

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

**VULNERACIÓN DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS ESTIPULADO EN EL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO MUNICIPAL DE
GUATEMALA**

NELSON JOSUÉ CASTILLO MORALES

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2019

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

**VULNERACIÓN DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS ESTIPULADO EN EL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO MUNICIPAL DE
GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

NELSON JOSUÉ CASTILLO MORALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2019

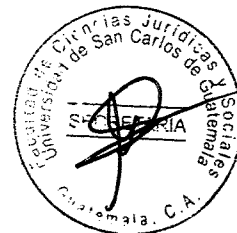
**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

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

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
13 de mayo de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, ALBA JANNETH GONZÁLES ALDANA
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
NELSON JOSUÉ CASTILLO MORALÉS, con carné 201141012,
intitulado VULNERACIÓN DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
ESTIPULADO EN EL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO MUNICIPAL DE GUATEMALA..

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

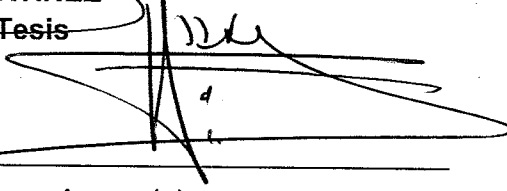
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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



Fecha de recepción 23 / 05 / 2019 f) _____


Asesor(a)
(Firma y Sello)

Alba Janneth González Aldana
Abogada y Notaria

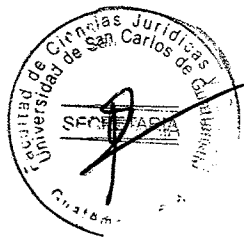
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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



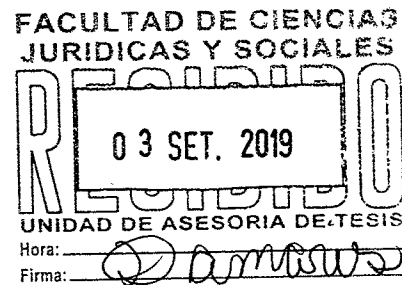


Licenciada Alba Janneth Gonzáles Aldana
Abogada y Notaria



Guatemala, 31 de agosto de 2019.

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



Apreciable Licenciado:

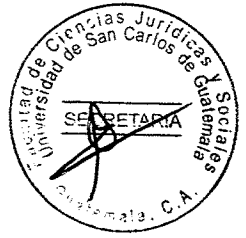
Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento como asesor de tesis del bachiller **Nelson Josué Castillo Morales**, la cual se titula "VULNERACIÓN DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ESTIPULADO EN EL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO MUNICIPAL DE GUATEMALA." Declarando expresamente que no soy pariente del bachiller dentro de los grados de ley; por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; ya que trata sobre la manera en la cual no se tiene en consideración al derecho de autodeterminación en el caso de la modificación de la circunscripción municipal, incumpliendo de esta forma con los derechos de los pueblos indígenas.
- b) Los métodos utilizados en la investigación fueron el método analítico, el método inductivo, el método deductivo y el método sintético; mediante los cuales el bachiller no sólo logró comprobar la hipótesis, sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, específicamente en el caso del derecho de autodeterminación.
- c) La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- d) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo el bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector; asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- e) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca debido a que en la actualidad no hay forma en la cual se establezca una consulta popular que establezca la voluntad de la comunidad, de tal manera que se determine si es válido o no la modificación del territorio.

14 ave 23-53 Colonia la Reformita zona 12 Guatemala. Guatemala
Teléfono: 5585-6084



Licenciada Alba Janneth Gonzáles Aldana
Abogada y Notaria



- f) En la conclusión discursiva, el bachiller expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda que se modifique el Artículo 31 Código Municipal de tal forma que se pueda establecer una consulta popular vinculante, para que la voluntad de la comunidad se cumpla dentro de Guatemala.
- g) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como de extranjeros.
- h) El bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

Con base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,

Licda. Alba Janneth Gonzáles Aldana
Asesora de Tesis
Colegiado No. 8328

Alba Janneth Gonzáles Aldana
Abogada y Notaria



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de noviembre de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante NELSON JOSUÉ CASTILLO MORALES, titulado VULNERACIÓN DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ESTIPULADO EN EL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO MUNICIPAL DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIO
GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
DECANO
GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la fuerza en los momentos más difíciles que se presentaron durante el transcurso de mi carrera, siendo un pilar fundamental ante todas las adversidades y el cual supo guiarme por el camino del bien, alcanzando siempre mis objetivos y metas como persona y como profesional.

A MIS PADRES:

Villamar Castillo Agustín y Ana María Morales Castillo de Castillo, quienes me dieron la vida, sin ellos no estaría acá; gracias por su gran amor incondicional, sus sabios consejos para que cada día sea una persona de bien, honesta, humilde y sencilla, por ser ese apoyo económico y moral a lo largo de este trayecto hasta verme convertido como un profesional, este triunfo va dedicado especialmente para ustedes, no encuentro las palabras para expresarles mi gratitud, que Dios los bendiga.

A MIS ABUELOS:

Jacobo Castillo, María Agustín, Manuel Morales y Lucinda Castillo de Morales (Q.E.P.D.), gracias por los consejos que me brindaron y por sus muestras de amor y cariño siempre.

A MIS HERMANOS:

Byron Ottoniel, Marco Antonio René, Estuardo Rodolfo y Karen Anabelly Castillo Morales, por todos los momentos que hemos vivido juntos, su amor y apoyo incondicional y motivación para que todos los días siguiera adelante con mis sueños hasta alcanzar graduarme, muestras especiales de gratitud hacia ustedes.

A MIS SOBRINOS:

Jacob, Jason, Aida y Oliver Castillo Muñoz, por las muestras de afecto y cariño, que este triunfo que hoy alcanzo, sea de ejemplo y motivación para ustedes para que puedan alcanzar sus sueños y metas profesionales.

A MIS PRIMOS:

Con quienes he compartido buenos momentos.



A MIS AMIGOS:

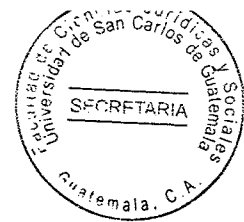
Por hacer de mi vida universitaria una gran experiencia, estar conmigo en las buenas y en las malas, a todos ellos con quienes he compartido y he caminado hasta esta meta, muy agradecido por ofrecerme su amistad, brindarme consejos y palabras de aliento para no desmayar y alcanzar mis objetivos profesionales.

A MIS CATEDRÁTICOS: Quienes me han brindado sus conocimientos de forma desinteresada, me inspiraron a ser un mejor profesional y buscar de forma continua la excelencia académica y personal.

A: Alba Janneth Gonzáles Aldana, por aceptar ser mi asesora tesis y ayudarme para que termine este proyecto tan importante para poder graduarme.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme culminar mis estudios superiores, ser mi *alma mater* y por enseñarme a ser un profesional con conciencia social.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme brindado las herramientas necesarias en el mundo del saber y haberme formado como persona y profesional del derecho.

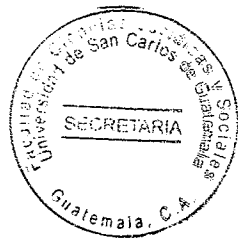


PRESENTACIÓN

El tipo de trabajo de investigación desarrollado es cualitativo, en la cual se observa las cualidades de un problema para determinar a través de la descripción, las cualidades de un fenómeno para que, a partir de esta, poder resolver el problema que se plantea, en este caso como podrá aplicar la consulta popular y dei derecho de autodeterminación dentro de la creación de un municipio nuevo.

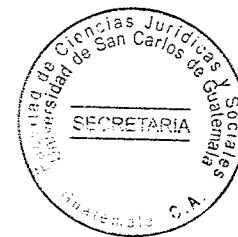
La tesis, fue realizada en el ámbito de los derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas, derechos que se encargan de definir y desarrollar las instituciones del derecho de autodeterminación y de consulta popular dentro de Guatemala. La investigación fue realizada en el periodo comprendido en los meses de enero a mayo de 2019. El objeto de la investigación es la consulta popular como método para poder aplicar el derecho de autodeterminación en el caso de la creación de un nuevo municipio dentro del territorio nacional; los sujetos de la investigación son los habitantes de los pueblos indígenas.

El aporte principal de esta tesis, consiste en reconocer la importancia que tiene el derecho de autodeterminación para los pueblos indígenas a través de la consulta popular y como esta debe de ser vinculante entre las personas y el Estado, por lo tanto, debe de ser incluido dentro de la forma en la cual se crean los nuevos municipios en el territorio de Guatemala.



HIPÓTESIS

La hipótesis de la investigación es la siguiente: El Artículo 31 del Código Municipal en la forma en la cual está regulado en la actualidad, contiene una vulneración al derecho de autodeterminación de los pueblos, al otorgarle la potestad de decisión sobre una consulta popular para cualquier asunto dirigido a dividir o modificar la circunscripción municipal al Congreso de la República de Guatemala, dejando de lado las autoridades comunitarias y el procedimiento consultivo, el cual pretende que las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de los ciudadanos.



COMPROBACION DE LA HIPÓTESIS

En la investigación, se utilizó una hipótesis descriptiva en donde se describió un problema consistente en la vulneración del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas y se consideró una solución al mismo; consistiendo en la inclusión de una consulta popular obligatoria y vinculante para la creación de un nuevo municipio dentro de Guatemala.

En tal sentido la hipótesis se comprobó cómo valida ya que en efecto se vulnera el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas dentro del Estado de Guatemala, al no otorgarse la posibilidad de una consulta popular dentro de la creación un nuevo municipio, por lo que es necesario que se reforme el Código Municipal para poder otorgar este derecho.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derechos humanos	1
1.1. Origen.....	1
1.2. Definición.....	5
1.3. Naturaleza jurídica.....	8
1.4. Características.....	9
1.5. Clasificación	13
1.6. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	16

CAPÍTULO II

2. El derecho de los pueblos indígenas en Guatemala	21
2.1. Definición de derecho de los pueblos indígenas	23
2.2. Contenido del derecho de los pueblos indígenas	26
2.3. La autodeterminación de los pueblos indígenas	28

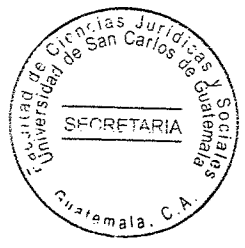
CAPÍTULO III

3. La consulta popular	33
3.1. Definición de consulta popular	34
3.2. Naturaleza jurídica de la consulta popular.....	35
3.3. Objeto	36
3.4. Modalidades de la consulta popular	38
3.5. La consulta popular en la Constitución Política de la Republica de Guatemala	42

3.6. La consulta popular en el Código Municipal	45
---	----

CAPÍTULO IV

4. Vulneración del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas estipulado en el Artículo 31 del Código Municipal	49
4.1. Consideraciones generales	49
4.2. La importancia de la consulta popular en el caso del derecho de los pueblos indígenas de Guatemala	53
4.3. La importancia de la autodeterminación de los pueblos y la consulta popular vinculante	56
4.3.1 Derecho comparado.....	59
4.4. La necesidad de modificar el Artículo 31 del Código Municipal referente al derecho de consulta popular en la creación de un municipio.....	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	71
BIBLIOGRAFÍA.....	73



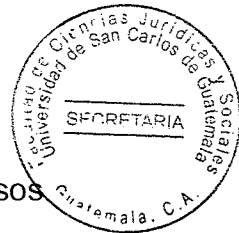
INTRODUCCIÓN

Este trabajo de tesis se justifica ante la evidente vulneración del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas dentro del Estado de Guatemala, el cual es la facultad de obedecer a la propia reflexión sobre las decisiones que mejor les convenga, como una comunidad organizada, en tal sentido que se pueda realizar los mismos dentro del territorio nacional.

El objetivo de esta fue establecer la vulneración al derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas estipulado en el Artículo 31 del Código Municipal. La hipótesis, por su parte, se suscribió de la siguiente manera: El Artículo 31 del Código Municipal en la forma en la cual está regulado en la actualidad, contiene una vulneración al derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, al otorgarle la potestad de decisión sobre una consulta popular para cualquier asunto dirigido a dividir o modificar la circunscripción municipal al Congreso de la República de Guatemala, dejando de lado las autoridades comunitarias y el procedimiento consultivo, el cual pretende que las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de los ciudadanos.

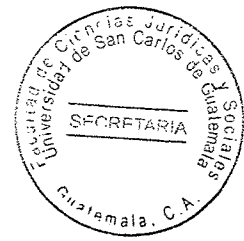
El trabajo, está distribuido en cuatro capítulos: en el primero, los derechos humanos; en el segundo, por su parte estudió el derecho de los pueblos indígenas en Guatemala; el tercero, se desarrolló la consulta popular en Guatemala; el cuarto, por su parte, analizó vulneración del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas estipulado en el Artículo 31 del Código Municipal.

Los métodos utilizados en esta tesis fueron: el método analítico, en donde a través del análisis, se determinó la importancia del derecho de los pueblos indígenas en Guatemala; el método sintético, para establecer cómo puede vulnerar los derechos de los pueblos indígenas dentro de Guatemala además del derecho de autodeterminación de los pueblos, el método deductivo; para determinar cómo se puede realizar la consulta popular dentro de Guatemala; el método inductivo, fue utilizado para poder sacar conclusiones generales partiendo de hechos particulares. Por su parte fue



utilizada la técnica documental, que busca el uso óptimo y racional de los recursos documentales.

En este trabajo de investigación pretende sentar un precedente sobre la importancia de la consulta popular de 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; derivado que cuentan con sus métodos propios para tomar decisiones, por lo que es necesario que este sea aplicado dentro de la forma en la cual se realiza la creación de municipios nuevos dentro de Guatemala.



CAPÍTULO I

1. Derechos humanos

Los derechos humanos, como su denominación lo indica son aquellas atribuciones que posee cada persona en la tierra por el simple hecho de existir, estos son innegables e inalienables a cada ser, por lo tanto, esta clase de derechos nunca podrán ser suspendidos o suprimidos debido a que en todo momento se vela porque el hombre como especie que conserve su dignidad.

1.1. Origen

Contrario a lo que muchos piensan los derechos humanos no son un invento moderno, así mismo, tampoco han sido un efecto colateral de las dos guerras mundiales ocurridas en el siglo pasado.

Los derechos humanos surgen de diversas convenciones y protocolos internacionales que los han ido reconociendo con el pasar de los años, hasta lograr que cada Estado los incorpore en su Constitución Política, con la finalidad que sean de aplicación universal. Con esto claro, es preciso mencionar que los primeros derechos humanos registrados se pueden ubicar en la antigua Grecia, en donde se desarrollaban los primeros elementos constitutivos de la democracia tanto en el medio social, cultural, político como en el económico donde surgieron los principales conceptos sobre Democracia, Derechos, y quienes eran sus protagonistas. Los ideales de la democracia antigua son:

- a. **Democracia** Definida como el gobierno del pueblo, se basó en igualdad política e igualdad social.
- b. **La libertad** para los griegos ser libre significa no ser esclavo de nadie, esta libertad se fue logrando sucesivamente, fue así como la libertad civil se alcanzó al abolirse la prisión por deudas, la libertad jurídica al proteger al ciudadano con el habeas corpus, y la libertad política con el derecho de obedecer la ley.
- c. **La ley** su importancia consistía en que todos los habitantes le deben obediencia esto en virtud que, entre otras razones, toda ley es una invención y un don de los dioses al mismo tiempo que una descripción del hombre sabio, así como el contrato de una sociedad al que todos sus habitantes deben adaptar su manera de vivir.

Dentro del derecho romano se respetan las instituciones establecidas por los griegos, sin embargo, las desarrollaron de forma más sofisticada y codificada debido a la importancia que le prestaron los romanos al perfeccionamiento de la norma jurídica en general. No obstante, los derechos humanos *per sé* no sufrieron avance alguno. En la edad media, los conflictos generados por las guerras llevan a una nueva era de la organización del poder, con base en lazos de dependencia personal de los campesinos o los siervos hacia los señores barones y reyes, esta situación fue conformando un nuevo centro de decisión de poder en la corte, encabezada por el rey, conformada por "Barones y campesinos súbditos donde en última quien defendía los conflictos entre las personas era el rey.



Con esta concentración del poder junto con la situación de conflictos que vivió Inglaterra hacia los siglos XI, XII y XIII llevó a plantear una nueva relación entre las personas pues con ello se creó la Carta Magna, Otorgada por Juan Sin Tierra el 17 de Julio de 1215, donde fue el primer indicio en el cual un monarca otorgaba la posesión de territorios, así como los derechos sucesorios derivados del mismo. Más adelante en el tiempo, durante el siglo XVIII en el llamado renacimiento, es decir al movimiento cultural que se desarrolló en Europa entre 1715 y 1789, se propuso disipar las tinieblas de la humanidad mediante las luces de la razón. En Francia se integraron los intelectuales del ilusionismo en torno al Enciclopedismo, y el movimiento se conoció con el nombre de Ilustración”.¹

La Carta Magna es conocida como uno de los documentos más importantes de la evolución histórica de los derechos humanos, por considerarse el primero en su especie que resultó de la incesante reclamación del pueblo por detener los abusos del rey. Hoy en día, todos los derechos que fueron plasmados y garantizados en la carta magna son reconocidos como derechos fundamentales en todo el mundo.

Las ideas de esta época aunado al optimismo que se renueva la fe mediante la razón, se confían en la posibilidad de instalar la felicidad en la tierra y de mejorar al hombre, esta ansiedad por realizar una nueva sociedad forjó una experiencia política reformista, el positivismo ilustrado consistió en utilizar el poder de la monarquía absoluta para llevar a cabo el programa renovador de la Ilustración desde el estado.

¹ Daza Fonseca, Juan Camilo. **Historia de los derechos humanos**. Pág. 6.

Otro punto de realce en la historia de los derechos humanos ocurrió en la revolución francesa, ésta se originó por la incapacidad del despotismo ilustrado para superar las contradicciones existentes y agudizadas por el antiguo régimen. La burguesía puso en marcha un proyecto revolucionario para solucionar la crisis, de esta manera las ideas que durante todo un siglo se agitaron en pro de un cambio profundo de la sociedad, partieron de una transformación del hombre bajo los principios de la igualdad, fraternidad y libertad.

“La revolución que se inició en 1789 la cual libera gran diversidad de fuerzas sociales y deja al descubierto un hervidero de ideas y tendencias, la burguesía accede al poder y se inicia con la Declaración de los Derechos del Hombre lo que sé llamo el tercer estado.”²

Finalmente, se debe de mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos la cual fue proclamada el 10 de diciembre de 1948, tras la segunda guerra mundial y la derrota del nazi-fascismo. En la asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), compuesta entonces por cincuenta y ocho Estados, se aprobó por cuarenta y ocho a favor y ocho abstenciones, un histórico documento que fue redactado como un ideal común, por el que todos los pueblos deben esforzarse. Se abstuvieron de votar la Unión Sudafricana, Arabia Saudita, Bielorrusa, Polonia, Checoslovaquia, Ucrania, La Unión Soviética, y Yugoslavia. No hubo un solo voto en contra.

² Ibid. Pág. 5.



La declaración establece los derechos sociales, civiles, culturales, políticos y económicos del que todo ser humano debe gozar. En el preámbulo esta Declaración muestra un contexto del porqué la importancia de estos derechos calificados de inherentes e intransmisibles del ser humano, en el que se estableció que: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales inalienables de todos los miembros de la familia humana"³.

La Declaración de Derechos Humanos resulta de la proclamación de los hombres de gozar de absoluta libertad de palabra y creencias librados del temor y la opresión, con la finalidad de comenzar el progreso de la sociedad, desarrollar relaciones armoniosas entre los Estados, promover el respeto universal y elevar el nivel de vida con mayor libertad.

1.2. Definición

La importancia de definir este tema consiste en que, de acuerdo con las distintas conceptualizaciones aportadas, se podrá entender los lineamientos y alcances que poseen los derechos humanos en sí.

Se establece una definición de la manera siguiente: "La expresión derechos humanos también citada con frecuencia como DD.HH. hace referencia a las libertades,

³ <https://www.humanium.org/es/ddhh-texto-completo/#> (consultado: 15 de abril del 2019.)

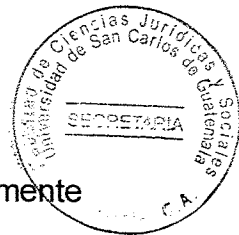
reivindicaciones y facultades propias de cada individuo por el sólo hecho de pertenecer a la raza humana. Esto significa que son derechos de carácter inalienable ya que nadie, de ninguna manera, puede quitarle estos derechos a otro sujeto más allá del orden jurídico que esté establecido y de perfil independiente frente a cualquier factor particular raza, nacionalidad, religión, sexo, etc. Los derechos humanos también se caracterizan por ser irrevocables no pueden ser abolidos, intransferibles un individuo no puede ceder sus derechos a otro sujeto e irrenunciabiles nadie tiene el permiso para rechazar sus derechos básicos.”⁴ Esto quiere decir que los derechos humanos, son aquellos derechos que son otorgados a las personas, por el simple hecho de serlo, sin restricciones de género, raza, edad o cualquier otra distinción y por lo tanto no pueden ser negados o menoscabados.

“La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al estado”.⁵ Es esta dignidad la que fundamenta a los derechos humanos al mismo tiempo, también es la que fundamenta al derecho de la salud para los habitantes de un Estado, sin hacer distinción si están en libertad o dentro de un centro de detención penal.

Entre otras definiciones, es prudente citar la reconocida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos: “Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable

⁴ <http://definicion.de/derechos-humanos/> (consultado: 15 de abril del 2019.)

⁵ Nikken, Pedro. **Estudios de derechos humanos**. Pág. 13.



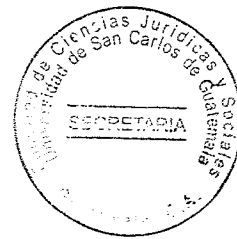
para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado”.⁶ Por lo que se puede afirmar que los derechos son otorgados por la legislación de cada estado para que se garanticen los mismos a través de las leyes. Es preciso enfatizar que: “el término de derechos humanos es universal, y hace referencia a todas las personas, en sus derechos individuales y colectivos; y aunque parezca elemental, no hace mucho que es utilizado; en el año 1789 en Francia, se proclamó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; y más tarde, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue aprobada por la ONU.”⁷

Se puede afirmar que los derechos humanos, son aquellos inherentes a las personas por el simple hecho de ser hombres, que son otorgados por la naturaleza y reconocidos con las leyes; los cuales tienen como finalidad que la persona pueda desarrollarse integralmente con el ánimo de lograr una mejor calidad de vida dentro de sus posibilidades. Es importante acentuar que la primera ley que protegió y acuñó el término de derechos humanos fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual fue promulgada en 1948 como consecuencia los sucesos acontecidos en la segunda guerra mundial, para la cual, era necesario que los países del mundo se pusieran de acuerdo sobre los derechos mínimos para las personas humanas, aquellos que tienen que poseer las personas por el simple hecho de serlo.

⁶ http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos (consultado el 17 de abril 2019).

⁷ <http://sobreconceptos.com/derechos-humanos> (consultado el 19 de abril 2019).



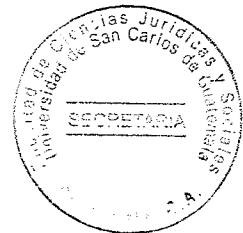
1.3. Naturaleza jurídica

Existen muchos criterios y teorías para determinar la naturaleza jurídica de los derechos humanos, existen quienes lo colocan dentro del *ius* naturalismo dentro de sus distintas manifestaciones, hasta colocarlo dentro del positivismo, existe también la corriente que colocan a los derechos humanos en el idealismo filosófico, con corrientes materialistas.

Pero de acuerdo a ciertos criterios, se enfoca la naturaleza jurídica a lo plasmado dentro del pensamiento *ius* naturalista ya que afirma que “el hombre posee derechos y libertades constitucionales a su naturaleza, propios de su calidad de persona, anteriores al Estado y a toda la organización política, imprescriptible e irrenunciables. Estos derechos son atributos de la persona humana y no derivan de la calidad de ciudadano de un Estado”⁸.

Derivado de lo anterior, se concluye que los derechos humanos resultan de la naturaleza y esencia humana y que el Estado únicamente los reconoce y garantiza a través de una ley, pero estas leyes deben de estar encaminadas a la protección y promoción de estos derechos por lo que no pueden ni deben de menoscabar a estos o contradecirlos, por lo tanto, es importante que este tipo de derechos sean cumplidos a cabalidad, sin importar cual sea la situación de las personas, toda vez que los derechos humanos no se pueden menoscabar ni cumplir parcialmente.

⁸ Guzmán Carrasco, Marco Antonio. **La intervención y protección internacional de los derechos humanos.** Pág. 9

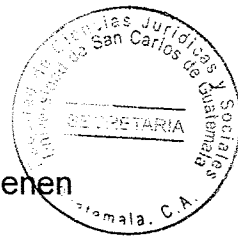


1.4. Características

Se debe dar inicio afirmando que una de las características que poseen los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional.

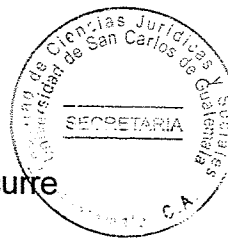
El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos. Ahora bien, sus características son las siguientes:

- a. **Los derechos humanos son innatos o inherentes** Todas las personas nacen con derechos que les pertenecen por su condición de seres humanos. Su origen no es el Estado o las leyes, decretos o títulos, sino la propia naturaleza o dignidad de la persona humana. Por eso cuando una ley viola los derechos humanos se la considera nula (sin valor) porque va contra la misma naturaleza humana.
- b. **Los derechos humanos son universales** esto quiere decir que todas las personas: mujeres, hombres, niños y niñas tienen derechos. Por eso se afirma que no importa la raza, el sexo, la cultura o la religión que estos tengan, tampoco importa la nacionalidad o el lugar en que se viva. Cada persona tiene la misma dignidad y nadie



puede estar excluido o discriminado del disfrute de sus derechos. Es así que tienen los mismos derechos tanto un niño como una niña, un indígena como un campesino, una mujer como un hombre, un árabe como un chino, un colombiano como un venezolano, un musulmán como un cristiano, un negro como un blanco, un pobre como un rico, un delincuente o corrupto como una persona honesta.

- c. **Los derechos humanos son inalienables e intransferibles** La persona humana no puede, sin afectar su dignidad, renunciar a sus derechos o negociarlos. Tampoco el Estado puede disponer de los derechos de los ciudadanos. Se entiende que en situaciones extremas algunos derechos pueden ser limitados o suspendidos, pero nunca alienados (eliminados, extinguidos).
- d. **Los derechos humanos son acumulativos, imprescriptibles o irreversibles** Como la humanidad es cambiante, las necesidades también, por ello a través del tiempo se van conquistando nuevos derechos, que una vez alcanzados forman parte del patrimonio de la dignidad humana. Una vez reconocidos formalmente los derechos humanos su vigencia no caduca (es decir, no vence nunca), aún superadas las situaciones coyunturales que llevaron a reivindicarlos.
- e. **Los derechos humanos son inviolables** Nadie puede atentar, lesionar o destruir los derechos humanos. Esto quiere decir que las personas y los gobiernos deben regirse por el respeto a los derechos humanos; las leyes dictadas no pueden ser contrarias a éstos y las políticas económicas y sociales que se implementan tampoco. Por ejemplo,



el derecho a la vida no puede ser violentado bajo ninguna circunstancia, como ocurre frecuentemente en la realidad, ni por la acción de fuerzas policiales o militares ni por políticas económicas que condenan a la muerte por desnutrición o hambre a la población.

- f. **Los derechos humanos son obligatorios** Los derechos humanos imponen una obligación concreta a las personas y al Estado de respetarlos, aunque no haya una ley que así lo diga. Queda claro entonces que es obligatorio respetar todos los derechos humanos que existan en las leyes y también aquellos que no lo están aún, como por ejemplo el derecho a la objeción de conciencia (o sea, el derecho a no prestar el servicio militar por razones de creencias morales o religiosas) o el derecho a la propiedad colectiva de la tierra en el caso de las comunidades indígenas, y tantos otros.
- g. **Los derechos humanos trascienden las fronteras nacionales** “Esta característica se refiere a que la comunidad internacional puede y debe intervenir cuando considere que un Estado está violando los derechos humanos de su población. En este sentido, ningún Estado puede argumentar violación de su soberanía cuando la comunidad internacional interviene para requerir que una violación a los derechos humanos sea corregida”⁹.

⁹ <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-caracteristicas.html> (consultado el 17 de abril de 2019).

h. Los derechos humanos son indivisibles, interdependientes, complementarios y

no jerarquizables Los derechos humanos están relacionados entre sí. Es decir, no se puede hacer ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros. La negación de algún derecho en particular significa poner en peligro el conjunto de la dignidad de la persona, por lo que el disfrute de algún derecho no puede hacerse a costa de los demás. Es así, como no se puede disfrutar plenamente del derecho a la educación si no se está bien alimentados o se carece de una vivienda adecuada, ni se puede ejercer el derecho a la participación política si se niega el derecho a manifestar o estar bien informados.

Las características anteriormente indicadas, suelen ser discutidas en ocasiones, sobre todo en cuanto a la universalidad de estos derechos por cuanto se argumenta que los derechos humanos se deben de interpretar dentro de las distintas culturas, de forma que estas matizan o tergiversan en cierta manera los principios contenidos en la declaración universal. Debido a esto, los derechos humanos no serían los mismos, sino que variarían de acuerdo en función de los contextos culturales.

A las características de los derechos humanos finalmente hay que añadir la inderogabilidad de los anteriores y su obligación respecto al cumplimiento de estos, sin excepción alguna, dentro de estos, se pueden mencionar el derecho a la vida, a no ser esclavizado o a no ser torturado, a no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y a la no discriminación por motivos de raza, religión, origen social o de cualquier otra índole. Esto quiere decir que, aunque uno de los derechos humanos no

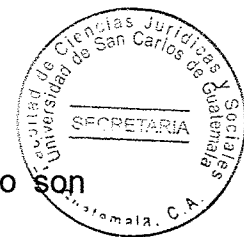


comulgue o se reconozca dentro de un Estado, no puede obviarse o derogarse, debido a que son erga omnes para todas las personas del mundo.

La inderogabilidad de algunos derechos se refleja en distintos documentos regionales, como el Convenio Europeo de Derechos humanos de 1950 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobados por las Naciones Unidas en 1966, también contienen disposiciones derogatorias; el primero de forma garantista y concreta en el caso de algunos derechos y el segundo de forma más genérica, con un enunciado similar al de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

1.5. Clasificación

En primer lugar, es necesario afirmar que esta clasificación no debe de confundirse como un criterio jerarquizado o a la aceptación que estos tienen. Todos los derechos del hombre tienen por razones antológicas y materiales, una naturaleza igual, aunque pueden tener caracteres diferentes y distintos sistemas de protección. No es admisible ninguna jerarquización entre ellos ni puede admitirse el reconocimiento de que es lícita la violación y el desconocimiento de una categoría de derechos en base a que es preciso dar preeminencia a otra u otras categorías.



Cualquiera sea el tipo de derechos humanos, se interrelacionan entre sí, pero son independientes e individuales. Con esto claro se puede advertir que su clasificación, está comprendida en tres partes, las cuales son conocidas como generaciones, redundamos que esta clasificación no tiene ningún nivel jerárquico ni ninguno de ellos adquiere más importancia que otro. Se debe entonces enumerar las distintas clases de derechos humanos de la forma siguiente:

a. Derechos de primera generación Estos derechos son conocidos dentro del conocimiento popular como derechos civiles y políticos; los cuales son producto del triunfo del liberalismo burgués en la revolución francesa y fueron plasmados en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y posteriormente fueron plasmados en todos los textos constitucionales de occidente. Estos derechos, implican un deber de abstención por parte del Estado, cuya actuación es en esencia pasiva, aunque supone no sólo un deber de garantizar el orden público dentro del cual esos derechos pueden ejercerse efectivamente, de manera libre y no discriminatoria, sino también de establecer y mantener las condiciones en que el orden, dentro del cual se ejerce la libertad, exista de manera efectiva y real.

El titular de estos derechos es el ser humano en el caso de los derechos civiles, y el ciudadano en el caso de los políticos, considerados el hombre y el ciudadano no como abstracciones autónomas y aisladas sino como entidades que actúan necesariamente en el complejo de la vida sociopolítica. Algunos de los derechos de este tipo son: derecho a la vida, libertad, seguridad jurídica, a circular libremente, elegir la residencia, a la

nacionalidad, a no ser esclavizado ni torturado, al libre pensamiento, a practicar cualquier religión, a expresar ideas, entre otros.

b. Derechos de segunda generación Están contenidos en esta generación de derechos, aquellos que son de contenido económico, social y cultural; tienen como fin garantizar el objeto a la educación, el trabajo y a la cultura, así como garantizar la estabilidad económica de las personas. Se llaman de segunda generación debido a que su reconocimiento sucedió luego de los derechos civiles y políticos, su razón de ser es el respeto a la dignidad de las personas, a su libertad y también a la eficacia de la democracia. Todo esto será posible si se dan las condiciones culturales, económicas y sociales que garanticen el desarrollo de aquellos pueblos y personas. Por supuesto que la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales están determinados por las condiciones de cada país, por lo que su cumplimiento varía entre estos.

c. Derechos de tercera generación Se comenzó a hablar de ellos, como una nueva categoría, en la década de los setenta. Se definen como: "Los nuevos derechos humanos podrían denominarse también derechos de solidaridad; puesto que reflejan una cierta concepción de la vida en comunidad, solo pueden adquirir existencia real mediante los esfuerzos conjuntos de todos los componentes de la sociedad; individuos, Estado, entidades públicas o privadas. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho al agua pura, el derecho al aire puro e incluso al derecho a la paz. En lo que se refiere a estos

nuevos derechos humanos, la legislación internacional es prácticamente inexistente, e igual sucede, por lo demás, con las legislaciones nacionales: raras son las constituciones escritas que incorporan uno u otro de estos nuevos derechos humanos, aunque existan propuestas en tal sentido.”¹⁰

Como se puede observar, cada generación de derechos humanos tiene la misma importancia entre sí por lo tanto ninguno adquiere más importancia que otro, así mismo ninguno deroga al de generaciones anteriores. Con eso claro es preciso advertir que, para los efectos de esta investigación, se enfocará en los derechos humanos de tercera generación, ya que dentro de estos derechos se encuentran los derechos relacionados con la cultura y el medio ambiente, declarándolos de vital importancia para las personas.

En ese sentido se puede declarar que dentro de estos derechos está implícito el derecho que tienen las personas a la tierra por haber habitado y poseído la misma desde la antigüedad o bien porque a través del tiempo se han convertido en legítimos propietarios de la misma.

1.6. El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio número 169 es un instrumento jurídico internacional vinculante que se encuentra abierto para su ratificación y que trata específicamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En la actualidad ha sido ratificado por 20 países. Una vez

¹⁰ Gross Espielli, Héctor. **Estudios sobre derechos humanos**. Pág. 34



que se ratifica el convenio, el país que así lo hace cuenta con un año para alinear la legislación, políticas y programas antes de que el mismo devengue jurídicamente vinculante. El convenio no define quiénes son los pueblos indígenas y tribales, sino que adopta un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger. Un criterio fundamental para la identificación de los pueblos indígenas y tribales es la auto identificación, además de los criterios que se indican a continuación.

Al reconocer que los pueblos indígenas y tribales son proclives a sufrir discriminación en muchas áreas, el primer principio general y fundamental del convenio número 169 es la no discriminación. El convenio establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. También garantiza el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía. Otro principio del convenio atañe a la aplicación de todas sus disposiciones a las mujeres y los hombres de esos pueblos sin discriminación.

Como respuesta a la situación vulnerable de los pueblos indígenas y tribales, el convenio establece la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de estos pueblos. Asimismo, establece que tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas. Las culturas e identidades indígenas y tribales forman una parte íntegra de sus vidas. Sus modos de vida, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la

tierra y formas de organización social en general son diferentes a las de la población dominante.

El Convenio reconoce estas diferencias y busca garantizar que sean respetadas y tenidas en cuenta a la hora de tomar medidas que seguramente tendrán un impacto sobre ellos. Esto es de suma importancia en cuanto a la investigación que se realiza por cuanto el derecho al uso de sus tierras debe de respetarse. Ya que la mayoría de las actuaciones en donde se violenta el derecho de consulta popular se lleva a cabo cuando en territorios ocupados en su base lleva a cabo cuando en territorios ocupados en su mayoría por personas descendiente de los mayas, los cuales son coloquialmente conocidos como pueblos indígenas de esto deriva la importancia de conocer y analizar la protección que ofrece este convenio internacional.

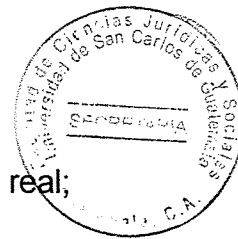
Con esto en mente, se ha de incorporar lo dispuesto en este convenio, en donde de acuerdo a su razón de ser y de su carácter de protección, el espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular sobre la cual se basan todas sus disposiciones: también se exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan, sin dejar de lado que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan. Los principios de consulta y participación en el convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública. En el Artículo 6, se



establece un lineamiento sobre cómo se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales:

“La consulta a los pueblos indígenas debe realizarse a través de procedimientos apropiados, de buena fe, y a través de sus instituciones representativas; los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente”. Esto deja en claro que la consulta popular a los pueblos indígenas requiere una gran importancia dentro del derecho internacional y como su reconocimiento es considerado como fundamental dentro del desarrollo y cosmovisión de los pueblos, toda vez que la autodeterminación se considera un derecho fundamental dentro de los derechos adquiridos por estas personas. Otro componente importante del concepto de consulta es el de representatividad. Si no se desarrolla un proceso de consulta apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales que son verdaderamente representativas de esos pueblos, entonces las consultas no cumplirían con los requisitos del convenio.

El convenio también especifica circunstancias individuales en las que la consulta a los pueblos indígenas y tribales es obligatoria. La consulta debe hacerse de buena fe, con el objetivo de llegar a un acuerdo. Las partes involucradas deben buscar establecer un diálogo que les permita encontrar soluciones adecuadas en un ambiente de respeto mutuo y participación plena. La consulta efectiva es aquella en la que los interesados tienen la oportunidad de influir la decisión adoptada. Esto significa una consulta real y



oportuna. Por ejemplo, una simple reunión informativa no constituye una consulta real; tampoco lo es una reunión celebrada en un idioma que los pueblos indígenas presentes no comprenden.

Los desafíos de implementar un proceso adecuado de consulta para los pueblos indígenas han sido objeto de muchas observaciones de la comisión de expertos de la Organización Internacional del Trabajo, como así también otros procedimientos de supervisión de esta organización, compilados ahora por la organización en una recopilación. La consulta apropiada es fundamental para poder alcanzar un diálogo constructivo y para la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Es imperativo que se cumpla a cabalidad lo dispuesto en este convenio, ya que lo que este busca proteger es evitar que se produzcan abusos en contra de las poblaciones que están propensas a ser vilipendiadas en sus derechos sobre todo en lo que respecta a la no discriminación y a la protección de sus costumbres y tierras; se puede determinar que en materia de derecho internacional y de derechos humanos, sobre los cuales se fundamentan la investigación, ya que es imperativo que el desarrollo de la sociedad de Guatemala se respete a cabalidad lo dispuesto en estos instrumentos; ya que Guatemala es parte de estos convenios y al adherirse a los mismos, también se compromete a respetarlos, por lo tanto debe de cumplirse lo propuesto por estos; adaptándose a las necesidades del país, respetando el derecho interno de Guatemala pero en un sentido en el cual no se violenten estos derechos.

CAPÍTULO II

2. El derecho de los pueblos indígenas en Guatemala

El derecho de los pueblos indígenas es de gran importancia dentro de Guatemala, debido a la estructura del país y sus características de ser pluricultural, multiétnico y multilingüe; este se vuelto un destacado componente del derecho y las políticas internacionales gracias a un movimiento impulsado a escala nacional, regional e internacional por pueblos indígenas, la sociedad civil, mecanismos internacionales y Estados.

Para poder poseer una definición más correcta sobre lo que abarca el derecho de los pueblos indígenas, es necesario establecer que se considera como pueblos indígenas dentro del contexto del derecho internacional y del derecho interno. En tal sentido, se puede considerar que no hay una definición exacta para pertenecer a una comunidad o nación indígena, únicamente se debe de cumplir con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate, y a determinar su propia identidad como miembros de ese grupo homogéneo de personas, reunidos a través de tribus. En todo caso, deberán de cumplir con las características siguientes:

- 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 o por una legislación especial”¹¹

Una de las principales características entonces para los derechos de los pueblos indígenas consiste en vivir agrupados en poblaciones homogéneas, es decir que tengan sus propias costumbres y tradiciones además de que se tengan su propio derecho consuetudinaria que determine la autodeterminación que estos poseen.

- b) “Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”¹²

La tierra es otro derecho fundamental dentro de los pueblos indígenas; debido a que estas deben de ser habitadas, desde tiempos ancestrales por los ascendientes de estas personas, es por esto que además de la convivencia se necesita para que estos pueblos se consideren como tal.

- c) La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones

¹¹ https://www.ohchr.org/documents/publications/fs9rev.2_sp.pdf (consultado: 19 de abril 2019)

¹² **Ibid.**



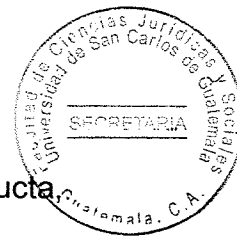
Muchos pueblos indígenas que habitaban determinadas zonas antes de la llegada de otros suelen conservar características culturales y políticas singulares, en particular estructuras políticas y legales autónomas, y comparten una experiencia de sujeción a otros, especialmente a grupos no indígenas, y un fuerte vínculo histórico y permanente con sus tierras, sus territorios y sus recursos, incluso cuando practican estilos de vida nómadas, por lo que pueden considerarse como tal dentro de un contexto legal.

2.1. Definición de derecho de los pueblos indígenas

Para definir el derecho indígena es necesario incluir su descripción como pueblo originario, organización social, cultural y basada en los principios etnográficos de cada pueblo. Una de las definiciones más acertadas del derecho indígena, encontrado en Internet, es la siguiente: “Es el conjunto de principios, instituciones, teorías, valores y normas que regulan las prácticas cotidianas de un pueblo indígena para la aplicación de la justicia a sus habitantes, éstas prácticas son basadas en la cosmogonía, cosmología”.¹³ Entre los principios más importantes del derecho indígena están: la conciliación, igualdad, equidad, consenso, objetivo, resarcimiento, donde prevalece el interés colectivo sobre el interés particular.

“La costumbre es la fuente formal indirecta del derecho y la define como la repetición constante de una conducta, acción u omisión, a través de un tiempo, con la convicción de que es jurídicamente obligatoria. La costumbre consta de dos elementos: objetivo y

¹³ Méndez Hernández, Olga. **La consulta a los pueblos indígenas en Guatemala**. Pág. 13.



subjetivo; el elemento objetivo, consiste en la repetición constante de una conducta, acción u omisión a través de un período consecutivo, y el elemento subjetivo; es la convicción de que esa conducta, acción u omisión, es jurídicamente necesaria.”¹⁴

Se puede determinar entonces que la costumbre es una de las fuentes primordiales del derecho de los pueblos indígenas, debido a que se fundamenta en la manera en la cual se han resuelto sus situaciones conforme a la tradición que representan sus costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas, encuentra entonces su fundamentación en el derecho consuetudinario este tipo de derecho, se caracteriza por la forma en la cual se han resuelto las cuestiones dentro de un territorio determinado y por la costumbre de los mismos, se deben de resolver las cuestiones de estos asuntos en la misma forma y circunstancias que se ha hecho a lo largo del tiempo.

Este derecho se define como: “En Guatemala se han agotado esfuerzos para probar que existe el Derecho Consuetudinario, por ello se hacen investigaciones y estudios de casos, aunque siempre en el seno de municipios y comunidades con predominante población de origen indígena, (de ahí parte la creencia de que sólo es exclusivo de los pueblos indígenas). Estas investigaciones y estudios son con el objeto de demostrar que tal existencia es debido a una ancestral costumbre jurídica de los pueblos indígenas, con lo cual queda demostrado que el derecho consuetudinario no solamente existe sino está vigente; un ejemplo de ello son los trabajos la Defensoría Maya; los de *Saqb'ichil*

¹⁴ Zenteno Barillas, Julio César. **Derecho internacional público**. Pág. 45.



Coopmagua; los de *Oxlajuj Ajpop*, entre otros, por lo que generalmente se tiende a mistificarlo, mezclarlo o confundirlo con el Derecho Indígena y muy en lo particular con el Derecho Maya.”¹⁵

El derecho de los pueblos indígenas, entonces se reconoce como aquellas costumbres jurídicas que por el paso del tiempo se ha hecho de la misma forma y es por esto que es necesario que el mismo se siga realizando con todas las prerrogativas de la ley.

En Guatemala el derecho consuetudinario está presente en los pueblos indígenas, “aunque el Estado de momento no lo reconoce ni admite es una realidad en las comunidades, es tan vivo, tan natural que los habitantes lo identifican como –nuestra costumbre, la ley de la comunidad, tanto así que Luis Recasens sostiene el criterio de que el Derecho Consuetudinario es de costumbres jurídicas y es tan derecho como el legislado: tiene exactamente el mismo sentido esencial de éste”.¹⁶ En virtud de lo anterior, se puede afirmar que el derecho consuetudinario dentro de un Estado corresponde al conjunto de normas y prácticas no escritas legalmente reconocidas, en instrumentos legales nacionales e internacionales, utilizadas, aceptadas, respetadas y cumplidas de forma espontánea por los diferentes conglomerados.

Se puede considerar entonces que la definición propuesta del derecho consuetudinario, en el caso de Guatemala, cumple con todos los elementos de los diferentes tratadistas

¹⁵ Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya Oxlajuj Ajpop. **Del Monismo al Pluralismo Jurídico en Guatemala, Compendio sobre Pautas de Coordinación entre Derecho Maya y Derecho Estatal.** Pág. 39

¹⁶ *Ibid.* Pág. 42.



citados, porque tiene sus normas y prácticas que no están recopiladas en ningún cuerpo normativo, sin embargo, es reconocido en diferentes textos nacionales e internacionales.

El derecho consuetudinario es reconocido por las distintas comunidades indígenas y lo más importante es que no debe de violentar el derecho estatal. Se puede determinar que los derechos de los pueblos indígenas conforme al derecho internacional han evolucionado partiendo del derecho internacional vigente, incluidos los tratados de derechos humanos, en función de las circunstancias en que se encontraban estos pueblos y de sus prioridades, como los derechos a sus tierras, territorios y recursos y a la libre determinación.

2.2. Contenido del derecho de los pueblos indígenas

Es necesario que se realice un análisis del contenido del derecho de los pueblos indígenas de tal forma que se pueda determinar cada uno de estos aspectos que determina la protección de estos dentro de Guatemala. En virtud de lo anterior, el contenido del derecho de los pueblos indígenas es el siguiente:

- a. Derecho al reconocimiento como pueblo indígena y a sus sistemas normativos: Lo anterior se refiere al derecho consuetudinario indígena y la forma en la cual este es aplicado dentro del territorio nacional.

- b. Derecho a preservar su identidad cultural y lingüística: Este derecho es de gran importancia dentro de la cultura de Guatemala, debido a que la homogeneidad del grupo es lo que determina la forma en la cual este derecho debe de ser protegido.
- c. Derecho al desarrollo: Este derecho es de gran importancia dentro del derecho de los pueblos indígenas, debido a que por razones históricas a estas comunidades de forma general y a las personas de forma específica, siempre el desarrollo, les ha requerido más trabajo.

En ese contexto, el Estado debe de procurar otorgar a los pueblos indígenas los derechos siguientes:

- a. Fortalecer sus economías locales, mejorar las condiciones de vida de sus pueblos y su desarrollo regional
- b. Administrar asignaciones presupuestales para fines específicos
- c. Que los programas educativos de contenido regional incluyan el reconocimiento de la herencia cultural de los pueblos indígenas
- d. Utilizar la medicina tradicional



- e. Mejorar la nutrición mediante programas de alimentación, en especial a la población infantil
- f. Obtener financiamiento para la construcción y mejoramiento de la vivienda
- g. Contar con servicios sociales básicos, agua, luz, drenajes y vivienda digna
- h. Extender la red de comunicaciones, la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación;

2.3. La autodeterminación de los pueblos indígenas

Además de que hay entre se cumple el derecho a la autodeterminación es uno de los mayores fundamentos del derecho internacional contemporáneo, sobre todo en caso de los pueblos indígenas y la manera en la cual estos deben de poder autogobernarse y poder resolver asuntos de derecho interno dentro de Guatemala.

Los pueblos indígenas son parte importante de cualquier estado y contribuyen a construir un país más inclusivo; acorde a las necesidades de cada tribu o población, donde puedan vivir bajo sus propias normas y sistemas políticos que permitan su desarrollo y su potencial como comunidad, así como individual. “El derecho a la autodeterminación es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente sin injerencias externas.

Los pueblos indígenas también tienen derecho a la Autonomía, es decir, tienen derecho definir sus propias leyes o normas de vida, ya sean escritas u orales.”¹⁷ Lo anterior quiere decir que la libre determinación, es la manera en la cual estos pueden gobernarse y la forma en la cual deben de realizarse su cultura, su sociedad y su derecho consuetudinario, entendiendo que estas comunidades determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural, incluyendo el derecho a su tierra y de ser consultados en el caso de que estas puedan ser modificadas.

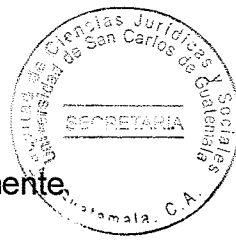
Dentro del derecho internacional, la Declaración de las Naciones Unidas para los derechos de los Pueblos Indígenas afirma en los Artículos 3 y 4 la forma en la cual: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Además, los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. En el caso de las cuestiones relativas a los pueblos indígenas, el derecho a la autodeterminación puede expresarse por medio de:

¹⁷ <https://www.amnistia.org/ve/blog/2017/05/2472/derecho-a-la-autoderminacion-de-los-pueblos-indigenas> (Consultado: 23 de abril 2019).



- a. Autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como medios de financiar sus funciones autónomas. En otros casos, los pueblos indígenas buscan las condiciones para la autogestión.
- b. Respeto por el principio de consentimiento libre, previo e informado. Este principio implica que exista una ausencia de coacción, intimidación o manipulación, que el consentimiento haya sido buscado con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades, que se muestre respeto por los requisitos de tiempo de los procesos indígenas de consulta/consenso y que se suministre información plena y comprensible con respecto al impacto probable.
- c. Participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en cada etapa de cualquier acción que pueda afectarles directa o indirectamente. La participación de los pueblos indígenas puede ser a través de sus autoridades tradicionales o de una organización representativa. Esta participación también puede tomar la forma de co-gestión.
- d. Consulta con los pueblos indígenas involucrados antes de cualquier acción que pueda afectarles, directa o indirectamente. La consulta asegura que sus preocupaciones e intereses sean compatibles con los objetivos de la actividad o acción prevista.
- e. Reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, sistemas internos de justicia y resolución de conflictos, y modos de organización sociopolítica.

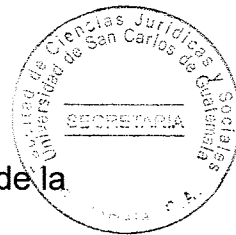


- f. Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas de definir y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Para hacer efectiva la libre determinación o autodeterminación, los pueblos indígenas deben de determinar sus propias instituciones, participar en la vida política y económica de las naciones, usar sus propias sistemas de representación, decidir sus propias prioridades para el desarrollo de sus territorios y recursos naturales, y de acuerdo a los demás derechos que corresponden a los pueblos indígenas, los estados deben respetar los tratados suscritos, en este caso la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

El derecho de los pueblos indígenas, en el caso de la autodeterminación; va íntimamente ligado a los derechos políticos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a participar en la adopción de decisiones en asuntos que afectan a sus derechos y la obligación de los Estados de celebrar consultas y cooperar con ellos para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, misma que debe de aplicarse a través de la participación de las personas por medio de consultas de los líderes comunitarios que establezcan las relaciones entre estos poblados y que garanticen la validez del sufragio.

En ambos casos, y de conformidad con su derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas tienen derecho a participar por medio de sus instituciones representativas; en tal sentido se puede determinar que el derecho de autodeterminación es progresivo en



el caso de los derechos de los pueblos indígenas surge sistemáticamente el tema de la necesidad de recabar su consentimiento para realizar actividades que tengan efectos apreciables en ellos y en sus tierras, territorios y recursos.



CAPÍTULO III

3. La consulta popular

Todos los países del mundo que se consideran democráticos, encuentran su fundamento en el principio en el cual se estima que para que un país pueda considerarse una democracia ha de tener una economía de mercado, gobierno representativo, soberanía externa y derechos jurídicos.

Se puede hablar de democracia si los habitantes gozan del derecho a elegir su propio gobierno mediante elecciones, en votación secreta y con multitud de partidos, por medio del sufragio adulto universal e igual. Es importante señalar esto ya que con el afianzamiento de la democracia como fuerza de gobierno se originaron figuras democráticas tales como la consulta popular que sólo puede llevarse a cabo en un gobierno que elige a todas sus autoridades por medio del sufragio o voto secreto.

Como lineamientos generales, cabe afirmar que la consulta popular, es un poder dado a las autoridades legítimamente constituidas para acudir a la colectividad y que esta se pronuncie sobre el asunto, haciéndolo de forma cierta, concreta y clara. La consulta popular es un pilar de la democracia por cuanto la población en general sin exceder los límites impuestos por el derecho expone su sentir. Con la consulta popular se persigue indefectiblemente la opinión de las personas en el caso de situaciones que pueden afectar los derechos de estas dentro de un territorio determinado.

3.1. Definición de consulta popular

La consulta popular es un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual se convoca al pueblo para que decida acerca de algún aspecto de vital importancia. La consulta popular puede ser tanto nacional como departamental, municipal, distrital o local. "Las consultas populares, o sufragios populares, en derecho constitucional y en la historia constitucional, son deliberaciones públicas tomadas por el país (toma de decisiones) como cuerpo electoral y cuerpo de legislación. Existen distintos tipos de consultas que se toman en el ejercicio de una forma de participación política, y cada vez el pueblo llega a la decisión de forma directa sobre algo sometido a su voluntad, tanto los órganos del Estado que los ciudadanos ejercen una forma de democracia directa."¹⁸

La consulta popular es aquella herramienta de participación que tienen los ciudadanos para poder intervenir en el gobierno, ya sea municipal, departamental e inclusive nacional, esta consulta esta derivada de la teoría de la democracia participativa, la cual consiste en que la población se involucre en su gobierno, con el objeto obtener el bien común. Básicamente se trata de la consulta al pueblo para que exprese su apoyo o desacuerdo para determinada actuación administrativa en el ámbito nacional o local.

Se puede definir también como: "Mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos pueden intervenir en la discusión pública de asuntos de trascendencia nacional de manera que su voluntad, vinculante conforme dicte la ley, pueda incidir en el

¹⁸ <http://www.iepcjalisco.org.mx/participacion-ciudadana/archivos/consulta-popular-y-democracia-directa-jean-francois-prud-homme.pdf>. (consulta: 19 de abril 2019).

debate y las decisiones que adoptan los órganos representativos del Estado.”¹⁹ Se puede afirmar que en todo caso, la consulta popular es una herramienta de participación ciudadana de tal manera que la población pueda pronunciarse ante alguna decisión que les pueda afectar, esto es más acentuado cuando se trata de pueblos indígenas, en el sentido de que la opinión de estos debe de ser tomada en cuenta sobre todo en el aspecto de la modificación de los territorios que han sido propiedad de estos desde antes de la colonia.

3.2. Naturaleza jurídica de la consulta popular

Se discute la naturaleza jurídica de esta participación popular en la formación de la ley y se considera como un acto de ratificación, desaprobación o de decisión, inclinándose la doctrina por la consideración de estimarlo como un acto decisorio autónomo, que al sumarse al de los representantes da origen a la disposición legal, la cual sólo adquiere validez cuando ha sido sometida a la votación popular y aprobada por ella. Los representantes forman la ley, pero *ad referendum*, es decir, a reserva de lo que el cuerpo electoral resuelva, constituyéndose el voto popular en condición suspensiva a que se somete la validez y eficacia de la ley.

Por lo tanto no hay una sola doctrina que establezca la naturaleza jurídica de esta figura; lo cual nos deja como única salida analizar lo presupuesto en la ley sobre la consulta popular o procedimiento consultivo, respecto a esto; podemos acertar que se une a la

¹⁹ <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=252>. (consulta: 19 de abril 2019).

tendencia que acepta que las consultas populares que se llevarán a cabo en Guatemala, tendrán como objeto el aprobar o desaprobado las políticas administrativas que son propuestas a las poblaciones, sin embargo; por la misma disposición de la ley únicamente se aplicara esta cuando todas aquellas decisiones políticas de especial trascendencia y, como no tiene orientación específica, se previó que las preguntas las podía fijar el Presidente de la República o bien el Congreso, por lo tanto no podemos dejar de lado la teoría que propone que la consulta popular como acto decisorio autónomo, que apruebe o desapruebe las acciones del superior jerárquico, como la naturaleza que adopta Guatemala.

3.3. Objeto

Las consultas populares, son deliberaciones públicas tomadas por el pueblo (toma de decisiones) como cuerpo de decisión. Estas, se toman en el ejercicio de una forma de participación política, y cada vez el pueblo llega a la decisión de forma directa sobre algo sometido a su voluntad, tanto los órganos del Estado como los ciudadanos ejercen una forma de democracia directa. El objeto de la consulta popular consiste en buscar o conocer la opinión de la población con relación a temas de interés que los afectan directa o indirectamente; por lo tanto, deben de ser ellos mismos a través de una campaña informativa correcta y veraz quienes tomen y legitimen la decisión que desean adoptar, garantizando de esa manera la fácil y correcta implementación de esta decisión.



Sobre el objeto de la consulta popular, se puede afirmar que “este mecanismo implica que, en lugar de que el poder de hacer leyes recaiga exclusivamente en el Legislativo, los votantes sean convocados a fin de aprobar o rechazar proposiciones de ley.”²⁰ La finalidad de la consulta popular es aprobar o rechazar peticiones hechas por el ejecutivo, ya que es este quien propone los proyectos que se llevarán a cabo sobre todo en lo que concierne a este trabajo de investigación en cuanto sea una consulta municipal; sin embargo lo propuesto por este autor también se lleva a cabo este tipo de consultas en Guatemala.

Es de suma importancia analizar el objeto de la consulta popular, debido a que es una vía por la cual la población en general puede expresar su sentir a favor o en contra de las decisiones políticas tomadas por el gobierno y las políticas que este ejerce en el país. La consulta popular, es de suma importancia, pero de poco uso debido que, de acuerdo con la ley, solo las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos, entonces depende del propio gobierno determinar cuál de sus decisiones políticas será de especial trascendencia.

Lo anterior, cual deja a voluntad del mismo ente si este desea o no someter a la consulta de la población sus actuaciones, salvo en casos muy especiales tal como el caso de Belice el cual por disposición de la ley debe de resolverse de una consulta popular, al igual que si se quisiera reformar la constitución. Entonces esta herramienta que dota de

²⁰ Lijphart, Arend: **Las democracias contemporáneas**. Pág. 60



poder de decisión a la población bajo un gobierno en Guatemala es poco utilizada como se podrá ver más adelante dentro de este trabajo de investigación.

3.4. Modalidades de las consultas populares

Existen dos formas en las cuales se puede dividir las distintas clases de consultas populares, para los efectos de esta investigación mencionaremos ambas, para luego determinar la forma que más se adapta a la legislación nacional. De acuerdo con lo mencionado las formas pueden ser: *Referéndum* y Plebiscito.

El *referéndum* y el plebiscito son dos de estos mecanismos, y se les puede definir como aquellas actividades legales emprendidas por ciudadanos que están directamente encaminadas a influir en la selección de los gobernantes y/o en las acciones tomadas por ellos. “Recuérdese que estos y los demás mecanismos de participación ciudadana expresan una democracia semi-directa en la medida en que funcionan como correctivos de las decisiones tomadas por la autoridad durante el ejercicio de la función gubernativa. Como tales, y con base en la esencia de participación, se consideran también mecanismos de democracia participativa y no sólo semi-directa”.²¹ Respecto a esta clasificación, el plebiscito tiene su origen en el derecho romano y constituye, de hecho, el antecesor del *referéndum*.

“En la antigua Roma este término designaba una deliberación del pueblo, con más exactitud, de la plebe, convocada por el tribuno. Por su parte, el Maestro Burgoa dice

²¹ <http://democraciaparticipativa.net/documentos/TeoriaReferendumPlebiscito.htm> (consultado: 27 abril 2019).

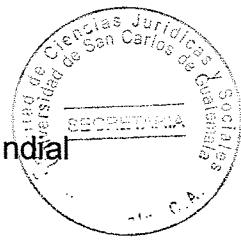
que, históricamente, el plebiscito era toda resolución adoptada y votada por la clase plebeya durante la República romana, previa proposición que en las asambleas por tribus formulaban sus tribunos. Dichas resoluciones podían tener, incluso, el carácter de leyes. Como se ve, los plebiscitos originalmente fueron actos resolutivos de la plebe para la preservación y mejoramiento de sus mismos intereses colectivos frente a la clase patricia y a los órganos del Estado Romano.”²²

El Plebiscito tiene un origen en la antigua Roma donde se designaba una deliberación del pueblo con más precisión la plebe, este se caracteriza por:

- a. Es una votación popular sobre temas de relevancia constitucional: cambio de forma de gobierno
- b. Se da en forma excepcional, normalmente fuera de previsiones constitucionales
- c. Es una forma directa del ejercicio de la democracia.

Por lo tanto, se entiende que el plebiscito es una expresión genérica de cualquier forma de manifestación directa, mediante votación, de la voluntad política del cuerpo electoral; es el término más antiguo, que proviene, como se mencionó, de la República Romana. También se emplea para resolver problemas excepcionales, es decir: fuera del ámbito

²² *Ibíd.*

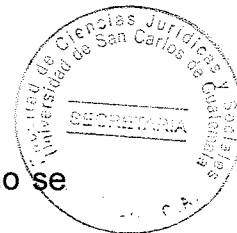


ya previsto por la normativa existente, como fue después de la Primera Guerra Mundial la creación de varios estados y la determinación de sus fronteras.

La otra parte de esta clasificación es la del *referéndum*; el *referéndum* es una institución democrática a través de la cual el cuerpo electoral de un país o nación expresa su voluntad respecto a un asunto o decisión que sus representantes constitucionales o legales someten a su consulta. De aquí se concluye que esta institución funciona de manera óptima en los sistemas democráticos que tienen régimen de gobierno representativo con modalidades de democracia semi-directa, aunque también ha sido utilizado por gobiernos dictatoriales y absolutistas para legitimarse.

Además, el cuerpo electoral expresa su voluntad mediante el voto universal directo por vía consultiva o deliberativa, pudiendo opinar sobre las decisiones que sus gobernantes van a tomar, las leyes que van a aprobar o los actos administrativos que van a realizar, o bien, ratificándose, aceptándose o rechazando, completándose con ello los procedimientos administrativos o legislativos. El *Referéndum* es la participación popular que tiene por objeto expresarse sobre ratificación de leyes aprobadas por el Órgano Legislativo y se caracteriza por:

- a. Son más frecuentes que los plebiscito
- b. Los ciudadanos se pronuncian con el objeto de ratificar o no una ley
- c. Implica votación popular.



Por lo tanto, se entiende que el *referéndum* en el uso contemporáneo del término se presupone la existencia de un acto jurídico en vigencia, que queda sometido al veredicto del cuerpo electoral, el cual decide si el acto jurídico se mantiene en vigencia o es abrogado o derogado. También se comprende el término en otro sentido: el *referéndum* se emplea actualmente para someter a la decisión del cuerpo electoral normativas importantes o políticas públicas de gran relevancia y alcance.

Hoy en día el *referéndum* tiende a ser considerado como uno de los principales instrumentos de la democracia directa (o participativa), pues permite que el cuerpo electoral tome parte inmediatamente y de forma vinculante en los grandes procesos decisorios. La elaboración, que una población realiza en base a la información y también considerando sus intereses, sentimientos y anhelos se transforma en una decisión que habitualmente obliga a los órganos estatales a actuar en consonancia; con esto definido, se puede distinguir distintos tipos de *referéndum* los cuales son:

- a. Consultativo o facultativo (sólo sirve para averiguar la opinión colectiva en torno a determinado asunto) versus vinculante (los órganos del Estado están obligados a considerar inmediatamente la opinión mayoritaria popular en sus actos administrativos y legislativos).
- b. *Referéndum* constitucional para aprobar o rechazar enmiendas y/o ampliaciones a la carta magna vigente (usual en algunos países latinoamericanos).

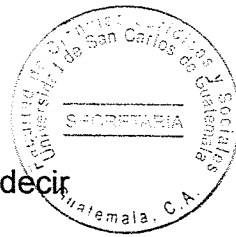
- c. *Referéndum* correctivo para obligar al Poder Legislativo y ocasionalmente al Ejecutivo a alterar o anular de modo parcial leyes, decretos y normas regulatorias
- d. *Referéndum* revocatorio de mandato (para dar por terminado el mandato de un diputado/senador o de alguna autoridad electa por mandato popular antes de la conclusión de su período legal”²³

Este tipo de modalidad se puede adaptar a la legislación de Guatemala, por cuanto este tipo de *referéndum* y plebiscitos pueden llevarse a cabo en la práctica dentro del país ya que este tipo de consultas pueden y deben de ejercerse como forma de participación ciudadana en la vida política nacional de tal manera que se ejerza el vox populi a favor o en contra de las decisiones de lo propuesto por el gobierno en el poder.

3.5. La consulta popular en la Constitución Política de la República de Guatemala

Se iniciará haciendo referencia a las normas constitucionales que habilitan la consulta popular, como por ejemplo el Artículo 173 de la Constitución Política de la República que regula la consulta popular genérica, el citado Artículo establece: “Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos”. La carta magna de Guatemala, establece que si alguna decisión tiene mucha trascendencia deberá de ser consultada la población a través de la consulta popular; sin embargo, no regula qué sucede después de la negociación ya que si tuvo

²³ Cuaderno de Análisis e Investigación. **Consultas populares y ampliación de la democracia**. Pág. 32.



éxito la negociación no reviste de legalidad el resultado de la consulta popular, es decir la consulta no es vinculante a la problemática.

Conforme con lo examinado anteriormente y teniendo como fundamento legal el segundo párrafo del Artículo 44 de la Constitución Política de la República, el cual manifiesta que el interés social prevalece sobre el particular, también podría argumentarse que en caso de acontecer algún hecho que dé origen a un estado de utilidad o necesidad pública. Entonces se puede observar que alguna causa que genere una consulta popular local tendrá que ser automáticamente un estado de utilidad pública. En este punto, se debe de citar el Artículo 173 de la Constitución Política de la República regula la consulta popular genérica en los siguientes términos: “Procedimiento consultivo. Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos. La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. La ley constitucional electoral regulará lo relativo a esta institución.”

En tal sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la forma en la cual la población puede participar en la vida política del país y como debe de realizarse este proceso dentro del territorio nacional; de tal manera que exista una democracia participativa donde la población pueda decidir si una norma es favorable para ellos. Por su parte y dentro de la misma temática, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 10/08/1995 resolvió lo siguiente: “...el Artículo 173 de la Constitución,

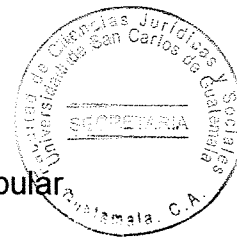


es genérico y se aplica a todas aquellas decisiones políticas de especial trascendencia, y, como no tiene orientación específica, se previó que las preguntas las podía fijar Presidente (sic) de la República o bien el Congreso, dependiendo del asunto que se tratara; sin embargo, cuando la Consulta Popular se hace con el fin de ratificar o no las reformas a la Constitución, lo genérico de la consulta según el Artículo 173 citado, desaparece, para dar lugar al asunto específico de ratificación...”.

La Consulta Popular, por lo tanto, significa las funciones de sufragio y ejercicio del voto en virtud del cual el pueblo, mediante el cuerpo electoral, decide en última instancia resoluciones que le afectan en forma directa. Tiene, en general, dos componentes:

- a) El órgano facultado que acepta, discute y aprueba una decisión política importante, que habrá de reflejar sus efectos en la estructura normativa del Estado y, por tanto, en la población;
- b) El pueblo, en el que radica la soberanía, que por medio del voto acepta o rechaza la propuesta aprobada de donde deriva su voluntad de adoptar o no la decisión sobre la que se pronuncia en las urnas.

La Consulta requiere, de la previa, suficiente y comprensiva información que debe darse a la población, para que concurra al acto electoral con pleno conocimiento de su propósito. Ahora bien, las consultas populares locales no se encuentran reguladas expresamente en la Constitución Política, más bien se utilizan definiciones genéricas, sin



embargo, haciendo uso de la analogía, el régimen jurídico aplicable a la consulta popular genérica puede también aplicarse a este caso, sin perjuicio de que las mismas puedan encontrar en otras leyes del ordenamiento jurídico.

3.5. La consulta popular en el Código Municipal

La Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce y establece el gobierno del país precisamente el gobierno municipal, con autoridades electas popular y libremente, lo cual deja con autonomía a la autoridad municipal de hacer lo que le parezca bien a su juicio en su administración. El Artículo 253 del Código Municipal establece: “Autonomía Municipal. Los municipios de la República de Guatemala son instituciones autónomas. Entre otras funciones les corresponde: a) Elegir a sus propias autoridades”.

Debemos enfatizar esa autonomía municipal ya que es vital para una consulta popular, el Artículo 3, al disponer que: “En ejercicio de la autonomía que la Constitución Política de la República garantiza al municipio, éste elige a sus autoridades y ejerce por medio de ellas el gobierno y la administración de sus intereses. Ninguna ley o disposición legal podrá contrariar, disminuir o tergiversar la autonomía municipal establecida en la Constitución Política de la República”.

Los municipios y demás entidades locales actúan atendiendo a una pluralidad de principios, entre ellos el de participación comunitaria. Entre los elementos del municipio



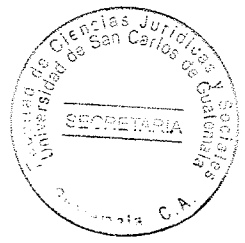
se encuentran la población, el territorio, la autoridad ejercida en representación de los habitantes tanto por el Concejo Municipal como por las autoridades tradicionales propias de las comunidades de su circunscripción, y la comunidad organizada. El Artículo 17 de dicho Código contempla como derechos y obligaciones de los vecinos, entre otros: "... e) Participar en actividades políticas municipales; f) Participar activa y voluntariamente en la formulación, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas municipales y comunitarias; ... j) Participar en las consultas a los vecinos de conformidad con la ley; k) Pedir la consulta popular municipal en los asuntos de gran trascendencia para el municipio, en la forma prevista por este Código; ...".

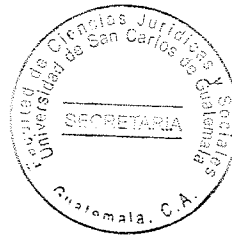
Como se puede apreciar, el Artículo precedente es el primero -en orden numérico- que menciona a las consultas populares locales como derecho de los vecinos, tanto a participar en ellas como a solicitar su verificación en asuntos de gran trascendencia, en la forma que se analizará más adelante. Dentro del contexto de la participación ciudadana, especialmente en relación con las comunidades de los pueblos indígenas, el Artículo 20 del mismo Código, menciona que: "Las comunidades de los pueblos indígenas son formas de cohesión social natural y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Respecto de su organización y administración interna, se rige de conformidad con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado, de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales.



El Código Municipal también promueve la participación comunitaria como una forma de solucionar aquellos casos en que surjan discrepancias ligadas a los límites jurisdiccionales de comunidades pertenecientes a un mismo municipio, con la mediación del Concejo Municipal, tal como lo establece el Artículo 25. Dentro de los procedimientos que el citado cuerpo legal consagra para la creación y modificación de municipios, El Artículo 31 contempla una consulta popular local en los siguientes términos: “Si el Congreso de la República lo considerase necesario podrá someter a consulta de las poblaciones del o de los municipios o departamentos afectados, cualquier asunto dirigido a dividir o modificar su circunscripción, antes de emitir la ley que lo decida”.

De la manera en que está redactado el Artículo 31, al regular que el Congreso de la República “podrá someter a consulta de las poblaciones”, deja a criterio de ese Organismo del Estado el verificar o no tales consultas; no constituye una obligación sino una potestad, lo cual riñe con el derecho -del que se habló anteriormente- que tienen los vecinos a solicitar la consulta popular local en asuntos de gran trascendencia para el municipio.





CAPÍTULO IV

4. Vulneración del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas estipulado en el Artículo 31 del Código Municipal de Guatemala

Es necesario establecer como la forma en la cual el Artículo 31 del Código de Municipal de Guatemala puede llegar a vulnerar el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, dentro del territorio nacional y el impacto que esto genera para la sociedad de Guatemala.

4.1. Consideraciones generales

El derecho de libre determinación de los pueblos, más conocido como de autodeterminación, es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de equidad, en tal sentido, es la facultad de obedecer a la propia reflexión sobre las decisiones que mejor les convenga, como una comunidad organizada.

Este derecho es reconocido, en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual establece en el Artículo 66 que se deben de proteger los derechos de las personas indígenas en el territorio nacional, dentro de los que se deben de incluir el derecho de autodeterminación, por su parte el Artículo 67 regula que se protegerán los derechos de



las tierras indígenas de tal manera que no se vulneren la posesión y tenencia de las mismas dentro del contexto del territorio de Guatemala.

Este derecho está reconocido internacionalmente como la posibilidad de los pueblos indígenas a decidir sobre su propio futuro, como por ejemplo sobre su forma de gobierno e instituciones, para que estos velen por los intereses de la comunidad. En tal sentido, la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece en el Artículo 4 que 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.

El Código Municipal por su parte, tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales referentes a la organización, gobierno, administración, y funcionamiento de los municipios; incluyendo la manera en la cual estos pueden ser modificados en su extensión ante la modificación del municipio, se debe de establecer que muchos municipios dentro del territorio nacional están constituidos dentro de tierras que son de las comunidades indígenas por los que es necesario que estas sean respetadas conforme lo determinen sus autoridades y costumbres.

No obstante lo anterior el Artículo 31 del Código Municipal, afirma que si el Congreso de la República lo considerase necesario podrá someter a consulta de las poblaciones del o de los municipios o departamentos afectados, cualquier asunto dirigido a dividir o modificar su circunscripción, antes de emitir la ley que lo decida, lo cual vulnera el



derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, además de lo estipulado en el Artículo 173 de la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto al procedimiento consultivo, toda vez que es el Congreso de la República de Guatemala quien considerara si es necesaria o no la consulta en el asunto de la circunscripción municipal, con lo que si esta entidad no lo considera necesaria, no se realizará consulta alguna y se emitirá el decreto para tal efecto, sin tomar en cuenta la opinión de pobladores del resto de municipios; situación que riñe con los derechos reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala y el derecho internacional de los pueblos indígenas.

La consulta popular, sea un *referéndum* o un plebiscito, siempre tendrá un papel medular en la política de un país, debido a que este es la opción por medio de la cual la población como un solo organismo para que sea puesta en consideración su opinión respecto a las políticas gubernamentales. En la actualidad este es un derecho que no solo tiene de ser mencionado y estudiado, sino que debe de ponerse en práctica, sobre todo en un país como Guatemala en donde por la cultura y la idiosincrasia de su gente es muy probable que esta fórmula funcione debido a que dentro del país existen muchas comunidades atendidas por líderes comunales que pueden servir como nexo entre el gobierno y sus propuestas y las poblaciones y sus necesidades.

El Artículo 31 del Código Municipal es vital para el desarrollo de las políticas y gestiones gubernamentales, debido a que sobre esto se basará el éxito o fracaso de las mismas por cuanto se estará dando el derecho a la población de expresarse con independencia



sin que determine el congreso que es necesario consultar y que no, respetando de esta manera lo propuesto en la constitución política de la república de Guatemala, respecto al procedimiento consultivo en el país. Es necesario que se implemente cada vez más una democracia participativa que se fundamente sobre la participación ciudadana, es decir que se involucren dentro de la vida política de cada área en el país, para tal efecto el gobierno debe de fomentar la participación de las personas en el gobierno local, el cual tendrá sus repercusiones y sensaciones positivas dentro del gobierno nacional.

Por lo tanto el gobierno de la república tendrá que buscar las formas para involucrar a la población en las decisiones tomadas por su administración de esta forma se podrán evitar muchos problemas y vicisitudes generadas de los proyectos gubernamentales en lugares donde una consulta popular sobre el uso de las tierras que resultan ser las mayores discrepancias entre estado y comunidades, con lo cual el uso de consultas populares locales, previa negociación e información veraz podrá solucionar en parte, las diferencias entre las partes, de forma directa, sin que tenga que mediarse la autorización del Congreso de la República de Guatemala.

En la actualidad este es un derecho que no solo tiene de ser mencionado y estudiado, sino que debe de ponerse en práctica, sobre todo en un país como Guatemala en donde por la cultura y la idiosincrasia de su gente es muy probable que esta fórmula funcione debido a que dentro del país existen muchas comunidades atendidas por líderes comunales que pueden servir como nexo entre el gobierno y sus propuestas y las poblaciones y sus necesidades.



El Artículo 31 del Código Municipal establece una violación al derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, al otorgarle la potestad de decisión sobre una consulta popular para cualquier asunto dirigido a dividir o modificar la circunscripción municipal al Congreso de la República de Guatemala, dejando de lado las autoridades comunitarias y el procedimiento consultivo, el cual pretende que las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de los ciudadanos.

Es necesario señalar la importancia que tiene el derecho de los pueblos indígenas dentro del contexto del derecho de Guatemala y como la autodeterminación de los mismos es fundamental para cumplir con el respeto a sus tierras y cultura. Al no cumplirse este derecho, se desvirtúa la finalidad del procedimiento consultivo, así como la autodeterminación de los pueblos debido a que el Congreso de la República de Guatemala el que determine si es necesaria una consulta popular en el caso de la modificación del territorio que conforma el municipio.

4.2. La importancia de la consulta popular en el caso del derecho de los pueblos indígenas de Guatemala

La consulta popular, tiene una gran importancia dentro de los derechos de los pueblos indígenas, debido a la forma en la cual esta debe de ser utilizada para la representación de los mismos en Guatemala.

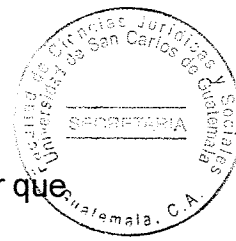


En tal sentido, la consulta popular es un derecho humano de titularidad colectiva específico para los derechos indígenas este derecho colectivo es aplicable únicamente a medidas que pueden afectar las positiva o negativamente en sus derechos colectivos y se realiza con el fin de garantizar el ejercicio de sus derechos.

La consulta previa, libre e informada es un derecho y un instrumento para la participación en las decisiones sobre todos los asuntos que les conciernen a los pueblos indígenas. Al aplicar la consulta previa, libre e informada se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno, y a la cultura propia, y el derecho de definir sus prioridades en el proceso de desarrollo.

La finalidad de la consulta, dentro del derecho de los pueblos indígenas, sirve para poder influir la forma en las decisiones políticas en las cuales estos se puedan ver inmiscuidos, en tal sentido, se afirma que el ejercicio del poder está más legitimado en la voluntad obtenida a través de un consenso social, mayores son las posibilidades de visibilizar las aspiraciones de los diferentes sectores sociales. Puede decirse que la realización progresiva de los derechos humanos está en relación directamente proporcional al aumento de la calidad de la participación ciudadana.

Sin embargo, prevalece en la sociedad una marcada exclusión de la mayoría poblacional sobre todo en el caso de los pueblos indígenas, respecto a la toma de decisiones sobre los asuntos públicos que puedan afectar a los derechos de los anteriores; de manera que, el consenso se reduce a minorías no representativas de la pluralidad de intereses



colectivos de la sociedad indígena de Guatemala. En ese contexto, se puede afirmar que este derecho comprende una triple connotación jurídica, la cual es la siguiente:

- a. Como derecho: Es decir la facultad otorgada a los pueblos de involucrarse en el quehacer social para influir en su propio devenir.
- b. Como deber: La responsabilidad de participar en los asuntos públicos como forma para mejorar la sociedad y la comunidad.
- c. Como mecanismo: Como el instrumento mediante el cual se puede ejercer derechos y deberes.

Se puede afirmar entonces la importancia que recae en la consulta popular y como esta se desarrolla en Guatemala, es por esto que se debe de ocupar la misma para el correcto desarrollo de los derechos que se puedan ver vulnerados dentro de los pueblos indígenas de Guatemala, para que esto funcione, debe de cumplir con las características siguientes:

- a. Buena fe: Las consultas dentro de todo sistema, debe de ser aplicado de buena fe para que esta sea válida y represente a la población

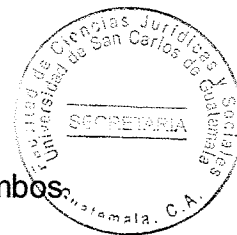


- b. Informada: En el caso del traslado excepcional de pueblos indígenas de sus tierras, el Convenio establece que el consentimiento de los pueblos indígenas debe ser adquirido con pleno conocimiento de la causa
- c. Libre: La consulta debe de ser libre, sin ningún tipo de presión o de acción que pueda limitar el variar el resultado de esta.

4.3. La importancia de la autodeterminación de los pueblos y la consulta popular vinculante

Es preciso determinar cómo la autodeterminación de los pueblos indígenas y la consulta popular vinculante van de la mano para el correcto desarrollo de los derechos de estos dentro de Guatemala. En primer lugar, se tiene que entender que consulta popular vinculante es entendida como aquella consulta poblacional en la que el resultado que se obtenga sea favorable o no será tendrá plena validez jurídica entre las partes interesadas.

La consulta popular vinculante, se caracteriza por la fuerza vinculante entre las partes involucradas. La fuerza vinculante entre las partes, se dan en aquellos que están obligados y se define de esta forma, es aquella fuerza que se da entre sujetos concretos y predeterminados se conecten entre sí por medio de una cadena de cargas, derechos y obligaciones. Esta eidética cadena es lo que se conoce como la fuerza vinculante del



contrato, es decir, que ambos tienen derechos y obligaciones, es decir que ambos poseen la carga de la obligación.

“Al hablar de fuerza vinculante o fuerza obligatoria en el derecho, lo primero que asociamos es la relación obligacional que surge entre dos personas que celebran un contrato, ubicando de ese modo al contrato dentro de las fuentes de obligaciones. Ello viene, como no podría ser de otra manera, de una norma jurídica que permite pensarlo así: los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.”²⁴ Al referirse a fuerza vinculante, es precisamente eso, el vínculo que comparten las partes en un contrato en el cual ambas están obligadas a cumplir con lo que esté suscrito en el documento que se redacte.

La consulta popular es una herramienta que representa la opinión del pueblo, por lo tanto, es viable que a través de esta se pueda crear un auténtico dictamen revestido de veracidad, sobre lo que se está consultando. Es por esto que el carácter especial de la consulta popular, debe de ser aprovechado en su totalidad en cuanto que es la verdadera opinión de la población, por lo tanto, es menester que esta sea incluida dentro de las negociaciones en la construcción de los proyectos hidrológicos, siempre y cuando exista primero reuniones informativas sobre qué es lo que se quiere construir, como se afectará a la población y la compensación a los pobladores que deben de ser trasladados. Es necesario que exista una negociación, ya que no es posible que dentro de un estado de derecho, que se atropelle los derechos de su población al reubicarlos por la fuerza, sin

²⁴ Dieste, Mateo. **El origen de la fuerza económica del contrato**. Pág. 5.



su consentimiento, aprobación y sin una compensación o indemnización por el mismo hecho de dejar su territorio, de esta forma se evitaban menoscabos o atropellos en los derechos de las personas, las cuales el Estado de Guatemala está obligado a proteger, ya que el fin supremo del mismo es el bien común, sin dejar de lado todos los convenios internacionales que Guatemala ha ratificado, lo cual no permite que estos derechos sean violentados.

En ese contexto, la consulta popular es la manera imperativa en la cual la población exprese su aprobación o descontento en cuanto a la creación de nuevos municipios, debemos enfatizar que esta consulta se debe de llevar a cabo siempre y cuando se haya proporcionado información clara, verdadera y directa acerca de los beneficios y consecuencias que tiene la construcción del mismo.

Así, en el ordenamiento jurídico, pueden identificarse derechos, deberes y mecanismos relacionados con la presencia ciudadana en lo público; de igual forma, en ocasiones también hallaremos restricciones expresas a esta participación. Es preciso en este sentido, tomar más en cuenta este tipo de política, ya que se puede adaptar a hacer valer el interés sobre la opinión de las personas, lo cual conseguirá que se tenga una mejor comunidad, municipio, departamento y por lo tanto un país más equitativo, tomando en consideración los derechos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta su opinión y autodeterminación.

4.3.1. Derecho comparado

Para establecer como debe de funcionar legalmente la consulta popular vinculante es necesario tomar como ejemplo lo establecido en el derecho comparado, para conocer cuál será el resultado que conllevará la aplicación de este tipo de consultas dentro del territorio nacional. A continuación, se analizarán tres ejemplos.

- a) Argentina: Es importante mencionar que, por el estilo de gobierno de Argentina, cada provincia tiene la potestad de promulgar las leyes que más les convengan, en tal aspecto, es preciso centrar la atención entonces en la Ley numero 5.113 emitida por el senado y la cámara de diputados de la provincia de Catamarca, la cual establece la consulta popular vinculante provincial, en el Artículo 1 de esta ley, se regula su ámbito de aplicación, el cual afirma que “El Poder Legislativo de la Provincia de Catamarca, podrá someter a consulta popular vinculante cualquier proyecto de ley de interés general para la Provincia”. Se puede afirmar entonces que cualquier proyecto de ley que pueda tener algún impacto de la comunidad en la provincia en cuestión, debe de ser consultado y el resultado de la consulta es totalmente vinculante entre la decisión de la población y esta ley procede o no. El Artículo 5 de esta ley regula lo siguiente: “Cuando un proyecto de ley sometido a consulta popular vinculante obtenga la mayoría de los votos válidos afirmativos, se convertirá automáticamente en ley, la que deberá ser publicada por el Poder Ejecutivo dentro de los diez días hábiles posteriores a la proclamación del resultado del comicio por la autoridad electoral. Cuando un proyecto de ley sometido a consulta popular vinculante obtenga un resultado negativo,



no podrá ser reiterado sino después de haber transcurrido un lapso de dos años desde la realización de la consulta. Tampoco podrá repetirse la consulta durante el mismo lapso.”

Lo anterior establece la manera en la cual se aplica la democracia afirmativa en estos casos dentro de la consulta popular argentina, determinando que únicamente cuando la provincia lo decida procederá la ley, en caso contrario no, ejercitando de esta forma sus derechos ciudadanos, de tal manera que se ponga en práctica la voluntad de la comunidad sobre la conveniencia del proyecto de ley presentado; situación que no se da en Guatemala, debido a que si bien es cierto, se puede llevar a cabo la consulta, en primer término no será la comunidad quien lo decida sino el Congreso de la Republica además de que la consulta popular, en caso de realizarse no tendrá vinculación entre la decisión de la población sobre todo en algo que es tan importante como la extensión territorial de un municipio; por lo que la utilización de la consulta popular vinculante en este caso es un menester.

b) Ecuador: En Ecuador se estableció que era necesario que existiera una conducta popular vinculante para el caso de las mineras, para tal efecto: “Obtener el visto bueno del Consejo Nacional Electoral (CNE) para la realización de la consulta fue resultado de la insistencia de campesinos y líderes de los sistemas de agua comunitarios del cantón Girón, durante más de seis años. “De 2012 a 2015 no hubo respuesta por parte del CNE y la Corte Constitucional. El 24 de julio de 2015, el CNE dio paso para calificar la pregunta y enviarla a la Corte para que esta diera su aprobación. Se tuvieron que

recoger cerca de 1500 firmas y para lograr este hecho histórico tuvimos que hacer muchas movilizaciones y viajes a Quito”.²⁵ La importancia de esta consulta, es que se sentó un precedente que cada vez que se vaya a utilizar las tierras comunitarias para minas, deben de consultar a los habitantes de este territorio y esta consulta será obligatoria debido a que se debe de respetar el derecho a la autodeterminación de los pueblos dentro del territorio ecuatoriano y como tal se deben de pronunciar a través del voto favorable dentro de una consulta popular que debe de cumplirse a cabalidad.

4.4. La necesidad de modificar el Artículo 31 del Código Municipal referente al derecho de consulta popular en la creación de un municipio

Se debe de iniciar este punto citando el Código Municipal de Guatemala en donde se promueve la participación comunitaria como una forma de solucionar aquellos casos en que surjan discrepancias ligadas a los límites jurisdiccionales de comunidades pertenecientes a un mismo municipio, con la mediación del concejo municipal, tal como lo establece el Artículo 25 de este cuerpo legal. En tal sentido, se establece que en el caso de los límites de los municipios que conforman las comunidades, debe de consultarse a la población para conocer su pronunciamiento ante la modificación del territorio que conforman los mismos. Se establece entonces que debe de haber participación comunitaria en cada discrepancia que exista en este aspecto.

²⁵ <https://es.mongabay.com/2019/03/consulta-popular-mineria-paramo-quimsacocha-ecuador/> (consulta: 11 de julio 2019)



El propio Código Municipal establece la manera en la cual puede realizar la creación de un municipio, requisitos que se exponen a continuación:

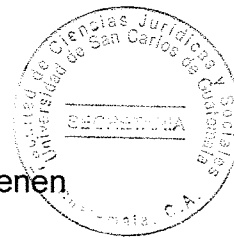
1. Para la iniciación del trámite, se deberá de tener la firma de por lo menos el 10% de la población que conformará el nuevo municipio.
2. Que tenga diez mil habitantes o más
3. Circunscripción territorial para la satisfacción de las necesidades de sus vecinos y posibilidades de desarrollo social, económico y cultural
4. Que exista infraestructura física y social básica que garantice condiciones aceptables para el desarrollo del nuevo municipio
5. Dictamen técnico favorable por parte de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia

Es importante señalar que la creación de un municipio únicamente será aceptada cuando exista una necesidad o un bien común como la finalidad para la creación del mismo, es decir que las comunidades o grupo de personas que la conforman de tal manera que exista una razón válida para que este sea creado, para que las personas que las conforman puedan ejecutar de mejor manera sus derechos y ejecutar sus obligaciones dentro de una municipalidad que sea más accesible para estos.

Es importante afirmar que para que la solicitud del municipio sea válida es necesario que el gobernador departamental en un plazo máximo de 30 días; además se establece que concederá audiencia a los representantes de los vecinos y autoridades para que se pueda determinar la validez y la forma en la cual se puede hacer la creación de este nuevo municipio, también se debe de dar audiencia a los concejos municipales de la municipalidad o municipalidades afectadas, o eventualmente interesadas en la gestión y finalmente la investigación de los hechos que fundamentan la creación de este municipio.

En virtud de lo anterior, es preciso analizar el Artículo 31 del Código Municipal, decreto 12-2002, el cual regula: "Procedimientos consultivos. Si el Congreso de la República lo considerase necesario podrá someter a consulta de las poblaciones del o de los municipios o departamentos afectados, cualquier asunto dirigido a dividir o modificar su circunscripción, antes de emitir la ley que lo decida". Por lo tanto, se puede determinar que, dentro del propio Código Municipal, se establece que para la creación de un municipio es necesaria la participación de la comunidad, estableciendo que se dará audiencia a las personas a las cuales afecte directa o indirectamente la creación del mismo.

No obstante lo anterior, se puede determinar que al momento de determinar la creación de esta para poder dictaminar el decreto que lo nombre, es por esto que de la manera en que está redactado el Artículo 31, al regular que el Congreso de la República podrá someter a consulta de las poblaciones, deja a criterio de ese Organismo del Estado determinar la viabilidad o no tales consultas; por lo que estas no constituye una obligación



sino una potestad, lo cual riñe con el derecho del que se habló anteriormente que tienen los vecinos a participar activamente asuntos de gran trascendencia para el municipio y su jurisdicción territorial; lo cual vulnera el derecho de autodeterminación de las poblaciones afectadas por hechos que requieren de consulta popular y que ésta sea vinculante para poder representar a cabalidad la voluntad entera de la población para tal efecto.

De la forma en la cual está normado este Artículo, se establecer que la decisión de validar la consulta popular en las poblaciones está supeditada al congreso de la república, sin que se valore la importancia al derecho de autodeterminación que ha sido otorgada a las comunidades a través del derecho de los pueblos indígenas.

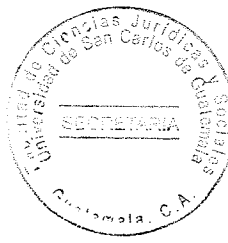
Por su parte, la primera parte del Artículo 173, de la Constitución de la República de Guatemala, establece: Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos. Por lo que este Artículo se aplica a todas aquellas decisiones políticas de especial trascendencia.

La consulta popular, significa las funciones de sufragio y ejercicio del voto en virtud del cual el pueblo, mediante el cuerpo electoral, decide en última instancia resoluciones que le afectan en forma directa. Tiene, en general, dos componentes:

- a) El órgano facultado que acepta discute y aprueba una decisión política importante, que habrá de reflejar sus efectos en la estructura normativa del Estado y, por tanto, en la población;
- b) El pueblo, en el que radica la soberanía, que por medio del voto acepta o rechaza la propuesta aprobada, de donde deriva su voluntad de adoptar o no la decisión sobre la que se pronuncia en las urnas.

Conforme con la Gaceta No. 51, expediente No. 931-98, página No. 28, sentencia: 08-02-99 de la Corte de Constitucionalidad, “la Consulta requiere, de la previa, suficiente y comprensiva información que debe darse a la población, para que concurra al acto electoral con pleno conocimiento de su propósito.”

De acuerdo con lo escrito en la Constitución Política de la Republica y lo interpretado por los constitucionalistas, es un derecho que tiene el pueblo el de ser consultado, cuando se sienta que se pueda alterar el orden o la vida del municipio. Por lo tanto, debe de modificarse este Artículo ya que son valores fundamentales del gobierno de la república la desconcentración y la descentralización; debe de dejar que las poblaciones posean su derecho de autodeterminación respetando el derecho de estas comunidades para decidir lo que crean conveniente a través de una consulta popular que refleje su sentir, de tal manera que ésta sea vinculante para que el resultado de la consulta sea definitivo. En ese contexto, se puede afirmar que la presente modificación del Artículo 31 deberá de establecerse de la manera en la cual se representa a continuación.



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La celebración de consultas populares como fórmula de la democracia participativa o directa, están previstas en la Constitución Política de la Republica de Guatemala en el Artículo 173, el cual establece como debe de realizarse; al mismo tiempo en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el Código Municipal y en la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, por lo que, bajo ningún punto de vista, puede ni debe negárseles legitimidad o legalidad; por un lado, refleja la expresión pura de los intereses y aspiraciones individuales; y, por el otro, mide con autoridad las preferencias de la opinión pública.

El proyecto de un Estado-Nación uniforme y homogéneo comenzó a sufrir cambios ante la presencia más activa de los pueblos Indígenas en América, después de la finalización del conflicto armado interno, en ese contexto durante los últimos veinte años, impulsaron reformas dentro del marco legal y constitucional en cada uno de los países, debiendo de considerar sus costumbres, cosmovisión y sobre todo la autodeterminación de estos respecto a la forma en la cual deben de utilizarse las tierras de estos poblados; por lo tanto debe de ser menester en el caso de la modificación de la extensión de los territorios dentro de los municipios del país.

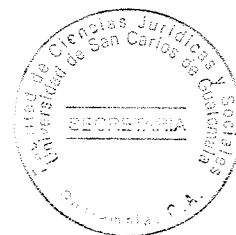
Por lo tanto y en anuencia con la Constitución Política de la República de Guatemala que estipula que las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos. En este caso, el resultado de la



consulta es netamente de carácter indicativo, es decir que debe servir a los representantes políticos (electos o no) como una especie de toma del pulso ciudadano en el proceso de adopción de decisiones, incluso de carácter legislativo trascendental, extremo que daría vida a la es una manifestación de la democracia constitucional en la cual mediante la aplicación del sufragio y el libre acceso a los cargos públicos, la totalidad del pueblo organizado en cuerpo electoral participa en el proceso de poder, lo que hace indirectamente al elegir a sus representantes y directamente por medio del plebiscito y el *referéndum* corrige las decisiones de sus gobernantes.

Se discute la naturaleza jurídica de esta participación popular en la formación de la ley y se considera como un acto de ratificación, desaprobación o de decisión, inclinándose la doctrina por la consideración de estimarlo como un acto de decisión autónomo, que al sumarse al de los representante da origen a la disposición, lo cual solo adquiere validez cuando ha sido sometida a la votación popular y aprobada por ella, con lo cual se da por sentado uno de los pilares principales de la democracia denominada producción democrática del Derecho. En lo que respecta al carácter obligatorio o indicativo de la consulta, nuestra Constitución contempla 2 casos específicos en que el resultado de una consulta es obligatorio:

- a) La ratificación de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso; y
- b) La aprobación del acuerdo definitivo que resuelva la situación de los derechos de Guatemala respecto a Belice.



En algunas comunidades del país es necesario implementar la figura del *Referéndum* no solo como derecho vigente sino como un derecho a los pueblos de que se realicen de una forma real la consulta, debido a que son las mismas poblaciones las que salen afectadas por las decisiones de las autoridades estatales de tal manera que se establezca como una necesidad que la consulta popular no únicamente sea necesaria, sino que vinculante.

Por su parte, el Artículo 31 del Código Municipal, atenta contra la autodeterminación de los pueblos, al establecerse que es necesario la participación del Congreso de la Republica para que este determine si la consulta popular es necesaria, siendo esta consulta indicativa, no vinculante por lo que se considera que la modificación de este Artículo es necesario. En ese sentido, la reforma de este Artículo deberá de queda de la manera siguiente:

DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:



Que la Constitución Política de la Republica de Guatemala, en el Artículo 173 establece al procedimiento consultivo como la forma en la cual políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos.

CONSIDERANDO:

Que Guatemala, es parte activa del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países, por lo que está comprometido a respetar y promover todos los derechos de los pueblos indígenas dentro del país.

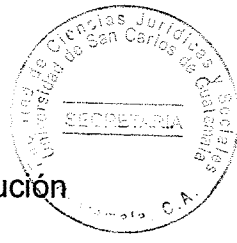
CONSIDERANDO:

Que es necesario que se respeten los derechos de autodeterminación respecto a la manera en la cual se debe de utilizar el territorio de estas personas, por lo que es preciso que se utilice una consulta popular al momento de modificar la circunscripción municipal dentro de su territorio.

CONSIDERANDO:

Que se debe de establecer la consulta popular vinculante como un nexo jurídico entre la tierra de los pueblos y la forma en la cual esta debe de ser modificada.

POR TANTO,



En ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA

La siguiente:

REFORMA AL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO MUNICIPAL

Artículo 1. Se reforma el Artículo 31 del Código Municipal el cual quedará de la siguiente forma: "Procedimientos consultivos. Se deberá de consultar a las poblaciones del o de los municipios o departamentos afectados, cualquier asunto dirigido a dividir o modificar su circunscripción, antes de emitir la ley que lo decida; la consulta popular se dirigirá a las poblaciones afectadas y su resultado será vinculante."

Artículo 2. Vigencia. La presente Ley entrará en vigencia a los ocho días de su publicación en el Diario Oficial.

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL _____ DE _____ DEL DOS MIL _____

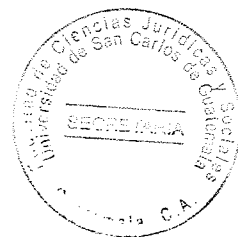


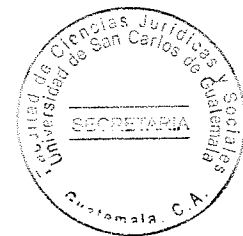
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La autodeterminación de los pueblos indígenas es de gran importancia para el correcto desarrollo de sus derechos, por lo que es necesario que este sea respetado en todas las situaciones del derecho de Guatemala, debiendo de pedir la opinión de estas poblaciones, sobre todo en el caso de la modificación de la circunscripción municipal de uno de sus territorios, situación que no se da a cabo en la actualidad debido a que será el Congreso de la República de Guatemala, quien determinará si es necesario que se consulte a estas poblaciones antes de decretar la ley que creara el nuevo municipio, situación que vulnera el derecho de autodeterminación de los pueblos, debido a que no se les otorga la oportunidad de pronunciarse sobre esta situación.

El Artículo 31 del Código Municipal se encarga de establecer la manera en la cual se debe de realizar este procedimiento, dando plenas potestades al Congreso de la Republica para que sea este el que decide cómo tiene que realizarse la creación de los nuevos municipios y la manera en la cual ha de llevarse a cabo la consulta popular conducente.

Es por eso que, se hace necesario que se reforme el Artículo 31 del Código Municipal de tal forma que se incluye la consulta popular obligatoria y vinculante para la correcta aplicación del derecho de autodeterminación de los pueblos de tal manera que todas las personas que se vean afectadas por este tipo de decisiones puedan expresar su voluntad de forma democrática y que esta sea voluntad sea respetada.





BIBLIOGRAFÍA

Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya Oxlajuj Ajpop. **del monismo al pluralismo jurídico en Guatemala, compendio sobre pautas de coordinación entre derecho maya y derecho estatal.** Guatemala. (s.e.), 2012.

Cuaderno de análisis e investigación. **Consultas populares y ampliación de la democracia,** Bolivia: (s.e.), 2004.

DAZA FONSECA, Juan Camilo. **Historia de los derechos humanos.** Revista nueva Frontera. No. 4 mayo, Bogotá. 1976.

DIESTE, Mateo. **El origen de la fuerza económica del contrato.** España: Ed. Espasa-Calpe, 1981.

GROSS ESPIELL, Héctor. **Estudios sobre derechos humanos.** España: Ed. Civitas, 1988.

GUZMÁN CARRASCO, Marco Antonio. **La intervención y protección Internacional de los derechos humanos.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1969.

<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-caracteristicas.html> (consultado el 17 de abril de 2019).

<https://www.amnistia.org/ve/blog/2017/05/2472/derecho-a-la-autoderminacion-de-los-pueblos-indigenas> (Consultado: 23 de abril 2019).

http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos (consultado el 17 de abril 2019).

<https://www.humanium.org/es/ddhh-texto-completo/#> (consultado: 15 de abril del 2019).

<http://definicion.de/derechos-humanos/> (consultado: 15 de abril del 2019).

<http://democraciaparticipativa.net/documentos/TeoriaReferendumPlebiscito.htm> (consultado: 27 abril 2019).



<http://sobreconceptos.com/derechos-humanos> (consultado el 19 de abril 2019).

https://www.ohchr.org/documents/publications/fs9rev.2_sp.pdf (consultado: 15 de abril 2019).

LIJPHART, Arend: **Las democracias contemporáneas**. Ed. Ariel. Argentina. 1991.

MÉNDEZ HERNÁNDEZ, Olga. **La consulta a los pueblos indígenas en Guatemala**. Guatemala. (s.e.), 2010.

NIKKEN, Pedro. **El concepto de derechos humanos. Tomo I**. Ed: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica, 2001.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta. 2007.

ZENTENO BARILLAS, Julio César. **Derecho internacional público**. Guatemala. Ed. universitaria, 1991.

Legislación:

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

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional de Trabajo. 1996.

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