

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



**ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL PARA UN PROCEDIMIENTO
APROPIADO DE CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO
DE PROYECTOS DE EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES**

MARÍA ISABEL ALONZO MARTÍNEZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2024

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

**ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL PARA UN PROCEDIMIENTO
APROPIADO DE CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO
DE PROYECTOS DE EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA ISABEL ALONZO MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2024

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Ronald David Ortiz Orantes
Vocal:	Lcda.	Vilma Desiree Zamora Pérez
Secretario:	Lic.	Edwin Noel Peláez Cordón

Segunda Fase:

Presidente:	Lcda.	Diana Maribel Julian Leal
Vocal:	Lcda.	Olga Aracely López Hernández
Secretario:	Lcda.	Mónica Victoria Teleguario Xicay

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de 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,
31 de agosto de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, ROSA DEL CARMEN BEJARANO GIRON
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARÍA ISABEL ALONZO MARTÍNEZ, con carné 201211031,
intitulado ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL PARA UN PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA
A LAS POBLACIONES INDÍGENAS RELACIONADO A PROYECTOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE
RECURSOS NATURALES.

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 30 / 09 / 2016

Asesor(a)
(Firma y Sello)

Rosa Del Carmen Bejarano Giron
Abogado y Notario

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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



Dra. Rosa del Carmen Bejarano Girón

Abogada y Notaria

7ª. Av., 8-56, Edificio El Centro, segundo nivel, oficina 222, zona 1, Ciudad de Guatemala.

Guatemala, 2 de noviembre de 2021



**DOCTOR
CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**



Distinguido doctor Herrera:

Con fecha treinta y uno de agosto del año dos mil dieciséis mediante providencia correspondiente, fui designada asesora de tesis de la bachiller **MARÍA ISABEL ALONZO MARTÍNEZ**. Habiendo realizado modificaciones en el intitulado de la tesis para adecuarlo al contexto jurídico actual, se intitula: **"ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL PARA UN PROCEDIMIENTO APROPIADO DE CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO DE PROYECTOS DE EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES"**. Por lo que expongo:

I. Declaro que no me une ningún parentesco dentro de los grados de ley, con la estudiante referida.

II. La ponente puso de manifiesto su capacidad de investigación en la elaboración del trabajo, aceptó diligentemente las sugerencias que durante el desarrollo del mismo le realicé habiendo consultado interesante, extensa y especializada bibliografía con tópicos relacionados al tema investigado, por ello el trabajo elaborado por la estudiante es meritorio, acucioso y demuestra interés en resolver el problema planteado.

III. La ponente hizo uso en forma amplia del método científico, abarcando las etapas del mismo y de esa manera comprueba fehacientemente la hipótesis de tipo descriptivo planteada, utilizando los métodos deductivo e inductivo y el método analítico, sintetizando adecuadamente lo analizado.

IV. La redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión de tal manera que sea comprensible al lector.

V. En cuanto a la conclusión discursiva, es correcta y oportuna, plantea los conflictos encontrados en el desarrollo de la investigación, y se proponen soluciones viables para los mismos.

Dra. Rosa del Carmen Bejarano Girón

Abogada y Notaria

7ª. Av., 8-56, Edificio El Centro, segundo nivel, oficina 222, zona 1, Ciudad de Guatemala.



VI. La contribución científica de la investigación realizada por la ponente coadyuva a establecer dentro del marco jurídico vigente en Guatemala, los estándares de derecho internacional que son vinculantes para los organismos de Estado, para un procedimiento apropiado de consulta previa a los pueblos indígenas en el marco de proyectos de explotación de los recursos naturales. A la vez, propone directrices para la efectiva protección del derecho de consulta de los pueblos indígenas, mediante la integración y debida aplicación de estándares internacionales en cumplimiento de los fines del Estado y de los compromisos asumidos mediante la ratificación de diversos tratados, de conformidad con lo que establece la Constitución Política de la República.

Tomando en consideración lo antes expuesto, **EMITO DICTAMEN FAVORABLE** en virtud que el trabajo de tesis de la bachiller **MARÍA ISABEL ALONZO MARTÍNEZ**, cumple con todos los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para que pueda continuar con el trámite respectivo, y pueda evaluarse posteriormente por el tribunal examinador en el examen público de tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente,

DRA. ROSA DEL CARMEN BEJARANO GIRÓN
ABOGADA Y NOTARIA
COLEGIADA NO. 4,226

Rosa Del Carmen Bejarano Girón
Abogada y Notaria



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

"Id y enseñad a todos"

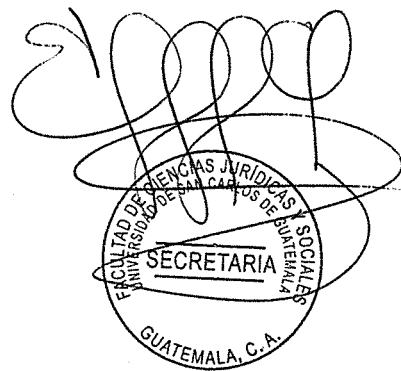
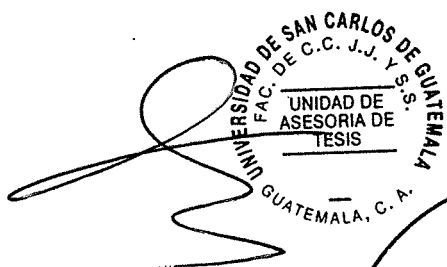


D. ORD. 05-2023

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, diecisiete de octubre de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante **MARÍA ISABEL ALONZO MARTÍNEZ**, titulado **ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL PARA UN PROCEDIMIENTO APROPIADO DE CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO DE PROYECTOS DE EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





DEDICATORIA

A MI MADRE:

Iliana Marixa Alonzo Martínez, guerrera incansable. Gracias por tu esfuerzo y valentía para guiar mi camino, por dejarme volar alto y nunca cortar mis alas. Tu amor me inspira, es mi motor cotidiano, y es gracias a ti que hoy puedo alcanzar esta meta.

A MIS ABUELOS:

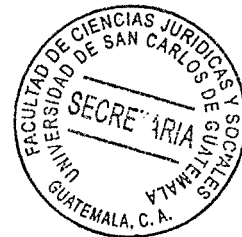
Juana Isabel Martínez Guerra (Q.E.P.D) y Nemecio Alonzo Lorenzo (Q.E.P.D) por inculcarme con tanto amor y sabiduría valores como la honestidad, empatía y solidaridad que siempre practicaron, los llevo siempre en mi corazón.

A MIS TÍAS Y TÍOS:

Nelly Alonzo Martínez, Isabella Alonzo Martínez, Anabella Alonzo Zuñiga, Eduardo Alonzo Martínez (Q.E.P.D) y Jorge Mario Alonzo Martínez (Q.E.P.D) por sus consejos, apoyo y el cariño incondicional que me han brindado en este camino.

A MIS PRIMOS:

Por todo el cariño, los momentos y risas compartidas, en especial a Ericka Alonzo Santizo, Gabriela Alonzo Lemus, Erick Alonzo Santizo, Jorge Mario Alonzo León



Sara Rodríguez Alonzo, Gabriel Cruz Alonzo, Paulette Cruz Alonzo, y Pedro Rodríguez Alonzo.

A MI COMPAÑERO:

Pablo Josué Méndez Payés por la ternura y la complicidad. Agradezco la dicha de construir y caminar la vida junto a ti.

A MIS AMIGAS:

Claudia Pineda Porras, Joseline Jácome Sosa, Lesly Guerrero Bámaca, Mariajosé Robledo Ramírez, Shandy García Orrego y Zorel Valencia García, me siento profundamente agradecida y honrada de contar con ustedes que hicieron este camino más liviano, amoroso y animado. Gracias por ser mis hermanas por elección.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, porque en sus aulas aprendí la importancia de una profesión al servicio de la justicia social y los derechos humanos.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, especialmente a la jornada matutina, que con su compromiso de excelencia académica me formó profesionalmente.



PRESENTACIÓN

La investigación constituye un estudio cualitativo de la normativa aplicable a procesos de consulta a pueblos indígenas en el marco de proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales. Se cataloga como parte de la rama cognoscitiva del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, pilares fundamentales para la eficacia de los derechos humanos en una sociedad democrática.

El contexto diacrónico y sincrónico de su elaboración se sitúa en la normativa legal vigente en Guatemala, así como las licencias de exploración y explotación de recursos naturales otorgadas al año 2021. El objeto de estudio lo constituyen las directrices internacionales aplicables al derecho interno, contenidas en tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, así como las desarrolladas por mecanismo internacionales de protección de los derechos humanos. El sujeto de estudio son los pueblos indígenas, ante el problema estructural que constituye su exclusión en la toma de decisiones susceptibles de afectarles directamente, específicamente en el proceso administrativo de otorgamiento de licencias a industrias extractivas.

Este trabajo aporta, desde un enfoque académico, directrices generales que deben ser observadas por el Estado en el proceso administrativo de otorgamiento de licencias extractivas, específicamente en la fase de pre-consulta y consulta. No se propone un reglamento, en virtud que los propios estándares indican que este debe ser resultado del consenso con los pueblos interesados, conforme a sus propias costumbres, y no una imposición jurídica.



HIPÓTESIS

En Guatemala se vulnera el derecho de los pueblos indígenas a una consulta previa, libre e informada en los casos de otorgamiento de licencias de exploración y explotación de los recursos naturales porque no existen disposiciones normativas que regulen un procedimiento apropiado. Por lo tanto, es necesario determinar los estándares de derecho internacional que se ajusten al derecho interno, para establecer directrices indispensables en el procedimiento de consulta.

La hipótesis describe la necesidad de contar con directrices que guíen a las autoridades obligadas a garantizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas, para que los procedimientos se realicen de forma apropiada, haciendo parte a los pueblos y comunidades desde el primer momento en que surge la petición administrativa de autorización de una licencia extractiva. Estas directrices deben estar basadas en los estándares internacionales en materia de derechos humanos, que los órganos expertos han establecido y adecuarlos al contexto guatemalteco.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

A través del método cualitativo de investigación fue posible obtener información contundente sobre la ausencia de normativa jurídica específica, analizar en qué consisten esos vacíos legales, y cómo se pueden suplir a través del control de convencionalidad, integrando los convenios y tratados internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas. El método cuantitativo permitió profundizar en el análisis de licencias mineras e hidroeléctricas vigentes en el país, las cuales no se corresponden con la cantidad de procesos de consulta que el Ministerio de Energía y Minas dirige en la actualidad.

Haciendo uso del método deductivo y sintético fue posible analizar jurisprudencia nacional e internacional que brinda aportes relevantes para el desarrollo del proceso consultivo. Asimismo, se estudiaron informes y recomendaciones de órganos internacionales que, en su función de interpretar los derechos humanos, proponen importantes lineamientos para los estados.

Por lo expuesto, se establece que la hipótesis que fundamenta la investigación ha sido validada, al demostrar que actualmente no se aplican estos estándares internacionales en los procesos administrativos de otorgamiento de licencias, y que los procesos de consulta que actualmente dirige el Ministerio de Energía y Minas, derivan de sentencias de amparo que restituyen derechos vulnerados a los pueblos indígenas.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El derecho de consulta	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Derecho de consulta como una derivación del derecho a la libre determinación de los pueblos	4
1.3. Marco jurídico del derecho de consulta en Guatemala	7
1.3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.	7
1.3.2. Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.	9
1.3.3. Código Municipal, Decreto Número 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala	10
1.3.4. Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto Número 11-2002 del Congreso de la República de Guatemala	11
1.4. Tipos de consulta	12

CAPÍTULO II

2. Derecho internacional de los derechos humanos.....	15
2.1. Definición.....	15
2.2. Origen.....	17
2.3. Fuentes.....	19
2.4. Sistemas de protección de los derechos humanos	25
2.4.1. Sistema universal de protección de los derechos humanos.	25
2.4.2. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.	28
2.5. Los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos	29
2.5.1. Instrumentos internacionales.	30



Pág.

2.5.2. Órganos protectores de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema universal de derechos humanos.....	35
2.5.3. Órganos protectores de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos.	39
2.5.4. Recepción del derecho internacional de los derechos humanos en materia de pueblos indígenas en Guatemala.	43

CAPÍTULO III

3. Proyectos de exploración y explotación de recursos naturales	47
3.1. Marco jurídico que regula el otorgamiento de licencias de exploración y explotación de recursos naturales.....	49
3.2. Proyectos hidroeléctricos vigentes al año 2021	52
3.3. Proyectos mineros vigentes al año 2021	53
3.4. Impactos de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales	54
3.4.1. Uso indebido del derecho penal.....	56
3.4.2. Agresiones a pueblos indígenas.	59

CAPÍTULO IV

4. Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad sobre el derecho de consulta en el marco de exploración y explotación de los recursos naturales.....	61
4.1. Justiciabilidad del derecho de consulta	61
4.2. Reconocimiento del vínculo de los pueblos indígenas con el territorio y los recursos naturales	63
4.3. Alcance de los estudios de impacto ambiental sobre los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales	66
4.4. Carácter vinculante de la consulta a pueblos indígenas.....	69



Pág.

4.5. Estado de cumplimiento de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en relación al derecho de consulta a los pueblos indígenas en el marco de proyectos extractivos	71
---	----

CAPÍTULO V

5. Estándares de derecho internacional para un procedimiento apropiado de consulta previa a los pueblos indígenas en el marco de proyectos de explotación de los recursos naturales	75
5.1. Estándares en el sistema universal de derechos humanos.....	76
5.2. Estándares en el sistema interamericano de derechos humanos.....	83
5.3. Directrices para un procedimiento consultivo apropiado a los pueblos indígenas en el marco de proyectos de explotación de los recursos naturales	87
5.3.1. Directrices aplicables a los sujetos de la consulta.	88
5.3.2. Directrices en la etapa de pre-consulta.	90
5.3.3. Directrices en la etapa de consulta.	92
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	95
ANEXO.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

La elección del tema objeto de investigación se realizó debido a la constante exclusión de la participación de los pueblos y comunidades indígenas en los procesos de toma de decisiones administrativas que pueden afectarles, fenómeno que se ha hecho visible debido a la multiplicidad de acciones constitucionales de amparo que han culminado en sentencias para restituir los derechos conculcados a los pueblos en esta materia.

Esta práctica estatal ignora los estándares internacionales que plantean que previo a la decisión administrativa, se consulte a los pueblos y se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre la medida a implementarse en sus territorios, aunado a que no existen en la legislación vigente, disposiciones normativas que marquen los lineamientos de cómo realizar un procedimiento apropiado.

El objetivo trazado para esta investigación fue el análisis, integración y sistematización de los estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas que viabilizan un proceso efectivo de consulta para materializar la libre determinación a que tienen derecho; así como estudiar las diferentes resoluciones judiciales, informes y recomendaciones de órganos internacionales respecto al derecho de consulta.

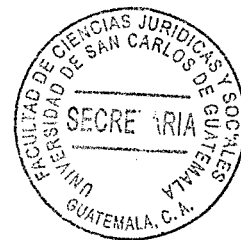
A partir de tal estudio y la implementación de métodos de análisis cualitativo, cuantitativo, deductivo y comparativo, se proponen una serie de directrices que el Ministerio de Energía y Minas, como autoridad responsable de resolver la viabilidad de licencias en materia minera e hidroeléctrica, debe seguir para garantizar la participación de los



pueblos indígenas en todo el proceso, ajustándose a los estándares internacionales aplicables en la materia y que son de observancia obligatoria en virtud del control de constitucionalidad y convencionalidad.

El contenido de la investigación se encuentra distribuido en cinco capítulos que permiten entender el alcance del derecho de consulta a pueblos indígenas, de tal cuenta en el primero, se brindan conceptos y definiciones sobre el derecho de consulta; en el segundo, se abordan los fundamentos teóricos y jurídicos del derecho internacional de los derechos humanos; seguidamente en el tercero, se provee información sobre el marco jurídico nacional que regula el otorgamiento de licencias mineras e hidroeléctricas, y se proporciona información sobre las licencias vigentes al cierre de la investigación; el cuarto, contiene un análisis de la jurisprudencia más relevante de la Corte de Constitucionalidad sobre el derecho consulta y está dividida de forma temática; por último, en el quinto se analizan y proveen los estándares internacionales que deben regir los procesos de consulta y se proponen directrices para las fases del procedimiento.

El contenido será de utilidad para el análisis académico de estudiantes, profesionales de las ciencias sociales y funcionarios públicos, que deseen profundizar en el derecho de consulta, sus fundamentos teóricos, históricos, jurídicos e internacionales se han desarrollado al cierre de la investigación, y que pueden ser objeto de discusión, dada la característica de progresividad que revisten los derechos humanos.



CAPÍTULO I

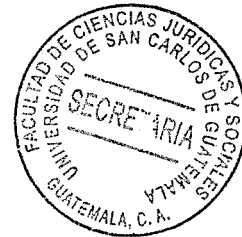
1. El derecho de consulta

Es primordial tomar como punto de partida la conceptualización del derecho de consulta y su relación intrínseca con el consentimiento y libre determinación, desde un enfoque jurídico y sociológico para la comprensión del alcance interpretativo que tiene este derecho. Por lo tanto, se delimitan las normas jurídicas que regulan tal derecho en la legislación guatemalteca, así como los tipos de consulta existentes, con el objetivo de comprender las limitaciones de la normativa vigente, frente a un derecho que es de suma importancia frente a los procesos administrativos para el otorgamiento de concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales en territorios habitados por los pueblos indígenas.

1.1. Definición

La doctrina ha establecido que por el derecho de consulta "(...) el Estado está obligado a implementar proceso de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles."¹ Es decir, la consulta libre, previa e informada constituye para los pueblos indígenas un derecho humano y para el Estado una obligación en garantizar su cumplimiento.

¹ https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2011/08/el_otro_derecho_40_-consulta-previa.pdf (Consultado: 25 de junio de 2021).



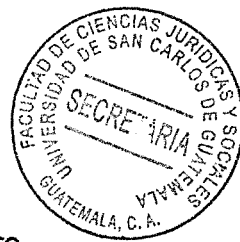
En igual sentido se ha definido como "(...) un mecanismo democrático para la adopción de decisiones, una obligación internacional de realización por parte de los Estados y un derecho de los pueblos indígenas, prevista en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas."²

Conforme a la definición anterior, la consulta es propiamente un proceso, que deviene de una serie de derechos universalmente reconocidos a los pueblos indígenas a través de convenios y tratados internacionales. Por lo cual, es imperativo, para comprender el alcance del derecho a la consulta y proporcionar una definición integral, partir de la finalidad que este derecho tiene, y es que, lo que se persigue a través del ejercicio de la consulta es la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas.

Una definición de consulta partiendo del consentimiento, se entiendo como "el derecho al consentimiento es el derecho por el cual las decisiones de los pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo (y otras iniciativas) son tomadas en cuenta, tanto por las empresas que van a desarrollar el proyecto como por los estados que permiten el uso de tierras."^{3(sic)} Esta definición deja entrever que, si bien es una obligación estatal, las empresas también deben considerar la participación de los pueblos indígenas que serán afectados por los proyectos que se instalen en sus territorios.

² Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas.** Pág. 13.

³ Ruiz Cervantes, Silvia Gabriela. **El derecho es el consentimiento, la consulta un procedimiento: reflexiones desde América Latina sobre el derecho a la consulta.** Pág. 63



Los convenios y tratados internacionales, enlazan la consulta al consentimiento libre, previo e informado para la toma de decisiones. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante Convenio 169 de la OIT), establece en el Artículo 15, "(...) los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (...)". Estableciendo la consulta como la vía procedimental para abrir el diálogo entre la población y el Estado, con miras a obtener el consentimiento para la autorización de los proyectos extractivos.

La Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas preceptúa en el Artículo 19, "los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado".

De lo citado anteriormente, se puede establecer entonces, que la consulta es un derecho de carácter procedimental, que los tratados y convenios internacionales reconocen a los pueblos indígenas; por el cual se obliga al Estado a crear un diálogo de buena fe, con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado de éstos en la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles; motivo por el que debe hacerse a través de sus instituciones representativas.



1.2. Derecho de consulta como una derivación del derecho a la libre determinación de los pueblos

El derecho de consulta previa, libre e informada deviene de un derecho superior que es el derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos indígenas. Indistintamente de la forma en que se nombre, permite la exigibilidad del derecho a la consulta, de tal cuenta resulta imprescindible resaltar la historia de su reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que es el resultado de las múltiples luchas de los pueblos indígenas hasta llegar a concretizarse en instrumentos internacionales.

El 10 de diciembre de 1948 la ONU a través de la Asamblea General, aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos sobre la base de la dignidad humana, la igualdad de derechos y el principio de no discriminación, y con ello “la idea de que unos pueblos tenían el derecho de mantener sometidos a otros, empezó a ser cuestionada tras un largo proceso de colonización de los pueblos originarios en el mundo.”⁴ Lo que supone que tal reconocimiento interpeló las jerarquías sociales que se habían estado construyendo sobre las bases étnicas.

Sin embargo, no es sino hasta el 16 de diciembre de 1966 que la Asamblea General de la ONU adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto

⁴ González, Ortiz-T y Burguete. **La autonomía a debate: autogobierno indígena y estado plurinacional en América Latina.** Pág. 69



Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en ambos queda incorporado el derecho de autodeterminación de los pueblos.

Este reconocimiento nace del “ideal de la democracia y la paz, que solo podían alcanzarse si cada pueblo era libre de disponer de su destino y de gobernarse por sí mismo”⁵, pero este ideal era concebido desde una visión capitalista para liberar el mercado y no necesariamente para respaldar la organización de los pueblos originarios, ya que existía el Convenio 107 de la OIT ratificado en 1957 que velaba por una política integracionista de los pueblos hasta llegar a su adaptación y disolución para formar parte de un mismo Estado-Nación.

Ante este escenario poco favorecedor emerge un liderazgo indígena, que junto a grupos académicos y organizaciones no gubernamentales internacionales se dirigieron a la ONU a través del “Comité de los 24 (Comité Especial sobre la concesión de la independencia a países y pueblos coloniales, creado en 1961) para demandar el derecho a la descolonización a favor de los pueblos indígenas.

Este Comité derivó la petición a la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías; sin embargo, los pueblos indígenas rechazaron ser considerados como minorías en sus propios territorios, en donde ellos habían sido las primeras naciones, que existían antes de la formación y constitución de los estados nacionales.”⁶ Este fue un escenario histórico en donde los pueblos indígenas se

⁵ *Ibíd.* Pág. 70

⁶ *Ibíd.* Pág. 72



reconocen como sujetos de derecho que en ejercicio de su libre determinación participarán en la toma de decisiones que les conciernen.

Frente a este argumento el Subcomité solicitó en 1970 un estudio académico para aclarar esta disyuntiva al Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, José Martínez Cobo, quien presentó su informe en 1983.

Las conclusiones del informe marcaron un aporte importante en el estudio de la cuestión indígena por parte de las Naciones Unidas, ya que se estableció la primera definición sobre pueblos indígenas, y en el capítulo relativo a derechos políticos el relator reconoció el derecho de libre determinación sin restricción, indicando que este derecho "significa que un pueblo o grupo que tiene un territorio definido puede ser autónomo en el sentido de disponer de una estructura administrativa y un sistema judicial separados y distintos, determinados por ellos mismo e intrínsecos a ese pueblo o grupo."⁷ Lo cual implica que los pueblos indígenas no son minorías en sus territorios, pues incluso tienen sus propias formas de organización social y judicial.

Este informe dio paso a que posteriormente se adoptara el Convenio 169 de la OIT y la elaboración de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Este último instrumento surge luego de varias discusiones en el Sistema de Naciones Unidas, pero

⁷ *Ibíd.* Pág. 73.



es finalmente adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

1.3. Marco jurídico del derecho de consulta en Guatemala

El derecho de consulta se regula en diferentes disposiciones normativas, no existe actualmente un cuerpo legal que lo desarrolle conforme a los estándares internacionales de derechos humanos sobre pueblos indígenas y proyectos extractivos, en este apartado se identifican las normas que reconocen de forma general el derecho y establecen procesos de consulta a vecinos y pueblos indígenas, lo cual permite establecer los vacíos existentes para sustentar la acuciante necesidad de que el estado asuma sus compromisos internacionales y aplique parámetros internacionales para dar una solución a esta materia. Es así que a continuación, se señalan las normas constitucionales y leyes generales que regulan en diferentes niveles el derecho de consulta.

1.3.1. Constitución Política de la República de Guatemala

Si bien la normativa constitucional no reconoce expresamente el derecho de consulta, el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica en la parte conducente a esta investigación que: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.” Lo cual resalta el reconocimiento que la propia Constitución realiza del carácter progresivo de los derechos humanos, pues estos forman parte del desarrollo integral de las personas y por lo tanto, no son estáticos.



En esa misma línea el Artículo 46 preceptúa la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Reiterando este Artículo que la universalidad y progresividad deben prevalecer ante disposiciones que puedan atentar contra los derechos humanos.

La Corte de Constitucionalidad ha emitido amplia doctrina legal sobre la interpretación del precepto constitucional, en el expediente 1822-2011, con fecha de sentencia 17 de julio de 2012 establece: “(...) El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. (...) su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado, y al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país (...)”⁸

En ese sentido, existe una inclusión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuyo respeto exige que la autoridad adapte normas internas al contenido de tales instrumentos, y esta exigencia no puede ni debe entenderse en detrimento de la dignidad humana, sino comprender su desarrollo progresivo en beneficio de las personas.

⁸ <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf> (Consultado: 27 de junio de 2021).



Con base en la doctrina constitucional señalada a la luz de ambos Artículos, se incorpora como parte del bloque de constitucionalidad, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros instrumentos jurídicos internacionales, que regulan el derecho de consulta a los pueblos indígenas.

Finalmente, el Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula la protección a los grupos étnicos indicando que “El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social (...)”. Si bien, el Artículo no es específico sobre consulta, si dispone el respeto a las formas de organización social, elemento fundamental al momento de realizar un procedimiento de consulta con los pueblos indígenas.

1.3.2. Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas

El Acuerdo de Paz Firme y Duradera, suscrito por el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, el 29 de diciembre de 1996, creó un conjunto de compromisos para satisfacer las legítimas aspiraciones de las y los guatemaltecos, contenidos en una serie de acuerdos de paz, entre ellos el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual reconoce en la parte considerativa que todos los asuntos de interés directo para los pueblos indígenas demandan ser tratados por y con ellos, a través del acuerdo se busca “crear, ampliar y fortalecer las estructuras, condiciones, oportunidades y garantías de participación de los pueblos indígenas, en el pleno respeto de su identidad y del ejercicio de sus derechos”.



Sobre la base de lo anterior, el acuerdo estipula en el apartado de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, el derecho de consulta como parte de la participación política en todos los niveles, al establecer: “mecanismos obligatorios de consulta con los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar los pueblos maya, garífuna y xinca...”

También lo preceptúa al regular los derechos relativos a la tenencia de la tierra y uso y administración de los recursos naturales al indicar que es necesario: “obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar la subsistencia y el modo de vida de las comunidades. Las comunidades afectadas deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades”.

Es decir que, estos acuerdos fijaron las bases sobre las cuales surgirían importantes avances legislativos como el Código Municipal, Decreto 12-2002 y la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto 11-2002 que contemplaran la consulta a los pueblos indígenas en los asuntos que les afectan directamente.

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

El Artículo 63 del Código Municipal indica que “Cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos, el Concejo Municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes, podrá acordar



que tal consulta se celebre tomando en cuenta las modalidades indicadas en los artículos siguientes”. El Artículo precedente no refiere especificidad en cuanto a pueblos indígenas, por lo que no resulta aplicable, pero sí reconoce a la generalidad de la población el acceso a este derecho.

Específicamente el Artículo 65 del cuerpo normativo en referencia reconoce que “cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas”.

Este precepto reconoce el pluralismo jurídico al indicar que los parámetros para realizar la consulta deben tener en cuenta las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas, lo cual incluye su forma de organización, representación y toma de decisiones en los asuntos que les afectan directamente.

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

Esta ley que tiene por objeto regular el Sistema de Consejos de Desarrollo para permitir la participación de la población maya, xinca y garífuna, regula lo referente al derecho de consulta en el Artículo 26, indicando que “En tanto se emite la ley que regule la consulta de los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre



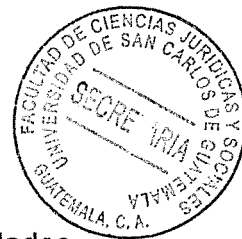
medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo”.

A diferencia del Código Municipal, esta normativa únicamente señala la posibilidad de que las consultas se realicen a través de los representantes de los pueblos en los consejos de desarrollos, precisamente por la naturaleza de la ley, y porque reconoce la importancia de una ley específica para la materia.

1.4. Tipos de consulta

El Artículo 173 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos.” Este precepto no tiene límite de materia, pero su complejidad es que únicamente tiene iniciativa el presidente de la República o el Congreso de la República y es convocada por el Tribunal Supremo Electoral, lo que significa que solo las decisiones que afecten a todos los ciudadanos atraviesan este proceso.

El Convenio 169 de la OIT establece la consulta a pueblos indígenas en el ámbito nacional, municipal y comunitario con parámetros específicos como lo son los procedimientos apropiados, instituciones representativas, participación libre y buena fe en la consulta que se realice.



Por su parte el Código Municipal en los Artículos del 64 y 65 establece dos modalidades de consulta, la consulta a solicitud de los vecinos y la consulta a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. La primera se realiza ante el Concejo Municipal, se realiza para asuntos de carácter general que afectan a todos los vecinos del municipio, para solicitar la consulta se debe contar con por el menor el 10% de los vecinos empadronados, y los resultados serán vinculantes si participa al menos el 20% de los vecinos y la mayoría vota favorablemente por el asunto consultado.

Mientras que la consulta a las comunidades o autoridades indígenas del municipio, se solicita al Concejo Municipal para asuntos que afectan sus derechos e intereses, se puede recurrir a las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas, y los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el 50% de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.

Finalmente, la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural adiciona una modalidad de consulta que es la realizada por los representantes de los pueblos indígenas en el espacio de participación que corresponde a los Consejos de Desarrollo.





CAPÍTULO II

2. Derecho Internacional de los derechos humanos

Este capítulo contiene los conceptos fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, sus orígenes y los sistemas creados para la promoción y protección de los derechos humanos en general, para posteriormente hacer hincapié en los mecanismos internacionales que promueven y protegen los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano de derechos humanos. Lo anterior con el objeto de destacar el carácter obligatorio que tienen los estándares internacionales a nivel nacional y la forma en que actualmente la normativa nacional incorpora dichos estándares al derecho interno.

2.1. Definición

El derecho internacional de los derechos humanos se entiende como una rama del derecho internacional público, que tiene como objeto la promoción y protección de los derechos humanos. De manera más amplia también se le ha definido como "aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad."⁹

⁹ Castañeda, Mireya. **Derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional.** Pág. 26



De lo anterior, se puede definir el derecho internacional de los derechos humanos como una rama del derecho internacional público que se constituye por el conjunto de normas y principios, convencionales o consuetudinarios, que protegen los derechos y libertades de las personas a nivel individual o colectivo y que son exigibles frente al Estado.

Existen claros elementos que diferencian al derecho internacional público del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual no excluye que éste último derive del primero. Tales características, de acuerdo a la autora Mireya Castañeda, son las siguientes:

1. "Tiene por objeto de estudio las normas y los principios internacionales relativos a los derechos humanos;
2. Incorporó a la persona como sujeto de derecho internacional;
3. Cuenta con sus propios órganos de protección, entre otros los "órganos creados en virtud de tratados", las Comisiones o Cortes regionales de derechos humanos, y
4. Tiene sus principios de interpretación propios (...) Algunos autores identifican como principios de derechos humanos: el principio de posición preferente de los derechos humanos o *preferred freedom*, el principio de fuerza expansiva de los derechos humanos y el principio de progresividad."¹⁰

Las características anteriores delimitan el campo de acción del derecho internacional de los derechos humanos a la observancia de tratados, convenios, órganos de tratados,

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 26.



relatorías especiales, organismos internacionales y principios que tendrán como base de análisis los derechos, libertades y garantías de las personas.

2.2. Origen

El origen y evolución del derecho internacional de los derechos humanos se da en la misma medida que la historia de la humanidad está marcada por épocas o sucesos políticos trascendentales.

Es por ello que el reconocimiento de los derechos humanos fue progresivo y las primeras luchas por lograrlo se dieron en el ámbito de los derechos civiles y políticos, tal es el caso de los siguientes documentos:

1. "Carta Magna en 1215 en Inglaterra;
2. *Petition of Rights* en 1627 en Inglaterra;
3. Ley de Habeas Corpus de 1679 en Inglaterra;
4. Declaración de Derechos de Virginia de 1776 en Estados Unidos de América;
5. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia;
6. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 en Francia."¹¹

Estos instrumentos contemplaban derechos a nivel del individuo y su participación en la vida pública, los alcances de su libertad de acción, restricciones y garantías para el

¹¹ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf> (Consultado: 07 de julio de 2021).



ejercicio de tales derechos. Algunos antecedentes de los derechos económicos, sociales y culturales, se reconocieron principalmente en constituciones de los Estados, cabe resaltar las siguientes:

1. Constitución de Querétaro, México de 1917;
2. Constitución de Weimar de 1919;
3. Constitución de España de 1931;
4. Constitución de la Unión Soviética de 1936; y
5. Constitución Irlandesa de 1937

Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos tiene sus bases constitutivas posteriormente a la Segunda Guerra Mundial con el surgimiento de la ONU en 1945 y principalmente con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, ya que este instrumento establece, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse por garantizar a todas las personas.

En 1966 la Asamblea General de la ONU aprueba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con sus dos protocolos facultativos, que junto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos forman la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos, pues además de regular derechos y libertades fundamentales, crea órganos para la supervisión de su cumplimiento.



2.3. Fuentes

Para el desarrollo de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos hay que partir de lo preceptuado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia acerca de las fuentes del derecho internacional público.

De esa cuenta el Artículo 38 del instrumento referido establece: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas; y d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...”

Lo anterior no excluye otro tipo de fuentes que se han desarrollado paralelamente a la disciplina que es objeto de este capítulo, únicamente se toman como base al ser el derecho internacional de los derechos humanos una rama del derecho internacional público, por ello a continuación se especifican algunas de las fuentes, su definición, alcances e importancia en el cumplimiento de obligaciones estatales en materia de derechos humanos; pues los estándares internacionales de protección de estos derechos convergen en la clasificación otorgada por la disposición legal citada.



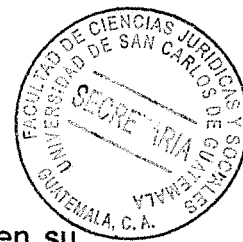
a) Tratados internacionales

Un tratado es “todo acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinados a producir efectos jurídicos regulados por el Derecho Internacional.”¹² Esta definición genérica proporciona los elementos esenciales del tratado, su finalidad, los sujetos y la rama del derecho a la que pertenecen, pero comprender el alcance de los tratados de derechos humanos, requiere de una profundización de estos elementos.

De acuerdo al Artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) se entiende por tratado “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Un ejemplo de un instrumento único es la Declaración Universal de los Derechos Humanos; mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuenta con un protocolo facultativo que establece lineamientos para presentar comunicaciones al Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre violaciones a derechos humanos.

Los tratados de derechos humanos por su parte, se diferencian porque significan un compromiso de los Estados partes a respetar los derechos, reconocidos en tales instrumentos, de las personas sujetas a su jurisdicción.

¹² Richter, Marcelo Pablo. **Diccionario de derecho constitucional**. Pág. 169



En ese orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó en su opinión consultiva OC-2/82 relativa al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que un tratado es “un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción (...)”¹³ Esto implica que a través de los tratados los Estados adquieren obligación de protección, promoción y garantía de derechos fundamentales a las personas en su territorio.

Además, la Corte IDH establece al respecto de la finalidad y objetivo de los tratados que estos buscan “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar esos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”¹⁴

Lo anterior representa para los Estados un compromiso universal de no violar derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción, sean estas nacionales o extranjeras, la responsabilidad que por las vulneraciones resulte afecta al Estado que no cumplió su deber de garante, que además de ser susceptible de sanciones internacionales, adquiere la obligación de reparación frente a las víctimas.

¹³ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf (Consultado: 09 de julio de 2021).

¹⁴ *Ibíd.*



b) Costumbre internacional

La costumbre es una de las fuentes originarias del derecho internacional porque se trata de una práctica generalmente aceptada como derecho, así lo señala el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Para que costumbre sea aceptada como tal, debe tratarse de una práctica repetida y considerada obligatoria por los estados.

Acerca de la naturaleza de la costumbre, algunos tratadistas han indicado “no necesariamente son comportamientos activos o pasivos de los Estados, sino que pueden ser manifestaciones de opinión acerca de un problema. El transcurso del tiempo no necesariamente debe ser largo para que se admita la costumbre internacional.”¹⁵ Es decir, que la práctica no reviste la característica de ser ininterrumpida, y puede además tratarse de la postura reiterada de un Estado frente a un problema.

c) Doctrina

En el derecho internacional de los derechos humanos, la doctrina comprende “pronunciamientos adoptados por un órgano competente, con el fin de interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional.”¹⁶ La relevancia de la doctrina como fuente auxiliar deriva en que sintetiza la experiencia de destacados juristas en analizar la información que se les proporciona a

¹⁵ Castañeda. **Op. Cit.** Pág.36.

¹⁶ Color Vargas, Marycarmen. **Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.** Pág. 38



la luz de las normas internacionales de derechos humanos, es decir, desarrolla reflexiones que permiten el perfeccionamiento y progresividad en la materia.

Ejemplo de algunos connotados doctrinarios que se han dedicado al desarrollo de publicaciones y aportes valiosos en materia de derechos humanos son los ex jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Se trata de personas con altos conocimientos en la materia y que en su ejercicio profesional se dedican al estudio e interpretación de instrumentos internacionales.

d) Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho "forman los principios guiadores del orden jurídico de acuerdo con los cuales se orienta la interpretación y la aplicación de las normas de derecho internacional."¹⁷ De tal cuenta su objeto primordial como fuente auxiliar, es su carácter subsidiario que, al momento de la resolución de controversias, permiten resolver lagunas o la interpretación de normas convencionales o consuetudinarias.

e) Decisiones judiciales

Las resoluciones emitidas por tribunales internacionales son fuente de derecho internacional de los derechos humanos en la medida en que "determinan las reglas de derecho internacional."¹⁸ Debido a la diversidad de sistemas jurídicos entre los países

¹⁷ Castañeda. *Op. Cit.* Pág.39.

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 41.



que reconocen competencia contenciosa de determinados tribunales internacionales en materia de derechos humanos (como la Corte Internacional de Justicia, Corte IDH, Tribunal Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, la Corte Penal Internacional, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otros) éstos se encargan exclusivamente de interpretar los derechos humanos contenidos en tratados y convenios internacionales, fijando criterios sobre su aplicación y debido cumplimiento por parte de los Estados.

En el ámbito Interamericano cabe resaltar dos elementos que dan fuerza y certeza jurídica a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "1) la interpretación realizada en el fallo, que la Corte suele denominar *jurisprudencia interamericana*; 2) la naturaleza vinculante de la sentencia para los Estados parte, en donde se determina la responsabilidad internacional y, en su caso, la reparación del daño."¹⁹

Por una parte, la interpretación que realiza la Corte IDH en materia de derechos humanos responde al carácter progresivo de éstos, y permite un claro entendimiento de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados; mientras su carácter vinculante obliga al Estado a adoptar las medidas dictadas en el fallo y producir cambios institucionales, incorporaciones o modificaciones en el marco normativo y otro tipo de medidas en torno a la observancia y aplicabilidad de los derechos vulnerados.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 42.



2.4. Sistemas de protección de los derechos humanos

Los estados parte de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos tienen la obligación de dar cumplimiento y garantizar la plena vigencia de los derechos en ellos reconocidos; no obstante, muchas veces es a través de las propias instituciones estatales que las violaciones a derechos humanos se suscitan. Es por ello que existen órganos especializados creados para velar por la aplicación efectiva de los tratados y convenios por parte de los estados parte. Los sistemas de protección de derechos humanos se clasifican en: 1) sistema universal de protección de los derechos humanos; y 2) sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

En esta última clasificación se encuentran los sistemas interamericano, europeo y africano de derechos humanos, para efecto de esta investigación se abordará específicamente el Sistema Interamericano, pues es del cual Guatemala forma parte.

2.4.1. Sistema universal de protección de los derechos humanos

La ONU es la responsable de la protección universal de los derechos humanos, como ya se señaló anteriormente en este capítulo, surge posteriormente a las graves violaciones a derechos humanos ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial. El documento de su creación es la Carta de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco de 1945, y que contiene las bases del derecho internacional de los derechos humanos que ha dado paso al amplio desarrollo de tratados, declaraciones, convenciones, mecanismos, grupos de expertos, órganos y comités encargados de velar por el cumplimiento de los estados.



Los principales órganos de las Naciones Unidas, de acuerdo al Artículo 7 de la referida Carta son: "a) Asamblea General; b) Consejo de Seguridad; c) Consejo Económico y Social, d) Consejo de Administración Fiduciaria; e) Corte Internacional de Justicia; y f) Secretaría."

Cada órgano tiene funciones específicas, pero los que procuran de manera indirecta los derechos humanos dentro de esta organización son la Asamblea General, fundamentalmente porque en su seno se aprueban los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos; el Consejo Económico Social, debido a que la propia Carta de Naciones Unidas en su Artículo 62.2 lo faculta para hacer recomendaciones que promuevan el respeto a los derechos humanos; y la Corte Internacional de Justicia, que por tener competencia contenciosa y consultiva, en sus resoluciones ha reconocido principios que rigen el derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, ONU tiene diferentes órganos que tienen la función principal de procurar, promover y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales. Entre ellos el Consejo de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos -OACNUDH-.

Asimismo, cabe resaltar que la Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado nueve tratados de derechos humanos que tienen por objeto "desarrollar obligaciones específicas de los Estados con relación a los derechos civiles, culturales, económicos,



políticos y sociales.”²⁰ Esto a su vez permite otorgar una protección adicional a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. Una característica que distingue estos nueve instrumentos es que cada uno establece un órgano creado en virtud del propio tratado para su observancia. Los tratados y órganos son:

1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece para su observancia al Comité de Derechos Humanos.
2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo órgano para su observancia es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
3. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que establece para su observancia al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
4. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece para su observancia al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
5. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que establece para su observancia al Comité contra la Tortura.
6. La Convención sobre los Derechos del Niño, que establece para su observancia al Comité de los Derechos del Niño.
7. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que establece para su observancia al

²⁰ *Ibíd.* Pág. 66.



Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

8. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece para su observancia al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad; y
9. La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que establece para su observancia al Comité de Desapariciones Forzadas.

2.4.2. Sistema interamericano de protección a los derechos humanos

En 1948 se desarrolló la IX Conferencia de Bogotá que culmina con la creación de la Organización de Estados Americanos –OEA-. No obstante, la Carta de la Organización de los Estados Americanos entró en vigor hasta 13 de diciembre de 1951, y en el Artículo 1 establece su naturaleza de organismo regional creado con el propósito de lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia.

Para su funcionamiento la OEA se organiza de la siguiente manera: a) La Asamblea General; b) la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) Los Consejos; d) El Comité Jurídico Interamericano; e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) La Secretaría General; g) Las Conferencias Especializadas; y h) Los Organismos Especializados. En 1948, en el marco de creación de la OEA también fue adoptada la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre con el fin de ser un referente inicial de protección de los derechos humanos, pero no tenía la forma



de tratado. “El 22 de noviembre de 1969 culmina la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica, y se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida indistintamente como Pacto de San José, como un tratado jurídicamente vinculante, que entra en vigor hasta el 18 de julio de 1978 cuando alcanzó el número de ratificaciones necesarias.”²¹

Es a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH- que se consolida el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues en ella se refuerzan los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Declaración Universal, pero además establece la estructura, competencia y procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y da origen a la Corte IDH como órgano contencioso.

2.5. Los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos

Como se mencionó en la lucha histórica de los pueblos indígenas para lograr el reconocimiento de sus derechos, existen diversos mecanismos internacionales que han promovido, procurado y propuesto instrumentos normativos que desarrollen los derechos desde una perspectiva que contemple las condiciones y necesidades específicas de los pueblos indígenas.

A partir de la emisión de instrumentos internacionales que los estados aceptan, se

²¹ https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
(Consultado: 25 de julio de 2021).



adhieren y ratifican, es menester la creación de grupos de expertos, relatorías, órganos y otros mecanismos que supervisen el estado de cumplimiento de los compromisos estatales y que provean la asesoría técnica a los estados para ejecutar sus obligaciones.

2.5.1. Instrumentos internacionales

El estado de Guatemala ha adoptado instrumentos internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas, tanto a nivel de tratados como en la adhesión a declaraciones que resultan de las conferencias mundiales que organizan los estados para abordar intereses comunes en materia de derechos humanos. Los instrumentos que se enlistan a continuación, tienen disposiciones especializadas sobre la forma de interpretación y alcance de la libre determinación y el derecho de consulta,

- a) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

El Convenio 169 de la OIT fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión. Este convenio surge por la necesidad de prevención de la discriminación, sobre todo por el entendimiento que a los pueblos indígenas y tribales no podría seguirseles protegiendo con un convenio con tendencia a la asimilación como lo era el Convenio 107 de la OIT.

De esa cuenta se reconoce la aspiración de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico.



El derecho a la libre determinación se encuentra contemplado a lo largo del convenio, ya que plasma el deber de los Estados de hacer parte a los pueblos indígenas y tribales de las decisiones, medidas, planes y programas de desarrollo que les atañen, principalmente por la incidencia cultural, social, ambiental y espiritual que la ejecución de determinadas actividades pueda tener en dichos pueblos.

Respecto al derecho de consulta, el Artículo 6 establece en lo conducente que: "1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...) 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

El Artículo citado contiene principios esenciales para el proceso de consulta, como lo son la buena fe y el consentimiento previo, libre e informado, pilares fundamentales para garantizar un proceso transparente y que permita una negociación en condiciones apropiadas para arribar a un acuerdo y obtener el consentimiento de los pueblos.

b) Declaración y Programa de Acción de Viena

Este instrumento internacional fue aprobado el 25 de junio de 1993 en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena, este evento contó con



la presencia de 7,000 participantes y dio como resultado el documento final que resaltó la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Dentro de las recomendaciones más importantes que este instrumento contiene se encuentra el establecimiento del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

En el punto dos de este instrumento se reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación, resalta la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, por lo cual establece “el derecho de los pueblos a adoptar cualquier medida legítima, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, encaminada a realizar su derecho inalienable a la libre determinación. La Conferencia considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho.”

Si bien, la disposición no es explícita al indicar pueblos indígenas, al resaltar este derecho sobre los pueblos sometidos a dominación colonial, se interpreta que se trata de estos que forman parte de la historia de despojo colonial.

c) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas surge de la resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, en el sexagésimo primer período de sesiones. En ella, la Asamblea General considera

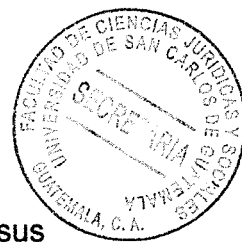


que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, situación que les ha impedido ejercer su derecho al desarrollo conforme a sus propias necesidades e intereses; por lo tanto en aras de mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones deben poder controlar los acontecimientos que les afectan a ellos, sus tierras, territorios y recursos.

Sobre la libre determinación, el Artículo 3 indica que: “en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Sin embargo, en la declaración constantemente se menciona que las decisiones que los Estados adopten deberán ser en consulta y cooperación con los pueblos indígenas lo asuntos de su interés.

El derecho de consulta se aborda en la declaración desde dos visiones: la primera de ellas de forma general en el Artículo 18 al indicar: “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos...” y continúa el Artículo 19 señalando que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe, sin especificar los asuntos que deben ser sometidos a consulta.

Por otra parte, la declaración es específica en el Artículo 32 al preceptuar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en las cuestiones que atañen a sus tierras o territorios y otros recursos, el numeral dos establece: “Los Estados celebrarán consultas



y cooperarán de buena con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”

Si bien, el Artículo anterior no declara el carácter vinculante del resultado de la consulta, plantea uno de los escenarios en donde el Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas, que es en el marco de proyectos de utilización o explotación de los recursos minerales e hídricos.

d) Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Fue aprobada por la Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2016, en el marco del cuadragésimo sexto período de sesiones, y se da luego de 17 años de negociaciones entre los Estados miembros. Esta declaración refuerza e interpreta ampliamente el contenido del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Acerca de la libre determinación, el Artículo 3 señala que en virtud de este derecho los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política, persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Asimismo, en los Artículos 23 y 29 desarrolla el derecho de consulta, tanto de forma general para la toma de decisiones de cualquier medida que pueda afectar a los pueblos indígenas, como en protección específica del



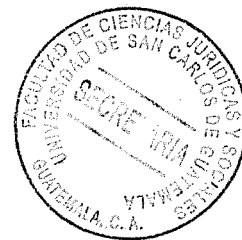
territorio y medio ambiente frente a la explotación de recursos minerales, hídricos o de cualquier otra índole.

2.5.2. Órganos protectores de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema universal de derechos humanos

La estructura institucional internacional que promueve y protege los derechos humanos de los pueblos indígenas es amplia, ya que diferentes órganos o mecanismo han sido creados para monitorear el cumplimiento de derechos específicos por parte de los estados miembros, y dentro de sus respectivos mandatos verifican y/o recomiendan que también a los pueblos indígenas se les garanticen sus derechos.

Algunos de los mecanismos que cumplen esta función incluyen al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; el Comité de Derechos Humanos creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la eliminación de la discriminación racial; Comité de los derechos del niño; Comité contra la tortura; la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, entre otros.

En este apartado se desarrollan únicamente los organismos internacionales cuyo quehacer está exclusivamente relacionado al monitoreo del cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas.



a) Foro permanente para las cuestiones indígenas

Este órgano se creó mediante la resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en adelante el Consejo), como un órgano subsidiario de éste, atendiendo a la constante solicitud e incidencia de los pueblos indígenas para que se creara un órgano de alto nivel que permitiera la coordinación y el intercambio de información entre éstos, los gobiernos y las Naciones Unidas.

El Foro Permanente es asesor del Consejo, su mandato es examinar las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del Consejo, específicamente en lo que concierne al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. En esa línea, el Foro desarrolla las siguientes actividades: "a) Presta asesoramiento especializado y formula recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Consejo; b) Difundir las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promover su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas; y c) Preparar y difundir información sobre las cuestiones indígenas."²²

En cumplimiento de estas actividades, el Foro Permanente ha permitido en sus períodos de sesiones anuales, diálogos interactivos sobre derechos de los pueblos indígenas, con participación activa del Relator Especial y Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, esto le ha permitido también asesorar en un plano general a la ONU sobre buenas prácticas para promover el ejercicio de estos derechos. En estos

²² https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/RES/2000/22&Lang=S (Consultado: 30 de julio del 2021).



períodos de sesiones los pueblos indígenas también pueden contribuir con el Foro Permanente ya sea de forma escrita u oral.

b) Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas

Fue creado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el año 2007 a través de la resolución 6/36, como un órgano subsidiario suyo. El mandato del Mecanismo es proporcionar al Consejo de Derechos Humanos los conocimientos temáticos especializados sobre los derechos de los pueblos indígenas que éste le solicite, esto lo realiza en forma de estudios e investigación.

El Mecanismo de Expertos “ofrece a los pueblos indígenas un espacio para plantear aspectos temáticos de los derechos humanos correspondientes al estudio llevado a cabo ese año por el mecanismo.”²³ Cada año el mecanismo se centra en un derecho específico para analizarlo en función de los pueblos indígenas, en su segundo estudio, que le tomó dos años de preparación, abordó el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones.

c) Relatoría especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU nombró en 2001, como parte del sistema

²³ https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf (Consultado: 30 de julio de 2021).



de procedimientos especiales, un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas.

De acuerdo a su mandato, el Relator Especial desarrolla las siguientes actividades: “ (...)

b) reúne, solicita, recibe e intercambia información y comunicaciones de (...) los gobiernos, los pueblos indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las denuncias de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas; c) formula recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades adecuadas para evitar y reparar las violaciones de los derechos de los indígenas; y d) trabaja en estrecha cooperación y coordinación con otros procedimientos especiales y los órganos subsidiarios del Consejo, en particular con el Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, los órganos de tratados y las organizaciones regionales de derechos humanos.”²⁴

Las actividades señaladas tienen como finalidad la asesoría técnica para la debida aplicación e interpretación de los derechos de los pueblos indígenas, lo que permite una adecuación normativa y orientar las actuaciones de las personas y entidades cuya labor guarda relaciona con estos derechos. Además, el Relator Especial evalúa la situación de los pueblos indígenas en los países, para lo cual lleva a cabo estudios temáticos. Realiza visitas a los países y se pone en comunicación con los gobiernos, pueblos indígenas y organizaciones cuando denuncian violaciones de los derechos de los pueblos indígenas,

²⁴ **Ibíd.** Pág. 18



al final de cada visita emite un informe con recomendaciones de buenas prácticas en materia de protección de tales derechos.

El Relator Especial coordina sus actividades e intercambia información una vez al año con el Foro Permanente para las cuestiones indígenas y con el Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, esto debido a que sus mandatos y la importante labor que realizan son complementarios.

2.5.3. Órganos protectores de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos

La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano le corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Este órgano de protección regional fue creado mediante “resolución de la Quinta reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Chile en el año 1959, con el propósito de cubrir las carencias de órganos encargados de velar por los derechos humanos en el continente”²⁵. Lo que la hace pionera y referente de estándares internacionales en materia de derechos humanos a nivel latinoamericano.

²⁵ Colmenares Oliver, Ricardo. **Derecho de los pueblos indígenas en el sistema interamericano, cuestiones jurídicas**. Pág. 40.



Sin embargo, su función fue limitada y por ello en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro en 1965 se ampliaron sus funciones a poder examinar peticiones individuales para poder formular recomendaciones específicas a los Estados miembros.

Su estructura, funcionamiento y competencia quedó consolidada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La CIDH se compone de siete miembros elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA a proposición de los gobiernos de los Estados miembros, duran cuatro años en sus funciones.

Para el cumplimiento de su mandato la CIDH realiza, entre otras, las siguientes actividades: "1. Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana (...) han violado derechos humanos; 2. Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado Miembro (...); 3. Realiza visitas in loco a los países para analizar en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica; (...) 5. Solicita a los Estados Miembros que adopten medidas cautelares (...) para prevenir daños irreparables a las personas; 6. Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos."²⁶

En el cumplimiento de estas funciones desde la década de los ochenta la CIDH se ha

²⁶ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp> (Consultado: 30 de julio de 2021).



pronunciado de forma reiterada sobre las cuestiones indígenas en sus informes especiales, informes de fondo, informes de solución amistosa, medidas cautelares, y en planteamiento de demandas contra los Estados ante la Corte IDH.

En 1972 la CIDH sostuvo que “por razones históricas, principios morales y humanitarios, era un compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a los pueblos indígenas”.²⁷ Es por ello que en el ejercicio de sus facultades, específicamente del artículo 15, numeral 3 del Reglamento de la CIDH, que establece que podrá “crear relatorías con mandatos ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos respecto de las áreas temáticas que resulten de especial interés para ese fin.”

Esa función esencial permitió que en 1990 se creara la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con el objeto de brindar atención a las poblaciones indígenas de América que se encuentran expuestas a violaciones de derechos humanos, así como de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en la materia.

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como se ha señalado en apartados anteriores, la Corte Interamericana de Derechos

²⁷ [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/pueblos_indigenas_publicaciones Los % 20 Derechos % 20 de%20 los%20Pueblos%20Indigenas_s.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/pueblos_indigenas_publicaciones%20Derechos%20de%20los%20Pueblos%20Indigenas_s.pdf) (Consultado: 30 de julio de 2021).



Humanos (en adelante Corte IDH) se origina a raíz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en 1969. La Corte IDH se compone de siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, electos por esta en Asamblea General.

Su función principal es garantizar, por vía jurisdiccional, tanto de interpretación como de consulta, el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención. De acuerdo al Artículo 63 de la Convención, la función contenciosa de la Corte implica que conozca cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la misma y que se ha extendido a otros tratados y convenios sobre derechos humanos; si la Corte decide que hubo violación de un derecho o libertad, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si es procedente, ordenará que se reparen las consecuencias de la medida o situación que dio lugar a dicha vulneración, así como el pago de una justa indemnización.

Además de la función contenciosa, la Corte IDH tiene una función consultiva, que conforme al Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los estados miembros de la OEA pueden consultarle acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados relativos a protección de derechos humanos; pero también puede dar opiniones sobre la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un Estado y los instrumentos internacionales.

En materia de pueblos indígenas la Corte IDH tiene amplia jurisprudencia relativa al derecho a la vida, integridad personal, libertad de expresión, propiedad comunal, consulta, igualdad y no discriminación, entre otros derechos. Pronunciamientos que han



reivindicado derechos históricamente vulnerados por los estados y que han sentado las bases para que a nivel nacional se reconozcan, protejan y apliquen en observancia del control de convencionalidad.

2.5.4. Recepción del derecho internacional de los derechos humanos en materia de pueblos indígenas en Guatemala

Los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos complementan al sistema jurídico nacional a través del reconocimiento que la propia Constitución Política de la República de Guatemala hace sobre su importancia. En apartados anteriores ya se hizo referencia a la interpretación que la Corte de Constitucionalidad ha realizado de los Artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente de la figura del bloque de constitucionalidad y cómo por esta vía los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos complementan la normativa constitucional.

En el sentido de los Artículos anteriores y de la incorporación de los tratados y convenios internacionales al sistema jurídico nacional, el Artículo 149 de la Constitución preceptúa que el Estado de Guatemala al normar sus relaciones internacionales con otros estados debe contribuir a la defensa de derechos humanos. La Corte de Constitucionalidad al respecto se ha pronunciado sobre el principio *pacta sunt servanda* indicando que: “por su parte el principio *pacta sunt servanda* que se encuentra contenido dentro de los principios



del Derecho Internacional que reconoce el artículo 149 constitucional, se refiere a la obligación de cumplir lo pactado de buena fe.”²⁸

El importante ejercicio hermenéutico realizado por la Corte de Constitucionalidad en los Artículos referidos permite establecer el alcance de las normas del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico guatemalteco y su carácter vinculante para el Estado.

Dentro de estas normas internacionales, claramente se incluyen tratados y convenios en materia de derechos de los pueblos indígenas que el estado de Guatemala ha ratificado y se ha comprometido a implementar para mejorar las condiciones de la población a la que están dirigidos. Por lo que ninguna autoridad puede obviar su aplicación o argumentar contra su observancia obligatoria.

De la obligación descrita surge la figura del control de convencionalidad, que se entiende como la “herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.”²⁹ Sin embargo, en el desarrollo de su jurisprudencia la propia Corte IDH ha ampliado este concepto no solo a la congruencia

²⁸ <http://138.94.255.164/Sentencias/812394.3846-2007.pdf> (Consultado: 31 de julio del 2021).

²⁹ <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuademillo7.pdf> (Consultado: 31 de julio de 2021).



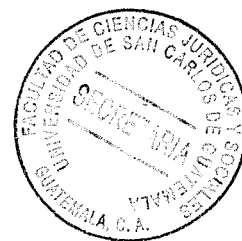
del derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino con otros convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Respecto a qué órganos están obligados a velar por el control de convencionalidad, la Corte IDH señala en la sentencia del caso Río Negro vs. Guatemala: “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” (...) evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”³⁰ Pero esta competencia también ha sido ampliada a cualquier funcionario o servidor público “todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’.”³¹

Este concepto es de relevancia particular para la investigación debido a que se analizarán los estándares internacionales que deben regir para garantizar la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre los proyectos extractivos. De tal cuenta, las autoridades obligadas a desarrollar la consulta, deben ejercer el control de convencionalidad en todo el proceso.

³⁰ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf (Consultado: 06 de agosto de 2021).

³¹ <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuademillo7.pdf>. **Op. Cit.** Pág. 15





CAPÍTULO III

3. Proyectos de exploración y explotación de recursos naturales

Para que los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales puedan operar necesitan la autorización del Estado, en este apartado se abordan específicamente dos actividades de gran impacto en los recursos naturales que requieren la intervención estatal, la minería y la hidroelectricidad. Como se detalla a continuación existe un marco jurídico que rige ambas actividades, pero que condiciona las concesiones principalmente por la protección del medio ambiente.

Esto resulta de importancia ya que en el año 2010 durante la Décima Conferencia de las Partes (COP-10) celebrada en Nagoya, Japón, se incluyó a Guatemala en el grupo de Países Megadiversos afines a la Convención de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, debido a la riqueza natural y cultural del país, convirtiéndolo en uno de los 20 países que conforman este grupo, ya que albergan el mayor índice de biodiversidad del planeta. Esto conlleva no solo un reconocimiento y protección internacional, sino un conjunto de obligaciones del Estado para adoptar las medidas legislativas necesarias para la protección de la biodiversidad.

Asimismo, es importante resaltar que existe una vinculación directa entre el medio ambiente y los pueblos indígenas en la medida en que estos guardan una relación trascendental con la naturaleza.



Al analizar el derecho al medio ambiente bajo la perspectiva de los pueblos indígenas, este debe comprenderse desde dos vertientes: “en primer lugar, se habla de un derecho al mantenimiento y promoción de la relación especial entre los pueblos y comunidades indígenas y el medio ambiente (...) relación que sitúa al medio ambiente en el centro de las culturas indígenas como pilar fundamental alrededor del cual gira toda la vida política, social, económica y espiritual (...) Esta relación especial se convertiría en el valor fundamental del derecho indígena al medio ambiente. Y en segundo lugar se habla de un derecho de protección de esta relación especial, que se materializa a través del derecho a la tierra, el derecho a los recursos naturales y el derecho al territorio.”³²

Es decir que las normas jurídicas que regulan estas actividades, para ser eficaces, deben obedecer a la universalidad e interrelación de los derechos humanos con la misma trascendencia que responden a los aspectos económicos, científicos, administrativos, técnicos y de cualquier otra índole.

Por lo anterior, para la interpretación y aplicación de los preceptos ordinarios que versan sobre la explotación de los recursos naturales, debe integrarse el Artículo 66 constitucional que se refiere a la protección de grupos étnicos y en lo conducente preceptúa: “El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social (...)” esto principalmente porque la relación trascendental entre medio ambiente y pueblos indígenas es una forma de vida, de

³² Berraondo, Mikel. **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Pág. 470.



identidad cultural y es parte de su cosmovisión, como bien lo señala el precepto constitucional.

3.1. Marco jurídico que regula el otorgamiento de licencias de exploración y explotación de recursos naturales

La Constitución Política de la República de Guatemala contiene dos normas fundamentales que son parámetro para el Congreso de la República al momento de emitir leyes que se relacionen con la exploración y explotación de recursos naturales.

La primera de ellas, contenida en el Artículo 97 del texto constitucional se refiere al medio ambiente y equilibrio ecológico, en lo conducente establece: "Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación". Por su parte el Artículo 125, declara de "utilidad y necesidad pública la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables".

Ambas normas se integran para ordenar al legislador que si bien, es de necesidad y utilidad pública explotar recursos naturales, no debe considerarse únicamente el desarrollo socioeconómico, también se deben tomar medidas que minimicen el impacto de tales actividades en el medio ambiente, para equilibrar los riesgos y beneficios de la actividad.

Si bien la legislación nacional sobre aprovechamiento de los recursos naturales es

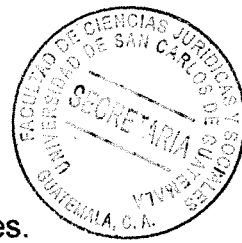


amplia, este capítulo hace énfasis en la Ley de Minería, Decreto 48-97 y la Ley General de Electricidad, Decreto 93-96, ambos del Congreso de la República de Guatemala. Esto debido a que las referidas leyes regulan dos de las actividades más significativas que los pueblos indígenas han señalado por vulnerar el derecho de consulta libre, previa e informada, se trata pues de los proyectos de explotación minera y de las hidroeléctricas.

La Ley de Minería, Decreto Número 48-97 del Congreso de la República regula lo relativo a las operaciones mineras, nombrando al Ministerio de Energía y Minas como el responsable de formular y coordinar las políticas, planes y programas de gobierno del sector minero, así como dar trámite y resolver todas las cuestiones administrativas en la materia. La Ley de Minería establece tres tipos de licencias que responden a las fases en que se desarrolla la actividad minera.

La primera, es la licencia de reconocimiento que faculta al titular para identificar y localizar posibles áreas de exploración; la segunda es la licencia de exploración, la cual faculta al titular para localizar, estudiar, analizar y evaluar yacimientos; y finalmente la licencia de explotación, que como su nombre lo indica faculta al titular para la explotación de los yacimientos para los que fue otorgada. Esta ley es de carácter eminentemente técnico en materia de minería, por lo que la única referencia de protección a derechos humanos que realiza explícitamente es en cuanto a estudios de mitigación y de impacto ambiental.

Por su parte, la Ley General de Electricidad, Decreto Número 93-96 del Congreso de la República, regula lo relativo a las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad, nombrado al Ministerio de Energía y Minas como órgano



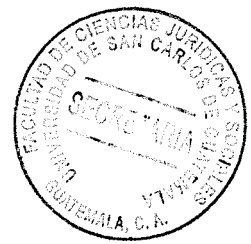
encargado de formular y coordinar los planes, programas y proyectos correspondientes.

Asimismo, se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como órgano técnico del Ministerio para el cumplimiento de la ley.

Esta ley establece que la instalación de centrales generadoras es libre, sin embargo, cuando se trata de proyectos cuya potencia exceda de 5MW, debe requerir autorización del Ministerio, tiene como única limitación la conservación del medio ambiente y la protección de las personas, sus derechos y sus bienes. Para garantizar estos derechos tanto la Ley como su reglamento establecen como uno de los requisitos de la solicitud la presentación de un estudio de evaluación del impacto ambiental que el proyecto podría tener en el territorio en donde se desarrolle.

El Reglamento de la Ley General de Electricidad, contenido en el Acuerdo Gubernativo número 256-97 y sus reformas, establece dos tipos de autorizaciones para las plantas de generación hidroeléctrica. La primera se refiere a la autorización temporal, que de acuerdo a los Artículos 7 y 8 del cuerpo normativo, permite efectuar los estudios, mediciones y sondeos de las obras en bienes de dominio público y en terrenos particulares por un plazo máximo de un año. Por otra parte, la autorización definitiva se otorga mediante acuerdo ministerial y faculta al adjudicatario a utilizar los recursos hidráulicos necesarios para la generación de electricidad por un plazo que no puede exceder de 50 años.

En el mismo sentido que la Ley previamente analizada, la Ley General de Electricidad y su Reglamento, en materia de derechos humanos únicamente condiciona el otorgamiento



de autorizaciones para explotación de los recursos hidráulicos al impacto que estos generen en el medio ambiente, lo cual, en un sentido estrictamente conservacionista, no considera la relación esencial de los pueblos indígenas con este.

3.2. Proyectos hidroeléctricos vigentes al año 2021

A continuación, se analizan las estadísticas proporcionadas en el portal web de la Dirección General de Energía, emitidas por el Departamento de Desarrollo Energético del Ministerio de Energía y Minas. De acuerdo a dichas estadísticas, para el año 2021 hay 36 proyectos de centrales hidroeléctricas operando en el país, de las cuales 11 se encuentran ubicadas en el departamento de Alta Verapaz; siete en Quetzaltenango; cuatro en Escuintla y las demás distribuidas en menor cantidad por departamento en Santa Rosa, Zacapa, Baja Verapaz, Guatemala, Quiché, Izabal, Suchitepéquez, Retalhuleu y San Marcos.

Vale destacar que la Planta Hidroeléctrica Chixoy es la que tiene mayor capacidad instalada para generar energía con un total de 300 MW, seguida del Proyecto Renace II, en sus fases I y II, que cuenta con capacidad instalada para generar 186 MW, ambos proyectos ubicados en el departamento de Alta Verapaz. En cuanto al resto de Centrales Hidroeléctricas su capacidad generadora es inferior a 100 MW.

Nueve son los proyectos que se encuentran en construcción en los departamentos de San Marcos, Guatemala, Alta Verapaz, Baja Verapaz, Quetzaltenango y Huehuetenango. Sin embargo, a la hidroeléctrica Sulín ubicada en Baja Verapaz, le fue rescindido el



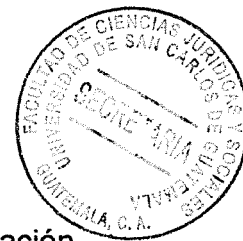
contrato de autorización en el año 2017, pero el Ministerio de Energía y Minas aún la contabiliza como un proyecto en construcción en su base de datos. Adicionalmente existen 13 centrales hidroeléctricas que se contabilizan como **no han iniciado construcción** pero que cuentan con la autorización para realizarlo, teniendo mayor incidencia en los departamentos de Quiché, Alta Verapaz y Chimaltenango.

Finalmente, otra categoría contabilizada es la cantidad de proyectos en trámite de autorización, con un total de cinco centrales hidroeléctricas, se observa que Huehuetenango es donde existe mayor incidencia de estos proyectos.

3.3. Proyectos mineros vigentes al año 2021

La actividad minera se clasifica según el material que se extrae del subsuelo, pudiendo tratarse de extracción de minerales metálicos, minerales no metálicos o hidrocarburos. De esta clasificación la minería metálica tiene la característica de ser no renovable, y es la responsable del rompimiento del tejido social en los territorios en que se instala por el costo ambiental y de calidad de vida que implica para la población. De acuerdo a la Política Minera Institucional de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, los minerales no metálicos que se extraen en Guatemala son el antimonio, cinc o zinc, cobalto, cobre, cromo, hierro, magnesio, manganeso, níquel, plata, plomo, oro y tungsteno.

Para el año 2021, de acuerdo a datos estadísticos de la Dirección de Catastro Minero, los titulares de derechos mineros metálicos fueron de 45 en total. De los cuales 16



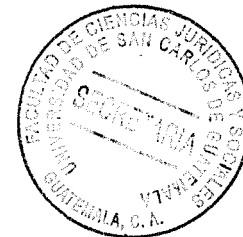
licencias fueron otorgadas para exploración y existen 29 licencias de explotación vigentes.

El departamento con mayor incidencia de proyectos de extracción de minerales metálicos es Huehuetenango, en el cual existen 14 licencias de explotación principalmente de plomo, plata y zinc. Seguido del departamento de Alta Verapaz, que cuenta con siete proyectos, de los cuales cuatro tienen licencia de exploración y tres licencias de explotación de níquel, cobalto, cromo, plomo, plata, y zinc. El tercer departamento con alta incidencia de actividad minera es Izabal, en el cual existen seis licencias vigentes, tres de exploración y tres de explotación de níquel, cobalto, cromo, plomo, plata, y oro.

Con menor alcance le siguen los departamentos de San Marcos, Chiquimula, El Progreso y Zacapa con tres licencias vigentes en cada uno de ellos; los departamentos de Santa Rosa y Baja Verapaz cuentan con dos licencias vigentes cada uno y finalmente Jalapa y Jutiapa con una licencia cada uno. Nuevamente resalta que los departamentos de Huehuetenango, Alta Verapaz e Izabal resultan ser los que mayor presencia de este tipo de proyectos tienen en su territorio.

3.4. Impactos de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales

De los datos de los apartados anteriores se desprende que los departamentos en donde se ubican mayoritariamente los proyectos hidroeléctricos y de minería metálica son Alta Verapaz, Huehuetenango e Izabal, habitados primordialmente por poblaciones indígenas. Al respecto, el Informe Nacional de Desarrollo Humano elaborado por el



Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD- en el año 2016, refleja que la población indígena tiene los niveles más elevados de pobreza multidimensional que, de acuerdo al estudio, resume privaciones en capacidades humanas en tres dimensiones: salud, educación e ingresos.

Conforme a este estudio “las privaciones en las poblaciones rurales y en los pueblos indígenas alcanzan el 90% de la población, que no logra cubrir sus necesidades económicas básicas, incluyendo más del 40% de la población adulta sin escolaridad y en condiciones habitacionales muy precarias. Las intensidades de las privaciones económicas y de salud sobrepasan el 0.5, lo que indica una profundidad extendida de la pobreza.”³³

Esta relación existente entre la pobreza de los territorios y la imposición de proyectos hidroeléctricos transnacionales, así como de proyectos de explotación de minería metálica, es un factor que no se puede obviar en el análisis del respeto, garantía y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas por parte del Estado de Guatemala, pues es evidente que estos proyectos se instalan en áreas ricas en biodiversidad, pero donde la pobreza y pobreza extrema es latente. Esto significa que el Estado debe realizar un correcto equilibrio entre la inversión privada y las obligaciones adquiridas en virtud de convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

³³ <https://www.gt.undp.org/content/guatemala/es/home/library/poverty/informes-nacionales-de-desarrollo-humano.html> (Consultado: 9 de agosto de 2021).



En el año 2015, la CIDH ya advertía en su informe de país que “la falta de procesos de consulta con las comunidades, el desconocimiento de los resultados de las consultas comunitarias auto convocadas, la falta de respeto a los planteamientos de comunidades, la falta de atención a denuncias de agresiones o amenazas, y la falta de atención o presencia de autoridades públicas requerida por las comunidades para garantizar la protección de sus miembros, han sido identificados como factores que contribuyen a generar, alimentar o agudizar los conflictos sociales.”³⁴ Es por ello, que en este apartado se busca dar aproximaciones a dos fenómenos que han tenido un impacto en los pueblos indígenas que defienden sus derechos y libertades fundamentales, principalmente el derecho a la libre determinación y consulta.

3.4.1. Uso indebido del derecho penal

El uso indebido del derecho penal es un fenómeno que ha sido objeto de estudio y constante preocupación de la CIDH, específicamente porque se suscita en el marco de la defensa de derechos humanos. Es por ello que, al definir la criminalización de personas defensoras de derechos humanos, la CIDH establece que esta consiste en “la manipulación del poder punitivo del Estado por parte de actores estatales y no estatales con el objetivo de obstaculizar labores de defensa de derechos humanos (...) la manipulación del sistema de justicia penal tiene por finalidad deslegitimar y detener la actuación del individuo que ha sido acusado, y así paralizar o debilitar sus causas.”³⁵

³⁴ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guatemala2016.pdf> (Consultado el 10 de agosto de 2021).

³⁵ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf> (Consultado: 10 de agosto de 2021).

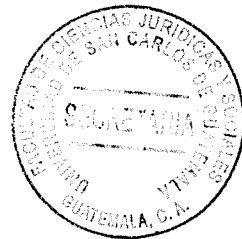


La definición anterior ilustra uno de los riesgos a los que están expuestas todas las personas que defienden derechos humanos, en este estudio, específicamente los pueblos indígenas que exigen su derecho a la libre determinación y consulta sobre proyectos que pueden afectar sus territorios.

El descontento de las empresas extractivas ante la resistencia de las comunidades indígenas a su funcionamiento, genera que líderes comunitarios o personas organizadas para exigir sus derechos, sean denunciados penalmente y de manera infundada con el único objeto de inmovilizar y desarticular sus acciones de legítima defensa de sus intereses colectivos.

Un caso que ejemplifica el uso indebido del derecho penal contra autoridades indígenas es el caso de siete autoridades ancestrales de Santa Cruz Barillas y Santa Eulalia en Huehuetenango, quienes en el año 2015 fueron capturados luego de ser denunciados por trabajadores de la empresa Hidro Santa Cruz por los delitos de plagio o secuestro, coacción, amenazas, instigación a delinquir y obstaculización a la acción penal.

Las siete personas desempeñaban roles de liderazgo comunitario, es decir, que actuaban como mediadores con otras autoridades y pueblos. El 22 de julio de 2016, dentro de la causa penal 13005-2013-00139 conexada a la causa 13005-2015-00109, el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente con competencia para asuntos de Mayor Riesgo, grupo "A" del Departamento de Guatemala, emitió por unanimidad sentencia absolutoria a favor de cinco autoridades y dos fueron



condenados por mayoría de votos. La sentencia da origen a un importante precedente, en donde los jueces reconocen la existencia del fenómeno de criminalización.

Dentro de los razonamientos que condujeron al tribunal a emitir su resolución vale la pena destacar que “Los jueces observamos con profunda preocupación, que se esté tratando de criminalizar conductas permitidas por la propia Constitución Política de la República, como lo son el derecho a la asociación, a la libre expresión del pensamiento y a protestar en forma pacífica en contra de aquellas circunstancias que no sean aceptadas, por perjudicar a la comunidad. Pues como ha quedado demostrado, no existió ningún delito. Lo que sí ha quedado demostrado es que los vecinos de Santa Eulalia, Huehuetenango, entre ellos los acusados, reconocen la necesidad de preservar sus recursos naturales, lo cual también tiene fundamento en los fines del Estado, que es preservar el bien común.”

Esta interpretación significativa que realiza el tribunal al integrar el derecho a la acusación planteada por la fiscalía, da cuenta de la forma en que opera la criminalización contra las personas que defienden sus territorios de los proyectos extractivos, partiendo de señalamientos colectivos, lo cual quebranta el carácter personalísimo del derecho penal.

Otra característica de este abuso es que se recurre a la denuncia para paralizar las acciones de defensa de los recursos naturales, no se busca previamente el diálogo o la mediación entre las comunidades afectadas y las empresas, violentando el principio fundamental de que el derecho penal debe ser la última razón, la última alternativa para resolver un problema social.



Finalmente, el tribunal sienta un precedente importante al reconocer la organización comunitaria para la defensa de los recursos naturales, de esta forma reconoce también la relación intrínseca que existe entre los pueblos indígenas y el medio ambiente, que los convoca a organizarse para ejercer su libre determinación respecto a la forma en que debe ser protegido un bien fundamental para el buen vivir de los pueblos, y estas formas de protección no deben ser ajenas al derecho, sino complementarlo.

3.4.2. Agresiones en contra de pueblos indígenas

En la misma medida en que el uso indebido del derecho penal afecta la organización comunitaria al privar de su libertad a las personas defensoras del territorio y recursos naturales, las agresiones generan temor y atentan contra la integridad física y emocional de las personas, con el objetivo de forzarlas a abandonar o detener la defensa de sus causas, así como enviar un mensaje al resto de la población sobre las implicaciones que tiene involucrarse en la defensa de derechos humanos.

La CIDH destaca que los “asesinatos y otros actos de violencia contra personas defensoras de derechos humanos tienen un efecto multiplicador que va más allá de la afectación a su persona pues, cuando la agresión es cometida en represalia a su actividad, produce un efecto amedrentador que se extiende a quienes defienden causas similares. En especial, para las comunidades indígenas, la pérdida de una persona líder o defensora podría afectar su participación efectiva en asuntos que inciden en sus

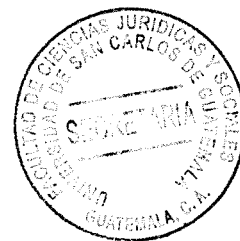


derechos, su inclusión, autodeterminación y su libre desarrollo dentro de un Estado multicultural y democrático.”³⁶

Este pronunciamiento de la CIDH se realiza en el marco de una serie de asesinatos en contra de personas defensoras del territorio de comunidades indígenas en Guatemala en el año 2020, evidenciando la falta de compromiso estatal para adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas puedan ejercer sus derechos sin interferencias que pongan en riesgo su vida, dignidad e integridad; además de la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables.

Las agresiones a pueblos indígenas en el marco de la exigencia de su derecho a la consulta, quebrantan el principio de buena fe que debe regir estos procesos, que como se hará mención más adelante, para que exista negociación y acuerdos debe realizarse en un clima libre de coacciones, hostigamiento, intimidación y cualquier acción en menoscabo de los actores principales del proceso de consulta.

³⁶ <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/215.asp> (Consultado: 20 de agosto de 2021).



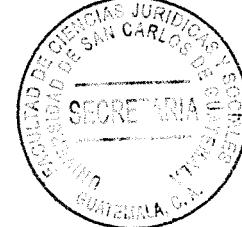
CAPÍTULO IV

4. Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad sobre el derecho de consulta en el marco de exploración y explotación de recursos naturales

La Corte de Constitucionalidad, máximo tribunal encargado de la defensa del orden constitucional, ha sentado doctrina legal relacionada al derecho de consulta de los pueblos indígenas en el marco de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales. En esta labor de interpretación, el derecho de consulta ha sido analizado en su interrelación con otros derechos humanos, para efectos de este apartado se destaca la jurisprudencia relativa a la justiciabilidad del derecho de consulta, el reconocimiento jurídico del vínculo de los pueblos indígenas con el territorio y los recursos naturales, la importancia de los estudios de impacto ambiental, los estándares desarrollados para el procedimiento de consulta, así como su carácter vinculante. Finalmente se analiza el estado de cumplimiento de las sentencias emitidas.

4.1. Justiciabilidad del derecho de consulta

La justiciabilidad del derecho de consulta debe entenderse como la activación de mecanismos de protección judicial ante la omisión de las entidades estatales competentes de garantizar el ejercicio de tal derecho, que en el contexto guatemalteco, significa la interposición de acciones constitucionales de amparo que buscan la restitución de la vulneración del derecho frente a la imposición de proyectos de



exploración o explotación de recursos naturales, sin considerar la participación de los pueblos que serán afectados.

Este concepto es considerado por la Corte de Constitucionalidad como uno de los derechos fundamentales de carácter colectivo porque obliga a los Estados a implementar e institucionalizar procedimientos de buena fe, sistemáticos y que respeten las tradiciones ancestrales de los pueblos para consensuar acuerdos sobre las medidas que se proyectan realizar. Pero también cumple con la característica de ser un derecho de prestación, que supone la actuación positiva del Estado para su real y plena vigencia.

Al respecto, en las sentencias dictadas en los expedientes 3878-2007; 1149-2012 y 3120-2016 en relación al proyecto minero de la entidad Cementos Progreso en San Juan Sacatepéquez; y de las hidroeléctricas La Vega I y Las Brisas en el departamento de Quiché, respectivamente, el máximo Tribunal Constitucional manifestó en lo relativo a la justiciabilidad de la consulta que: "Su reconocimiento se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos."³⁷

Este precedente marca un parámetro de interpretación sustancial sobre la consulta, ya que las obligaciones ya señaladas que el Estado contrae para garantizar este derecho,

³⁷ <http://138.94.255.164/Sentencias/809405.3878-2007.pdf> (Consultado: 25 de agosto de 2021)



no pueden dejar de considerar las condiciones históricas que han marginalizado a los pueblos indígenas de participar en la toma de decisiones de asuntos que les repercuten directamente.

La justiciabilidad permite equiparar esa desigualdad, pero no solamente en el ejercicio de participación, sino del poder real de influir en las decisiones, y no como un mero requisito de tramitación de licencias. Este aspecto será relevante cuando se aborde el carácter vinculante de los resultados del proceso de consulta.

4.2. Reconocimiento del vínculo de los pueblos indígenas con la tierra y los recursos naturales

En apartados anteriores se hizo referencia a la especial relación que guardan los pueblos indígenas con el medio ambiente, como uno de los criterios de aplicación e interpretación de la normativa nacional vigente en materia de exploración y explotación de recursos naturales, relación que la Corte de Constitucionalidad ha tenido presente en la emisión de sentencias relacionadas al derecho de consulta.

En las sentencias emitidas dentro de los expedientes 3753-2014, 2567-2015 y 4785-2017 que se refieren a los proyectos mineros Mina Chocoyos de la entidad Entre Mares, S.A. en el municipio de Sipacapa, San Marcos; Mina Tajumulco II de la entidad Montana Exploradora, S.A. en el municipio de Tajumulco, San Marcos; y proyecto Juan Bosco y El Escobal de la entidad Minera San Rafael, S.A. en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, respectivamente, el criterio de la Corte de Constitucionalidad ha sido reiterado al



indicar que para decidir la viabilidad de toda actividad de desarrollo que se prevea en áreas donde habitan poblaciones indígenas se debe reconocer el vínculo de los pueblos con la tierra.

Al respecto indica que es importante “distinguir y proteger la singular significación que entraña para los pueblos indígenas el vínculo con la tierra, en virtud de lo cual, debe respetarse la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de esos pueblos reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular la connotación colectiva de esa relación.”³⁸

Al hacer este reconocimiento, la Corte de Constitucionalidad destaca que los alcances de la consulta implican no solo el impacto ambiental de los proyectos, sino la incidencia que pueden tener a nivel espiritual, social y cultural de los pueblos indígenas.

Es oportuno indicar que esta concepción colectiva de la relación hace referencia a la forma de vida y de actuar en el mundo, pues la relación con el territorio no solo depende de lo que este proporciona para la subsistencia diaria, sino que es un elemento integrante de la espiritualidad y por ende de la identidad cultural.

Aunado a lo anterior, interpreta que la relación con el territorio no puede valorarse únicamente en función de la propiedad que puedan o no ostentar los pueblos sobre el área de incidencia de los proyectos de desarrollo.

³⁸ <http://138.94.255.164/Sentencias/831866.3753-2014.pdf> (Consultado: 27 de agosto de 2021).

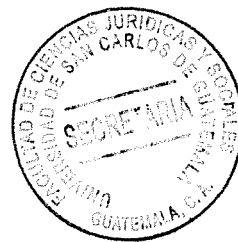


Dentro de los expedientes referidos, señala que: “para estimar a una comunidad representativa de pueblos indígenas susceptible de afectación directa por la realización de algún proyecto, operación o actividad, no es indispensable que el lugar en el que se planee instalar la infraestructura o la maquinaria requeridos para el efecto, se halle precisamente dentro de linderos de propiedad formalmente reconocida a la comunidad en referencia, porque el objeto de protección de la consulta no se circunscribe, ni se refiere principalmente, a la esfera patrimonial –en la connotación civilista de la expresión–, sino aglutina elementos de naturaleza heterogénea enraizados en la cosmovisión propia de los pueblos indígenas y en el fenómeno de marginación que han padecido.”³⁹

Esto confirma que el factor patrimonial está relacionado a condiciones de despojo histórico sobre los territorios habitados por pueblos indígenas, despojos que se producen por desplazamiento forzado, desalojos violentos, coacciones para vender las propiedades o falta de certeza jurídica sobre la propiedad colectiva del territorio, lo cual nuevamente tiene que ver con la deuda agraria del Estado hacia estas poblaciones, y de ello estriba que al analizar el derecho de consulta no pueda desligarse la relación especial con la tierra, territorio y recursos naturales.

De esta cuenta, el derecho de consulta abarca aspectos más amplios que la participación e influencia real en las decisiones, debe también prevenir el detrimento de la identidad cultural de los pueblos ubicados en el área de influencia de los proyectos y la regulación

³⁹ <http://138.94.255.164/Sentencias/831143.2567-2015.pdf> (Consultado: 27 de agosto de 2021).



de su procedimiento debe contemplar todos estos aspectos que forman ya parte del control de constitucionalidad y convencionalidad.

4.3. Alcance de los estudios de impacto ambiental sobre los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales

El Acuerdo Gubernativo 137-2016 que contiene el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, en el Artículo 3 inciso 28, brinda la definición de estudio de impacto ambiental, señalando que es un “documento técnico que permite identificar y predecir, con mayor profundidad de análisis, los efectos sobre el ambiente que ejercerá un proyecto, obra, industria o actividad que por sus características se ha considerado como de moderado y de alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental (...)”.

La definición anterior, refiere únicamente el carácter técnico del documento; sin embargo, la Corte de Constitucionalidad lo ha analizado en sus sentencias desde dos vertientes, la primera en cuanto a los aspectos relevantes del instrumento y para ello recogen los criterios definidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La segunda en cuanto a su relación con el alcance que tiene la consulta a pueblos indígenas en el marco de la exploración y explotación de recursos naturales.

Sobre los aspectos relevantes que deben considerarse para la aprobación de las evaluaciones o estudios de impacto ambiental, las sentencias emitidas en el expediente 4785-2017 y expedientes acumulados 3803-2018 y 3808-2018, que se refieren a los proyectos Juan Bosco y el Escobal de la entidad Minera San Rafael, S.A. en los



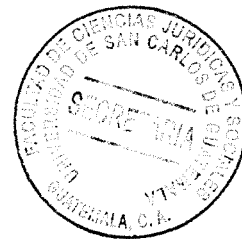
departamentos de Santa Rosa y Jalapa; y el proyecto hidroeléctrico de la entidad Alternativas de Energía Renovable, S.A. en el departamento de Jutiapa, respectivamente, la Corte puntualiza los siguientes:

- “a) debe llevarse a cabo antes de la realización de la actividad;
- b) debe ser realizado por entidades independientes bajo la supervisión del Estado;
- c) debe abarcar el impacto acumulado;
- d) debe haber participación de las personas interesadas;
- e) contenido de los estudios de impacto ambiental debe definirse en norma específica;
- f) obligación de verificar el impacto en las tradiciones y la cultura de los Pueblos Indígenas.”⁴⁰

La última literal retoma el valor que debe proporcionarse a la relación de los pueblos indígenas con su territorio, y así lo integra en su interpretación la Corte de Constitucionalidad al acoger, en observancia del control de convencionalidad, el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance que tienen las evaluaciones de impacto ambiental en el derecho de consulta.

Aunado a los expedientes ya relacionados, en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, que se refieren a las hidroeléctricas Oxec I, S.A. y Oxec II, S.A. municipio de Santa María Cahabón, departamento de Alta Verapaz, la Corte de Constitucionalidad resalta que en el caso de los proyectos a desarrollarse en territorios con presencia de

⁴⁰ <http://138.94.255.164/Sentencias/844461.3803-2018 Y 3808-2018.pdf> (Consultado: 28 de agosto de 2021).

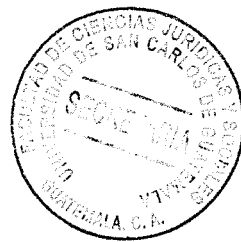


pueblos indígenas, tales instrumentos: “deben ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural (...) es necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos e indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia.”⁴¹

Por lo anterior, el objetivo de informar y consultar a las comunidades de los resultados de los estudios de evaluación ambiental les brinda la oportunidad de hacer los aportes que estimen pertinentes, incluir expertos independientes si así lo desean, y tomar una decisión más informada respecto al proyecto.

Cabe destacar que los estudios de impacto ambiental al realizarse previamente a la instalación de cualquier actividad o industria extractiva, no supone que la participación de las comunidades en los resultados, sustituye su derecho a ser consultados frente al otorgamiento de la licencia de exploración o explotación de que se trate, sino complementa esta amplia inclusión a la que tienen derecho en todas las fases que conlleva la autorización estatal de licencias, como parte de la obligación del Estado de consultarles sobre todas aquellas medidas que puedan afectarles directa o indirectamente de forma positiva, negativa o inocua. Es así que los estudios de impacto ambiental juegan un rol preponderante en la vigencia del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, pues garantizan el consentimiento libre e informado.

⁴¹ <http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017, 91-2017 y 92-2017.pdf> (Consultado: 28 de agosto de 2021).



4.4. Carácter vinculante de la consulta a pueblos indígenas

La vinculatoriedad de los resultados de la consulta ha sido abordado por la Corte de Constitucionalidad desde dos vertientes, la primera es la obligación del Estado de realizar la consulta y segundo la obligación de obedecer el resultado de la consulta, así lo deja entrever en su doctrina, especialmente en las sentencias que fueron objeto de análisis, siendo estas las emitidas en los expedientes 3878-2007; acumulados 2432-2011 y 2481-2011; acumulados 5705-2013 y 5713-2013; así como en el expediente 4785-2017.

En las sentencias referidas el máximo Tribunal Constitucional ha advertido que: “el derecho a la consulta, implica la obligación del Estado de regularlo y, además, que frente a la oposición de las poblaciones, no somete la suerte de las medidas que estén por implementarse o el comportamiento de los entes gubernamentales responsables de ello.”⁴² Es decir, que la desaprobación que pueda tener la comunidad indígena no obliga a que las entidades encargadas de tomar la decisión sobre la expedición de licencias, se basen en el resultado para autorizar o no un proyecto; pero sí tiene el Estado la obligación de realizar la consulta.

En esta línea, el máximo Tribunal Constitucional también ha indicado que, de concederse valor vinculante a los resultados de la consulta, esto equipara a conceder derecho de veto sobre las acciones realizadas dentro de las atribuciones de los organismos competentes, lo cual no es congruente con principios democráticos.

⁴² <http://138.94.255.164/Sentencias/809405.3878-2007.pdf> (Consultado: 29 de agosto de 2021).



Asimismo, establece que "los resultados que se obtengan reflejarán el parecer de una comunidad consultada sobre un tema determinado, pero que a éstos no se les puede dar carácter regulatorio o decisorio sobre materias que no sean de competencia de las autoridades convocantes o de dichas comunidades, sino que, en todo caso, deben ser el punto de partida para que la comunidad participe en los procesos establecidos en las leyes para expresar sus decisiones y oposiciones."⁴³ Dejando de esta forma nuevamente en el ente estatal encargado de autorizar los proyectos, la decisión final sobre la operatividad de los mismos.

Esta postura queda clara, en la siguiente aseveración: "corresponde al ente gubernamental encargado valorar juiciosamente las circunstancias y variables inmersas en cada caso concreto, a efecto de balancear, y de ser posible, conciliar, elementos como el desarrollo económico y la libertad de industria, con la serie de derechos de los cuales el de consulta es, como ya se apuntó, una extensión; y, si estima razonablemente justificado propiciar el avance de ese tipo de iniciativas, asegurar que con ellas se produzca el menor impacto posible en las condiciones de vida de las poblaciones afectadas."⁴⁴

En conclusión, de acuerdo a la Corte de Constitucionalidad, los resultados de la consulta no son vinculantes para el Estado, cuya única obligación será asegurar que se produzca el menor impacto posible en las condiciones de vida de las personas afectadas, de

⁴³ <http://138.94.255.164/Sentencias/821713.2432-2011 Y 2481-2011.pdf> (Consultado: 02 de septiembre de 2021).

⁴⁴ <http://138.94.255.164/Sentencias/809405.3878-2007.pdf> (Consultado: 02 de septiembre de 2021).



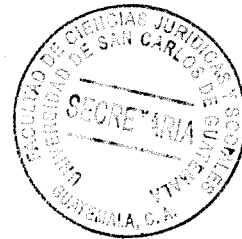
aprobarse el funcionamiento de proyectos extractivos, sin indicar el umbral de equilibrio entre derechos contrapuestos, basado en el principio de proporcionalidad.

Este criterio resulta contradictorio en la medida en que, en las sentencias, reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas para decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe a su desarrollo económico, social y cultural, su conexión con la tierra y los recursos naturales y cómo estos elementos forman parte de su identidad cultural, buscando su máxima protección. Pero ante la posibilidad de que los resultados sean desfavorables para la industria extractiva, deja la decisión final en el Estado, que no ha tenido la capacidad de resolver estas desavenencias por la vía de la buena fe, la transparencia y el diálogo respetuoso con las poblaciones indígena.

La Corte de Constitucionalidad omite además hacer explícito a qué se refiere la expresión **el menor impacto posible**, pues como se detallará más adelante, esta decisión debe justificar la necesidad y proporcionalidad y además incluir en los beneficios a los pueblos indígenas como una obligación del Estado de respetar el principio precautorio por los daños que pueda ocasionar el proyecto.

4.5. Estado del cumplimiento de sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad en relación al derecho de consulta a los pueblos indígenas en el marco de proyectos extractivos

El Ministerio de Energía y Minas ha sido nombrado como la autoridad obligada a dar cumplimiento a las sentencias en el sentido de dirigir los procesos de consulta a los



pueblos y comunidades indígenas que han sido favorecidos en las acciones de amparo para que sean restituidos sus derechos conculcados.

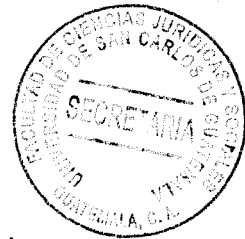
Actualmente, el Ministerio refiere que se encuentra en los procesos de pre-consulta y consulta con el Pueblo Indígena Xinca, derivado de la sentencia emitida dentro del expediente 4785-2017 que se relaciona con el proyecto minero El Escobal en el departamento de Santa Rosa; así como con el Pueblo Indígena Maya Q'eqchi', derivado de la sentencia pronunciada en el expediente 697-2019 que se relaciona con el proyecto minero Fénix en el departamento de Izabal.

El Ministerio “retomó el diálogo con el Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala (PAPXIGUA) en febrero de 2020”⁴⁵ hasta el 12 de octubre del 2021 se avanzó al tercer encuentro de pre consulta que tuvo como resultado “definir el plazo de finalización de la etapa de pre consulta (...) El MEM iniciará con las gestiones necesarias para la contratación de los profesionales que el Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala propuso como asesores para el proceso de consulta”⁴⁶.

Esto deja en cumplimiento parcial lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad, pero es un avance en la dirección y participación del proceso que servirá de punto de partida para las próximas consultas que deban realizarse en el marco del cumplimiento de

⁴⁵ <https://mem.gob.gt/pueblo-indigena-xinka/> (Consultado: 13 de octubre del 2021).

⁴⁶ <https://mem.gob.gt/blog/realizan-tercera-reunion-de-pre-consulta-para-el-proyecto-minero-escobal/> (Consultado: 13 de octubre del 2021).



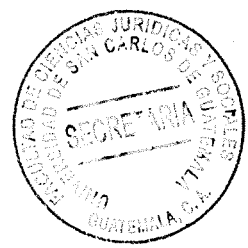
sentencias, en la medida que no existe un reglamento que prevea el desarrollo de dichos procesos.

En cuanto al proyecto minero fénix, este no ha iniciado el proceso de pre-consulta con los pueblos indígenas, a pesar de que la sentencia fue emitida el 18 de julio de 2019 y fijó un plazo para realizar el proceso de pre-consulta y consulta.

El último avance que reporta el Ministerio de Energía y Minas indica que “el 7 de junio de 2021, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN) trasladó al MEM el Informe Circunstanciado indicado en la Sentencia de referencia. Con la presentación de este informe, este ministerio inició las acciones oportunas para implementar las fases de pre consulta y consulta a los Pueblos Indígenas Mayas Q’eqchies, radicados en el área de influencia del proyecto extracción minera Fénix, conforme a las pautas indicadas por la CC.”⁴⁷(sic)

De lo anterior se establece que el atraso en el inicio del proceso de pre-consulta no permite ahondar en el análisis sobre el cumplimiento efectivo de los lineamientos indicados por la Corte de Constitucionalidad en el expediente referido, pero se suma a ser el segundo proceso que inicia bajo dirección del Ministerio de Energía y Minas. Sin embargo, son únicamente dos procesos frente a la multiplicidad de sentencias analizadas en este capítulo, en donde se ha ordenado realizar consultas a los pueblos indígenas en el marco de los proyectos mineros e hidroeléctricos.

⁴⁷ <https://mem.gob.gt/pueblo-indigena-maya-qeqchi/> (Consultado: 13 de octubre del 2021)



La Corte de Constitucionalidad, además, ha exhortado en reiteradas sentencias al Organismo Legislativo y entidades con iniciativa de ley para la proposición de normativa específica, para así superar el vacío que implica no contar con disposiciones jurídicas apropiadas.

Ante este incumplimiento que se ha dado por más de una década, en la sentencia de fecha 26 de mayo del 2017, dentro del expediente del proyecto hidroeléctrico Oxec I y Oxec II, el tribunal estableció: “en aras de evitar que continúe la omisión de desarrollar una legislación que garantice el derecho en mención, se opta por compeler a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, se produzca el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta. Para ese cometido deberá tomarse en cuenta lo apuntado por este Tribunal en cuanto a la participación coordinada, sistemática y armónica de integrantes de los pueblos indígenas en ese proceso legislativo.”⁴⁸

Desde la emisión de la sentencia del proyecto Oxec I y Oxec II han transcurrido cuatro años en que el Congreso sigue sin iniciar los procesos de consulta con los pueblos indígenas para la elaboración de una ley que contenga los lineamientos para el desarrollo de la consulta previa, libre e informada que contemple estándares internacionales en la materia.

⁴⁸ <http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017, 91-2017 y 92-2017.pdf> (Consultado: 23 de octubre de 2021).



CAPÍTULO V

5. Estándares de derecho internacional para un procedimiento apropiado de consulta previa a los pueblos indígenas en el marco de proyectos de explotación de los recursos naturales

Los organismos internacionales y otros mecanismos encargados de realizar la interpretación del alcance de las disposiciones jurídicas contenidas en los instrumentos internacionales han definido importantes lineamientos para que los Estados realicen procedimientos apropiados de consulta a los pueblos indígenas, especialmente a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Es así, que se detallan en este capítulo los estándares internacionales desarrollados por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, el Mecanismo de Expertos) y el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, el Relator Especial), a nivel del sistema universal de derechos humanos; así como los estándares definidos por el sistema interamericano de derechos humanos, a través de la CIDH y la Corte IDH.

El apartado final del capítulo, integra el análisis de los estándares para aportar directrices que debe contemplar el Estado de Guatemala para garantizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas al otorgamiento de licencias para la exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios.



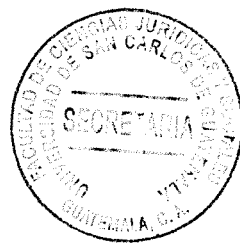
5.1. Estándares en el sistema universal de derechos humanos

Acerca del deber de los estados de realizar consultas con los pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece situaciones específicas en los Artículos 10, 11, 19, 29 y 32, en virtud de las cuales se debe obtener el consentimiento de los pueblos, estas situaciones se refieren a:

1. la aprobación y puesta en práctica de medidas legislativas o administrativas; 2. la aprobación y puesta en práctica de proyectos que afecten a tierras, territorios y otros recursos de pueblos indígenas; 3. en caso de traslado de pueblos indígenas de sus tierras o territorios; 4. almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras o territorios.

En el caso de proyectos de industrias extractivas dentro de los territorios de los pueblos indígenas, el Relator Especial refiere que “los Estados o las empresas que promueven el proyecto deberían obtener el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas interesados por una mera cuestión de buena práctica. Dicho consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social y sienta las bases para que los operadores del proyecto extractivo tengan una relación positiva con las personas más directamente afectadas, lo cual contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto.”⁴⁹ Es decir que, el diálogo e intercambio que se pueda otorgar a través de la consulta constituye una salvaguarda de los derechos colectivos de la población que será impactada por el proyecto y que da paso a la obtención del consentimiento libre, previo e informado.

⁴⁹ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf> (Consultado: 23 de octubre de 2021).



La consulta, en el escenario de proyectos extractivos, tiene como finalidad la obtención del consentimiento libre, previo e informado y esto no erige un “poder de veto” como lo han señalado actores privados e incluso los mismos Estados, como se pudo ver en el capítulo precedente respecto a la valoración que proporciona la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre el carácter vinculante de las consultas.

De acuerdo a los estándares internacionales, plantear este debate “desvirtúa el espíritu y carácter del principio de consentimiento, que trata de poner fin a los modelos históricos de adopción de decisiones en relación con los pueblos indígenas que los han excluido y amenazado su supervivencia como pueblos.”⁵⁰

Aunado a ello, si existen procedimientos apropiados para el desarrollo de la consulta, que procuren equiparar las desigualdades históricas y generar un verdadero diálogo, los acuerdos a que se pueda arribar se darán en beneficio equitativo de las partes y no de imposición de un modelo de desarrollo específico.

Ahora bien, delimitar el procedimiento apropiado de consulta conforme a los estándares internacionales, requiere el análisis individual de los elementos constitutivos del consentimiento previo, libre e informado, tarea que los organismos y mecanismos han realizado para mejor comprensión de este derecho, cabe aclarar que las interpretaciones a pesar de ser de diferentes organismos, son complementarias, o bien, tienen un desarrollo especializado en alguno de los elementos que enseguida se detallan:

⁵⁰ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/151/18/PDF/G2015118.pdf?OpenElement>
(Consultado: 24 de octubre de 2021).



a) Consentimiento

El Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas señala que “El consentimiento libre, previo e informado a que se refiere la Declaración tiene tres grandes fundamentos. En primer lugar, apunta a devolver a los pueblos indígenas el control sobre sus tierras y recursos (...) En segundo lugar, se funda en la posibilidad de que el consentimiento libre, previo e informado devuelva a los pueblos indígenas su integridad cultural, su orgullo y su autoestima (...) En tercer lugar, puede rectificar el desequilibrio de poder entre los pueblos indígenas y los Estados con miras a forjar nuevas alianzas sobre la base de derechos y del respeto mutuo entre las partes.”⁵¹

Esta descripción demuestra el carácter eminentemente colectivo de la consulta, lo que significa que ningún miembro de un pueblo indígena puede ejercitar para sí y por sí solo este derecho, y que por tanto es un proceso donde debe existir representatividad de la población impactada directa o indirectamente por el proyecto, lo que deriva en la obligación estatal de respetar las formas de organización y toma de decisiones.

Por su parte, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, indicó que para que el consentimiento sea válido debe haber cumplido “los tres criterios de haber sido libre, previo e informado y ello quede de manifiesto en una declaración expresa de acuerdo (...) Cuando dan su consentimiento, proporcionan una importante autorización social y un entorno favorable para quien opere en sus tierras, territorios y recursos o en

⁵¹ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/245/97/PDF/G1824597.pdf?OpenElement>
(Consultado: 24 de octubre de 2021).



sus alrededores.”⁵² Lo cual significa que el consentimiento no es una mera declaración a un proceso ya predeterminado por el Estado y empresa, sino que conlleva la plena participación en todas las fases para cumplir con esos requisitos.

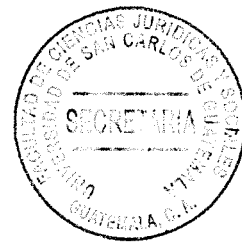
El Pacto Mundial de las Naciones Unidas, en su guía de referencia sobre la DNUPI, aconseja a sus miembros no poner en marcha un proyecto si los pueblos indígenas no han dado su consentimiento. Sin embargo, cuando el Estado decide continuar con el proyecto aún sin el consentimiento de los pueblos indígenas, debe demostrar que no se limitará ningún derecho o garantizar que las limitaciones que hayan de realizarse a sus derechos, sean válidas, necesarias y proporcionales en relación a los intereses de la población en general.

El Relator Especial advierte que “entre las finalidades públicas válidas no se encuentran los meros intereses comerciales o los objetivos de generación de ingresos, y mucho menos cuando los beneficios de las actividades extractivas tienen un destino principalmente privado.”⁵³

Esto significa que no puede llevarse a cabo en nombre del desarrollo, cuando las ganancias de la explotación son privadas y no en beneficio de la población, pues no hay un equilibrio entre la inversión privada y los derechos humanos en un escenario de imposición.

⁵² *Ibíd.* Pág. 8

⁵³ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf> (Consultado: 24 de octubre de 2021). *Op. Cit.* Pág. 12



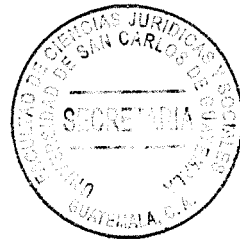
b) Libre

El término “libre” se entiende en el sentido de que deben considerarse los factores directos e indirectos que pueden obstaculizar la libre voluntad de los pueblos indígenas.

De acuerdo al Mecanismo de Expertos, para que el consentimiento sea libre debe garantizarse:

- a) entorno del proceso libre de intimidación, coacción, manipulación y hostigamiento;
- b) la relación entre las partes debe incluir confianza y buena fe, no debe haber entre las mismas sospechas, acusaciones o amenazas, criminalización, violencia contra pueblos indígenas o prejuicios en su contra;
- c) los pueblos indígenas deben ser representados en la forma en que lo requieran tradicionalmente sus propias leyes y costumbres;
- d) los pueblos indígenas deben ejercer control suficiente sobre el proceso y no sentirse obligados a participar o a seguir participando; y
- e) los pueblos indígenas tienen derecho a expresar sus expectativas y contribuir en la tarea de establecer métodos, cronogramas, plazos y evaluaciones.

Todos los elementos señalados dan lugar a la construcción de un verdadero espacio de diálogo y negociación de los actos principales en el proceso de consulta, permiten equiparar las desigualdades de poder existentes y buscar decisiones ecuanímes, sin presiones hacia la comunidad indígena o amenaza de perjuicio, de no consentir el proyecto.



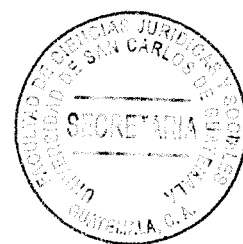
c) Previo

En lo concerniente al momento para realizar las consultas, tanto la Relatoría Especial, como el Mecanismo de Expertos, refieren que debe realizarse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones, es decir que la consulta no es un momento único, sino que abarca las diferentes etapas del proceso administrativo de concesión de licencias a las empresas privadas. El Relator Especial, es aún más contundente al señalar que las consultas no deben hacerse sólo en la fase de explotación del proyecto, sino también en la fase de exploración por los efectos que conlleva en la población, a eso se refiere el carácter previo.

El Relator Especial ha observado que “en muchos casos, se llevan a cabo actividades de exploración para una eventual extracción dentro de los territorios indígenas, y las empresas y los Estados sostienen que no están obligados a celebrar consultas para la fase de exploración y que no necesitan obtener el consentimiento, en todo caso, hasta que se otorgue una licencia para la extracción de los recursos. A juicio del Relator Especial, esa postura es sencillamente incompatible con el principio del consentimiento libre, previo e informado o con el respeto de los derechos de propiedad, culturales y de otra índole de los pueblos indígenas, habida cuenta de los efectos reales o potenciales en esos derechos cuando se realicen las actividades extractivas.”⁵⁴

Lo anterior denota que, si el Estado no somete a proceso de consulta los proyectos de

⁵⁴ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf> (Consultado: 25 de octubre de 2021). **Op. Cit.** Pág. 19.



exploración, esto dificulta el poder alcanzar algún acuerdo en la fase de explotación, pues genera desconfianza fundada en la población indígena, al no ser incluidos desde la fase inicial del proyecto, sino cuando ya las decisiones fundamentales han sido tomadas.

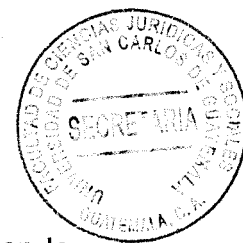
Esto además tiene relación directa con la participación que puedan tener en la aprobación de los estudios de impacto ambiental que, por su misma naturaleza de fase previa al otorgamiento de licencia, se excluye a los pueblos indígenas de poder brindar aportes que reflejen los efectos reales en el ámbito ambiental, social y cultural.

d) Informado

La característica del consentimiento informado implica que “la información debe presentarse en una forma que los pueblos indígenas puedan entender y, de ser necesario, traducida a una lengua que entiendan. La información debe incluir la índole y el tamaño del proyecto, el ritmo a que se construirá y la reversibilidad y el alcance del proyecto o la actividad que se proponga; las razones del proyecto, las zonas que serán afectadas, las evaluaciones de impacto social, ambiental y cultural; el tipo de indemnización o de participación en los beneficios y todos los posibles efectos y perjuicios de la actividad propuesta.”⁵⁵

Para que se materialice este elemento además es necesario dotar a las comunidades indígenas de las capacidades financieras y técnicas para comprender la información, esto

⁵⁵ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/245/97/PDF/G1824597.pdf?OpenElement>
(Consultado: 25 de octubre de 2021). **Op. Cit.** Pág. 7



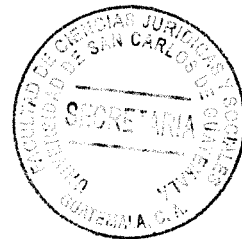
puede ser a través de la contratación de expertos de su confianza para que tengan la asesoría adecuada y con base a ello realizar observaciones, aportes y decisiones.

5.2. Estándares en el sistema interamericano de derechos humanos

El Sistema Interamericano de derechos humanos ha seguido la línea interpretativa que plantean los organismos del Sistema Universal, aplicados a casos concretos y tomando las consideraciones particulares de cada uno de ellos para profundizar en la trascendencia del derecho de consulta a pueblos indígenas, robusteciendo así las normas convencionales universales.

Un punto de reflexión tanto para la CIDH como para la Corte IDH ha sido la determinación clara de la autoridad obligada para realizar la consulta, pues múltiples han sido las denuncias recibidas por estos órganos, en que se señala que no es el Estado quien se aboca en un primer momento a las comunidades, sino las empresas privadas, con procesos de socialización y entendimiento, con carácter meramente informativo y no participativo con las comunidades.

Al respecto, la CIDH puntualiza: “la realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión. En muchos de los países (...) se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización de facto de la responsabilidad del Estado. Los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no



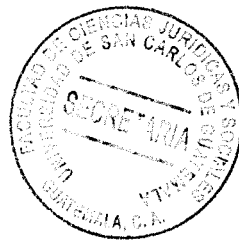
toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias. La consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes.”⁵⁶

En ese sentido, el proceso de consulta no puede ser delegado a las empresas extractivas, porque esto quebranta la buena fe de la negociación y no pone en condiciones igualitarias la posibilidad de negociación, es allí donde el Estado debe intervenir como garante del diálogo para establecer acuerdos que propendan los derechos humanos sobre los intereses económicos que puedan poner en riesgo tales derechos.

Ahora bien, en lo que corresponde a la participación de los pueblos indígenas a través de sus legítimos representantes, además de los estándares ya desarrollados en el sistema universal, el sistema interamericano ha destacado la importancia de que los procesos de consulta deben ser culturalmente adecuados en el sentido de respetar las formas tradicionales de toma de decisión de los pueblos, así como sus propias formas de representación.

Sin embargo, también reconoce que los roles de liderazgo y representación, en mayor medida siguen siendo ejercidos por los hombres. De tal cuenta, la CIDH considera que “los Estados deben de velar por garantizar la participación de las mujeres en sus procesos internos de toma de decisiones. Una forma de hacerlo, en el marco de sus sistemas

⁵⁶ <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (Consultado: 26 de octubre de 2021)



propios de toma de decisiones, es coordinar con los propios pueblos indígenas y tribales, a través de medios respetuosos de su derecho consuetudinario, para que éstos garanticen la participación de las mujeres indígenas en dichos procesos.”⁵⁷(sic)

La CIDH reconoce que el derecho consuetudinario debe ser respetado, pero a la vez este también debe evolucionar para generar más espacios de participación a las mujeres indígenas en la toma de decisiones y romper con el favorecimiento histórico de los hombres en los espacios públicos de toma de decisiones.

Respecto al deber de realizar procesos de consulta con los pueblos indígenas, la Corte IDH es del criterio que una de las circunstancias en que la obtención del consentimiento es de carácter obligatorio se refiere a las concesiones para extracción de recursos naturales, señalando en el caso Saramaka, que el consentimiento de los pueblos se requiere en la ejecución de concesiones de explotación de recursos naturales que puedan privar a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales.

Esta interpretación complementa los aportes que ya han realizado los mecanismos del sistema universal citados, reconociendo que es la magnitud del impacto de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales lo que obliga a obtener el consentimiento, y eso no solo ligado a la protección del medio ambiente, sino de la

⁵⁷ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasextractivas2016.pdf> (Consultado: 26 de octubre de 2021)

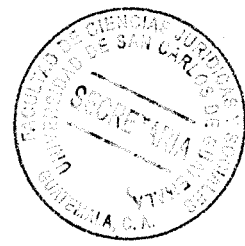


relación especial que tienen los pueblos con los recursos naturales y como esto forma parte de su identidad cultural.

Como ya se ha referido, uno de los aspectos que permite alcanzar un acuerdo como resultado de la consulta, es la garantía de que los pueblos puedan participar en los beneficios del proyecto de explotación de los recursos, ante esto, la CIDH afirma que: "La participación en los beneficios del proyecto, como derecho que corresponde a estas comunidades, va más allá de la indemnización por los daños o perjuicios causados, o de la acción benéfica. Dicha participación implica más bien un reparto equitativo de los beneficios que genera el proyecto, incluyendo los beneficios económicos, con miras a que las comunidades se conviertan realmente en partes interesadas en el desarrollo del proyecto."⁵⁸

De esto se desprende que los beneficios no pueden ser confundidos con los actos de caridad que las empresas pudieran realizar en el marco de sus políticas de responsabilidad social empresarial. Los beneficios a los que hace referencia la CIDH devienen de un compromiso estatal para que sean de cumplimiento obligatorio y no de lo que sea voluntad de la empresa proporcionar a los pueblos indígenas. Esta participación asigna entonces un rol protagónico para las comunidades, pues ellas mismas son quienes deben determinar los beneficios en función de sus necesidades y del derecho a decidir sobre sus propias prioridades.

⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 116.



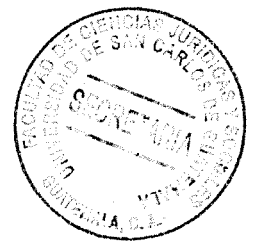
Finalmente, a nivel interamericano se sugiere a los estados dos vías de actuación, por una parte, reconoce el carácter vinculante de los resultados de la consulta a pueblos indígenas, y por otra, da la posibilidad que independientemente del resultado, si el Estado opta por continuar con el proyecto, debe proporcionar motivos razonables para su decisión.

Lo cual evoca nuevamente, la necesidad y proporcionalidad del proyecto frente a la vulneración de derechos. Aún con la decisión tomada, el Estado debe ajustar su legislación para que los pueblos indígenas puedan recurrir la decisión frente a autoridades administrativas o judiciales que la revisen, y la modifiquen o confirmen.

5.3. Directrices para un procedimiento consultivo apropiado a los pueblos indígenas en el marco de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales

En el capítulo anterior se concluyó con el estado de cumplimiento de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en materia de consulta a los pueblos indígenas, en donde únicamente dos casos están en desarrollo de etapa de pre-consulta. Es importante hacer esta relación, ya que estos procesos devienen de la acción de amparo otorgados a los pueblos indígenas xinka y maya q'eqchi para la restitución de su libre determinación y su derecho a ser consultados en el marco de proyectos extractivos.

Sin embargo, estos procesos como bien se señala, devienen del cumplimiento de sentencias, y no constituyen un proceso iniciado con anterioridad al otorgamiento de

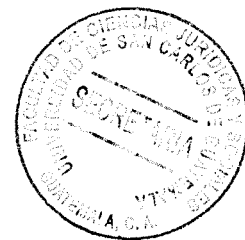


concesiones, por lo que los lineamientos que se siguen son los ordenados por la Corte de Constitucionalidad. Es por ello, que a continuación se proporcionan los principios y directrices que deben observarse en los procesos de consulta previa, libre e informada que deben desarrollarse con carácter previo al otorgamiento de licencias mineras e hidroeléctricas.

Cabe aclarar que los lineamientos que se plantean, no constituyen una propuesta de reglamento, en virtud que tal propuesta debe surgir de la participación, el diálogo y los consensos con los aportes de los propios pueblos indígenas, por lo que las directrices que se refieren a continuación únicamente contemplan las obligaciones frente al proceso de consulta que provienen de los estándares internacionales contenidos en la jurisprudencia interamericana, los estudios especializados del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, y los informes de la Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, en consonancia con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT.

5.3.1. Directrices aplicables a los sujetos de la consulta

Como se ha destacado a lo largo de la investigación, el Estado tiene una función primordial en el desarrollo del proceso de consulta, pues su dirección constituye una garantía de diálogo transparente entre la empresa y las comunidades indígenas. En ese sentido, el sujeto obligado a convocar los procesos de consulta en el marco de proyectos mineros e hidroeléctricos es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería y Dirección General de Energía, respectivamente, desde el primer

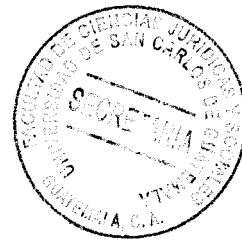


momento en que el interesado plantee la solicitud de licencias para explorar y/o explotar los recursos minerales e hídricos que por su dimensión pueden generar impactos en los pueblos indígenas que residen en el área de influencia del proyecto.

Una vez recibida la solicitud, la autoridad obligada, debe coordinar el apoyo interinstitucional para asesoría y asistencia técnica en todas las fases que dure el proceso, y como mínimo incluir a las siguientes:

1. Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, como ente encargado de la aprobación del estudio de impacto ambiental, social y cultural que debe realizarse previo al otorgamiento de licencias.
2. Universidad de San Carlos de Guatemala u otras Universidades Privadas que tengan presencia en el área de influencia del proyecto, para que nombren expertos en materia ambiental, geológica y social que contribuyan en el entendimiento de los alcances del proyecto y puedan hacer observaciones técnicas sobre los instrumentos ambientales, sociales y culturales que se analizarán previo a la toma de decisiones.
3. Procuraduría de Derechos Humanos, como entidad observadora del proceso que pueda rendir informe del respeto a los derechos humanos en el desarrollo del proceso.
4. Academia de Lenguas Mayas, como entidad de asistencia encargada de facilitar los servicios de interpretación y traducción de la información al idioma indígena del que se trate.

El listado anterior, no excluye que pueda incluirse cualquier otra entidad estatal que pueda brindar, desde sus atribuciones y *expertise*, asesoría y asistencia técnica en el



proceso. Asimismo, las Direcciones Generales de Minería y Energía, deben convocar a la entidad peticionaria de la licencia a través de su representante legal.

En la identificación de los pueblos o comunidades indígenas que confluyen en el área de influencia del proyecto, las autoridades deben convocarlas a través de sus legítimos representantes y respetando sus formas de organización y toma de decisiones, para ello es necesario identificar y reconocer de manera apropiada la cantidad de comunidades, así como de identidades indígenas en la zona para entender sus formas de vida, su relación con los recursos naturales, su cosmovisión y la forma en que podría afectarles la instalación de los proyectos.

En este punto es fundamental traer a colación que es importante que el Estado pueda alentar a los pueblos indígenas a incluir en sus instituciones representativas a mujeres, jóvenes, niños y personas con discapacidad para permitir una amplia participación y representatividad durante el proceso. Finalmente se debe alentar a los pueblos indígenas a que desde el inicio del proceso puedan consensuar sobre la forma en que tomarán la decisión colectiva.

5.3.2. Directrices en la etapa de pre-consulta

El proceso de pre consulta tendrá por objeto preparar el camino para que la consulta cumpla con todas las condiciones, mecanismos, recursos financieros y humanos que posibiliten la expresión del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas sobre el proyecto.



En este punto es de suma importancia que el proceso de pre consulta se caracterice por la buena fe, no puede existir coacción, amenaza, intimidación u hostigamiento entre las partes, fundamentalmente desde la entidad peticionaria de la licencia hacia los pueblos indígenas, que es el escenario denunciado a nivel nacional e internacional. El quebrantamiento de la buena fe, repercute en el desarrollo de todo el proceso, pues los pueblos indígenas no pueden ser forzados a concluirlo en un clima hostil.

Tomando en consideración que el acceso a la educación es un factor de desigualdad existente entre los actores que participan en el proceso, el plazo que se fije para la duración del proceso de pre-consulta debe ser razonable para que los pueblos indígenas puedan asesorarse, comprender y realizar observaciones o propuestas que estimen pertinentes. En este punto es obligación del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección correspondiente, gestionar y facilitar los recursos para la contratación de asesores expertos de confianza de los pueblos indígenas.

En la calendarización y forma de desarrollo del proceso de consulta, una de las directrices esenciales es que el proceso se prevea conforme a las costumbres de los pueblos indígenas, que en muchos casos su proceso de toma de decisiones, toma en consideración de la opinión de los niños, niñas y adolescentes para que se involucren en las decisiones que tienen que ver con su futuro.

Por lo cual, los mecanismos de información deben ser accesibles, fáciles y con términos sencillos. Todos estos acuerdos deben quedar sistematizados para que puedan estar a disposición de las partes en el proceso de diálogo posterior.



5.3.3. Directrices en la etapa de consulta

El proceso de consulta constituye la etapa más importante para hacer efectiva la autodeterminación de los pueblos indígenas, como ya se ha señalado su finalidad es la de alcanzar acuerdos entre los actores y obtener el consentimiento previo, libre e informado para la implementación de proyectos extractivos.

Un eje principal es la transparencia que debe existir desde el inicio del proceso, esta directriz implica que la información esencial, debe ser puesta a disposición de todas las partes involucradas, esto es importante sobre todo en lo que se relaciona con el resultado del estudio de impacto ambiental, social y cultural del proyecto. Ello permite que la decisión se base en información objetiva.

En el proceso de diálogo intercultural debe facilitarse la información en el idioma del pueblo o comunidad indígena, el Estado es el responsable de proporcionar traductores para el traslado de la información. Este diálogo debe basarse en temas previamente delimitados para tener un orden coherente, pero además es obligación del estado velar porque dentro del diálogo se aborde la participación de los pueblos indígenas en los beneficios del proyecto.

Los beneficios de los que deben gozar los pueblos indígenas tienen que estar vinculados a las ganancias económicas que produzca el proyecto, y no limitarse a suplir necesidades que son obligación del Estado cubrir, tales como la construcción carreteras, escuelas o servicios de salud, así como tampoco limitarse a la buena voluntad de la entidad



peticionaria de la licencia en el marco de su responsabilidad social empresarial, sino beneficios que realmente les hagan parte del desarrollo del proyecto. Estos beneficios deben ser en función de las propias necesidades y prioridades de desarrollo que los pueblos reconozcan.

Por otra parte, es importante que además de la participación en los beneficios del proyecto, el diálogo incluya la forma de reparación e indemnización por los efectos adversos que el proyecto pueda tener en las condiciones ambientales y de vida de los pueblos indígenas. Al respecto el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica que los estados no deben limitar la reparación a una indemnización pecuniaria, en la medida de lo posible, el resarcimiento debe ser en forma de tierras y territorios. El elemento de la posibilidad de causar un daño es lo que diferencia la indemnización de la participación en los beneficios, y ambos deben ser considerados en el proceso de diálogo.

El deber de acomodo, que exige flexibilidad en el acomodo de los intereses en juego, delimita el carácter vinculante de la decisión que tomen los pueblos indígenas, pues en caso de ser negativa su respuesta a la implementación del proyecto, este únicamente podrá desarrollarse cuando los beneficios del proyecto tengan un alcance superior en relación al resto de la población y no ponen en grave riesgo la subsistencia del pueblo indígena, su identidad, espiritualidad y cultura.

Por ello la decisión del órgano administrativo debe ser fundada y razonada, bajo el parámetro de proporcionalidad y necesidad. No debe admitirse el supuesto de desarrollo



económico, si las ganancias del proyecto están destinadas en mayor medida al sector privado, dejando bajos ingresos al Estado que no compensan el costo ambiental y social del proyecto.

Aun cuando en cumplimiento de su deber de acomodo y flexibilidad, el Estado continúe con la aprobación del proyecto, esta debe ser susceptible de ser impugnada para que un órgano superior revise la decisión, tanto a nivel administrativo como judicial. Esta revisión debe tener como eje de análisis los derechos de los pueblos indígenas enunciados en los instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, entre ellos sus derechos a la libre determinación y a una reparación efectiva, así como otros desarrollados por la legislación interna y las normas, costumbres y prácticas de los propios pueblos indígenas.

De alcanzarse un acuerdo entre las partes y de obtenerse el consentimiento bajo los parámetros internacionales que se han definido en este capítulo, el Estado debe velar porque existan mecanismos de seguimiento y evaluación del proyecto, que pueden consistir en reuniones periódicas para conocer los avances en la implementación del proyecto, evaluar los impactos que se está produciendo, y mejorar las condiciones del acuerdo inicial.

En la medida en que no se hagan esfuerzos desde el Estado por consultar a los pueblos indígenas sobre un reglamento que pueda regir los procesos de consulta previa, libre e informada, estas directrices contemplan los estándares internacionales y cumplimiento del control de constitucionalidad y convencionalidad deben orientar el actuar del Estado en la materia.

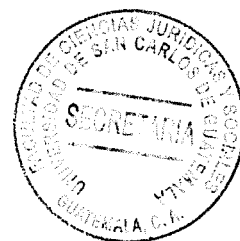


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho de consulta a pueblos indígenas en el marco de actividades de exploración y explotación de los recursos naturales ha sido constantemente vulnerado por el Estado de Guatemala al no cumplir con estándares internacionales en la materia que permitan realizar un proceso encaminado a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos o comunidades que serán directamente afectados por los proyectos extractivos. Pero también, por omisión legislativa del Congreso de la República de Guatemala a las exhortativas que la Corte de Constitucionalidad ha realizado para la regulación normativa de este derecho, en consenso con los pueblos indígenas.

El Estado como signatario de convenios y tratados internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, incorpora al bloque de constitucionalidad derechos de observancia obligatoria. Del contenido de estos instrumentos y sus múltiples interpretaciones por organismos internacionales expertos, se extraen directrices que permitirían un proceso eficaz de consulta a los pueblos indígenas.

Mientras exista omisión de regulación normativa, es obligación del Ministerio de Energía y Minas como ente encargado de la aprobación de licencias extractivas, informar, convocar, dirigir y facilitar los recursos para que, previo a la decisión administrativa, se respete la libre determinación de los pueblos indígenas sobre su propio desarrollo.





ANEXO



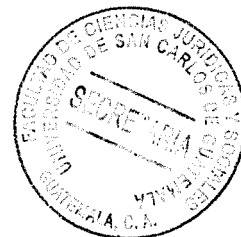


Esquema sobre criterios de la Corte de Constitucionalidad respecto al procedimiento de consulta previa a pueblos indígenas

En las sentencias de los expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013; 90-2017, 91-2017 y 92-2017; y expediente 4587-2017, la Corte de Constitucionalidad ha sido enfática en establecer la ingente necesidad de que sea emitida normativa especializada para el desarrollo de la consulta a pueblos indígenas en el marco del aprovechamiento de sus recursos naturales, así como el papel preponderante que deviene para el Ministerio de Energía y Minas como ente encargado de la emisión de las licencias respectivas.

De las sentencias anteriores, que se refieren a los proyectos de las entidades Transmisora de Energía Renovable, S.A. en el departamento de Quiché, Oxec I y Oxec II en Alta Verapaz, y Minera San Rafael, S.A. en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, respectivamente, se extraen los siguientes lineamientos comunes que la Corte ha considerado emitir ante la falta de normativa vigente que los regule, y a manera de brindar una ruta de acción a las entidades que tienen responsabilidades frente al proceso de consulta.

El esquema procedimental que plantea la Corte de Constitucionalidad, se realiza atendiendo las necesidades de cada caso concreto, es por ello que, derivado del análisis realizado a las tres sentencias referidas, se extraen los criterios comunes que proveen parámetros generales aplicables tanto a proyectos mineros como hidroeléctricos.



1. El Ministerio de Energía y Minas requiere al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales **informe circunstanciado** en el que se precisen las repercusiones ambientales del proyecto, grado de incidencia, determinación precisa del área de influencia y medidas de mitigación que se proponen en el estudio de impacto ambiental.
2. Recibido el informe circunstanciado, el Ministerio de Energía y Minas realiza **convocatoria** a fase de pre-consulta, por todos los medios de difusión y comunicación con cobertura en los municipios que abarcan el área de influencia del proyecto (en idioma castellano y el idioma maya de que se trate), a las siguientes personas e instituciones que deben delegar dos titulares y dos suplentes:
 - 2.1. Concejo municipal de los municipios que conforman el área de influencia del proyecto;
 - 2.2. Comunidades indígenas que se ubican en el área de influencia del proyecto, por medio del CODEDE, la designación de sus representantes deberá realizarse conforme a sus propias costumbres, instituciones y tradiciones;
 - 2.3. El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, por estar directamente involucrado en la autorización del estudio de impacto ambiental;
 - 2.4. Ministerio de Cultura y Deportes, para que basado en criterios técnicos, pueda vigilar el cumplimiento de la pertinencia cultural de la consulta;
 - 2.5. A la Junta Directiva de la comunidad lingüística de que se trate, a través de la Academia de Lenguas Mayas, con el único objetivo de asegurar la traducción a los mayahablantes.
 - 2.6. COCODES presentes en los municipios del área de influencia;



2.7. Persona jurídica titular de los derechos mineros o de instalación de las centrales generadoras hidroeléctricas.

2.8. Procuraduría de los Derechos Humanos, cuya función es observar el respeto de los derechos humanos en todo el proceso y mediar en caso de desavenencias.

2.9. Ministerio de Energía y Minas, que también podrá mediar entre los convocados.

2.10. USAC y Universidades privadas que conforman el CODEDE en el área de influencia del proyecto.

2.11. Comisión Presidencial de Diálogo.

3. Los sujetos convocados se acreditarán debidamente ante el Ministerio de Energía y Minas, posteriormente llevan a cabo **etapa de pre-consulta** que tiene como objetivo:

3.1. Fijar plazo de duración de la etapa de pre-consulta

3.2. Las personas, según su ámbito de competencia, proporcionan información objetiva, accesible, veraz y pertinente sobre los efectos del proyecto. El pueblo indígena puede designar expertos de su confianza para analizar la información que se les traslada.

3.3. Se proponen y definen los mecanismos a través de los cuales se desarrollará el proceso de consulta. La Corte sugiere que en este punto se tenga en consideración como mínimo, lo siguiente:

a) Propiciar la buena fe y la búsqueda propositiva de consensos y acuerdos entre los actores principales del proceso, es decir, el pueblo indígena, el Ministerio de Energía y Minas y la entidad titular del derecho minero o de la central generadora de energía hidroeléctrica.



- b) Medios eficaces para transmitir la información de forma accesible, tanto del proyecto extractivo como de la identidad cultural de la población, es decir, información recíproca y pertinente entre los actores principales.
- c) Mecanismos de solución de las desavenencias que puedan presentarse entre quienes intervienen en el desarrollo de la consulta.
- d) Calendarización del proceso de consulta, en ella debe indicarse la oportunidad de pronunciamiento que tendrán los actores principales del proceso, la materialización de preacuerdos y la sistematización de los consensos arribados, así como del seguimiento para cumplirlos.

4. **Procedimiento de consulta**, en el cual los actores principales del proceso dialogarán a fin de arribar a acuerdos a través del consenso, por medio de sus respectivos representantes. Únicamente podrían intervenir como mediadores quienes fueron convocados en esa calidad, los demás miembros podrán opinar, pero sus pronunciamientos no serán vinculantes para los actores principales.

- 4.1. En el caso de arribar a un **acuerdo** las autoridades gubernativas y municipales competentes deben definir y autorizar, las formas y requisitos que garanticen su cumplimiento.



BIBLIOGRAFÍA

- BERRAONDO LÓPEZ, Mikel. **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: (s.e), 2006.
- CASTAÑEDA, Mireya. **Derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional**. 1ª ed., México: Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- COLMENARES OLÍVER, Ricardo. **Derecho de los pueblos indígenas en el sistema interamericano, cuestiones jurídicas**, vol. IX, núm. 2. Venezuela: (s.e), 2015.
- COLOR VARGAS, Marycarmen. **Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos**. 1ª ed., México: (s.e), 2013.
- GONZÁLEZ, ORTIZ-T Y BURGUETE. **La autonomía a debate: autogobierno indígena y estado plurinacional en América Latina**. 1ª ed., Ecuador: (s.e), 2010.
- <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf> (Consultado: 23 de octubre de 2021).
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf> (Consultado: 07 de julio de 2021).
- http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf (Consultado: 09 de julio de 2021).
- <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf> (Consultado: 31 de julio de 2021).
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec _ 250 _esp.pdf (Consultado: 06 de agosto de 2021).
- [https:// documents – dd sny .Un.o r g / d o c / U N D O C / G E N / G 2 0 / 1 5 1 / 1 8 / P D F / G 2 0 1 5 1 1 8 . pdf?OpenElement](https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/151/18/PDF/G2015118.pdf?OpenElement) (Consultado: 24 de octubre de 2021).
- [https:// documents-dds-ny.un.org/doc/ UNDOC/ GEN/ G18/ 245/ 97/ PDF/ G1824597. pdf? Open Element](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/245/97/PDF/G1824597.pdf?OpenElement) (Consultado: 24 de octubre de 2021).



<https://www.gt.undp.org/content/guatemala/es/home/library/poverty/informes-nacionales-de-desarrollo-humano.html> (Consultado: 9 de agosto de 2021).

https://mem.gob.gt/wp-content/uploads/2021/03/1._-Listado-de-Hidroelectricas-Mayores-a-5-MW.pdf (Consultado: 08 de agosto de 2021).

<https://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2019/01/Pol%C3%ADtica-Minera-Institucional.pdf> (Consultado: 14 de agosto de 2021).

<https://mem.gob.gt/que-hacemos/area-mineria/catastro-minero/derechos-mineros-otorgados-por-depto/> (Consultado: 14 de agosto de 2021).

<https://mem.gob.gt/pueblo-indigena-xinka/> (Consultado: 13 de octubre del 2021).

<https://mem.gob.gt/blog/realizan-tercera-reunion-de-pre-consulta-para-el-proyecto-minero-escobal/> (Consultado: 13 de octubre del 2021).

<https://mem.gob.gt/pueblo-indigena-maya-qeqchi/> (Consultado: 13 de octubre del 2021).

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf (Consultado: 30 de julio de 2021).

https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (Consultado: 25 de julio de 2021).

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/pueblos_indigenas_publicaciones_Los%20Derechos%20de%20los%20Pueblos%20Indigenas_s.pdf (Consultado: 30 de julio de 2021).

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guatemala2016.pdf> (Consultado el 10 de agosto de 2021).

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf> (Consultado: 10 de agosto de 2021).



<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/215.asp> (Consultado: 20 de agosto del 2021).

<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (Consultado: 26 de octubre de 2021).

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasextractivas2016.pdf> (Consultado: 26 de octubre de 2021).

https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2011/08/el_otro_derecho_40_-consulta-previa.pdf (Consultado: 25 de junio de 2021).

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/RES/2000/22&Lang=S (Consultado: 30 de julio de 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf> (Consultado: 27 de junio de 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/812394.3846-2007.pdf> (Consultado: 31 de julio del 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/809405.3878-2007.pdf> (Consultado: 25 de agosto de 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/831866.3753-2014.pdf> (Consultado: 27 de agosto de 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/831143.2567-2015.pdf> (Consultado: 27 de agosto de 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/844461.3803-2018 Y 3808-2018.pdf> (Consultado: 28 de agosto de 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017, 91-2017 y 92-2017.pdf> (Consultado: 28 de agosto de 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/809405.3878-2007.pdf> (Consultado: 29 de agosto de 2021).



[http://138.94.255.164/Sentencias/821713.2432-2011 Y 2481-2011.pdf](http://138.94.255.164/Sentencias/821713.2432-2011_Y_2481-2011.pdf) (Consultado: 02 de septiembre de 2021).

<http://138.94.255.164/Sentencias/809405.3878-2007.pdf> (Consultado: 02 de septiembre de 2021).

[http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017, 91-2017 y 92-2017.pdf](http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017,_91-2017_y_92-2017.pdf) (Consultado: 23 de octubre de 2021).

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas.** San José, Costa Rica: Ed. Imprenta y Litografía Versailles, S.A., 2016.

RICHTER, Marcelo Pablo. **Diccionario de derecho constitucional.** 2ª ed., Guatemala: (s.e), 2009.

RUIZ CERVANTES, Silvia Gabriela. **El derecho es el consentimiento, la consulta un procedimiento: reflexiones desde América Latina sobre el derecho a la consulta.** (s.l.i), 2015.

Legislación:

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

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

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993.



Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2007.

Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 2016.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, 1945.

Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas. Gobierno de Guatemala y Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, 1996.

Ley General de Electricidad. Decreto 93-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996

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

Ley de los consejos de desarrollo urbano y rural. Decreto 11-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

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

Reglamento de la ley general de electricidad. Acuerdo Gubernativo 256-97 del Presidente de la República de Guatemala, 1997.

Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental. Acuerdo Gubernativo 137-2016 del Presidente de la República de Guatemala, 2016.