre*. (03 de 03 de 2018). Congreso Aprueba Convenio 169 de OIT Sobre Pueblos Indígenas. Hemeroteca, *Prensa Libre*. <https://www.prensalibre.com/hemeroteca/congreso-aprueba-el-convenio-169-de-la-oit/>
- Prensa Libre*. (07 de marzo de 2018). Corte de Constitucionalidad solicita más estudios para emitir fallo en caso de Minera San Rafael. Guatemala, Guatemala.
- Prensa Libre*. (06 de 03 de 2018). Mina San Rafael, cámaras, proveedores y trabajadores piden información a la CC. Guatemala, Guatemala.
- Prensa Libre*. (15 de enero de 2018). Minera San Rafael suspende laboralmente a 250 colaboradores a consecuencia de la suspensión de operaciones. Guatemala, Guatemala, Guatemala.
- Procuraduría de los Derechos Humanos. (2018). Recuperado de <https://www.pdh.org.gt/pdh-promueve-los-derechos-humanos-de-la-poblacion-3/>
- Programa de Naciones Unidas. (2016). *Más allá del conflicto, luchas por el bienestar. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015/2016*. Guatemala: Luis Méndez Salinas.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016). *Informe de Desarrollo Humano*. Guatemala: PNUD.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016). *más allá del conflicto, luchas por el bienestar. Informe de Desarrollo Humano*. Guatemala: PNUD.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo . (2016). *Informe Nacional de Desarrollo Humanos 2015-2016*. Guatemala: PNUD.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016). *Más allá del conflicto, luchas por el bienestar*. Guatemala: PNUD.
- Secretaría de la Paz de la Presidencia. (1996). *Acuerdos de Paz*. Guatemala.
- Sentencia, 87-88 (Corte de Constitucionalidad, 26 de mayo de 1988).
- Sentencia Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 3878-2007 (Corte de Constitucionalidad, 21 de diciembre de 2009).
- Tramo Construcción Vial Tramo Carretero. Apelación de Sentencia, 1925-2014 (Corte de Constitucionalidad, 17 de septiembre de 2014).

Universidad de Michigan, Estados Unidos. (2010). *Metales tóxicos y poblaciones indígenas cerca de la mina Marlin*. Michigan. <https://phr.org/wp-content/uploads/2010/05/guatemala-metales-toxicos-1.pdf>

Universidad de Michigan. Estados Unidos . (2010). *Estudio comprueba contaminación mina Marlin, Niladri Basu MSC PDH*. Michigan.

www.poderosas.org. (15 de 05 de 2018). www.poderosas.orgcv.panelistas Recuperado de www.poderosas.org

