



Sistematización del proceso de implementación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Guatemala

Lucía Inés Xiloj Cuin

Ciudad de Guatemala



Sistematización del proceso de implementación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Guatemala

Autora: Lucía Inés Xiloj Cuin



Consultoría:

“Sistematización del proceso de implementación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Guatemala”

Proyecto:

“Apoyo y protección a defensores de derechos humanos trabajando en conflictos de tierra y recursos naturales en áreas rurales de Honduras y Guatemala”

Autora:

Lucía Inés Xiloj Cuin

Revisión:

Susana Gauster
Rosario Martínez
Johanna Van Strien
Carlos Lacán

Fotografía portada:

Delmi Arriaza
Consulta Santa Cruz. El Quiche.

Tiraje 3,500 ejemplares

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA

El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de Unión Europea.

ÍNDICE

Acrónimos	4
I. Introducción	5
II. Marco contextual de la consulta y el consentimiento	8
III. Marco jurídico nacional e internacional sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.....	12
3.1 Normativa nacional	12
3.2 Normativa internacional	16
IV. Modalidades de la consulta en Guatemala y el ejercicio de este derecho	22
4.1 La consulta como un valor de los pueblos indígenas	22
4.2 Consultas comunitarias de buena fe o autoconsultas	23
4.3 Consultas municipales	25
V. Análisis de la doctrina legal y jurisprudencial en el ámbito nacional sobre la consulta a pueblos indígenas, en el Sistema Interamericano, y en otros países	32
5.1 Doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad	32
5.2 Jurisprudencia del Sistema Interamericano	46
5.3 Experiencias sobre la implementación del derecho a la consulta en otros países (Legislación y jurisprudencia).....	48
5.3.1 Colombia	48
5.3.2 Perú	55
5.3.3 México	60
VI. Condiciones y lineamientos mínimos para implementar el derecho de consulta y consentimiento a pueblos indígenas en Guatemala	64
6.1 Condiciones mínimas para implementar el derecho a la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas en Guatemala	70
6.2 Lineamientos mínimos para implementar el derecho a la consulta y el consentimiento	71
VII. Bibliografía.....	74
Referencias documentales	74
Referencias electrónicas	74
Legislación	76
Expedientes judiciales consultados.....	77
VIII. Anexos.....	79

ACRÓNIMOS

CAAAP	Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica
CC	Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CLPI	Consentimiento libre, previo e informado
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPO	Consejo del Pueblo Maya de Occidente
DCP	Dirección de Consulta Previa
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
DPLF	<i>Due Process of Law Foundation</i>
MARN	Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales
MEM	Ministerio de Energía y Minas
OIT	Organización Internacional del Trabajo

I. INTRODUCCIÓN

Desde 1997 está vigente en Guatemala el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, cuya piedra angular es el derecho a la consulta, puesto que permite que los pueblos indígenas puedan realmente participar en las decisiones que les afecten, principalmente en la adopción de medidas administrativas y legislativas.

Igualmente durante 1996 y 1997 se adoptaron leyes por parte del Congreso de la República de Guatemala que permiten el aprovechamiento y explotación de bienes naturales y minerales.

En ese marco, se inició la autorización de proyectos mineros e hidroeléctricos en territorios donde habitan pueblos indígenas, sin que estos obtuvieran información acerca de dichos proyectos, o se les consultara sobre los mismos.

Ante esta situación se activaron diversos mecanismos para hacer ver que los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta previa, libre e informada. Por el incumplimiento del Estado de su obligación de consultar, los pueblos se organizaron y desde el 2005 han llevado a cabo procesos de consultas municipales y consultas comunitarias de buena fe, también denominadas autoconsultas. Además se han presentado acciones legales, principalmente por la vía constitucional para hacer ver la vulneración del derecho a la consulta por parte de los funcionarios públicos.

El resultado ha sido la emisión de más de 20 sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad, en las cuales se denota una interpretación progresiva del derecho a la consulta, que va desde su reconocimiento como un derecho fundamental de carácter colectivo, que en sentencias anteriores fue negado como tal; pasando porque el derecho de consulta debe realizarse con carácter previo. También se ha establecido que este derecho no se agota con la mera información; debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; y que la consulta debe ser sistemática y transparente; hasta dar algunos lineamientos generales que pueden tomarse en cuenta al momento de implementar este derecho.

Con el objeto de contar con un documento que sirva de base para la discusión sobre la manera en la cual puede llevarse a cabo la implementación del derecho a la consulta, se elaboró este estudio, en donde se aborda la consulta como el derecho que tienen los pueblos indígenas para ser consultados por parte del Estado, haciendo referencia al Consentimiento Libre, Previo e Informado (en adelante CLPI) como otro derecho para hacer efectiva la consulta sobre todas aquellas leyes, proyectos, estrategias u

obras que afecten sus territorios y sus vidas, pero que están íntimamente relacionados.

Esto porque de acuerdo con el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (en adelante DNUDPI), el objeto de la consulta con los pueblos indígenas es obtener su acuerdo o consentimiento.

La primera parte del estudio consiste en la descripción del contexto actual en el que se autorizan las licencias para proyectos de exploración y explotación de bienes naturales y minerales y a su vez cómo se está exigiendo el cumplimiento de este derecho.

En el tercer capítulo se hace referencia a la normativa nacional e internacional vigente dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco que reconoce distintas formas de participación pública en el ámbito nacional y en temas generales; recoge también formas de participación ciudadana más locales, como las consultas municipales y las consultas a pueblos indígenas. Especialmente, se hace énfasis en la inserción del Convenio 169 de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad y por tanto susceptible de que cualquier ley ordinaria o reglamento pueda ser revisada en cuanto a su constitucionalidad en relación al contenido de este Convenio.

En el cuarto capítulo, se detallan las modalidades de consulta que se han llevado a cabo en Guatemala, y se hace un análisis sobre su legitimidad y sus efectos. En este capítulo se hace referencia a la consulta municipal a solicitud de los vecinos, la cual ha sido objeto de análisis por parte de la Corte de Constitucionalidad, y en las últimas sentencias ha indicado que las mismas son legítimas y que para su efectivo cumplimiento: a) El Concejo municipal dentro de sus competencias deberá emitir las disposiciones necesarias para hacer valer la voluntad de los consultados, b) La autoridad nacional deberá tomarlos en cuenta y en este caso deberá considerar los impactos que pueda ocasionar en la vida de los habitantes de la circunscripción municipal. Se concluye que esta modalidad de consultas tiene su propio ordenamiento jurídico y procedimiento aplicable.

En relación a las consultas comunitarias de buena fe o autoconsultas, estas han sido las que mayormente se han realizado en distintos puntos del país. Han servido para fortalecer políticamente a las comunidades que las han impulsado, y aunque no oficialmente, han logrado detener el inicio de algunos proyectos mineros. La Corte de Constitucionalidad ha indicado que es un ejercicio legítimo pero ha indicado expresamente que no son vinculantes para la autoridad nacional. En algunas sentencias ha señalado que los resultados deben trasladarse a la entidad que debe tomar la decisión de la autorización del proyecto para que los tome en cuenta, por lo que existe una obligación del funcionario de indicar cómo tomará o no en consideración estos resultados y el por qué de dicha decisión.

En el quinto capítulo se estudian las sentencias que han sentado doctrina legal en Guatemala; así como la jurisprudencia del Sistema Interamericano y las experiencias de otros países, tales como Colombia, Perú y México. Este puede considerarse el punto fundamental del estudio, ya que recopila todos aquellos procedimientos que se han implementado en otros países o los que las distintas cortes de constitucionalidad han sugerido que deben llevarse a cabo para darle cumplimiento al derecho a la consulta previa. En este capítulo también se resalta que en todas las experiencias analizadas, todas tienen una institucionalidad encargada directamente de implementar la consulta previa.

Con los insumos obtenidos en los capítulos anteriores, en el último se plantean cuáles serían las condiciones mínimas que deben darse para implementar el derecho a la consulta. Asimismo se proponen, a manera de sugerencia, algunos lineamientos mínimos y generales que deberían observarse durante la realización de la consulta a pueblos indígenas, los cuales pueden estar contenidas en una ley, un reglamento, un protocolo o cualquier otra disposición que pueda adoptarse, con el fin de tener directrices claras para que los funcionarios cumplan con esta obligación. Como condición fundamental se propone que desde las etapas más tempranas o incluso desde la constitución del documento por el cual se pretenda desarrollar un "procedimiento" general para llevar adelante la consulta previa, debe contar con la participación y consentimiento de los pueblos indígenas. Es decir, que debe haber un proceso previo de consulta sobre cómo debe implementarse esta ya sea en casos concretos o como disposición general.

II. MARCO CONTEXTUAL DE LA CONSULTA Y EL CONSENTIMIENTO

Durante la negociación de la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera y posterior a la misma se adoptaron cambios en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Resaltan la ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169) de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y la adopción de nuevas leyes ordinarias tales como la Ley General de Electricidad¹ y la Ley de Minería.²

En ese marco se inició el otorgamiento de licencias de reconocimiento, exploración y explotación de minerales, especialmente metálicos³, sin que la población conociera de dichos proyectos. La misma situación se dio en relación con la instalación de hidroeléctricas en todo el territorio de la República.

En respuesta a esta falta de información e inclusión de las comunidades, han surgido varios movimientos de defensa de derechos individuales y colectivos de pueblos indígenas, que han tenido varios mecanismos: manifestaciones, ejercicio de derechos ancestrales como la consulta y acciones legales en contra de las decisiones administrativas por medio de las cuales se han autorizado distintos proyectos que tienen como objeto la explotación de bienes naturales y minerales.

Estas acciones se han fundamentado, como ya se mencionó, por la falta de participación de las comunidades al momento de otorgar las licencias. Es decir, por la imposición y otorgamiento ilegal de las autorizaciones de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios.⁴ El derecho a la consulta precisamente, permite que a los pueblos se les escuche de manera directa en los procesos que pretenden aprobar proyectos que el Estado ha calificado como de desarrollo y que sean estos quienes decidan, con base en la información previa, el diálogo, etc, que decidan si están de acuerdo con el proyecto o no.⁵

Hasta el 1 de febrero de 2016, el Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM) reporta que se encuentran vigentes 343 licencias, de las cuales 46 corresponden a exploración y 35 a explotación de minerales metálicos. En

1 Decreto 93-96 del Congreso de la República de Guatemala.

2 Decreto 48-97 del Congreso de la República de Guatemala.

3 Se hace énfasis en la minería metálica puesto que de acuerdo con la información recabada es la que más preocupa a las comunidades y porque es la que más daños causa debido a la forma en que se realizan los trabajos de exploración y explotación.

4 La ilegalidad del otorgamiento de las licencias ha sido ya declarada por varias sentencias de la Corte de Constitucionalidad, que ha indicado que el Ministerio de Energía y Minas ha otorgado licencias violando el derecho a la consulta. Ver: Tabla 1A y Tabla 2A de Anexos de este documento.

5 La Comisión de Expertos de la OIT ha señalado que el derecho a la consulta es la piedra angular del Convenio 169. Ver: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_205230.pdf, Consultada el 13/07/2016.

cuanto a solicitudes en trámite hay 611 en total. De éstas 291 de exploración y 24 de explotación de minería metálica.⁶ En cuanto a las hidroeléctricas, actualmente hay 24 en operación, 17 en construcción, 17 autorizadas cuya construcción no ha iniciado, y 9 en trámite de autorización.⁷ La característica común de estas autorizaciones es la falta de consulta.

Las acciones iniciadas por distintas comunidades han traído como consecuencia que se retome la necesidad de contar con un marco jurídico para la implementación de la consulta. De acuerdo con la Fundación del Debido Proceso Legal (en adelante DPLF por sus siglas en inglés) en años recientes, se han presentado ciertos cambios favorables al desarrollo del derecho a la consulta en la región.

*Según DPLF, “En la gran mayoría de los países de América Latina se ha creado mayor conciencia en los actores políticos y sociales relevantes, sobre la obligatoriedad y necesidad de implementar mecanismos de consulta previa para los pueblos indígenas y tribales, y se han adoptado ciertas acciones dirigidas a este fin. Esto es resultado de un conjunto de factores, entre los que destacan las numerosas luchas por la defensa de sus derechos emprendidas por pueblos, comunidades y organizaciones indígenas frente a proyectos extractivos, la actuación de organizaciones de la sociedad civil, y pronunciamientos de órganos de administración de justicia que han jugado un rol clave en cada realidad nacional. Ello nos coloca en un escenario en que, a diferencia de años atrás, no se cuestiona si deben ponerse en marcha mecanismos para implementar el derecho a la consulta, sino que el debate principal se centra hoy en día en cómo llevarlos a cabo”.*⁸

Por su parte el Sistema Interamericano a través de la CIDH señala que “[a] nivel de la región, se han dado importantes avances en materia de aplicación e implementación del derecho a la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas en las Américas. No obstante, la Comisión [CIDH] considera que la implementación efectiva del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales sigue siendo una tarea incompleta en la mayor parte de los Estados del continente. De un lado, con relación a aquellos países donde se ha adoptado un cuerpo jurídico específico, como es el caso de Perú, Chile o Bolivia –en materia de hidrocarburos–, la Comisión ha sido informada sobre preocupaciones vinculadas a aspectos sustantivos de las normas, al considerarse más restrictivas que los estándares internacionales. Igualmente, la CIDH ha recibido información según la cual varios de los procesos de elaboración y/o aprobación de dichas normas han sido cuestionados por las organizaciones de pueblos indígenas y tribales al considerar que se llevaron a cabo de modo incompatible con sus

6 www.mem.gob.gt/mineria/estadisticas-mineras/licencias-vigentes-y-solicitudes-en-tramite/, Consultada el 26 de mayo de 2016.

7 Datos obtenidos a través de información pública, la cual fue dada a conocer mediante correo electrónico de fecha 30 de mayo de 2016.

8 DPLF, Washington, D.C. 2015. Derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en América Latina Avances y Desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Pág. v.

derechos e intereses al no encontrarse suficientemente representados o al carecer de capacidad de decisión sobre aspectos centrales". De ahí la importancia de implementar una consulta sobre cómo debe llevarse la consulta, lo que se conoce como "la consulta sobre la consulta".⁹

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del 2015¹⁰, la Comisión toma nota de que lo que la Corte de Constitucionalidad ha resuelto es de obligado cumplimiento para el poder público y los órganos del Estado. La Comisión espera que se desarrolle en el país un diálogo constructivo para establecer un mecanismo apropiado de consulta y participación.

La Comisión pidió al Gobierno de Guatemala que continúe informando sobre los resultados alcanzados, con la participación de las entidades representativas de los pueblos indígenas, para regular la consulta previa por medios idóneos. También reiteró su interés por conocer las medidas efectivamente adoptadas para alinear la Ley de Minería y otra legislación pertinente, en particular la Ley General de Electricidad, con los requerimientos de la consulta previa y la participación en los beneficios que establece el Convenio.¹¹

Otro aspecto a mencionar es que las empresas interesadas en estos proyectos, también están exigiendo que se adopte una regulación específica sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, según ellos *"para no atentar contra la certeza jurídica que requieren los inversionistas"*.¹²

En el mismo sentido, Rudolf Jacobs, del Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (en adelante CACIF), enfatiza la necesidad de que el Ejecutivo emita un reglamento: *"Han pasado 20 años desde que el país ratificó el Convenio 169 y la aprobación de una normativa sigue pendiente. Esto ha dado lugar a que grupos que viven del caos difundan la idea de que la consulta es una votación. Es urgente establecer reglas para que haya certeza jurídica"*.¹³

La directora ejecutiva de la Asociación de Generadores con Energía Renovable (en adelante AGER), dice que la consulta no es sinónimo de sufragio: *"La consulta de la OIT no es lo mismo que una consulta popular."*

9 CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.L, 2015. Pág. 11

10 OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra 2015. Ver: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_343026.pdf, Consultada el 11/07/2016

11 Ver: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_343026.pdf, Consultada el 11/07/2016

12 Ver: <http://www.dca.gob.gt/index.php/categoryblog-2/item/43973-cacif-pide-regular-el-convenio-169>, Consultada el 27 de mayo de 2016

13 Ver: <http://contrapoder.com.gt/2016/06/09/la-batalla-contra-las-hidroelectricas-y-minas/>, Consultada el 11/07/2016.

*Es un diálogo de buena fe en el que el Estado atiende las necesidades, quejas y temores de las comunidades”.*¹⁴

El abogado Cristian Otzín de la Asociación de Abogados Mayas, indica que; *“Sería un retroceso reglamentar por una vía ordinaria [la consulta]. Primero porque la consulta no es un procedimiento, sino un derecho sustantivo. Si se reglamenta se disminuye el valor. Como Asociación de Abogados Mayas, estamos en contra de la reglamentación de la consulta”.*¹⁵

Igualmente el Movimiento de Mujeres Indígenas Tz’ununija’, señala que: *“No se debe regular, se deben respetar las decisiones comunales. La ley de consulta pone en peligro la autonomía de las comunidades”.*¹⁶

Por su parte el MEM ha empezado a implementar las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad, y ha emitido resoluciones administrativas en donde ha suspendido las autorizaciones de licencias de exploración y explotación minera.¹⁷

Para el abogado Udiel Miranda del Consejo del Pueblo Maya de Occidente (en adelante CPO): *“Las autoconsultas realizadas deben respetarse. Que al momento de aprobarse una ley, estas deben quedar intactas porque fue el Estado quien incumplió con su obligación nacional e internacional de consultar. Además resalta que los amparos que fueron declarados con lugar, por haberse omitido la consulta al momento de autorizar proyectos y en las cuales se ordena llevarlas a cabo no deben ejecutarse, ya que las autoconsultas fueron realizadas, y únicamente queda respetar la decisión de las comunidades”.*¹⁸

Este es el contexto guatemalteco, en donde han habido numerosos ejercicios para exigir el cumplimiento de la consulta a pueblos indígenas y que ya no es una discusión si este derecho existe o no, si debe reconocerse o no. La discusión gira en torno a cómo se va a llevar a cabo el cumplimiento de este derecho.¹⁹

14 Ibidem.

15 Entrevista contenida en OXFAM, 2016: Insumos para abordar el Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas. Documento interno.

16 Entrevista contenida en OXFAM, 2016, op.cit., de acuerdo a lo consignado en el documento, fueron entrevistadas cinco mujeres que decidieron ser identificadas como organización.

17 Con fecha 27 de mayo de 2016, la Dirección General de Minería extendió resolución número 207, la cual hace constar la ANULACIÓN DEFINITIVA de la licencia de exploración minera denominada “Tajumulco II” ubicada en el municipio de Tajumulco, departamento de San Marcos. Ver: <https://drive.google.com/file/d/0B31fn6LtBsbMeEp3VjI2LVdYZWM/view>, consultada el 12/06/2016.

18 Entrevista realizada el 29/05/2016.

19 Hay que aclarar que existen iniciativas de ley en el Congreso de la República, que pretenden desarrollar el derecho a la consulta, así como propuestas concretas de los pueblos indígenas hacia los instrumentos que ha pretendido aprobar el gobierno de Guatemala, específicamente a la pretensión de adoptar un Protocolo sobre el Derecho a la Consulta. Sin embargo, se privilegió el análisis de sentencias nacionales e internacionales y experiencias comparadas, en virtud que las sentencias emitidas son de cumplimiento obligatorio y estas deben implementarse para que las autoridades no incurran en responsabilidades. Además porque dichas sentencias dan lineamiento de cómo deben llevarse a cabo las consultas en casos concretos.

III. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el presente capítulo se analiza brevemente cómo el ordenamiento jurídico guatemalteco regula el derecho de participación, y consulta, con el objeto de determinar cuáles son los mecanismos o vacíos que existen para el ejercicio pleno del derecho a la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas en Guatemala.

3.1 NORMATIVA NACIONAL

En la **Constitución Política de la República de Guatemala** se reconoce como mecanismo de participación democrática directa la figura del referéndum, que consiste en la votación sobre una cuestión legislativa o constitucional. Es la manifestación de acuerdo o desacuerdo por parte del electorado de una nación, sobre decisiones respecto de asuntos públicos relevantes para toda la sociedad, a propuesta de los órganos legislativos.

El ejercicio del referéndum puede resultar en la adopción de una nueva constitución, en una enmienda constitucional, en una ley, en revocar el mandato de una autoridad electa o simplemente en el cambio de una política de gobierno.

La Constitución Política de la República de Guatemala señala cuándo procede una consulta a los ciudadanos guatemaltecos en su artículo 173, que literalmente establece que: *“Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos. La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. La ley constitucional electoral regulará lo relativo a esta institución”*. Esto es lo que se denomina consulta popular.

La Corte de Constitucionalidad, al analizar la regulación de la consulta popular a través del expediente No. 931-95, determinó: *“la consulta popular denominada por la doctrina “Referéndum Consultivo”, significa las funciones de sufragio y ejercicio del voto en virtud del cual el pueblo, mediante el cuerpo electoral, decide en última instancia resoluciones que*

*le afectan en forma directa...*²⁰ La Corte de Constitucionalidad también hace referencia a la información previa como requisito para la consulta señalando: *“La Consulta requiere de la previa, suficiente y comprensiva información que debe darse a la población, para que concurra al acto electoral con pleno conocimiento de su propósito”*.

En cuanto al reconocimiento de derechos de pueblos indígenas, el artículo 66 constitucional, señala que *“Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social [...]”* En este caso, se incluye el respeto de las formas en las cuales los pueblos toman sus decisiones.

De la regulación contenida en la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece que cuando haya decisiones generales de importancia, se debe escuchar al pueblo, quien es el soberano y debe tener la última palabra en dichas situaciones y en circunstancias específicas los pueblos indígenas tienen derecho que además se respeten sus formas propias de tomar decisiones.

El **Código Municipal**,²¹ fue emitido dentro de un paquete de leyes relativas a la descentralización del poder público, que fueron parte de los compromisos asumidos en los Acuerdos de Paz; y a pesar de sus limitaciones ha constituido un avance significativo en el sistema legislativo guatemalteco y en el empoderamiento de la población a nivel local.

En el artículo 2 regula la naturaleza del municipio como: *“El municipio es la unidad básica de la organización territorial del Estado y espacio inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos.[...]Se caracteriza por sus relaciones permanentes de vecindad, multiculturalidad, pluriculturalidad y multilingüismo organizado para realizar el bien común de todos los habitantes de su distrito”*.

El artículo 3, sobre la autonomía municipal, afirma que *“En el ejercicio de la autonomía que la Constitución de la República garantiza al municipio, éste elige a sus autoridades y ejerce, por medio de ellas, el gobierno y la administración de sus intereses, obtiene y dispone de sus recursos,*

20 En cuanto a los efectos de este mecanismo de participación la Corte de Constitucionalidad señala que *“...Tiene, en general [la consulta], dos componentes: a) el órgano facultado que acepta, discute y aprueba una decisión política importante, que habrá de reflejar sus efectos en la estructura normativa del Estado y, por tanto, en la población; y, b) el pueblo, en el que radica la soberanía, que por medio del voto acepta o rechaza la propuesta aprobada, de donde deriva su voluntad de adoptar o no la decisión sobre la que se pronuncia en las urnas...”*. Este análisis de la Corte es de especial importancia, en virtud que se delimitan los casos en que procede la consulta cuando tengan efectos en la estructura normativa del Estado, confiriéndole un carácter vinculante, pero que sin embargo solo valida acuerdos que han sido negociados con anterioridad por las clases políticas predominantes y una vez alcanzados convocan a la Consulta, es decir, que no nace desde el seno de la población.

21 Decreto 12-2012 del Congreso de la República.

atiende los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción, su fortalecimiento económico y la emisión de sus ordenanzas y reglamentos. Para el cumplimiento de los fines que le son inherentes coordinará sus políticas con las políticas generales del Estado y en su caso, con la política especial del ramo al que corresponda". Se trata de "una institución autónoma de derecho público, tiene personalidad jurídica y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones". Se entiende que la coordinación a la que hace alusión el artículo recién citado es recíproca, es decir, debe ser una doble vía: de lo local a lo nacional y viceversa.

Tomando en cuenta que la información y la participación de los vecinos son elementos importantes de la vida en democracia, en el Código Municipal se incluyó un apartado de información y participación ciudadana.

Una de las herramientas que permitan ejercer la participación ciudadana en el municipio, es la consulta a los vecinos, tal como se establece en el artículo 63 de la siguiente manera: *"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".*

Los artículos siguientes, el 64 y 65, regulan lo relativo a la consulta a solicitud de los vecinos y las consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio, respectivamente. El primero de éstos artículos transfiere la iniciativa de la consulta a los vecinos, tomando en consideración las siguientes condiciones necesarias: 1) la demanda tiene que provenir de por lo menos del 10% de los vecinos empadronados para que pueda llevarse a cabo; y 2) para que el resultado de la consulta tenga carácter vinculante, es necesario que participen por lo menos el 20% de los vecinos empadronados y que la mayoría vote favorablemente al asunto consultado.

El artículo 65, sobre la consulta a comunidades o autoridades indígenas, indica que la misma puede ser motivada institucionalmente –a requerimiento de las autoridades indígenas de un municipio–, o por la población –a requerimiento de las comunidades indígenas–, en cuyo caso también serían aplicables los requisitos del artículo 64, que procede cuando el asunto afecte directa y particularmente los derechos e intereses de las comunidades indígenas del municipio, y que se hará inclusive *"... aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas"*.

El artículo 66 regula las modalidades que podrán aplicarse para la expresión del voto en las consultas, indicando que *"podrán realizarse de la manera siguiente: 1. – Consulta en boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta. 2. – Aplicación de criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso"*. Y se agrega un párrafo más,

que contradice lo establecido en el artículo 64 precedente, al señalar que *“Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el cincuenta (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente al asunto consultado”*.

A diferencia del referéndum o consulta popular regulada en la Constitución Política de la República, en la que se aprueba una decisión ya tomada; las Consultas Municipales pueden celebrarse a iniciativa de los vecinos, dándoles la posibilidad de fijar el asunto a consultar, pero además por el carácter vinculante de los resultados, son los vecinos quienes deciden directamente sobre la implementación o no de tal asunto.

En la **Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural**,²² se plasma un aporte fundamental para la participación democrática de la sociedad en su conjunto, partiendo del ámbito local a través de todo un andamiaje institucional, hasta llegar a las instancias nacionales. En el primer artículo, sobre la naturaleza de la ley, se afirma que: *“El Sistema de Consejos de Desarrollo es el medio principal de participación de la población maya, xinca y garífuna y no indígena, en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo, tomando en cuenta principios de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas”*.

La figura de los Consejos de Desarrollo es de alguna manera la respuesta a la necesidad de un proceso de diálogo y comunicación permanente entre los diversos sectores de la sociedad civil; pero no necesariamente de los Pueblos indígenas, quienes tienen sus propias autoridades representativas. En el artículo 26 de la Ley se trata específicamente el tema de las “consultas a pueblos indígenas”, situándolo como un artículo “transitorio” para llenar el vacío legal provocado por la falta de la promulgación de una ley que regule las consultas a las que está obligado el Estado en virtud del Convenio 169 de la OIT. Dicho artículo establece que *“En tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos mayas, xinka y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el organismo ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrá hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo”*. Aunque la redacción podría haber sido más clara, la importancia de este artículo reside en que esta disposición es aplicable al conjunto de las decisiones administrativas que puedan ser emitidas por las instituciones que forman parte del Ejecutivo, como lo son los Ministerios y las instituciones autónomas del Estado.

Asimismo la **Ley General de Descentralización**, Decreto 14-2002 del Congreso de la República, dispone que *“[l]as organizaciones comunitarias reconocidas conforme a la ley, de igual manera podrán participar en la realización de obras, programas y servicios públicos de su comunidad, en coordinación con las autoridades municipales”*.²³

22 Decreto 11-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

23 Artículo 18 de la Ley General de Descentralización.

Figura 1
Ordenamiento jurídico nacional sobre participación y consulta

Constitución Política de la República de Guatemala	<ul style="list-style-type: none"> • Reférendum • Consulta Popular
Código Municipal	<ul style="list-style-type: none"> • Consulta a vecinos • Consulta a solicitud de los vecinos • Consulta a comunidades indígenas • Consulta a autoridades indígenas
Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural Ley General de Descentralización	<ul style="list-style-type: none"> • Consulta a los pueblos mayas, xinca y garífuna • Participación en obras, programas y servicios públicos de su comunidad

Fuente: elaboración propia.

3.2 NORMATIVA INTERNACIONAL

A través de instrumentos jurídicos internacionales se han incorporado derechos específicos para los pueblos indígenas en Guatemala. En 1995 la Corte de Constitucionalidad ejerció una de sus funciones, al resolver una opinión consultiva solicitada por el Congreso de la República de Guatemala, la cual se refería a establecer la constitucionalidad del contenido de las normas del Convenio 169 de la OIT; es decir, si el Convenio 169 contradecía o no las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República.

En la respuesta contenida en la opinión consultiva número 199-95, la Corte hace un análisis en dos ámbitos: el primero general sobre todo el contenido del Convenio 169 y el segundo, un análisis particularizado de todos los apartados que contiene el instrumento internacional.

En el ámbito general señaló que después de analizar el contexto histórico en el que se aprueba el Convenio 169 y que el reconocimiento de derechos en otros países latinoamericanos no ha debilitado ni puesto en peligro la unidad nacional, y el lugar que el Convenio ocupa dentro del ordenamiento jurídico²⁴; el contenido del Convenio 169 solo viene a complementar los derechos ya reconocidos en la Constitución guatemalteca, por lo que no contraviene ninguna disposición constitucional y por ser un instrumento

24 En cuanto a la posición del Convenio respecto de la Constitución, la Corte menciona dos artículos fundamentales:

- Artículo 44 «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».
- Artículo 46: «Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana».

de derechos humanos, se encuentra por debajo de la Constitución, pero sobre las leyes ordinarias.

La Corte complementa sus argumentos señalando que *“...Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno y que en forma global no contradicen ningún precepto constitucional. Para determinar si las normas que integran el referido Convenio, se encuentran conformes con la Constitución, esta Corte estima que la normas del mismo que reconocen derechos comunes a todos los habitantes no contradicen la Constitución”*.

Otro aspecto a resaltar de esta opinión consultiva es el análisis particularizado que hace del derecho de consulta, al señalar que: *“La participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena no vulnera ningún precepto constitucional, sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala”*.

Una vez obtenida la venia de la Corte de Constitucionalidad, el Congreso de la República aprobó el Decreto 9-96 en donde se ratificó el Convenio 169, entrando en consecuencia en vigencia el 5 de junio de 1997, siendo desde la fecha, ley de observancia general en nuestro país.²⁵

Esta opinión consultiva es un punto de partida para analizar la obligación que tiene el Estado de Guatemala de cumplir con los compromisos asumidos al ratificarse el Convenio 169, y principalmente de los funcionarios que materializan estas obligaciones en el ejercicio de sus funciones y competencias.

El Convenio 169 se caracteriza por garantizar la vida de los pueblos indígenas y sus bienes naturales, como se señala en el artículo 4.1., que literalmente establece: *“Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”*.

En el siguiente párrafo del mismo artículo, el 4.2, se indica que *“Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”*. Desde los primeros artículos este Convenio regula, aunque no expresamente, el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, que implica ser consultados cuando se les afecte directamente.

25 El Decreto 9-96 del Congreso de la República fue aprobado el 5 de marzo de 1996, su publicación se realizó el 28 de marzo de 1996, la ratificación por el Organismo Ejecutivo fue el 10 de abril de 1996, el depósito del instrumento se realizó el 5 de junio de 1996; entró en vigor el 5 de junio de 1997 y la publicación final se realizó el 24 de junio de 1997.

El derecho a la consulta se regula específicamente en el artículo 6.1, inciso a), el cual establece que es obligación del Estado: *“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...”*.

En el Manual para facilitar la comprensión y el uso del Convenio 169²⁶, se indica que la consulta es un principio fundamental del mismo, puesto que uno de los principales problemas de los pueblos indígenas y tribales es que tienen poca o ninguna oportunidad de expresar su opinión sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas.

El artículo 6.2 del convenio, además señala lo siguiente: *“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”*.

Es decir, el objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados. A pesar que los expertos en el Manual en mención indican que los Pueblos Indígenas no tienen derecho de veto en cuanto a las decisiones que se vayan a adoptar; por la forma en que se encuentra regulado podemos establecer que se debe llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, y nunca que la voluntad de los consultados no sea tomada en cuenta y que el Estado tiene derecho de imponer los proyectos.

Además el Manual amplía estos aspectos que deben tomarse en cuenta al momento de realizar una consulta:

- De buena fe, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, etc.), no puede considerarse como una verdadera consulta.
- Respetando el principio de representatividad lo cual es *“un componente esencial de la obligación de consulta. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las*

26 Organización Internacional del Trabajo, Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual, 2003. Ver: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms_205230.pdf, Consultada: 24/05/2016

*comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.*²⁷

En el artículo 7.1, el Convenio 169 también regula el derecho a la participación de los pueblos indígenas, de la siguiente manera: *“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.*

Se señala en el Manual que para poder controlar el ritmo y la amplitud de su desarrollo, los pueblos indígenas y tribales deben participar plenamente en todos los procesos que puedan afectarlos. Solo si lo hacen desde el comienzo hasta el fin de un proyecto o programa podrán ser responsables del mismo y contribuir activamente al establecimiento y consolidación de su propia autosuficiencia socioeconómica.

Por otro lado la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**²⁸, pese a que no es un instrumento internacional vinculante, ha sido utilizada como norma de interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que con base a la característica de progresividad de los Derechos Humanos, pasa a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En este instrumento se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de que los Estados adopten decisiones que les afecten, de tal manera que puedan aportar su consentimiento libre, previo e informado. Entre las temáticas que requiere este tipo de acuerdo y consentimiento, se señalan específicamente:

- El traslado de sus tierras y territorios.
- Las medidas de carácter legislativo y administrativo que les afecten.
- La aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con “... el desarrollo, la utilización o exploración de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

El artículo 19 estipula la obligación específica de los Estados a celebrar consultas, de la siguiente manera: *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por*

27 Ibidem.

28 La Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 13 de septiembre del 2007, durante su sesión número sesenta y uno, adoptó la resolución de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado". También se aborda el tema de las consultas en el artículo 32, que consta de tres numerales que se transcriben a continuación: "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos... 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo... 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual".

Aquí se da una relevancia especial a los asuntos relacionados con la utilización de tierras indígenas, la explotación de recursos naturales, específicamente de recursos minerales e hídricos; por lo que se le da a la consulta la connotación que tiene como mecanismo para consensuar decisiones sobre el mejor manejo de dichos recursos, y no como un fin en sí misma. El fin en este caso es llegar a acuerdos o al consentimiento.

Recientemente se aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual también establece en el Artículo XXIII el derecho a la participación y consulta de los pueblos indígenas:

1. "Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.
2. 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".

Este instrumento, además de venir a fortalecer la aplicación del derecho y los principios que deben regir la consulta, también robustece el derecho que tienen los pueblos indígenas a la libre determinación, ya que regula en su artículo III que: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

El concepto de la libre determinación²⁹ de los pueblos, ha evolucionado. Desde los primeros instrumentos internacionales de derecho internacional público, se estableció que “[...] *todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural [...]*”³⁰ Se hablaba entonces del derecho de crear nuevos Estados. Sin embargo, este concepto, actualmente también se reivindica por los pueblos indígenas.

Para los pueblos indígenas: *“Se puede entender por libre determinación la facultad de obedecer a la propia reflexión o determinación. En el derecho internacional implica el derecho de los pueblos indígenas a decidir sobre su propio futuro, por ejemplo, sobre su forma de gobierno e instituciones”*.³¹

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas define claramente el contenido de qué debe entenderse por libre determinación. *“Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Artículo 4: Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”*.³²

De acuerdo con el Fondo Indígena: *“En su acepción inicial (en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) se entiende que el derecho a la libre determinación incluye, la capacidad de un pueblo para formar un nuevo Estado. En materia de los derechos indígenas la declaración limita expresamente este alcance. Con muy pocas excepciones las plataformas de los movimientos indígenas asumen esa limitación”*.³³

La libre determinación de los pueblos indígenas, por consiguiente implica el derecho de decidir sobre su vida y su territorio, autonomía para elegir a sus autoridades y el derecho a su organización social y jurídica propios. Este derecho debe ser respetado por los Estados, ya que no se busca el rompimiento del mismo, sino el respeto de los distintos pueblos que existen en un país. Y una forma de hacer efectivo este derecho es precisamente la observancia y cumplimiento de la consulta previa.

29 En este caso se usa el término libre determinación, ya que así se plasma en los instrumentos internacionales que se refieren al tema, ya sea en forma general como un Derecho para todos los Estados o en específico para pueblos indígenas.

30 Esta consideración la encontramos en la Carta de las Naciones Unida. Ver: http://www.uspceu.com/instituto_democracia/sitio_ID/pdf/sanchez1.pdf, consultada el 13/07/2016.

31 Ver: http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/documentos/monitoreo/Definiciones/Definicion%20Campos/3_Libre%20Determinacion_def.pdf, Consultada el 13/07/2016.

32 Ibídem.

33 Ibídem.

IV. MODALIDADES DE LA CONSULTA EN GUATEMALA Y EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO

Con base en el conjunto de normas nacionales e internacionales ya descritos, las comunidades han exigido el respeto de sus derechos fundamentales para que sean tomadas en cuenta al momento de que se pretenda aprobar un proyecto en sus territorios.

Como variada es la legislación, variadas también son las modalidades de las consultas realizadas.

4.1 LA CONSULTA COMO UN VALOR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el Popol Vuh, encontramos varios pasajes, que narran como se toman las decisiones en el pueblo maya K'iche': *"Llegó aquí entonces la palabra, vinieron juntos Tepeu y Gucumatz, en la oscuridad, en la noche, y hablaron entre sí Tepeu y Gucumatz. Hablaron, pues, consultando entre sí y meditando; se pusieron de acuerdo, juntaron sus palabras y su pensamiento"*. Para los pueblos indígenas la consulta, es un valor que está ligado con el valor de la palabra, los que buscan mantener el equilibrio entre la colectividad y de esta con la madre tierra.³⁴

Además, dentro del sistema de justicia maya está el principio de consenso, que mueve y motiva para llegar a la complementariedad de criterios y opiniones de las personas, por medio del diálogo y la participación de todos. Con este principio se intenta alcanzar un beneficio colectivo antes que individual.³⁵

Cuando se resuelven conflictos dentro de las comunidades, se dan varias fases, en las que se encuentra el *Utaik utatb'ixik ri tzij* (intercambio de ideas y apreciaciones sobre el problema). Es el espacio donde las personas involucradas en el problema hablan o dialogan. Pueden participar también las personas que, sin estar directamente involucradas, conocen lo que está ocurriendo o pueden hacer algún aporte importante.³⁶

34 Ver: <http://cms.fideck.com/userfiles/onu.org.gt/File/2401394130262032.pdf>, Consultada el 11/07/2016.

35 Defensoría Maya, *Construyendo el Pluralismo Jurídico*, Editorial Serviprensa, Guatemala, 2001. Pág. 45.

36 Op.Cit. Pág. 51.

Otras etapas son el *Latzij om tzijtaj* (la dualidad de la verdad o la mentira), y el *Uk'otik chi'a'j* (conocimiento y complementación del problema). En éstas se escuchan diferentes opiniones. Los ancianos se reúnen y escuchan la opinión de otras autoridades presentes en la comunidad. Es decir, se consulta a quienes puedan aportar a una solución del problema.

La otra fase es el *Nukuj no'jb'al* (crear y practicar ideas). Este es el espacio en el que se consulta a quienes han provocado el problema para llegar a un arreglo.

Siguen la fase de *Nuk'uj no'jb'al* (juntar ideas, opiniones y comentarios). En esta fase la autoridad maya expone las ideas, opiniones y pensamientos sobre el problema en disputa, así como las posibles conclusiones y acuerdos. En esta parte la autoridad pregunta a los involucrados si lo que ha sido expuesto por los vecinos consultados refleja lo que ellos han hecho, o si es necesario hacer una rectificación.

Posteriormente, se da la etapa del *Uchomxik rij* (Definición). En esta parte se definen los acuerdos a manera de conclusión. Significa haber llegado o estar llegando a acuerdos. Durante este espacio se hacen los compromisos, se le da importancia a la palabra, a la verdad, a la voluntad y a la aspiración.

Como se puede observar, el diálogo, la consulta y el consenso son prácticas ancestrales que se dan en la vida cotidiana y al momento de resolver conflictos en las comunidades indígenas. La consulta como derecho incorporado en los instrumentos internacionales, viene a consolidar este derecho que tienen los pueblos indígenas y que debe ser respetado por ser una forma de mantener el equilibrio en estos pueblos.³⁷

De esa cuenta, en Guatemala, los pueblos indígenas han venido realizando sus consultas relacionadas con proyectos extractivos en sus territorios, para evitar el rompimiento del tejido social comunitario, la destrucción de la Madre Tierra, y la violación del derecho humano al agua, entre otras situaciones.

4.2 CONSULTAS COMUNITARIAS DE BUENA FE O AUTOCONSULTAS

Estas consultas comunitarias, conocidas como autoconsultas se han realizado debido a la inacción por parte del Estado de llevarlas a cabo y como un mecanismo de defensa del territorio. Las mismas se han fundamentado en la Constitución Política de la República, el Convenio 169 de la OIT y el Código Municipal. No ha habido un procedimiento estandarizado, pues los pueblos indígenas han usado sus mecanismos

³⁷ Defensoría Maya, *Construyendo el Pluralismo Jurídico*, Editorial Serviprensa, Guatemala, 2001. Pág. 54.

propios de toma de decisión y en ocasiones han tenido el apoyo de las autoridades municipales locales.

Aunque el número exacto de consultas comunitarias de buena fe o autoconsultas realizadas aún difiere entre quienes han recogido estos datos, se tiene un rango entre 84 y 114 procesos de consultas de buena fe, realizadas. Para AYSSA, Guatemala, “[...] desde que se realizó la primera consulta comunitaria el 20 de abril de 2004, hasta el 31 de diciembre de 2014, se han efectuado 114 consultas comunitarias, de las cuales el 29.82% se han desarrollado en Totonicapán y el 26.31% en Huehuetenango, áreas que cuentan con una base organizativa histórica”.³⁸

La mayor parte de consultas, se realizan en rechazo a la industria extractivista, especialmente la minería a cielo abierto, y a las actividades vinculadas con la generación, transporte y comercialización de energía eléctrica; al tener conocimiento de una licencia de exploración, explotación o de otra naturaleza, ya aprobada o pronto a aprobarse en sus territorios.³⁹

El tema de la minería representa el 88.59% del total de consultas comunitarias realizadas en el país, las cuales han dado como resultado un “rotundo rechazo” a dicha actividad extractiva, el segundo tema objeto de consulta son las hidroeléctricas, el cual representa el 6.14% con respecto al total.⁴⁰

Los pueblos indígenas en Guatemala no son los únicos que han recurrido a este mecanismo, en Perú también han realizado estos procesos, y la abogada Ileana Rojas Romero, presenta algunas reflexiones interesantes para nuestro país. Ella señala que: “En realidad, las mismas [autoconsultas] no se encuentran contempladas expresamente en normativa alguna, pues es una figura que ha nacido en la práctica. Algunos se refieren a la autoconsulta como manifestación del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, como ejercicio de su autonomía”.⁴¹

Al respecto el abogado Benito Morales⁴² señala: “Consultar a las comunidades es una obligación del Estado. Y lo que las comunidades han hecho a lo largo de estas más de 100 consultas es un ejercicio de autodeterminación, con efectos prácticos. La consulta se constituyó como un freno para detener a las licencias de exploración y explotación”.⁴³ Es decir, que los pueblos indígenas ven a las autoconsultas como un ejercicio de un derecho ancestral vinculado con su derecho a decidir por sí mismos sobre cómo y qué quieren que ocurra en sus territorios.

38 Ver: <https://ayssaestrategia.com/consultas-comunitarias-realizadas-en-guatemala-durante-el-2014/295>. Referencia tomada de OXFAM, 2016, op.cit.

39 OXFAM, 2016, op.cit.

40 OXFAM, 2016, op.cit.

41 Ver: <https://equipoderechoshumanos.wordpress.com/2013/03/30/si-la-consulta-no-va-a-los-indigenas-los-indigenas-van-a-la-consulta-la-autoconsulta-como-alternativa/>. Consultada el 29/05/2016.

42 Abogado de la Comisión Jurídica del Consejo del Pueblo Maya de Occidente.

43 OXFAM, 2016, op.cit.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al referirse tácitamente a las autoconsultas en el Expediente 4419-2011, señaló que: *“Las comunidades quedan en libertad de hacer valer el resultado de la consulta ya efectuada u organizar, en su caso, una concierne al proyecto objeto de este conflicto, lo que parezca más beneficioso para superar la situación. Igualmente entregar (hacer llegar) en el tiempo que apremie su propio interés, al Ministro que corresponda, su opinión, garantizándose así su derecho de ser escuchados. Ello sin que se reviertan las cosas con desmedro de la industria, la que está facultada, en su caso, para realizar los trabajos de conservación de lo ya construido”*.⁴⁴

Esta sentencia reiteró que: *“[...] es incuestionable el derecho de los pueblos a ser consultados, pero que es necesario reforzar el procedimiento adecuado que “las instituciones representativas” deben llevar a cabo para efectivizar ese derecho, pudiéndose estimar conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población –que en aplicación del principio pro homine no necesariamente tenga que ser identificada como indígena– cuando “prevean” que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa, procedimiento que además de ser supervisado estatalmente, requiere, para que constituya una verdadera consulta y no una simple jornada de opiniones y/o sufragio, que sean sometidos a análisis y expresados adecuadamente los puntos de vista que comprende la situación, con toda la información necesaria y pertinente, que permita la toma de decisiones con la participación de todos los actores involucrados, para así, materializar y consumir plenamente los alcances que supone el derecho de consulta, en un escenario más propicio que posibilite en su medida la consecución de acuerdos que disminuyan las posiciones encontradas que pudieran existir respecto al objeto de la deliberación”*.

En la consideración anterior encontramos los primeros lineamientos que da la Corte de Constitucionalidad para llevar a cabo la consulta y sus efectos.

- Que se haga mediante instituciones representativas
- Cualquier método consultivo puede utilizarse
- Debe haber información necesaria y pertinente
- El fin es la consecución de acuerdos

4.3 CONSULTAS MUNICIPALES

Con la adopción del nuevo Código Municipal en el 2002, también se regularon mecanismos de participación de los vecinos a través de la consulta a los vecinos, consulta a solicitud de los vecinos, consultas a las comunidades indígenas del municipio y consulta a las autoridades indígenas del municipio.

⁴⁴ Corte de Constitucionalidad. Expediente 4419-2011. Sentencia de fecha 5 de febrero de 2013.

En los primeros ejercicios de **consultas municipales**, se aprobó un acuerdo para llevar a cabo una consulta con base en un acta de concejo municipal, posteriormente se elaboró un reglamento específico para la consulta y se emitió otro acuerdo para convocar a *“una Consulta de Buena Fe, a efecto de que las autoridades indígenas, la población indígena [...] y vecinos mayores de dieciocho años del municipio de [...], se pronunciaran a favor o en contra de la actividad minera de reconocimiento, exploración y explotación de minerales metálicos en dicho municipio”*.⁴⁵

Estas actas fueron cuestionadas en una acción de inconstitucionalidad⁴⁶ y se emitió una sentencia que constituye una de las primeras en donde la Corte de Constitucionalidad analiza la legitimidad de estos procesos, y sus efectos.

Como primer considerando la Corte de Constitucionalidad, señaló que: *“es incuestionable el derecho de los pueblos interesados a ser consultados; sin embargo, esta Corte aprecia que dichos artículos carecen de precisión en cuanto al procedimiento adecuado que “las instituciones representativas” deben llevar a cabo para efectivizar ese derecho, pudiéndose estimar conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población cuando “prevean” que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa –lo cual supone que la consulta debe ser previa a la aplicación de la medida– [...] las consultas populares constituyen mecanismos importantes de expresión popular, por*

45 Corte de Constitucionalidad. Expediente 1179-2005, sentencia de fecha 08/05/2007.

46 La interponente de la inconstitucionalidad señaló que se violentaban los siguientes artículos constitucionales: Vulneran lo establecido en el artículo 223 de la Constitución, porque mediante dichas disposiciones se convoca al ejercicio del sufragio; sin embargo, tal función está reservada al Tribunal Supremo Electoral. Violan el artículo 121 de la Constitución, porque la cuestionada consulta gira en torno a la actividad minera; sin embargo, tal asunto no es competencia del órgano convocante. Vulneran el artículo 125 de la Constitución, que declara de utilidad y necesidad públicas la explotación técnica y racional de los minerales, porque la convocatoria contraría el espíritu e Implicaciones legales de la citada disposición constitucional; violan el artículo 142, de la Constitución, en virtud que los acuerdos que alcanzó el Concejo Municipal de Sipacapa reducen los alcances de la soberanía territorial del Estado. Infringen el artículo 253 de la Constitución, el cual, en su literal b), prescribe que a los municipios les corresponde obtener y disponer de sus recursos; y en la literal c), dispone que estos deben dar cumplimiento a sus propios fines; de ahí que la accionante estima que los acuerdos que contienen la convocatoria objetada son inconstitucionales, debido a que en estos se hace referencia a bienes que no son de su dominio, así como a fines que no le son propios. Violan los artículos 152 y 154 de la Constitución, ya que el concejo convocante extiende sus atribuciones a cuestiones relativas a la minería, las que, de conformidad a la Constitución y leyes ordinarias, corresponden al Estado; igualmente, se violan dichos artículos porque tal concejo se delegó para sí funciones que le corresponden al Tribunal Supremo Electoral. Y se violaron los principios de publicidad de los actos administrativos y de jerarquía constitucional, consagrados en los artículos 30 y 175 de la Constitución, ya que ninguno de los acuerdos relativos a la convocatoria fueron publicados en el Diario Oficial y porque en esas disposiciones normativas se produce una reforma a una ley de rango constitucional.

medio de los cuales se efectivizan varios derechos reconocidos constitucionalmente, como los de libertad de acción y de emisión del pensamiento, así como el derecho de manifestación[...]”

Además indicó que: “[...] *el proceso de consulta mediante la emisión del sufragio constituye un método de participación idóneo para recoger las opiniones de las comunidades consultadas, siendo necesario que, en su desarrollo, se observen los principios electorales reconocidos para garantizar la fidelidad de los resultados que se obtengan*”.

En relación a la facultad del Concejo Municipal para convocar a la consulta municipal, resaltó que: *“esta posibilidad de que los concejos municipales convoquen a sus vecinos para pronunciarse sobre temas de interés en sus respectivos territorios municipales, está regulada también en el Código Municipal”*.

De esa cuenta, en esta primera sentencia la Corte de Constitucionalidad señala algunos lineamientos para este tipo de consultas:

- Es incuestionable el derecho de los pueblos interesados a ser consultados.
- Cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población es conveniente.
- La consulta debe realizarse cuando [las poblaciones] “prevean” que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa.
- La consulta debe ser previa.
- Por la consulta se efectivizan varios derechos reconocidos constitucionalmente, como los de libertad de acción y de emisión del pensamiento, así como el derecho de manifestación.

En esta sentencia no se hace un análisis profundo del Convenio 169, únicamente se hace mención que: *“Al advertir que la normativa que regula lo relativo a las consultas populares referidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, es bastante amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta, esta Corte estima conveniente hacer uso de la modalidad de fallos que en la Doctrina del Derecho Procesal Constitucional se conocen como exhortativos [para que] tales procedimientos consultivos [cuenten] con los marcos jurídicos adecuados que establezcan con precisión: las autoridades encargadas de convocar y desarrollar las consultas, el momento en que deban efectuarse y los conflictos de las mismas [...]”*

Como se observa, en esta sentencia se le denomina equivocadamente “consulta popular” a la regulada en el Convenio 169 y se indica que debe emitirse una ley para precisar cómo deben llevarse a cabo. Sin embargo, es de resaltar que la Corte no logró determinar que la consulta previa

contenida en el Convenio 169 es diferente a las consultas municipales reguladas en el Código Municipal, situación que cambió posteriormente.

Un último aspecto a analizar en esta sentencia es lo relativo a la vinculación de estas consultas. La Corte consideró que: “[...] *los resultados que se obtengan [en la consulta] reflejarán el parecer de la comunidad consultada sobre un tema determinado, pero que a estos no se les puede dar carácter regulatorio o decisorio sobre materias que no sean de competencia de las autoridades convocantes o de dichas comunidades*”.

En ese sentido, la Corte declaró inconstitucional únicamente el artículo 27 del reglamento de consulta, elaborado por el Concejo Municipal de Sipacapa, el cual señalaba: *“Interpretación de resultados: Los resultados de la Consulta de Buena Fe es una decisión soberana de la voluntad de la población indígena y no indígena, mayores de 18 años avecindados en el Municipio de Sipacapa, San Marcos, la cual será de observancia general y obligatoria en el territorio del municipio de Sipacapa”*. El argumento de la Corte fue el siguiente: *“[...] el Concejo Municipal [...], extendió sus atribuciones a funciones que, de conformidad con la Carta Magna y las leyes ordinarias del país no le corresponden, pues dio carácter obligatorio al resultado de un procedimiento consultivo sobre el tema de la minería, el cual no es de su competencia y sobre el que no puede regular aspecto alguno. Debe tenerse presente que ese asunto compete al Ministerio de Energía y Minas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo. Además, los servidores públicos, al estar sujetos a la ley, deben enmarcar su accionar expresamente en las atribuciones que las leyes les conceden, constituyendo un exceso regular la obligatoriedad de lo decidido en una consulta popular que se desarrolló en torno a un tema, cuyo manejo a nivel nacional compete a otro órgano estatal”*.⁴⁷

No se entró a establecer la pertinencia de pronunciarse sobre un tema general, como es la minería o si debería llevarse a cabo por cada proyecto.

Posteriormente, las comunidades hicieron uso de la Consulta a Solicitud de los Vecinos⁴⁸, que tiene su fundamento en los artículos 17 y 64 del Código Municipal.⁴⁹ Estas disposiciones se complementan con el artículo 66, el

47 En el mismo sentido se resolvieron los Expedientes 1408-2005, 2376-2007, 2433 y 2480-2011, 2432 y 2481-2011.

48 Estas consultas se han realizado mayoritariamente en el oriente del país desde el 2011. A la fecha, se han realizado Consultas Municipales a Solicitud de los Vecinos en los municipios de Nueva Santa Rosa, Santa Rosa de Lima, Casillas y San Juan Tecuaco del departamento de Santa Rosa, Mataquescuintla y Jalapa del departamento de Jalapa y recientemente en Quesada, Jutiapa.

49 En estos se regula que los vecinos tienen el derecho de solicitar al Concejo Municipal la celebración de consultas cuando se refiera a asuntos de carácter general que afectan a todos los vecinos del municipio. La solicitud deberá contar con la firma de por lo menos el diez por ciento (10%) de los vecinos empadronados en el municipio. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el veinte por ciento (20%) de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente al asunto consultado.

cual establece que las modalidades de las consultas a que se refieren los artículos 64 y 65 del Código Municipal, entre otras podrán realizarse a través de una boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta.⁵⁰

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado acerca de esta modalidad de consulta, debido a las acciones de inconstitucionalidad presentadas en contra de los reglamentos aprobados por los Concejos Municipales, por las cuales se regula la forma en que se llevará a cabo la consulta. En las consultas de Nueva Santa Rosa y Santa Rosa de Lima, se declaró inconstitucional el artículo que hacía referencia a la vinculancia de los resultados.⁵¹ Pero se dejaron vigentes todas las otras disposiciones del reglamento y las sentencias desarrollaron las mismas consideraciones de la primera resolución ya analizada e incorporó nuevos criterios:

- Desarrolló ampliamente el contenido del Convenio 169, señalando que el mismo no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental.
- Señaló que el Convenio 169 de la OIT, ha sido incorporado como parte del bloque de constitucionalidad, con alcance de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetros para ejercer el control constitucional del derecho interno.
- También basa su sentencia en criterios de la CortelDH sobre el derecho a la consulta previa.
- Señaló que la soberanía es ejercida por los órganos del Estado por delegación del pueblo, por lo que el hecho de que un Concejo Municipal al consultar sobre un asunto de interés para su comunidad, aún cuando el mismo corresponda a las competencias del Estado en general, no significa una extralimitación de competencias sino una

50 El procedimiento de la consulta a solicitud de los vecinos ha sido el siguiente:

1. La iniciativa de la Consulta a Solicitud de los Vecinos es un derecho que corresponde con exclusividad a los vecinos empadronados del municipio.
2. La solicitud de consulta debe estar respaldada con la firma de por lo menos el 10% de los vecinos empadronados del municipio.
3. Presentada la solicitud, el Concejo Municipal, debe dar trámite a la misma, acordando la celebración de consulta y elaborar un reglamento que la regulará.
4. Diseño y elaboración de boleta técnica y específica para el asunto consultado.
5. Convocatoria a los vecinos empadronados del municipio, haciéndoles saber el asunto a consultar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta.
6. Los resultados de la consulta deberán ser acatados por el Concejo Municipal, si se cumple con el porcentaje de participación establecido, en virtud del carácter vinculante que el Código Municipal le confiere a la consulta.

51 El artículo en ambos casos señala: *“Consulta Vinculante. Si en la consulta municipal de vecinos participa al menos el cincuenta por ciento (50%) de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente al asunto consultado”*.

adecuada forma de posibilitar el derecho de los pueblos a opinar y ser consultados sobre asuntos de su interés.

- En cuanto a la vinculancia de los resultados, hace referencia a las convocatorias y desarrollo de consultas populares municipales como facultad de los Concejos Municipales. No obstante, indica que lo establecido en dichos preceptos [artículos del Código Municipal] debe ser reforzado en cuanto a determinar qué es vinculante para las autoridades municipales. En ese sentido, se clarifica que la voluntad expresada por los vecinos en una consulta popular es vinculante pero solo para que sus autoridades locales transmitan su parecer a los órganos municipales competentes. Pero al momento de asumirse decisiones finales sobre temas vinculados con minería, hidrocarburos y acceso a recursos naturales no renovables, aquella voluntad solamente podría tener carácter indicativo, en razón de que en lo concerniente a estos, el propio legislador constituyente declaró de utilidad y necesidad públicas la explotación técnica y racional de aquellos, de manera que lo que deba decidirse al respecto es competencia del Estado y no de autoridades locales y municipales, quienes, desde luego, deben transmitir la voluntad expresada por los vecinos a donde corresponda, a efecto de que dicha voluntad no constituya una declaración inane.⁵²

En otras sentencias⁵³, en donde se declararon sin lugar las inconstitucionalidades, dejando vigente el contenido completo de los reglamentos emitidos por los Concejos Municipales, la CC amplió sus argumentos en favor de la legitimidad y alcance de los resultados:

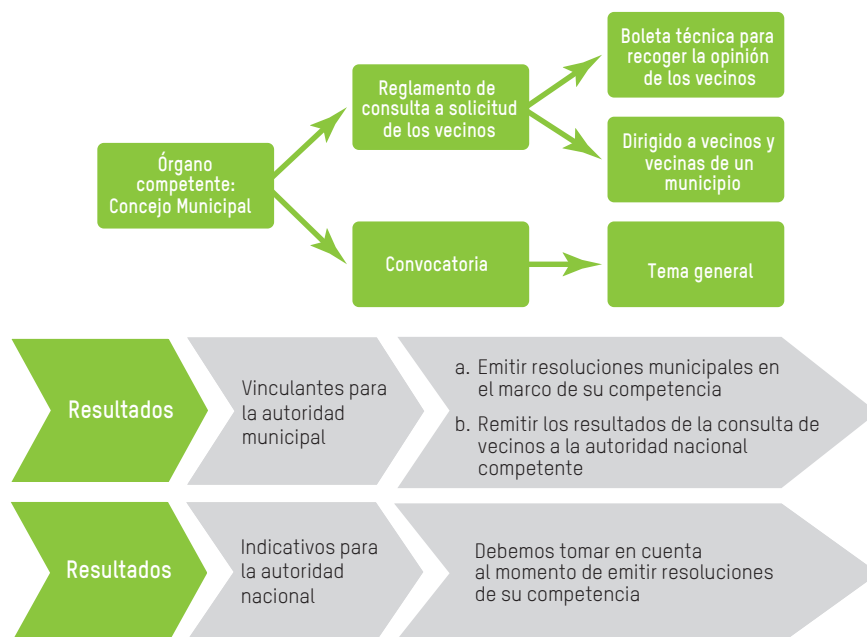
“Los resultados de la consulta serán vinculantes para las autoridades municipales de acuerdo con lo que se establece en el artículo 64 del Código Municipal decreto 12-2012, del Congreso de la República de Guatemala, debiendo en consecuencia: a) Emitir las resoluciones municipales en el marco de su competencia que haga valer la voluntad de la población del municipio [...] y b) Remitir los resultados de la consulta de vecinos a [...] para que en el pleno cumplimiento del mandato constitucional de garantizar la paz social a los habitantes del municipio [...] del departamento de Jalapa, los mismos sirvan de indicativos al momento de emitir resoluciones de su competencia en torno al asunto consultado en el territorio municipal... sin que con esto se atente contra el orden constitucional, al no haber excedido en las atribuciones que la ley reconoce a ese cuerpo edil...”⁵⁴

52 Corte de Constitucionalidad. Expedientes 2432 y 2481-2011. Sentencia del 05/12/2012.

53 Corte de Constitucionalidad. Expedientes 4639 y 4646-2012, 5529-2013.

54 Corte de Constitucionalidad. Expedientes Acumulados 4639 y 4646-2012. Sentencia 04/12/2013.

Figura 2
Esquema de la consulta municipal a solicitud de los vecinos



En cuanto a esta modalidad de consulta, la Corte ha sido clara en indicar que es un mecanismo legal y legítimo. Por lo tanto, debe ser implementada de dos maneras: a) El Concejo Municipal dentro de sus competencias deberá emitir las disposiciones necesarias para hacer valer la voluntad de los consultados, b) La autoridad nacional, deberá tomarlos en cuenta y en este caso deberá considerar los impactos que pueda ocasionar en la vida de los habitantes de la circunscripción municipal. En este caso, las facultades de los Concejos están vinculadas con el ordenamiento territorial y el uso que se le puede dar al suelo en sus territorios.

La Corte de Constitucionalidad, aún no logra determinar que este tipo de consultas no se refieren a la consulta previa de los pueblos indígenas. En sus considerandos invoca el Convenio 169, y el Código Municipal. Sin embargo, por sus efectos y forma de llevarla a cabo, se concluye que este tipo de consulta no necesita de ninguna otra regulación, puesto que el Código Municipal es suficiente en determinar el órgano encargado, qué se puede consultar, a quiénes se debe consultar, cuándo se puede consultar y cuáles son los efectos de la consulta; lo que ha sido ratificado por la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad.

V. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO NACIONAL SOBRE LA CONSULTA A PUEBLOS INDÍGENAS, EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y EN OTROS PAÍSES

Como ya se mencionó, diversas han sido las acciones presentadas por los pueblos indígenas en relación con su derecho a ser consultados por medidas legislativas o administrativas que les puedan afectar. De esa cuenta la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha emitido varias sentencias relacionadas con el tema.

5.1 DOCTRINA LEGAL DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

Los pueblos indígenas a través de sus autoridades han presentado acciones constitucionales de amparo por la violación del derecho a la consulta en proyectos de explotación de bienes naturales y minerales.

En primera instancia han sido diversos los órganos jurisdiccionales que han conocido estas acciones: la Corte Suprema de Justicia a través de la Cámara de Amparo y Antejuicio y las Salas de la Corte de Apelaciones del Ramo de lo Contencioso Administrativo y Civil.

Los amparos se han presentado por violación al derecho a la participación, organización social propia, consulta libre, previa e informada, identidad cultural, en los procedimientos que han otorgado licencias mineras de exploración y explotación y sus prórrogas; por la autorización de hidroeléctricas; por el transporte de energía eléctrica, y la instalación de centrales de energía eléctrica.⁵⁵

Las primeras acciones fueron denegadas tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por la Corte de Constitucionalidad, argumentando que los pueblos indígenas habían omitido participar en el procedimiento administrativo, al momento en que se realizaron las publicaciones en el Diario Oficial y por lo tanto no había ningún derecho vulnerado⁵⁶. Esta tesis

55 Ver Tabla 1A de los anexos.

56 La Corte Suprema indicó: “[...]no puede haber una violación al derecho de consulta con respecto a que no se les consultó mediante procedimientos adecuados [...] debido a que el Ministro impugnado publicó la solicitud de autorización para que cualquier persona que tuviere objeción o interés lo hiciera saber, lo cual fue hecho previo a la autorización otorgada por el Ministro, de acuerdo a la literal a) del artículo

fue cuestionada en posteriores sentencias, señalando que la publicación de un edicto no cumple con los requisitos de la consulta regulada en el Convenio 169.

En relación a los amparos presentados por proyectos mineros, la sentencia que puede considerarse como punto de partida para analizar la forma en que la Corte de Constitucionalidad ha abordado el derecho a la consulta de los pueblos indígenas es la dictada el 21 de diciembre de 2009 dentro del Expediente 3878-2007.⁵⁷

En este caso la Corte señaló que: *“El estado tiene el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable– a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país”*.

Acá hace referencia a la obligación que tienen los Estados de hacer modificaciones para darle cumplimiento real a las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En esta sentencia, a diferencia de las relacionadas con las consultas municipales, sí hace una diferenciación entre la consulta a vecinos y la consulta previa de los pueblos indígenas, señalando que: *“Las formas procedimentales establecidas en los artículos 63 al 66 del Código Municipal no son pertinentes para viabilizar el derecho de consulta de las poblaciones indígenas cuando éste se refiera a proyectos relacionados con la extracción de minerales, habida cuenta que, pese a entrañar afectación local, esa es una situación que está vinculada a determinaciones tomadas en el Organismo Ejecutivo, que rebasan la esfera de funciones de la administración edil”*.

6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [...]. Por consiguiente, el hecho de que las comunidades postulantes no se hayan manifestado dentro del plazo que fijó el ministro citado, no implica vulneración al derecho de consulta, al haber actuado la autoridad impugnada dentro de las facultades que le concede la ley, siguiendo el procedimiento que regula la ley para el efecto y previo al otorgamiento de la autorización solicitada, debiéndose denegar la protección constitucional pretendida en cuanto a este agravio[...].” En el mismo sentido la Corte de Constitucionalidad se pronunció en el Expediente 123-2007 en la Sentencia del 09/01/2008 en un amparo directo presentado ante la CC por el Colectivo Madre Selva y vecinos de Sipacapa, San Marcos.

57 Resulta interesante señalar que este amparo se presentó por violación del derecho a la justicia, así como a los principios jurídicos del debido proceso, de legalidad y de imparcialidad. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad basó sus argumentos en el derecho a la consulta previa contenido en el Convenio 169.

Además da algunos lineamientos sobre cómo y para qué debería llevarse a cabo la consulta previa:

- No puede entenderse consumado con la sola realización de un acto de captación de votos.
- Es el propio Estado el que está obligado a hacerlo, sin necesidad de mediar la venia de ningún órgano descentralizado ni solicitud previa de los interesados.
- El factor ambiental no es el único que debe tomarse en cuenta en el contenido del derecho de consulta, deben considerarse factores de índole cultural, social o económica, que también integran el contenido del derecho de consulta.
- El derecho de consulta de las poblaciones indígenas es, en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios.
- El concepto del vocablo “consultas” contenido en el Acuerdo 169 de la Organización Internacional del Trabajo no necesariamente es alusivo a un evento de carácter comicial, mucho menos plebiscitario, pues incluye una gama muy amplia de mecanismos de diálogo que aproxime a todos los sectores interesados en realizar los objetivos sociales, económicos y culturales que conciernen a la nación guatemalteca cuando tengan relación con un proyecto, obra o programa que preocupe a alguno o algunos de tales sectores comunitarios.
- Señala los principios que deben regir la consulta:
 - ✓ La consulta debe realizarse con carácter previo.
 - ✓ La consulta no se agota con la mera información.
 - ✓ La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.
 - ✓ La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.
 - ✓ La consulta debe ser sistemática y transparente.

En cuanto a la finalidad, la CC señaló que el derecho de consulta está concebida como la concreción de acuerdos, en cuyo caso lógicamente éstos sí comprometen, tanto a las autoridades gubernamentales competentes como a las propias comunidades interesadas –de ahí la importancia de que los que participen directamente en nombre de éstas estén verdaderamente revestidos de *representatividad*–, e incluso, a los sujetos de derecho privado que promueven el proyecto de exploración o explotación mineras, en lo que corresponda.

También hace ya un intento de hacer ver que la consulta debe realizarse sobre actividades específicas y de manera particular: proyectos, programas y obras.

Sin embargo, también da algunos otros lineamientos que atentan contra los principios de la consulta previa:

- Identifica al Concejo Municipal, por medio del Alcalde Municipal, como la entidad encargada de dirigir el reclamo de los postulantes a las entidades de poder público que son competentes para tomar medidas en función de atenderlo eficazmente.
- Son dichas instituciones las que, por enmarcarse en las atribuciones que les corresponden dentro del aparato estatal, están dotadas de la aptitud necesaria para implementar un proceso en el que se lleven a cabo entrevistas, encuestas, talleres, asambleas, reuniones de trabajo, mesas redondas, foros, paneles, peritajes, dictámenes, estudios o cualesquiera mecanismos que sean apropiados.
- Señala como mecanismo idóneo para viabilizar la consulta el sistema de los Consejos de Desarrollo.
- Indica que puede haber participación de más instituciones públicas.

En este caso, no fija de manera expresamente quién debe implementar la consulta. Señala al sistema de los Consejos de Desarrollo, quienes no son representantes legítimos de los pueblos indígenas y no tienen facultades de decisión sobre el uso de los recursos naturales y minerales. Además señala que la consulta puede llevarse a cabo a través de entrevistas, encuestas, etc., actividades que no corresponden a un proceso real de consulta.

En cuanto a la vinculación, en esta sentencia se indicó que: “[...] *la significación del concepto vinculatoriedad en relación al derecho de consulta de las poblaciones indígenas frente a los proyectos de explotación y exploración mineras, se resume en la siguiente secuencia: i) el reconocimiento del derecho vincula al Estado en cuanto a su normativización interna y verificación; ii) los acuerdos, concertados por vía de diálogo, a los que se arribe como resultado de los mecanismos que se instauren para encausar el derecho, comprometen a las partes involucradas; iii) si no se arriba a acuerdos, el disenso de las poblaciones indígenas no vincula a los entes gubernamentales responsables de los referidos proyectos; y iv) en todo caso, el gobierno central se encuentra vinculado al deber esencial de garantizar la eficacia del núcleo de derechos fundamentales de las poblaciones afectadas*”.⁵⁸

58 Como referencia esta sentencia tiene sobre este tema otros argumentos, tales como: “Es equivocado colegir que cuando resulten infructuosos los mecanismos de concertación previstos para hacer efectivo el derecho de consulta de las poblaciones indígenas, tal circunstancia tendría como efecto liso y llano expedir la ejecución de los planes de extracción de recursos naturales, sin medir o importar las consecuencias que ello conlleva para esas comunidades. Corresponde al ente gubernamental encargado valorar juiciosamente las circunstancias y variables inmersas en cada caso concreto, a efecto

Sobre la finalidad y alcances de la consulta, en esta sentencia se menciona que es para lograr acuerdos o medidas que sean meritorias. Aún no se menciona el consentimiento como derecho de los pueblos indígenas.

Por otro lado, también se pronunció acerca de la impropiedad de que un derecho sustantivo con respaldo internacional se entendiera positivado a nivel interno en un cuerpo reglamentario, y no en una ley ordinaria. Por lo que exhorta a que el Congreso de la República emita una normativa para regular el procedimiento para llevar a cabo la consulta previa de los pueblos indígenas.

A partir de esta sentencia, la Corte de Constitucionalidad fue cambiando su criterio, y tratando de ser más clara en cuanto a cómo debe llevarse a cabo la consulta, sus fines y la institucionalidad a cargo de implementarla. En algunos casos este criterio ha sido progresivo, en otros ambiguos y en otros verdaderos retrocesos.

Cuando se ha conocido alguna violación del derecho a la consulta en procedimientos que han autorizado licencias de exploración minera, la Corte en las primeras sentencias ha suspendido la licencia, o el trámite de las prórrogas de este tipo de licencias⁵⁹. En la segunda fase de sentencias analizadas, la suspensión no es clara pero hace referencia a la reparación por daños que pueda causar la empresa a las comunidades⁶⁰; y en el tercer grupo de sentencias estudiadas, no suspende las licencias ni los trámites, condicionando esta situación a la realización previa de un estudio profundo a fin de verificar si se causaron daños⁶¹, y en todo caso establecer la medidas de mitigación y reparación para las comunidades, además señaló que no puede declarar la ilegalidad de licencia porque las

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. De tal manera que así como no puede interpretarse que el derecho de consulta que asiste a las poblaciones indígenas conlleve una prerrogativa de veto sobre las políticas públicas en materia de minería, tampoco puede entenderse que, ante la secuela fallida del diálogo que aquél entraña, quede relevado el aparato gubernamental del deber consustancial a su naturaleza de respetar y aún de proteger la eficacia de los derechos fundamentales de dichas poblaciones (como los de cualquier grupo de personas radicado dentro de su territorio, independientemente de su identidad cultural). Afirmar lo primero implicaría supeditar la progresión de los planes gubernamentales en ese rubro a la sola voluntad de un determinado segmento de la población, socavando la representatividad del poder soberano delegado en los organismos públicos por la totalidad de la misma; mientras que sostener lo segundo haría permisible que, con apoyo en la no vinculatoriedad del desacuerdo, se consintiera en marcha de obras que, pese a implicar beneficio económico para el país, conlleven la vulneración de derechos fundamentales tales como el de propiedad, a la cultura, a la salud, libertad de culto, etc. [según sea la gravedad y/o matices particulares de cada caso], en tergiversación del principio de que el bien común priva sobre el particular”.

59 De esas primeras sentencias, dictó dos, Corte de Constitucionalidad. Expedientes 406-2014, Sentencia de fecha 23/11/2015; 411-2014, Sentencia de fecha 12/01/2016.

60 De estas sentencias, dictó dos, Corte de Constitucionalidad. Expediente 5712-2013. Sentencia de fecha 23/11/2015; Expediente 2567-2015. Sentencia de fecha 31/03/2016.

61 De esta sentencia, dictó una. Corte de Constitucionalidad. Expediente 3753-2014. Sentencia de fecha 13/01/2016.

consultas no son vinculantes.⁶² En cuanto a los proyectos de explotación minera, únicamente se ha pronunciado, en un caso, dentro de la apelación de auto presentada en contra de la suspensión provisional del proyecto denominado Proyecto VII Derivada, la cual está en funcionamiento desde el 2011. En este caso confirmó que el proyecto de explotación debe suspenderse.⁶³

En relación a la autorización de centrales hidroeléctricas, todos los amparos han sido declarados con lugar por violación al derecho a la consulta; sin embargo, ninguna sentencia ha dejado en suspenso el proyecto.⁶⁴

Como un aspecto que no se había abordado con anterioridad, a partir de la sentencia de fecha 25 de marzo de 2015,⁶⁵ la Corte de Constitucionalidad hace un análisis de cuándo procede la consulta: “[...] *para que la consulta sea procedente es necesario que concurran dos componentes: por un lado, el encuadramiento de determinadas acciones o decisiones del poder público como medidas administrativas o legislativas; y por otro, la circunstancia de que pueda razonablemente preverse que el proyecto, operación o actividad cuya autorización se pide originará afectación directa de poblaciones indígenas*”. La afectación de los proyectos autorizados y que han sido impugnados por parte de las comunidades; con base en el análisis de esta afectación es que se ha declarado si hubo⁶⁶ o no violación al derecho a la consulta.⁶⁷

62 De esta sentencia dictó una. Corte de Constitucionalidad. Expedientes 5705-2013 y 5713-2013. Sentencia de fecha 12/01/2016.

63 Corte de Constitucionalidad. Expediente 795-2016. Auto de fecha 05/05/2016.

64 Corte de Constitucionalidad. Expedientes 4419-2011, 1149-2012, y Expedientes Acumulados 4957-2012 y 4958-2012.

65 Corte de Constitucionalidad. Expedientes acumulados 156-2013 Y 159-2013.

66 Este argumento lo encontramos en ocho expedientes y se basan en que: *“para determinar que sí hay afectación son: la referida afectación no debe ser entendida como una mera lesión de los que normalmente se identifican como atributos propios del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, aunque exista alguna zona de convergencia con ellos. La afectación se determina en función de la incidencia que esas medidas puedan llegar a tener en sus condiciones de vida –sea de índole social, económica, espiritual, ambiental, sanitaria, alimentaria, etc.–, a fin de prevenir que se produzca de modo y con intensidad tales que conlleven detrimento de su identidad cultural y su subsistencia digna. 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 planea instalar la infraestructura, los artefactos o la maquinaria requeridos para el efecto, se halle precisamente dentro de los 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, respecto a los procesos de decisión del poder público y del acceso a servicios básicos, aun cuando se registren algunos avances en el orden político y social”*.

67 Este argumento aparece en una sola sentencia, dictada dentro de los Expedientes Acumulados 5237-2012 y 5238-2012. La calificación de que no hay afectación se ha basado en los siguientes argumentos: *“[...] es cuando haya que constituirse una servidumbre, la oportunidad en la que obligatoriamente debe hacerse del conocimiento de los poseedores o propietarios de predios sirvientes, potencialmente afectados por estar esos predios situados en el área de influencia del proyecto, la obligatoriedad de constitución de aquel gravamen y, en su caso, la forma cómo se realizará la indemnización correspondiente”*. Es decir, en este caso la Corte señala que debe haber una intervención directa en el territorio

En todas estas sentencias la CC reiteró que es incuestionable el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y la necesidad de regularla por parte del Congreso de la República. Señaló que:

- La ley no establece los mecanismos para hacer efectivos los derechos relacionados, pero esto no exime a las autoridades de darles cumplimiento a los derechos ya reconocidos y que incluso están contenidos en acuerdos de tipo internacional.
- Reitera que cualquier método consultivo puede utilizarse pero que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población –que en aplicación del principio *pro homine* no necesariamente tenga que ser identificada como indígena–.
- La consulta debe ser un procedimiento supervisado estatalmente.
- La consulta debe realizarse cuando “prevean” que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa.
- Requiere de un proceso participativo de diálogo y consensos.
- No es una simple jornada de opiniones y/o sufragio.
- Debe haber análisis de la información y los puntos de vista deben ser expresados adecuadamente en relación a todo lo que comprende la situación, con toda la información necesaria y pertinente, que permita la toma de decisiones con la participación de todos los actores involucrados, para así, materializar y consumir plenamente los alcances que supone el derecho de consulta.
- Debe darse un escenario propicio que posibilite en su medida la consecución de acuerdos que disminuyan las posiciones encontradas que pudiera existir respecto al objeto de deliberación.
- El procedimiento para llevar a cabo la consulta debe ceñirse a las costumbres y características culturales propias de cada comunidad, a fin de asegurarse una inclusión y participación efectiva.
- Se debe observar objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en el análisis de los motivos de oposición con miras a proteger los derechos ambientales y económicos de las comunidades.
- Deben incluirse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir y restaurar los efectos que las medidas produzcan y puedan generar en el detrimento de las comunidades.

para que pueda darse una afectación. Este argumento también lo encontramos en el voto disidente dentro de los expedientes acumulados 156-2013 Y 159-2013, en la que se señala: “[...]si ha de constituirse una servidumbre sobre las tierras en las que estos pueblos se encuentran asentados y se evidencia razonablemente la posible afectación de sus prácticas sociales, culturales o espirituales o que el desarrollo de la actividad económica de transporte de energía pueda provocar desplazamiento de aquellos pueblos, debe recabarse su parecer[...]”

En cuanto al contenido de la información que debe trasladarse a los interesados, la CC señala que esta debe contener: *“El daño al medio ambiente en que se instale la industria y toda la infraestructura que ello conlleva y, en un segundo plano, el desarrollo para el pueblo indígena en compensación de la actividad a ejecutarse es otro aspecto que debe tomarse en cuenta y analizarse en la fase de información previa que conforma el procedimiento de consulta”*.

Otro aspecto relevante en cuanto a cómo llevar a cabo la consulta es que la CC exhorta a las comunidades para que sus oposiciones las circunscriban al proyecto. Es decir, que encontramos nuevamente el criterio que la consulta debe realizarse por cada actividad como obras, proyectos, etc.

Aunque la CC en sentencias anteriores reconoció el carácter previo de la consulta, en las recientes resoluciones la Corte ha señalado que: *“Si bien es indiscutible su carácter previo, debe determinarse una fase específica dentro del expediente administrativo para convocar a los entes involucrados y abrir el proceso de discusión y arribo de consensos –consulta–; este momento debe acaecer una vez que se hayan, en base a los estudios presentados para el efecto, determinado institucionalmente las implicaciones, tanto técnicas como ambientales de la actividad a realizarse, así como, cuando se hayan identificado a las comunidades que ocupan los territorios con influencia en el área en la que se pretende efectuar la actividad, esto último deviene lógico para saber a quiénes se consultará. En ese sentido, es solo hasta que las instituciones estatales competentes hayan conocido a fondo los estudios y documentos anexos que soportan el planteamiento de autorización de determinada actividad y se hayan emitido y cumplido todas las recomendaciones técnicas y dictámenes por parte de las dependencias específicas y, por supuesto, previo a la aprobación de la solicitud, que debe darse a conocer el proyecto y efectuarse el procedimiento de consulta”*.⁶⁸

En cuanto a la autoridad encargada de llevar a cabo la consulta, el criterio ha cambiado sustancialmente. Se ha señalado como institución encargada a:

68 De manera indicativa, la Corte sugiere que al encontrarse los expedientes administrativos en aquella fase procesal en la que se tenga definición certera y definitiva de las implicaciones técnicas y ambientales; tanto el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales como el Ministerio de Energía y Minas, por medio de sus dependencias competentes, deberán enviar a la institución idónea que se ha estimado para facilitar y coordinar la implementación del citado procedimiento de consulta a los pueblos indígenas –Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad–, copia certificada de los expedientes administrativos formados, tanto por solicitud de aprobación de Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, como por el requerimiento de extensión de licencia de exploración minera. Al expediente certificado debe acompañarse un informe circunstanciado que precise, en forma detallada, los alcances del proyecto a ejecutarse, sus implicaciones técnicas y ambientales, las diligencias y dictámenes efectuados, así como cuanta información sea pertinente para determinar su nivel de incidencia. En el relacionado informe, cada una de las instituciones indicadas deberá incluir un apartado en el que, con base al estudio del proyecto efectuado, determine el área de influencia del proyecto y especifique las comunidades que se encuentran dentro de los límites del área y su zona de influencia o incidencia. Esto último con el objetivo de establecer las comunidades a quienes deberá convocar el Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad.

- Dirección General de Minería⁶⁹
- Ministerio de Energía y Minas⁷⁰
- Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad (en adelante el Gabinete) con acompañamiento del Ministerio de Cultura y Deportes, Academia de Lenguas Mayas, Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, Procuraduría de los Derechos Humanos, entre otros.⁷¹

Hay que resaltar que la cronología de las sentencias no ha sido condición para designar a la autoridad encargada. En sentencias anteriores se designa al MEM, en sentencias posteriores al Gabinete y en sentencias más recientes nuevamente se designa al MEM⁷². Aunque en todas las sentencias se designa al MEM como el encargado de llevar a cabo la consulta, o se le designa como la autoridad que deberá convocar a otras instituciones del Estado, o como quien debe enviar el expediente al Gabinete, no se puede afirmar que sea esta la institución designada de manera expresa, aún existe incertidumbre de qué instancia del gobierno debe llevar a cabo la consulta.

En cuanto a lineamientos para llevar a cabo la consulta, sugiere la CC que:

- Se definan formas de solución de las desavenencias que puedan presentarse entre quienes han de intervenir en el desarrollo de la consulta.
- Debe definirse un período máximo de duración del procedimiento, efectuando para ello, una programación de los procedimientos de consulta, diseñados de acuerdo con plazos razonables para su realización, en la que cuanto menos se incluyan aspectos como la forma y número de oportunidades de cada sujeto para pronunciarse acerca de las propuestas formuladas por los actores directamente involucrados en la consulta.
- Fijar fechas probables de materialización de preacuerdos y la forma en que se brindará seguimiento a los acuerdos alcanzados, los cuales deberán ser institucionalizados de manera a que se garantice su cumplimiento.

En la sentencia dictada en el Expediente 411-2014, agrega que una vez que concurren los supuestos de procedencia de la consulta previa a pueblos indígenas [la obligación del Estado y la afectación] es necesario asegurar que esta se realice satisfaciendo ciertas condiciones esenciales que determinan su validez:

69 Corte de Constitucionalidad. Expediente 411-2014.

70 Corte de Constitucionalidad. Expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012 y Expediente 1149-2012.

71 Corte de Constitucionalidad. Expedientes 156-2013 Y 159-2013 y Expediente 406-2014.

72 En los Expedientes acumulados 795-2016 y 1380-2016 se designa al MEM como órgano encargado de llevar a cabo y rehabilitar la licencia una vez haya concluido el proceso de consulta previa.

- A. Carácter previo con relación a la medida gubernativa que se pretende implementar.
- B. Comprende un verdadero diálogo en el que privan la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos; no se agota con la sola información.
- C. Orientada al objetivo de arribar a acuerdos, con el consenso como vía para la toma de decisiones –no tiene como propósito legitimar que una parte se imponga a la otra–.
- D. Se concreta mediante procedimientos culturalmente apropiados, en los que se respetan las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas.⁷³

La sentencia dictada el 25 de marzo de 2015 dentro de los Expedientes Acumulados 156-2013 y 159-2013, referente a un proyecto de transmisión de energía eléctrica la Corte de Constitucionalidad señaló una forma indicativa en la que puede ser realizada la consulta a pueblos indígenas en Guatemala. Esta es la única sentencia que hace referencia de manera detallada el procedimiento.

Señala la Corte que: *“Vista la confusión que ha imperado debido a la ausencia de legislación nacional que regule especialmente la materia, a continuación se proponen algunos lineamientos básicos a seguir, a modo de marco referencial, para que el procedimiento por el que se materializará la consulta se lleve a cabo en concordancia con los estándares internacionales sobre la materia”*.

Por tanto indica 10 pasos a seguir:

- 1. El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales debería trasladar al seno del Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad del Organismo Ejecutivo el expediente administrativo formado por solicitud de aprobación del correspondiente Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental [esto pudo haber ocurrido justo antes de que fuera aprobado], con informe circunstanciado en el que se precisen, según el análisis propio que de acuerdo a la ley debe realizar, las repercusiones ambientales del proyecto, operación o actividad en cuestión y, en general, cuanta información sea pertinente para permitir efectuar posteriormente un balance integral y objetivo del modo y grado de su incidencia, así como del área en el que se produciría, produce o producirá [de haberse observado el carácter previo de la consulta, esto último habría servido como referencia primordial para establecer quiénes podrían haberse visto afectados con su realización].

⁷³ También encontramos estos mismos lineamientos procedimentales en la sentencia dictada el 12/01/2016 dentro del Expediente 3753-2014, en la sentencia del 10/09/2015 dentro del Expediente 1149-2012, en la sentencia de fecha 14/09/2015 dictada dentro de los Expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012.

2. Una vez recibido el expediente relacionado en el numeral anterior, en el seno del Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad del Organismo Ejecutivo se requeriría al Ministerio de Energía y Minas, informe circunstanciado de lo actuado, a su vez, dentro del procedimiento administrativo en el que se tramitó la solicitud de autorización [del proyecto], en especial de su justificación técnica y, en general, de cuanto sea pertinente para permitir efectuar posteriormente un balance integral y objetivo del modo y grado de la incidencia del referido proyecto, operación o actividad.
3. Una vez recibida la documentación relacionada, el Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad del Organismo Ejecutivo realizaría convocatoria por todos los medios de difusión y comunicación con cobertura [en el municipio donde se pretenda realizar el proyecto], tanto en idioma castellano como en idioma [del lugar].⁷⁴
4. El citado Gabinete debería convocar, cuando menos, a las siguientes personas e instituciones, con el objeto de que designen dos (2) representantes titulares y dos (2) suplentes para llevar a cabo una fase preparatoria a la que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha llamado *consulta sobre la consulta*.
 - a. Al Concejo Municipal [de haberse observado el carácter previo de la consulta, se habría convocado a los correspondientes a cada municipio abarcado por la zona de incidencia antes aludida].
 - b. A las comunidades [indígenas del lugar], por medio del Consejo Departamental de Desarrollo Urbano y Rural [de haberse observado el carácter previo de la consulta, se habría convocado a las comunidades representativas de pueblos indígenas radicadas en la indicada zona de incidencia, mediante el o los Consejos Departamentales de Desarrollo Urbano y Rural correspondientes]. Sus representantes deberían ser designados de acuerdo a sus propias costumbres, instituciones y tradiciones.
 - c. A los Ministerios de Energía y Minas, de Ambiente y Recursos Naturales y de Cultura y Deportes. Los primeros dos por haber estado directamente involucrados en el procedimiento administrativo de autorización y el tercero para vigilar, con base en criterios técnicos, la pertinencia cultural de la consulta. A cada cartera ministerial correspondería designar dos (2) representantes (titular y suplente) por separado.
 - d. A la junta directiva de la comunidad lingüística [de haberse observado el carácter previo de la consulta, se habría convocado

74 La sentencia señala que de haberse observado el carácter previo de la consulta, antes de esto se habrían identificado las comunidades asentadas dentro de la zona de incidencia del proyecto, operación o actividad, en atención a la delimitación previamente efectuada por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.

a las correspondientes a cualesquiera comunidades lingüísticas mayahablantes con presencia en la indicada zona de incidencia]. Esta convocatoria se haría por medio de la Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala. Su intervención tendría por propósito exclusivo asegurar la debida traducción a los mayahablantes.

- e. Al o los Consejos Comunitarios de Desarrollo que funcionen en el municipio de que se trate [de haberse observado el carácter previo de la consulta, se habría convocado a todos los que funcionaran en la zona de incidencia del proyecto, operación o actividad].
 - f. Al o los Alcaldes Auxiliares o Comunitarios que ejerzan como tales en el lugar [de haberse observado el carácter previo de la consulta, se habría convocado a todos los que ejercen como tales en la zona de incidencia del proyecto, operación o actividad].
 - g. A la persona jurídica sobre la que ha recaído la autorización para realizar el proyecto y, por ende, es responsable de su ejecución.
5. Además de los sujetos antes indicados, debería convocarse también a los siguientes:
- a. A un representante del Procurador de los Derechos Humanos, quien debería tener su representante suplente.
 - b. Al Alcalde Indígena del municipio [de haberse observado el carácter previo de la consulta, se habría convocado, en caso de haberlos, a los correspondientes a cada municipio incluido en la zona de incidencia del proyecto, operación o actividad].
 - c. A los representantes de las Universidades de San Carlos de Guatemala y de las Universidades Privadas que integran el Consejo Departamental de Desarrollo que funciona en el departamento de Quiché.
6. Una vez acreditados los respectivos representantes de los sujetos convocados en la institución que realiza la convocatoria, se llevaría a cabo la indicada etapa de preconsulta, en la cual las personas e instituciones idóneas, según su ámbito de competencia o campo de conocimiento, harían una presentación inicial, proporcionando información objetiva, veraz y atinente sobre las implicaciones [proyecto] a manera de situar la base para la ponderación del modo y grado de su incidencia en las condiciones de vida de las comunidades mayas del lugar.
7. A continuación se propondrían y definirían los mecanismos por los cuales deberá realizarse la consulta; todos los sujetos convocados decidirían conjuntamente sobre su diseño. Dentro de su flexibilidad, deberían contener, como mínimo:

- a. Procedimientos que puedan realizarse de buena fe y que tiendan de manera propositiva a la búsqueda de consensos y acuerdos entre los actores principales del proceso.⁷⁵
 - b. Medios eficaces para transmitir la información del [proyecto] de modo accesible y fácilmente comprensible, a las comunidades. Igual deber correspondería a estas últimas, por medio de sus representantes, acerca de la información relacionada con sus instituciones, prácticas consuetudinarias y valores.
 - c. Forma de solución de las desavenencias que puedan presentarse entre quienes han de intervenir en el desarrollo de la consulta.
 - d. Calendarización de los procedimientos de consulta, diseñados de acuerdo con plazos razonables para su realización, en la que cuanto menos se incluyan aspectos como: i) determinación concreta de oportunidades para pronunciarse acerca de las propuestas formuladas por los actores directamente involucrados en la consulta; ii) fechas probables de materialización de preacuerdos; y iii) forma de sistematización de los acuerdos alcanzados y de seguimiento que propicie su cumplimiento.
8. Una vez realizada la preconsulta, dentro de un plazo perentorio que debería haber sido fijado en la primera reunión, se procedería a la apertura de la consulta propiamente dicha, en la cual los actores principales del proceso dialogarían a fin de arribar a acuerdos a través del consenso, por medio de sus respectivos representantes. A solicitud de cualquiera de ellos, el representante del Procurador de los Derechos Humanos podría desempeñarse como facilitador, mediador o conciliador. El resto de sujetos convocados para la preconsulta también intervendrían en esta etapa, pero sin que sus pronunciamientos vincularan a los actores principales.
 9. Finalmente, una vez alcanzados los acuerdos, las autoridades gubernativas y municipales competentes deberían definir y, en su caso, autorizar, las formas y requisitos destinados a garantizar el cumplimiento de aquellos, que en ningún momento podrían contravenir preceptos constitucionales o facultades concedidas a los órganos del Estado en la Constitución Política de la República de Guatemala, ni constituir derecho de veto a políticas de gobierno.
 10. Todo lo anteriormente relacionado debería poder realizarse en un plazo no mayor de seis meses.

Además reitera que todo el proceso debe ser *“un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes”*.

75 En el caso específico se señala al Ministerio de Energía y Minas, las comunidades mayas ixiles radicadas en San Juan Cotzal, Quiché y la entidad Transmisora de Energía Renovable, Sociedad Anónima.

Ninguna sentencia anterior y posterior señala de manera indicativa un procedimiento detallado como el descrito. En relación a esta resolución, hay que indicar que se refiere a la forma en que debe llevarse a cabo la consulta cuando la autorización del proyecto ya fue aprobada. Hace algunas apreciaciones sobre lo que tuvo que haberse realizado si se hubiera cumplido con el carácter previo de la consulta.

El procedimiento que se propone se divide en la fase de preconsulta y consulta propiamente dicha.

El Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad es una institución de carácter temporal⁷⁶, como un órgano consultivo y deliberativo que depende de la Presidencia de la República. Está integrado por nueve Ministerios de Estado, cinco Secretarías de la Presidencia y otras ocho instituciones vinculadas a pueblos indígenas. Para su funcionamiento las instituciones integrantes deberán asignar dentro de su disponibilidad un apoyo económico a dicho Gabinete. Fue instalado nuevamente por el actual gobierno el 14 de abril de 2016. Es decir, que por su carácter temporal y financiamiento a voluntad no es el órgano pertinente para llevar a cabo la consulta a los pueblos indígenas.

Además este Gabinete está conformado por las autoridades de gobierno que la sentencia, señala que deben ser convocados en la fase de preconsulta, con lo cual resulta poco viable dicha forma de realizar este procedimiento.

Para Carlos Lacán, esta designación debe ser analizada, ya que el Gabinete no tiene el mandato para hacerse cargo de implementar la consulta.

En cuanto a la convocatoria para la preconsulta a las comunidades indígenas del lugar, también se señala que estas deben nombrar únicamente a dos representantes y dos suplentes, de acuerdo a sus propias costumbres, instituciones y tradiciones y que se hará por medio del Consejo Departamental de Desarrollo Urbano y Rural. En esta fase también se convocará al Alcalde Indígena del municipio. En este caso se desconoce a las autoridades propias de los pueblos indígenas, ya que los Consejos de Desarrollo no necesariamente representan a estas comunidades.

Por otro lado, se propone que en la fase de preconsulta se determine la base para la ponderación del modo y grado y de la incidencia del proyecto en las condiciones de vida de las comunidades mayas del lugar, cuando esto debería ser parte de la consulta propiamente dicha. Es decir, la calificación de la afectación. Para el magistrado colombiano Humberto Antonio Sierra Porto "Puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone

76 Acuerdo Gubernativo 117-2014 de la Presidencia de la República de Guatemala Ver: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/95660/112707/F-1938934763/GTM95660.pdf>, consultada el 03/06/2016.

restricciones o gravámenes, o por el contrario, le confiere beneficios, ello independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”.⁷⁷

Tampoco se toma en cuenta las formas propias de las comunidades para tomar decisiones porque solamente se les designan dos espacios de partición⁷⁸. Además el plazo es muy reducido, el cual es de seis meses. Esto porque la autorización no se suspendió y pareciera que solo se ve esta consulta como un requisito y no como la efectivización del derecho a la consulta.

5.2 JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Una de las primeras sentencias dictadas por la CortelDH, es la de fecha 31 de agosto de 2001, dentro del caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awastzintzi vs. Nicaragua”, que en su párrafo 149 sostuvo que: *“...Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras...”*

Otro fallo importante fue el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. En este caso la CortelDH, citó de manera especial el Convenio 169 de la OIT, con el fin de explicar el contenido y alcance del derecho consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana.

Además la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007, emitida por la CortelDH, dentro del caso del “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, –específicamente en el párrafo 138– se afirmó lo siguiente: *“...La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka..., debe entenderse como*

77 Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia C-187 de 2011.

78 En la sentencia del 24/11/2011 dictada en el Expediente 1072-2011 de la Corte de Constitucionalidad, se indicó que: se establece que el procedimiento desarrollado por la autoridad impugnada no ha sido suficientemente amplio ni apropiado, pues no cumplió con dar una participación coordinada ni sistemática a los pueblos indígenas a quienes les asiste el derecho de consulta. Si bien la autoridad impugnada dio participación a órganos internacionales, expertos en la materia y a funcionarios del Gobierno para la elaboración del proyecto de reglamento que constituye el primer acto impugnado, ésta no puede sustituir en ningún momento la participación de los pueblos Indígenas que constituyen el sujeto del derecho.

requerimiento adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones” . Esta sentencia, que contiene parámetros internacionales, ilustra la obligatoriedad de respetar el derecho de consulta ante medidas administrativas, como las que permiten la ejecución de actividades extractivas. En esta resalta que el consentimiento es uno de los fines y derechos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, la jurisprudencia de la CortelDH permite establecer cuándo y cómo se debe llevar a cabo la consulta, quiénes deben intervenir y en qué momento.

La CortelDH señala que el derecho a la consulta forma parte del derecho a la participación como parte del ejercicio de los derechos políticos de los pueblos indígenas. Señala también que se debe consultar para proteger la identidad cultural, las propias formas de vida y los territorios de los pueblos indígenas. Se deben consultar todas aquellas medidas que afecten los territorios, derechos e intereses de las comunidades.

La consulta debe realizarse de forma continua, ya que no se agota en un solo acto. Además señala que es un deber primario del Estado, por lo tanto no puede delegar esta obligación. Por otro lado, indica que no hay una fórmula única para consultar pero que deben tomarse en cuenta los siguientes criterios irreductibles:

- Carácter previo de la consulta.
- Buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento.
- Culturalmente adecuado y accesible.
- Consulta informada.
- Debe razonarse la decisión que se toma.

En cuanto al consentimiento, la CortelDH señala que es un deber limitado del Estado y una salvaguarda reforzada. Esto significa que debe respetarse la especial relación que tienen los pueblos indígenas con su territorio que implica el ejercicio de su derecho a la vida. Por ello, la CortelDH ha señalado que debe obtenerse el consentimiento cuando los proyectos impliquen:

- Desplazamientos forzados y reubicaciones permanentes.
- Privación de recursos para su supervivencia.
- Almacenamiento o depósito de materiales peligrosos en sus territorios.

Además la CortelDH, señala que durante el proceso de consulta se deben determinar los beneficios y beneficiarios, las indemnizaciones razonables para las comunidades, los cuales no deben implicar servicios básicos sociales. Otra garantía se refiere a su participación en la evaluación de los estudios de impacto ambiental y social, en donde se debe observar y garantizar la relación que tienen los pueblos indígenas con sus territorios y sus formas de supervivencia.

En el informe Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, la CIDH recomienda a los Estados: *“Diseñar, implementar y aplicar efectivamente un marco normativo adecuado para la protección de los derechos humanos frente a actividades extractivas, de explotación o desarrollo [...]. Ello incluye adoptar medidas legislativas y de otra índole pertinentes para la protección de los derechos humanos más relevantes en esta materia, derogar las disposiciones internas incompatibles con los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos, y abstenerse de adoptar legislación contraria a los derechos humanos en este contexto”*.⁷⁹

5.3 EXPERIENCIAS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA EN OTROS PAÍSES (LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA)

Para hacer un análisis comparativo de cómo se ha implementado el derecho a la consulta en otros países se procedió a identificar a los países que tienen ley o reglamento sobre la materia, experiencia en llevar consultas previas a pueblos indígenas y/o pluralidad de instrumentos normativos y jurisprudencia avanzada sobre el asunto.

5.3.1 COLOMBIA

En Colombia existen dos formas en las que los ciudadanos expresan su participación en relación a proyectos relacionados con la explotación de bienes naturales: la consulta popular y la consulta previa.

La Consulta Popular es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. Estas consultas populares se definen como la *“institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local”*.⁸⁰

Como sucede en Guatemala, esta consulta popular no se refiere únicamente a la explotación de recursos naturales, puede ser cualquier tema de carácter general. Para asuntos municipales o locales, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley 134 de 1994, la decisión tomada por el pueblo en la consulta, será obligatoria. Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de

79 CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.L, 2015. Pág. 185.

80 Ver:<http://www.registraduria.gov.co/-Consulta-popular-.html> consultada el 03/06/2016.

los electores que componen el respectivo censo electoral. El órgano encargado de llevar a cabo la consulta popular es la Registraduría Nacional del Estado Civil.

De acuerdo con la abogada colombiana Ana Lucía Amaya, estas consultas *“se han utilizado para decidir sobre proyectos extractivos y otros relacionados con el uso del suelo y la explotación de bienes naturales. Sin embargo, cuando el tema a consultar era competencia de un órgano nacional, la decisión tomada en la consulta popular no era obligatoria”*.⁸¹

Esta forma de interpretación de la ley ha cambiado por que la Corte de Constitucionalidad de Colombia, recientemente dictó sentencia en la cual declaró inconstitucional el artículo 37 del Código de Minas (Ley 685 de 2001), según el cual: *“(…) ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanentes o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo”*.⁸² En consecuencia se deberá dar la oportunidad a las entidades municipales o distritales involucradas de participar activa y eficazmente en dicho proceso, mediante acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como, del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades.⁸³

Esta sentencia es un precedente para la implementación de las resoluciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que han señalado que los Concejos Municipales deben materializar los resultados de las consultas municipales a solicitud de vecinos a través de disposiciones municipales relacionadas con sus competencias: uso del suelo, por ejemplo.

En cuanto a la consulta previa, en Colombia sí se han realizado procesos de consulta a pueblos indígenas y afrodescendientes. Estas se han realizado con base en normativas dispersas, aunque desde 1998 existe un reglamento sobre la consulta previa.⁸⁴ Este reglamento de consulta está

81 Entrevista realizada vía Skype el 30 de mayo de 2016.

82 Ver: <https://justiciaambientalcolombia.org/2016/05/25/corte-tumbo-articulo-37/>, Consultada el 03/06/2016.

83 Ver: <https://justiciaambientalcolombia.org/2014/03/11/la-corte-constitucional-determino-que-en-el-proceso-de-autorizacion-de-actividades-mineras-debe-acordarse-con-las-autoridades-territoriales-de-la-zona-las-medidas-necesarias-de-proteccion-ambiental/>, Consultada el 03/06/2016.

84 El marco jurídico que se utiliza en Colombia para implementar este Derecho se encuentra en el Convenio 169 y con la siguiente normativa interna: Ley 70 de 1993 Ley de Comunidades Negras; Ley 99 de 1993, específicamente el Artículo 76º.- La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades; Decreto 1320 de 1998, “Por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”; Directiva Presidencial 1 de 2010, que reseña los mecanismos para

contenido en el Decreto 1320; ha sido cuestionado por la propia Corte de Constitucionalidad, quien la ha inaplicado, por no estar acorde con los estándares internacionales de la consulta previa; sobre todo porque este reglamento se aprobó sin la participación de los pueblos indígenas. Esta situación es importante de resaltar, ya que la Organización Internacional del Trabajo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la Relatoría de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, coinciden en que debe haber una *consulta de la consulta*; cuando se pretendan aprobar leyes, reglamentos u otras disposiciones relacionadas con desarrollar el derecho a la consulta previa.

En este país también existe una institucionalidad definida, que tiene a su cargo llevar adelante las consultas previas. La Dirección de Consulta Previa, dependencia del Viceministerio para la participación e igualdad de derechos del Ministerio del Interior, tiene a su cargo dirigir estas consultas cuando, el desarrollador del proyecto se lo pide. Es decir, que esta dependencia no actúa de oficio, situación que ha generado la violación de este derecho y que ha sido objeto de tutela por parte de la Corte de Constitucionalidad colombiana, la que ha indicado que no puede aplicarse la ley que regula cómo debe llevarse a cabo la consulta, *“cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación [del reglamento de consulta]”*.⁸⁵

La Dirección de Consulta Previa, tiene a su vez un área de certificación que se encarga de determinar si hay presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto. Esta fase la lleva a cabo a través de un equipo de trabajo administrativo y un equipo de verificación en campo. Se realiza la consulta si se logra determinar la existencia de comunidades indígenas dentro del área del proyecto⁸⁶, no se realiza la consulta a los pueblos indígenas colindantes al proyecto, lo cual es violatorio de este derecho.⁸⁷

la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de consulta previa; Decreto 2820 de 2010 por el cual se reglamenta las licencias ambientales; Decreto 2893 de 2011 que contiene la Estructura del Ministerio del Interior para coordinar la realización de los procesos de consulta previa; Directiva presidencial 10 de 2013 que contiene la Guía para la realización de consulta previa a comunidades étnicas; Decreto 2163 de 2013 que contiene Protocolo interinstitucional de consulta previa.

85 *“En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte puso de presente que ‘por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa –276ª y 277ª reuniones– y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998”*.

86 A esta fase se le llama certificación.

87 Ver: http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/MININTERIOR_CONSULTA-PREVIA.pdf, Consultada el 03/06/2016.

Una vez se determine mediante certificación que existe una comunidad en el área de influencia del proyecto se procede con la consulta previa⁸⁸. Este procedimiento tiene tres fases importantes: la preconsulta, la consulta y los mecanismos de seguimiento a los acuerdos a los que se lleguen. Un procedimiento similar es el que se propone por parte de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca⁸⁹. Lo que en Guatemala no se ha profundizado es la necesidad de contar con mecanismos de seguimiento a los acuerdos, y en ambos procedimientos no se determinan las responsabilidades en las que incurrirían aquellas partes que no cumplan con los acuerdos y las sanciones que tendrían que asumir.

Por otro lado, este procedimiento, establece que las comunidades indígenas tienen derecho de establecer desde su propia visión, cuáles serían los impactos en su vida, situación que no se refleja en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que siguen señalando que deberían ser los técnicos del MEM y del MARN quienes tienen que determinar tal situación.

Aunque existe este procedimiento y una institucionalidad encargada de llevarla a cabo, las comunidades indígenas y afrodescendientes colombianas, consideran que no es el mecanismo idóneo puesto que este procedimiento se realiza a través de autoridades que no siempre están legitimadas, y las instituciones de gobierno no han verificado tal situación. De acuerdo con la abogada Ana Lucía Maya, los decretos en Colombia pueden ser vistos como un avance, pero hay muchas críticas porque no reúnen los estándares internacionales. De hecho han sido inaplicados por la Corte Constitucional.⁹⁰

Para los pueblos indígenas, *“Antes de la aprobación del reglamento de la consulta, en Colombia ya se estaban realizando estos procesos. Es por ello*

88 Ver tabla 3A en Anexos del presente estudio.

89 En la sentencia dictada el 25 de marzo de 2015 dentro de los Expedientes Acumulados 156-2013 y 159-2013.

90 En la Sentencia SU-383 de 2003 se expuso que: “Vale recordar, respecto del Decreto 1320 de 1998, que esta Corporación, en la Sentencia T-652 de 1998, promovida por el pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Energía y Minas, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. – E. S. P., por violación de sus derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo accionante, ordenó “a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen el Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”. // Se pone de presente, además, que por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa –276ª y 277ª reuniones– y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998”. Sobre la materia también se pueden consultar las Sentencias T-652 de 1998, T-880 de 2006, T-769 de 2009, T-547 de 2010, T-745 de 2010 y T-1045A 2010”.

que cobra fuerza la tesis de que el Decreto 1320 de 1998 es ilegal “[...] porque fue expedida sin haber sido consultada previamente con las comunidades étnicas como lo ordena la ley 21 de 1991. Los pueblos indígenas debieron ser consultados antes de su expedición. Este hecho generó incertidumbre jurídica y gran descontento por parte de los pueblos indígenas.

Además el decreto 1320 de 1998 establece que la consulta previa se realiza cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas, o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, señala que se realiza cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras. Es evidente que esta determinación es contraria a la Constitución Política Nacional y al Convenio 169 de la OIT, que siempre hablan de la participación y la consulta cuando los proyectos se realicen en TERRITORIOS INDÍGENAS, nunca de resguardo o de reservas o zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras.

*En tercer lugar, por el procedimiento y los tiempos que se establecían en el decreto para realizar la consulta, ya que la reducen a un procedimiento tipo audiencia ambiental que se concreta en una sola reunión. Este decreto no atiende los postulados del Convenio núm. 169 según el cual, el Estado debe consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, que además reconozcan los espacios propios de reflexión y análisis de los pueblos indígenas”.*⁹¹

Bajo estos argumentos la Corte de Constitucionalidad colombiana ha inaplicado el Decreto 1320, y en su lugar ha recomendado “consultar a las comunidades y pueblos indígenas, a través de sus representantes, los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas [...]”.

⁹²

En consecuencia, cualquier procedimiento que se adopte para desarrollar el derecho a la consulta debe a su vez, ser consultado con los pueblos indígenas, con el objeto de que estos sean legítimos, respeten el tiempo de las comunidades y se logre llegar al fin de este derecho que es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento.

Sobre este último aspecto, es necesario referirnos que es la única corte nacional que ha hecho referencia a qué se debe entender por consentimiento, y que en algunos casos, debe lograrse este para la realización de un proyecto. Ha señalado: “[...] existen ciertas circunstancias frente a las cuales la sola ejecución de un proceso consultivo orientado a alcanzar un acuerdo no garantiza que tal propósito se alcance. Esto es lo que ocurre, puntualmente,

91 Rodríguez, Gloria Amparo, De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia, Ver: https://www.nmbu.no/sites/default/files/pdfattachments/consulta-previa-al-consentimiento-previo-colombia-gloriaar_0.pdf, Consultada el 02/06/2016.

92 Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006 y T-745 de 2010.

*cuando la medida susceptible de consulta conlleva una afectación intensa de los derechos fundamentales de las comunidades. Frente a este tipo de casos, no basta con que se intente llegar a un acuerdo en las comunidades. Es necesario que tal acuerdo se alcance, esto es, que la comunidad brinde su consentimiento sobre la medida correspondiente”.*⁹³

La Corte de Constitucionalidad colombiana, introduce un nuevo término, la *afectación intensa*.⁹⁴ Esta se refiere a cuando: “[...] *la ejecución de proyectos [...] puede generar cambios profundos sobre el territorio y las formas de vida de estas comunidades, relacionados con la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y la destrucción y contaminación de su ambiente tradicional, etc*”.⁹⁵

Además en otras sentencias ha señalado que el consentimiento, en algunos casos, debe lograrse porque “[...] *desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la participación de los pueblos indígenas y de las comunidades afrocolombianas tiene tres facetas: la simple participación, relativa a su intervención en los órganos decisorios de carácter nacional y a la incidencia que sus organizaciones puedan tener en los escenarios de su interés; la consulta previa, exigible frente a cualquier medida que pueda afectarlas directamente y el consentimiento libre, previo e informado, cuando tal medida produzca una afectación intensa de sus derechos –en especial de sus derechos territoriales– o amenace su integridad o su subsistencia*”.⁹⁶

Y es que la Corte de Constitucionalidad de Colombia, es clara en señalar que el derecho a la consulta previa, también involucra otros derechos⁹⁷ y que: *“Todos esos derechos y garantías constituyen un continuum de protección de los pueblos indígenas, pues cumplen la función de:*

93 Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia T550-15.

94 Para justificar tal interpretación, en la misma sentencia la Corte señala que en tal punto, la jurisprudencia constitucional ha seguido el precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, que resolvió el caso promovido por el Pueblo Saramaka contra Surinam, a raíz de la construcción de una represa que inundó los territorios tradicionales de esta comunidad étnica. El fallo advirtió que, frente a planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tenía la obligación, no solo de consultarlos, sino también debe obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.

95 Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia T550-15.

96 Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencias T-1045 de 2010; T-129 de 2011; y T-376 de 2012.

97 En la sentencia T-736 de 2012: señala que “el artículo 6º del Convenio no constituye una disposición aislada. Debe leerse en armonía con el conjunto de *disposiciones del convenio que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión que les concierna, y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y los estados parte del Convenio, algunas de las cuales se destacan a continuación:*

Así, el artículo 5º ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para “allanar” sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su “participación y cooperación”.

i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales)”.

La Corte de Colombia también hace un aporte importante, con relación a la ponderación de derechos, y señala: *“Con el fin de comprender de mejor manera el alcance de este derecho fundamental [la consulta] y las obligaciones estatales correlativas, es oportuno recordar que la consulta refleja un equilibrio o ponderación entre el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas, y el goce efectivo de estos últimos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación”*.⁹⁸

Por lo que con base en el principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos, indica: *“La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento libre, previo e informado, sin embargo –y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad–, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos”*.⁹⁹

Para comprender mejor el derecho al consentimiento, esta misma Corte indica que: *“Al parecer, esa resistencia obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma”*.¹⁰⁰

Con el objeto de aclarar esta “resistencia”, la Corte colombiana explica: *“Esa objeción merece una respuesta constitucional, la cual puede construirse con base en una premisa adicional, que suele pasarse por alto: si la consulta es un proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades; pero de igual manera excluye la imposición como forma de gobierno, aspecto implícito en el concepto de diálogo, en la subregla que establece que la participación debe ser efectiva (literalmente, que tenga efectos), y en la subregla que prohíbe decisiones irrazonables o desproporcionadas en ausencia de acuerdo.*

98 Corte de Constitucionalidad de Colombia, sentencia T-736/2012.

99 Ibídem.

100 Ibídem.

*Como se sabe, cualquier medida a adoptar en el Estado Constitucional de Derecho, es legítima solo si respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Pues bien, una medida que afecta gravemente intereses y derechos protegidos de las comunidades originarias y se pretende implantar sin la aceptación expresa y libre del pueblo interesado, resulta abiertamente irrazonable, puede afectar desproporcionadamente los derechos y principios constitucionales y puede, por lo tanto, ser objeto de control judicial de carácter constitucional”.*¹⁰¹

El caso de Colombia, nos ilustra que tener un reglamento (en este caso) para la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio no es suficiente, sobre todo cuando estos instrumentos jurídicos se adoptan sin la participación efectiva y consulta previa de los pueblos indígenas.

Existen otros mecanismos, como las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad de Colombia, que permiten que el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, realmente sean efectivos, ya que incorpora estándares internacionales y dentro de sus facultades puede dejar de aplicar un reglamento.

La experiencia de Colombia, demuestra la aplicación del principio que los derechos humanos son progresivos y que la consulta previa, en algunos casos no es suficiente, hay que pasar al consentimiento como ese derecho de que las comunidades realmente sean protegidas en su vida, vinculado con su derecho al territorio y contar con medios suficientes para subsistir.

5.3.2 PERÚ

En 2009 el Estado de Perú, promulgó la Ley 29785 que contiene la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁰². En 2012 se aprobó su reglamento a través del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.¹⁰³

101 Corte de Constitucionalidad de Colombia, sentencia T-736/2012.

102 La Ley puede consultarse en <http://www.presidencia.gob.pe/documentos/LEY%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20CONSULTA%20PREVIA%20A%20LOS%20PUEBLOS%20IND%20C3%8DGENAS%20U%20ORIGINARIOS,%20RECONOCIDO%20EN%20EL%20CONVENIO%20169%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20INTERNACIONAL%20DEL%20TRABAJO%20%20OIT%29%20.pdf>, Consultada el 02/06/2016.

103 Tras la promulgación de la Ley de Consulta Previa, el Gobierno peruano formó una Comisión encargada de elaborar su Reglamento, que siguió las pautas y etapas establecidas en la misma ley, sin tener claridad en cuanto a su alcance y los retos que implicaría. Esta Comisión contó con representantes de distintos Ministerios y de las organizaciones indígenas nacionales. Se realizó una serie de encuentros regionales con el objetivo de consultar el Reglamento con los pueblos indígenas. Si bien fue un esfuerzo importante, este proceso recibió cuestionamientos de algunas organizaciones indígenas, quienes indicaban que no estaban en igualdad de condiciones ni se encontraban igualmente representadas que los representantes del Estado. Estas críticas llevaron a que varias de las organizaciones decidieran retirarse del proceso, de modo que en la etapa de diálogo

La finalidad de la consulta es “[...] alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”.¹⁰⁴

De acuerdo con la ley: “La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano. El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial”.¹⁰⁵

En relación a la finalidad, se habla de llegar a acuerdos o el consentimiento. Sin embargo, únicamente se hace referencia de que cuando no se logren acuerdos, la entidad pública tomará la decisión final. No regula lo relativo al consentimiento, lo que puede entenderse que, en estos casos no podría realizarse el proyecto. Lamentablemente no se identificó ningún caso que pudiera darnos esa respuesta.

También se regula que los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

Para la implementación de la consulta se nombran los sujetos de derechos quienes son: “los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa”.¹⁰⁶ Relacionado con este artículo se establecen los criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios. Para identificar a

ante la Comisión Multisectorial estaban presentes únicamente dos organizaciones indígenas nacionales. Con estas dos, se lograron alcanzar acuerdos y se presentó el texto construido conjuntamente a la Presidencia del Consejo de Ministros. (Información obtenida en el informe de Derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en América Latina de Avances y Desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú, DPLF, Pág. 35)

104 Artículo 3 de la Ley 29785 de Perú.

105 Artículo 15 de la Ley.

106 Artículo 5 de la Ley.

los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos¹⁰⁷ y subjetivos¹⁰⁸.

Para la abogada Mirta Vázquez: *“La ley es completamente perversa, pues el Estado, será quien mediante una lista, escogerá quienes serán las comunidades que deben de ser consultadas y quienes no, porque el Estado se dice con la capacidad de establecer quien realmente es indígena y un pueblos originario y quien no lo es. Pues el ejecutivo ha manifestado que ya no existen comunidades indígenas en el Perú, ni en la costa ni en la sierra y que posiblemente solo en la Selva”*¹⁰⁹.

Se designa a un órgano específico para llevar a cabo la consulta, el Viceministerio de Interculturalidad.

El procedimiento regulado en la ley es el siguiente¹¹⁰: Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
4. Información sobre la medida legislativa o administrativa.
5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes.
7. Decisión.¹¹¹

107 Los criterios objetivos son los siguientes: 1. Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. 2. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. 3. Instituciones sociales y costumbres propias. 4. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. Artículo 7 de la Ley.

108 El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

109 Entrevista tomada de OXFAM, 2016, op.cit..

110 Artículo 8 de la Ley.

111 Además de estas dos normativas, existen otras que se han ido promulgando, que tratan asuntos más específicos que intentan poner en práctica algunos aspectos sustanciales de la Ley, tales como: i) el Procedimiento del derecho de petición de los pueblos indígenas para la inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura, aprobado a través de la Resolución Viceministerial.

En diciembre del 2013 se desarrolló oficialmente una única consulta indígena bajo el amparo de la nueva ley y su reglamento. De acuerdo con el autor Alejandro Diez Hurtado, esta consulta: “[...] muestra el desarrollo de una consulta con fines más burocráticos y de propaganda que de “consulta” en sí, pero también algunas de las dificultades procedimentales y prácticas para el desarrollo de un proceso de este tipo, además de la importancia de la injerencia político-administrativa en éstos”.¹¹²

Esta primera consulta recibió varias críticas necesarias a resaltar. “La primera y probablemente la más contenciosa es la que denuncia su carácter artificial, dado que se trataba de la creación de una reserva con la que los indígenas no solo estaban de acuerdo sino que habían estado al origen de la iniciativa y de su creación. Instituciones como la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI) la calificaron como “engaña muchachos”, señalando que la consulta debería hacerse en zonas más contenciosas, como los lotes petroleros. Otras críticas, más académicas, señalan más bien las limitaciones en el proceso, señalando los errores como la mala identificación de la población a ser consultada (exclusión inicial de los kichwas), dificultades e inadecuación de los mecanismos y medios de difusión e información del proceso (poco interculturales), carencias en el proceso de traducción, premura en la ejecución del mismo, entre otras”.¹¹³

Por otro lado, según el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (en adelante CAAAP), hasta marzo de 2015, se encontraban 24 procesos de consulta previa entre ya finalizados y en fase de implementación.¹¹⁴

En un estudio elaborado por CAAAP, se señala que estos procesos de consulta han tenido varias críticas, “[...] tales como se dedicó poco tiempo para informar a la comunidad y que no quedó claro qué impactos se consultaron. Estas críticas se suman a las realizadas por el ex Relator

Nº 010-2013-VMI-MC, publicada el 12 de diciembre de 2013, ii) la Resolución Ministerial Nº 202-2012-MC, que aprobó la Directiva que regula la base de datos oficial de los pueblos indígenas y originarios, la cual identifica quiénes son los pueblos indígenas en el Perú, es decir, a quiénes debe aplicarse el Convenio 169 de la OIT; y iii) la Guía Metodológica de la Ley de Consulta Previa. Además de estas normas generales existen otros instrumentos jurídicos que han intentado reglamentar el derecho a la consulta en sectores específicos del gobierno. Entre las más relevantes, se encuentra la Resolución Ministerial Nº 350-2012-MEM, relativa a los procedimientos administrativos del Ministerio de Energía y Minas para la realización de procesos de consulta previa.

112 Diez Hurtado, Alejandro, LA CONSULTA OFICIOSA Y LA CONSULTA OFICIAL. Los casos de la reserva Maijuna y del reglamento de la ley de consulta en el Perú. Instituto de Investigación de Ciencias Sociales. Santiago, 2014. Pág. 21. Ver: http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2014/06/ICSO_DT2_2014_Diez.pdf, Consultada el 11/06/2016.

113 Diez Hurtado, Alejandro, Op.Cit., Pág. 26.

114 CAAAP, Análisis De la aplicación de Consulta previa. Lima, 2015. Pág. 6. Ver: http://www.caaap.org.pe/website/wp-content/uploads/2015/08/consulta-previa_18-marzo.pdf, Consultada el 11/06/2016.

*de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, James Anaya, quien en un informe de 2014 señaló que los acuerdos alcanzados en la consulta previa del lote 169 eran “inadecuados” debido a que no contenían elementos esenciales como la mitigación de impactos, la participación efectiva de los pueblos indígenas, los beneficios que el proyecto genere o la posibilidad del pueblo indígena de revisar el contrato que firmen el Gobierno y la contratista”.*¹¹⁵

Además, de estos aspecto, uno principal es lo relacionado con los titulares del derecho a la consulta. En una entrevista realizada al ex Viceministro de Interculturalidad, este señala que: “[...] *en la lista [de pueblos indígenas] existe mucha ambigüedad, porque hay pueblos aimaras que están incluidos y no ve las razones por las que otras comunidades quechuas también lo estén, considerando que tienen patrones culturales definidos [...] La lista se ha trabajado siguiendo los criterios del Convenio 169 de la OIT, que da origen al mecanismo de la consulta previa y que define un criterio subjetivo de autoidentificación de los pobladores y criterios objetivos referidos a la ancestralidad y la existencia de instituciones como la lengua o formas de organización, definidos desde antes del virreinato*”.

¹¹⁶

Se agrega en esta entrevista que: “*Son muchas las comunidades que llegan al Ministerio de Cultura con la expectativa de que se les permita tener un proceso de consulta previa, sobre todo por la posibilidad abierta tras la promulgación de la ley. Esto es reconocido por Velasco, quien indica que se les niega esta posibilidad por no estar contemplados en la lista*”.

¹¹⁷

Esto ha generado que las acciones de tutela¹¹⁸ se sigan ejerciendo ante los órganos jurisdiccionales peruanos por la falta de consulta previa. Para Carlos Lacán, “*Los titulares del derecho no deberían estar establecidos en una ley, porque limita el ejercicio del derecho. Luego se piden acreditaciones de la personería jurídica, haciendo más burocrático el tema*”.

¹¹⁹

Esta situación es confirmada por DPLF, al señalar que: “*Los principales aspectos cuestionados se referían a que debía considerar pueblos indígenas a los descendientes de los pueblos preexistentes a la colonización y no limitarse a los descendientes “directos” y que conserven “todos” los elementos culturales; debía incorporar todos los supuestos en que se exige el consentimiento y no solo la consulta según los estándares internacionales; no debía excluir de su aplicación todos los actos previos a su publicación considerando que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente para el Perú desde 1995; entre otros*”.

¹²⁰

115 *Ibídem.* Pág. 12

116 Ver: <http://elcomercio.pe/economia/peru/consulta-previa-balance-cuatro-anos-su-creacion-noticia-1820402>, consultada el 11/06/2016.

117 *Ibídem.*

118 Las acciones de tutela del Perú se consideran similares a las acciones de amparo en Guatemala.

119 Entrevista realizada el 07/06/2016 a Carlos Lacán, Coordinador del Programa Pro-Derechos Humanos de IBIS.

120 *Op.Cit.* Pág. 36.

Por tal razón en el 2014 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante CEACR), en su informe de observaciones al Estado peruano, indicó: “ *Teniendo en cuenta que sigue sin darse pleno efecto a las disposiciones relativas a la participación y cooperación de los pueblos indígenas que se encuentran en el artículo 6, párrafo 1, apartados b) y c), el artículo 7 y la parte II sobre tierras, del Convenio, la Comisión invita nuevamente al Gobierno a que, en consulta con los pueblos indígenas y las otras partes interesadas, se adopten las medidas legislativas correspondientes y se revisen en consecuencia las disposiciones de la legislación vigente*”.¹²¹

La experiencia de Perú, refleja la necesidad de que los marcos normativos o administrativos no desarrollen conceptos limitativos, ya que esto obstaculiza el ejercicio de derechos colectivos de pueblos indígenas. Específicamente relacionado a definir quiénes son los titulares del derecho, ya que como bien lo señala la OIT es un debate que no ha finalizado, y que el Convenio 169, solamente da algunos parámetros que tampoco son cerrados.

Los procesos peruanos reflejan que se han llegado a acuerdos en proyectos de hidrocarburos, y otro tipo de aprovechamiento de recursos naturales, pero no en temas de minería; que sí existen pero aún no han sido objeto de consulta previa, debido a que en estos casos sí existe un rechazo rotundo a este tipo de proyectos extractivos. Con las objeciones ya planteadas, son pocos los procesos que se han puesto en marcha, pero que no han tenido aún la revisión del cumplimiento de los acuerdos.¹²² Este es otro aspecto que debe ser reforzado en cualquier legislación o disposición administrativa que se adopte en la materia.

5.3.3 MÉXICO

Al igual que en Guatemala, los pueblos indígenas han reclamado la falta de consulta cuando se han autorizado proyectos que puedan afectarles. De acuerdo con el libro *El derecho de los pueblos indígenas en México a la Consulta*, este derecho ha cobrado fuerza como un instrumento jurídico.¹²³

En este mismo documento se señala que desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se hace un reconocimiento de que la nación mexicana es pluricultural. En el artículo 2 de dicha Carta Magna se establece sobre los pueblos indígenas que: “*la conciencia de su identidad*

121 Ver: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:3142885,es, Consultada el 11/06/2016.

122 Ver: http://www.caaap.org.pe/website/wp-content/uploads/2015/08/consulta-previa_18-marzo.pdf, Consultada el 11/06/2016.

123 López Bárcenas, Francisco. México 2013. *El derecho de los pueblos indígenas en México a la Consulta*. Servicios para una Educación Alternativa. Pág. 17.

indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se les aplica las disposiciones sobre pueblos indígenas”.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México se encuentra regulado en el derecho interno. El artículo 2, apartado B, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que el gobierno debe *“consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”.*

El Congreso de la Unión no ha expedido una ley que reglamente la forma en que debe ejercerse este derecho. Lo que ha hecho es incorporar en diversas leyes el tema. Una de ellas es la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. La ley faculta a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas para desplegar acciones en materia de consulta, las cuales deben operarse a través del Consejo Consultivo de la Comisión, que se integra por indígenas que la misma Comisión propone.

Según se señala en el documento ya referido, esta disposición resulta restrictiva y violatoria del derecho de consulta en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT porque solo reconoce el derecho a la consulta en la formulación y ejecución de los planes y programas –y del presupuesto para hacerlo– dirigido a atender las necesidades de los pueblos y las comunidades indígenas.

Otras leyes que hacen referencia al derecho a la consulta son la Ley de Planeación, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley de las autorizaciones para el aprovechamiento de los recursos forestales. Sin embargo, en todas estas leyes no queda claro el destino que tendrán las opiniones que se señala es el fin de las consultas. Ninguna hace referencia a la forma de consultar.

La Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas desarrolló un protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas, que ha servido de modelo para los protocolos específicos de cada consulta, dependiendo de los pueblos indígenas y del proyecto de desarrollo.¹²⁴

En este protocolo se señala como procedimiento general del sistema los siguientes pasos: 1. Integración de información y definición de acuerdos básicos; 2. Diseño y programación de la consulta; 3. Aplicación de la consulta; 4. Reintegración de resultados; y 5. Seguimiento y evaluación de resultados.

Aunque existe esta normativa, los pueblos indígenas han hecho uso de sus derechos para hacer ver la violación de la consulta. La sentencia

124 Ver: http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37009/cdi_protocolo_consulta_pueblos_indigenas_2014.pdf, Consultada el 03/06/2016.

de fecha 4 de noviembre 2015¹²⁵ hace referencia a situaciones que vale la pena resaltar: “[...] *el deber del Estado a la consulta para los pueblos y comunidades indígenas no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados*”.¹²⁶

Esta sentencia también indica que “[...] *para que la autoridad cumpla con el debido proceso, deberá adoptar las medidas necesarias para que la consulta pública se lleve a cabo directamente en las comunidades indígenas asentadas en los Municipios [señalados], área que comprende la solicitud de la empresa, a través de los representantes o autoridades reconocidas por la propia comunidad, y por los medios que den certeza, como podría ser, por ejemplo, mediante asambleas convocadas con anticipación, o por algún otro medio que garantice que las comunidades tuvieron pleno conocimiento de esa consulta pública*”.

La sala que conoció el amparo otorgó a las autoridades responsables el término de seis meses contados a partir de que se notifique la sentencia ejecutoriada, para llevar a cabo la consulta en las comunidades indígenas de los Municipios.

En esta sentencia se determinó que la *“Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas debe considerarse como la autoridad competente en materia de consulta a las comunidades indígenas, ya que las leyes le otorgan amplias facultades en materia de garantía, promoción y protección de derechos indígenas. En ese sentido, es posible advertir –en general– que dicha Comisión tiene facultades: 1) de consulta en la formulación, ejecución y evaluación de proyectos planeados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal¹²⁷; 2) de diseño y operación de sistemas de consulta y participación indígena, estableciendo al efecto los procedimientos técnicos y metodológicos de participación¹²⁸; y 3) para consultar a los pueblos y comunidades indígenas cada vez que el Ejecutivo Federal promueva proyectos que impacten significativamente en sus condiciones de vida y su entorno”*.

125 Acuerdo de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictado dentro del AMPARO EN REVISIÓN 198/2015. Ver: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/15001980.002-2405.doc>: Consultada el 03/06/2016.

126 Ver: Acuerdo de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictado dentro del AMPARO EN REVISIÓN 198/2015. Ver: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/15001980.002-2405.doc>: Consultada el 03/06/2016.

127 Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, artículo 2°, fracción I.

128 Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, artículo 2°, fracción IX.

De la experiencia de México, se determina que también las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales son fuente importante para implementar el derecho a la consulta. Tres situaciones son necesarias resaltar de la sentencia analizada:

- Indica que no debe demostrarse una afectación real a los derechos de los pueblos indígenas, sino la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse. Y que es precisamente uno de los objetos de la consulta.
- Que debe informarse a los miembros de las comunidades indígenas a través de medios que den certeza, como podría ser, por ejemplo, mediante asambleas convocadas con anticipación, o por algún otro medio que garantice que las comunidades tuvieron pleno conocimiento de esa consulta pública.
- La necesidad de que una autoridad convoque y se encargue de la consulta.

Los dos primeros aspectos son diferentes a los considerados por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca. Puesto que la CC en Guatemala señala que debe darse una afectación directa y real, la que se determina en la fase de preconsulta. Indica como autoridades encargadas de trasladar la información a distintos Ministerios de Estado, sin que solicite algún requisito, como en el caso de la sentencia mexicana analizada, una prueba de que realmente se cumplió con esta obligación. Pero lo más importante, es que en el caso guatemalteco se desconoce a las autoridades legítimas para realizar esta función.

La tercera situación, coincide con lo planteado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que nombra una institución; sin embargo, esta debe ser integrada, también por un proceso de consulta.

VI. CONDICIONES Y LINEAMIENTOS MÍNIMOS PARA IMPLEMENTAR EL DERECHO DE CONSULTA Y CONSENTIMIENTO A PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA

Del análisis del ejercicio de los derechos de participación y consulta que se han realizado en Guatemala, así como de la doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se puede determinar que la exigencia del respeto del derecho a la participación y consulta previa es vigente y cada vez se reclama con mayor fuerza, su cumplimiento.

Para la implementación y cumplimiento efectivo del derecho a la consulta se debe tomar en cuenta que:

- a. **Las consultas comunitarias y auto consultas son válidas.** El Convenio 169, recogió la consulta como aquella forma en la que los pueblos indígenas toman decisiones, que a su vez forma parte de su libre determinación. La consulta forma parte fundamental del sistema de resolución de conflictos de los pueblos indígenas que tiene varias fases: el diálogo, el valor de la palabra, la escucha, el consenso y la restauración de la armonía.

*Para Anaya, “Las llamadas consultas comunitarias de buena fe, claramente no constituyen el tipo de consultas, tal como se definen en los instrumentos internacionales, que se refieren a aquellas consultas entre los estados y los pueblos indígenas. Sin embargo, [...] los resultados de estos procesos comunitarios son expresiones legítimas de la voluntad de las comunidades, y que estas expresiones deben incidir en las decisiones del estado sobre los proyectos [...]”.*¹²⁹

El exrelator, considera importante resaltar “[...] que los pueblos indígenas tienen el derecho de oponerse, de manera pacífica, a los proyectos de inversión u otras medidas impulsadas por los estados, en función de su derecho a la libertad de expresión y de asociación. El estado en todo momento debe respetar este derecho y no fomentar o permitir represalias de ningún tipo en contra de los pueblos indígenas cuando ejercitan este derecho y se oponen a proyectos impulsados por el estado”.¹³⁰

129 Ver: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>, Consultada el 11/06/2016.

130 *Ibidem*.

- b. **El Convenio 169 retoma el valor ancestral de la consulta e impone una obligación a los Estados.** Con el fin de revertir la exclusión histórica de los pueblos indígenas, los Estados convinieron suscribir el Convenio 169, e incluir el derecho a la consulta que debe implementarse cada vez que se pretenda adoptar una medida legislativa o administrativa que pueda perjudicar a los pueblos indígenas. El responsable de cumplir con este derecho es el gobierno. James Anaya, señala que: “[...] *aunque corresponde al estado el deber de realizar consultas con los pueblos indígenas antes de decidir sobre medidas que les puedan afectar, el estado no debe insistir en realizar las consultas mientras que la parte indígena mantiene una oposición clara en contra de la consulta con el estado y del proyecto o medida en cuestión*”.¹³¹ Esto porque no existirían las condiciones para iniciar un diálogo de buena fe, como uno de los principios de la consulta.

Además, Anaya, indica que “[...] *el estado cumple con su deber de consultar cuando ofrece un proceso de consulta adecuado de acuerdo a los estándares internacionales y se enfrenta con esta postura definitiva de oposición. En tales circunstancias, se puede considerar que la parte indígena ha renunciado su derecho a ser consultado por el estado, pero no ha renunciado a su derecho de no otorgar su consentimiento. De hecho, cuando los pueblos se oponen a ser consultados y a la medida en cuestión, están rehusando otorgar su consentimiento, al igual si hubiesen entrado en un proceso de consulta y hubiesen rehusado otorgar su consentimiento o entrar en acuerdos dentro de ese proceso*”.¹³² Esto porque la consulta tiene como una de sus finalidades llegar al consentimiento.

- c. **La consulta sobre la consulta.** Otro aporte que ha dado la CC guatemalteca es lo relativo al procedimiento y principios que deben regir un proceso que efectivice el derecho a la consulta. La Corte en una sentencia, unificó varios de sus lineamientos y ha señalado que debe haber una fase de preconsulta y otra de consulta propiamente dicha.

Esto también se pudo constatar que el marco jurídico de los distintos países analizados. Cualquier normativa jurídica o administrativa que se adopte para implementar el derecho a la consulta debe a su vez ser consultada. Esto lo ha reiterado la Corte de Constitucionalidad colombiana que ha inaplicado el reglamento que desarrolla cómo debe llevarse la consulta a pueblos indígenas y afrodescendientes. También la Corte Constitucional de Guatemala, ha señalado que en la adopción de medidas legislativas, debe haber una participación real de los pueblos indígenas desde las etapas más tempranas del proyecto.

131 Ver: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>, Consultada el 11/06/2016.

132 Ibídem.

Igualmente, esta disposición ha sido recomendada por el exrelator de pueblos indígenas, James Anaya, al señalar que: *“el proyecto [de reglamento de consulta] no podrá cumplir con los estándares internacionales si el mismo no es sometido a un proceso adecuado de consulta previa con los pueblos indígenas”*.¹³³

En el mismo sentido la CortelDH en el caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, señaló que debe ser consultado; *“el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo indígena a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres [...]”*¹³⁴

d. **La finalidad de la consulta es llegar a acuerdos o al consentimiento en donde debe privilegiarse un diálogo intercultural.**

La Corte de Constitucionalidad, han indicado que el fin de las consultas es llegar a acuerdos o lograr el consentimiento; pero que este derecho no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas.

La abogada Ana Lucía Amaya, señala que: *“El acceso a un derecho es pleno solo cuando el titular alcanza el goce efectivo. Más allá de la consagración formal de un derecho, es importante que en la realidad las personas y comunidades puedan gozar del mismo, como un mandato constitucional. La garantía de los derechos a la autodeterminación, participación, consulta, y otros derechos, es posible si se asegura el consentimiento libre, previo e informado”*.

Sigue manifestando la abogada que: *“Las comunidades tienen que gozar efectivamente del derecho a la consulta previa, al consentimiento y, por esa vía, a la autodeterminación y a la participación. Por esta razón, el proceso de consulta no puede ser homogéneo para todas las comunidades, pues la identidad de cada una implica variar las condiciones de la consulta y de la obtención del consentimiento”*.

La Corte de Constitucionalidad colombiana y el exrelator de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, coinciden en señalar que en algunos casos se debe llegar al consentimiento y esto significa: *“Se debe tener presente que dentro de la doctrina del derecho internacional, salvo en pocos casos, los derechos humanos pueden ser restringidos sin que se produzcan violaciones de la normativa internacional. Pero las restricciones a los derechos solo pueden producirse bajo condiciones limitadas de proporcionalidad”*

133 Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011, párr. 10.

134 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 16.

*y necesidad con relación a un interés válido estatal dentro del marco de derechos humanos”.*¹³⁵

Esto significa que: “Cuando existe el consentimiento bajo términos justos y equitativos a un impacto o limitación al goce del derecho a la propiedad, el derecho a la identidad cultural, u otro derecho, con ese consentimiento se entiende que se cumple per se con el requisito de proporcionalidad. Por supuesto sería inadmisibles el consentimiento formal bajo términos injustos que pondrían en peligro el goce de derechos fundamentales o la supervivencia cultural o física del grupo indígena interesado. Pero cuando existe consentimiento en términos justos y equitativos, hay una presunción sólida a favor de la permisibilidad de la restricción a los derechos. Incluso, si se manifiesta por medio de un acuerdo que incluye beneficios importantes para la parte indígena, el consentimiento puede ir más allá de ser una salvaguarda y convertir lo que habría sido una restricción, a un instrumento que facilite y promueve el goce de los derechos.

*En cambio, cuando no existe consentimiento, para poder proceder con la medida propuesta el estado tendría que demostrar que las restricciones a derechos impuestas por la medida son necesarias y proporcionales frente a un propósito válido estatal en el marco de los derechos humanos. En muchas situaciones, el estado sí puede cumplir con esta carga, demostrando, por un lado, un interés válido estatal, por ejemplo, en la promoción del derecho al desarrollo de la población en general, y, por otro lado, que el impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas sería relativamente leve, especialmente si se implementan medidas de mitigación y, en su caso, de indemnización”.*¹³⁶

*Sin embargo, también se considera que: “En muchas otras situaciones, no existirían condiciones para demostrar proporcionalidad frente a un propósito válido estatal. Esto es porque, por un lado, no se podría demostrar un propósito válido estatal, en el sentido de un objetivo de promover los derechos humanos de otros; o, por otro lado, no se puede demostrar una necesidad o proporcionalidad justa dada la magnitud de los impactos sobre derechos específicos, sobre todo sin el consentimiento de la parte indígena”.*¹³⁷ Además como lo señala la Corte Colombiana, puede darse un efecto intenso, que incluso puede comprometer la vida de los pueblos indígenas.

Como podemos observar, en la actualidad la tendencia de la consulta es lograr el consentimiento de los pueblos indígenas en proyectos que sean susceptibles de afectar su vida, ligada a su territorio y relación espiritual con la Madre Tierra. Como lo indica el profesor James Anaya, hay que destacar que la consulta y su vinculación con el principio del consentimiento libre, previo e informado son elementos

135 Anaya, James, Op.Cit.

136 Anaya, James. Op.Cit.

137 Ibídem.

céntricos para un nuevo modelo de relaciones entre los estados y los pueblos indígenas, así como para un nuevo modelo de desarrollo. Efectivamente, lo que muchos pueblos indígenas reclaman es la imposición de los proyectos, sin tomarlos en cuenta, situación que generó la adopción del Convenio 169, tal como lo ha reconocido el propio Estado Guatemalteco.

En conclusión, existen dos mecanismos para que los derechos de los pueblos indígenas sean respetados plenamente. La consulta previa propiamente dicha, que su fin es llegar a acuerdos. Cuando éstos no se logren y se determina que la afectación que pudieran sufrir no es intensa, que existe justificación para que el proyecto se lleve a cabo, por ejemplo que es de utilidad pública, debidamente razonada y fundamentada, el gobierno puede decidir llevar adelante el proyecto, previendo la distribución equitativa de beneficios y los mecanismos de reparación, mitigación y resarcimiento.

Si existe una afectación intensa, se debe lograr el consentimiento, lo que implica que si no se logra, el gobierno no podría llevar a cabo el proyecto, porque traería como consecuencia una serie de violaciones a los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

Para ambos derechos, el proceso es similar, ya que la determinación del grado de afectación, solo puede determinarse después de haber transcurrido un diálogo, elaboración de estudios ambientales, sociales, culturales, y otras situaciones que se consideren necesarias, con la diferencia en la finalidad: llegar a acuerdos o al consentimiento.

e. **El efecto útil, la autoejecutabilidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la adopción de marcos normativos de acuerdo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

Otro aspecto a analizar en cuanto a la implementación del derecho a la consulta en Guatemala es la autoejecutabilidad de los instrumentos de Derechos Humanos y por ende, del Convenio 169.

Las normas autoejecutables o autosuficientes, “[...] son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”. No se consideran normas autoejecutables cuando “requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les de vigencia efectiva”.¹³⁸

138 Ver:http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100018, Consultada el 04/06/2016.

En el caso del Convenio 169 de la OIT en Guatemala, es un instrumento internacional autoejecutable, porque con su sola ratificación, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno y en consecuencia, de aplicación directa.

Esto se fortalece con lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—de la que Guatemala es parte—, en donde se consagra el principio *pacta sunt servanda*, relativo a que *“todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*. Por ello, el artículo 27, numeral 1, de la Convención preceptuó que: *“Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”*, lo cual tiene por finalidad asegurar la observancia irrestricta de los compromisos internacionales.

Estos han sido los fundamentos por los cuales la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha dictaminado la violación del derecho a la consulta en actos administrativos (autorizaciones para proyectos de minería e hidroeléctricas). Y ha indicado que el Convenio 169 forma parte del bloque de constitucionalidad en Guatemala.

La propia Corte de Constitucionalidad ha remarcado que la falta de legislación no es un valladar infranqueable para cumplir con la obligación internacional que tiene el Estado de implementar el derecho a la consulta. En sus sentencias, le ha hecho ver al Ministerio de Energía y Minas que tiene la obligación de llevar a cabo la consulta, porque el ordenamiento jurídico debe aplicarse bajo el principio de la unidad; es decir, que todas la legislación nacional e internacional vigente en el país debe respetarse en los actos de la administración pública.

Sin embargo, hasta la fecha esto no se ha logrado. En casos específicos, el MEM ha indicado que la Ley de Minería no impone la obligación de llevar a cabo la consulta de pueblos indígenas; es decir, que el principio de autoejecutabilidad ha sido aplicado únicamente por los tribunales de amparo, que tienen criterios diferentes para implementar la consulta, creando confusiones para quienes deben implementarla y para quienes deberían ser consultados. Por lo que el principio de autoejecutabilidad debe ser completado con el deber de garantía que tienen los Estados.

Existe la obligación del Estado de *“organizar todo el aparato gubernamental... de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*.¹³⁹

139 Ver: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2057/23.pdf>, Consultada el 04/06/2016.

El artículo 2 de la CADH, contempla lo relativo al deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Según la CorteIDH, este artículo junto con el artículo 1.1 “...recoge(n) una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al Tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”.¹⁴⁰

De tales disposiciones podemos concluir, que si bien es cierto no es una obligación regular cómo debe llevarse a cabo la consulta, porque puede aplicarse directamente, también lo es que para cumplir con los derechos humanos, deben adoptarse marcos jurídicos que permitan el *effet utile*, o efecto útil de los instrumentos internacionales, esto para que haya certeza de cómo cumplir con el derecho por parte de los funcionarios públicos y los pueblos indígenas tengan mecanismos más efectivos para exigir el cumplimiento de ese derecho.

En consecuencia, en este estudio no se propone la creación de una ley, reglamento o protocolo. Se recomiendan las condiciones y lineamientos mínimos para implementar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Guatemala, con base en la ley establecido por la CC guatemalteca, la jurisprudencia del Sistema Interamericano y las experiencias de otros países que deben generarse.

6.1 CONDICIONES MÍNIMAS PARA IMPLEMENTAR EL DERECHO A LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA

A. Consultar cómo consultar (consulta sobre la consulta)

Como una condición principal, “En el caso de la adopción de una medida legislativa o de cualquier otra índole, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”.¹⁴¹ La adopción de una ley, reglamento, protocolo o cualquier otra disposición que desarrolle el derecho a la consulta debe contar con la participación de los pueblos indígenas.

B. Voluntad política

Tomando en cuenta que actualmente existen varios conflictos socioambientales, se requieren condiciones para iniciar a discutir cómo deben llevarse a cabo las consultas comunitarias. Una muestra de voluntad

¹⁴⁰ Ibídem.

¹⁴¹ Ver: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>, consultada el 12/06/2016.

política, sería suspender las licencias vigentes que se han otorgado en clara violación al derecho a la consulta, suspender la tramitación de las solicitudes para el reconocimiento, exploración, explotación de bienes naturales y no otorgar más licencias hasta que se acuerde cómo proceder.¹⁴²

C. Institucionalidad representativa y autónoma

Debe existir una institución de carácter permanente que se integre con la más amplia participación de los pueblos indígenas y tribales¹⁴³ en Guatemala, que tenga un presupuesto asignado que le permita llevar a cabo las consultas a los pueblos indígenas.

D. La consulta debe ser particularizada

La consulta a pueblos indígenas debe realizarse por cada proyecto que se desee implementar, porque cada uno tiene distintos impactos. Dicha situación se debe analizar de manera particular.

E. No estandarización de un procedimiento

Una ley, reglamento, protocolo o cualquier otra normativa no debe regular un procedimiento estandarizado porque vulneraría el derecho que tienen los pueblos indígenas a usar sus sistemas jurídicos y organización propia para la toma de decisiones.¹⁴⁴

6.2 LINEAMIENTOS MÍNIMOS PARA IMPLEMENTAR EL DERECHO A LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA

- a. La consulta debe realizarse con carácter previo; es decir, que desde que se ingrese la solicitud para llevar a cabo un proyecto, para que

142 Recomendación obtenida con base en la entrevista realizada a Carlos Lacán, las recomendaciones contenidas en el estudio de DPLF mencionado y lo indicado por el profesor James Anaya.

143 La comunidad afrodescendiente en Guatemala se ha reconocido con un pueblo tribal en donde existen los garífunas, los afrodescendientes y los afrocoloniales.

144 El Relator Especial considera importante subrayar aquí que no existe una única fórmula para todos los países y para todas las circunstancias en relación con el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas en relación con las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a sus derechos e intereses. Así, el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT establece que “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Ver: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>, consultada el 13/06/2016.

realmente exista una participación efectiva de los pueblos indígenas y que ésta sea sistemática.

- b. Uno de los primeros acuerdos a debatir, serían los ámbitos: temático¹⁴⁵, geográfico¹⁴⁶, y temporal.¹⁴⁷
- c. El proceso debe estar integrado por dos etapas: la preconsulta y la consulta propiamente dicha.
- d. En la etapa de preconsulta, debe convocarse a los pueblos indígenas para que estas realicen sus asambleas comunitarias o cualquier otro método que utilicen para la toma de sus decisiones y acuerden la delegación de sus autoridades legítimas.
- e. Toda la información sobre la actividad que se pretenda realizar debe ser traducida en todos los idiomas del lugar. Y esta información debe ser trasladada a los pueblos indígenas en la etapa de preconsulta a través de sus autoridades legítimas.
- f. Una vez proporcionada la información y los pueblos indígenas hayan decidido delegar a sus representantes legítimos se procederá a determinar cómo se llevará a cabo la consulta. Esto implica que los pueblos decidan si participarán únicamente sus representantes o todos los integrantes de las comunidades. Si deciden que participarán todos, se sugiere que las decisiones se adopten en asambleas comunitarias y sean dirigidas por sus autoridades legítimas.
- g. Para determinar el grado de afectación que puede producir el proyecto, se elaborarán estudios multidisciplinarios que evidencien los impactos sociales, culturales, ambientales y cualquier otro aspecto que deba analizarse. Estos estudios deberán contar con los conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas y su participación en la aprobación o no de dichos estudios.
- h. Los alcances de la consulta deberán ser llegar al consentimiento de los pueblos indígenas, en virtud de la especial relación que tienen estos con sus territorios, que implica que cualquier intervención que

145 Esto se refiere a que la consulta no debe realizarse sobre una decisión ya tomada. La consulta no implica un sí o un no a un proceso ya finalizado.

146 Dada la magnitud de una medida legislativa [o cualquier acto general] como la que se podría plantear en la adopción de lineamientos para implementar la consulta en Guatemala, sería necesario abrir un proceso de consulta lo más amplio posible, que tenga en cuenta tanto criterios de eficiencia temporal y material con el cumplimiento de las obligaciones internacionales de la consulta, y en particular con el requisito de consultar a los pueblos indígenas a través de “procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas” y “de una manera apropiada a las circunstancias”.

147 Como han establecido los órganos de control normativo de la OIT, los plazos para la realización de una consulta deben ser adecuados en relación con el tipo de medida a consultar. Resulta evidente que, en el caso como la que se plantea, los plazos deben ser lo más amplios posibles para asegurar que la consulta sea significativa y cumpla con los requisitos establecidos en las normas internacionales.

se haga en sus territorios tendrá efectos en sus vidas y por lo tanto, los pueblos indígenas no pueden ser afectados en sus derechos fundamentales.

- i. En caso de que se lleguen a acuerdos se deberán determinar mecanismos para evaluar el cumplimiento de los mismos.
- j. En su caso, se deberán dejar acuerdos para determinar cómo se beneficiarán las comunidades de los beneficios del proyecto.
- k. En su caso, se deberán detallar y acordar los mecanismos de reparación, mitigación, resarcimiento los daños que se causen con la realización del proyecto.
- l. Por otro lado, el proceso de consulta debe integrar los principios contenidos en el Convenio 169 de la OIT ampliamente reconocidos en la jurisprudencia internacional y por parte de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca.
 - La consulta debe realizarse con carácter previo.
 - La consulta no se agota con la mera información.
 - La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.
 - La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.
 - La consulta debe ser sistemática y transparente.

Como se mencionó anteriormente, estas condiciones y lineamientos mínimos son una propuesta base, para la necesaria discusión que debe haber en relación a la implementación del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales en Guatemala.

VII. BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCUMENTALES

- CAAAP, Análisis de la aplicación de Consulta Previa. Lima, 2015.
- CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.L, 2015.
- Díez Hurtado, Alejandro, LA CONSULTA OFICIOSA Y LA CONSULTA OFICIAL. Los casos de la reserva Maijuna y el reglamento de la ley de consulta en el Perú. Instituto de Investigación de Ciencias Sociales. Santiago, 2014.
- DPLF, Washington. Derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en América Latina, Avances y Desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú, D.C. 2015.
- López Bárcenas, Francisco. El derecho de los pueblos indígenas en México a la Consulta. Servicios para una Educación Alternativa. México 2013.
- Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011.
- Organización Internacional del Trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra 2015.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio Número 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual, 2003.
- OXFAM, Insumos para abordar el Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas. Documento interno. Guatemala 2016.
- Rodríguez, Gloria Amparo, De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Colombia 2014.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- <http://www.registraduria.gov.co/-Consulta-popular-.html>
- http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/MININTERIOR_CONSULTA-PREVIA.pdf,

- https://www.nmbu.no/sites/default/files/pdfattachments/consulta-previa-al-consentimiento-previo-colombia-gloriaar_0.pdf,
- <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>,
- http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000100018&script=sci_arttext
- <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>
- <http://elcomercio.pe/economia/peru/consulta-previa-balance-cuatro-anos-su-creacion-noticia-1820402>
- http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:3142885,es
- <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/15001980.002-2405.doc>
- www.mem.gob.gt/mineria/estadisticas-mineras/licencias-vigentes-y-solicitudes-en-tramite/,
- <http://www.dca.gob.gt/index.php/categoryblog-2/item/43973-cacif-pide-regular-el-convenio-169>,
- www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms_205230.pdf, Consultada: 24/05/2016
- <https://ayssaestrategia.com/consultas-comunitarias-realizadas-en-guatemala-durante-el-2014/295>
- <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/95660/112707/F-1938934763/GTM95660.pdf>
- <https://equipoderechoshumanos.wordpress.com/2013/03/30/si-la-consulta-no-va-a-los-indigenas-los-indigenas-van-a-la-consulta-la-autoconsulta-como-alternativa/>.
- http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_343026.pdf
- <https://justiciaambientalcolombia.org/2014/03/11/la-corte-constitucional-determino-que-en-el-proceso-de-autorizacion-de-actividades-mineras-debe-acordarse-con-las-autoridades-territoriales-de-la-zona-las-medidas-necesarias-de-proteccion-ambiental/>
- http://www.ics0.cl/wp-content/uploads/2014/06/ICS0_DT2_2014_Diez.pdf
- http://www.caaap.org.pe/website/wp-content/uploads/2015/08/consulta-previa_18-marzo.pdf,

- http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37009/cdi_protocolo_consulta_pueblos_indigenas_2014.pdf
- <http://www.presidencia.gob.pe/documentos/LEY%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20CONSULTA%20PREVIA%20A%20LOS%20PUEBLOS%20IND%20GENAS%20U%20ORIGINARIOS,%20RECONOCIDO%20EN%20EL%20CONVENIO%20169%20DE%20LA%20ORGANIZACI%20N%20INTERNACIONAL%20DEL%20TRABAJO%20%28OIT%29%20.pdf>
- <https://drive.google.com/file/d/0B31fnGLtBsbMeEp3Vjl2LVdYZWM/view>
- <http://contrapoder.com.gt/2016/06/09/la-batalla-contras-las-hidroelectricas-y-minas/>

LEGISLACIÓN

GUATEMALA

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Decreto 93-96 del Congreso de la República de Guatemala.
- Decreto 48-97 del Congreso de la República de Guatemala.
- Decreto 13-2002, Ley General de Descentralización.
- Decreto 9-96 del Congreso de la República.
- Decreto 12-2002 Código Municipal.
- Acuerdo Gubernativo 117-2014 de la Presidencia de la República de Guatemala.

COLOMBIA

Ley 70 de 1993 Ley de Comunidades Negras

- Ley 99 de 1993, específicamente el Artículo 76º.– La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras tradicionales.
- Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.
- Decreto 1320 de 1998, “Por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”.
- Directiva Presidencial 1 de 2010, que reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991.
- Decreto 2820 de 2010 por el cual se reglamentan las licencias ambientales.

- Decreto 2893 de 2011, que contiene la Estructura del Ministerio del Interior para coordinar la realización de los procesos de consulta previa.
- Directiva presidencial 10 de 2013, que contiene la Guía para la realización de consulta previa a comunidades étnicas.
- Decreto 2163 de 2013, que contiene Protocolo interinstitucional de consulta previa.

MÉXICO

- Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

PERÚ

- Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

EXPEDIENTES JUDICIALES CONSULTADOS

Corte de Constitucionalidad de Guatemala

- Expediente 4419-2011. Sentencia de fecha 05/02/2015.
- Expediente 1179-2005. Sentencia de fecha 08/05/2007.
- Expedientes 1408-2005, 2376-2007, 2433 y 2480-2011, 2432 y 2481-2011.
- Expediente 2432 y 2481-2011. Sentencia de fecha 05/12/2012.
- Expedientes 4639 y 4646- 2012 y 5529-2013.
- Expedientes acumulados 4639 y 4646-2012. Sentencia de fecha 04/12/2013.
- Expediente 123-2007. Sentencia de fecha 09/01/2008.
- Expediente 406-2014. Sentencia de fecha 23/11/2015.
- Expediente 411-2014. Sentencia de fecha 12/01/2016.
- Expediente 5712-2013. Sentencia de fecha 23/11/2015.
- Expediente 3753-2014. Sentencia de fecha 13/01/2016.
- Expediente 5705-2013 y 5713-2013. Sentencia de fecha 12/01/2016.
- Expediente 795-2016. Auto de fecha 05/05/2016.
- Expedientes 4419-2011 y 1149-2012.
- Expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012.
- Expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013.
- Expediente 411-2014.
- Expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012.
- Expediente 1149-2012.
- Expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013 y Expediente 406-2014.

- Expedientes acumulados 795-2016 y 1380-2016.
- Expediente 3753-2014. Sentencia de fecha 10/09/2015.
- Expediente 1149-2012. Sentencia de fecha 14/09/2015.
- Expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012.
- Expediente 1072-2011.
- Expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013.
- Opinión Consultiva 199-95.

Corte de Constitucionalidad de Colombia

- Sentencia C-187.
- Sentencia SU-383.
- Sentencia T-652.
- Sentencia T-880.
- Sentencia T-769.
- Sentencia T-547.
- Sentencia T-745.
- Sentencia T-1045A.
- Sentencia T-652.
- Sentencia T-955.
- Sentencia T-550.
- Sentencia T-736.

Sistema Interamericano

- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185.

Entrevistas

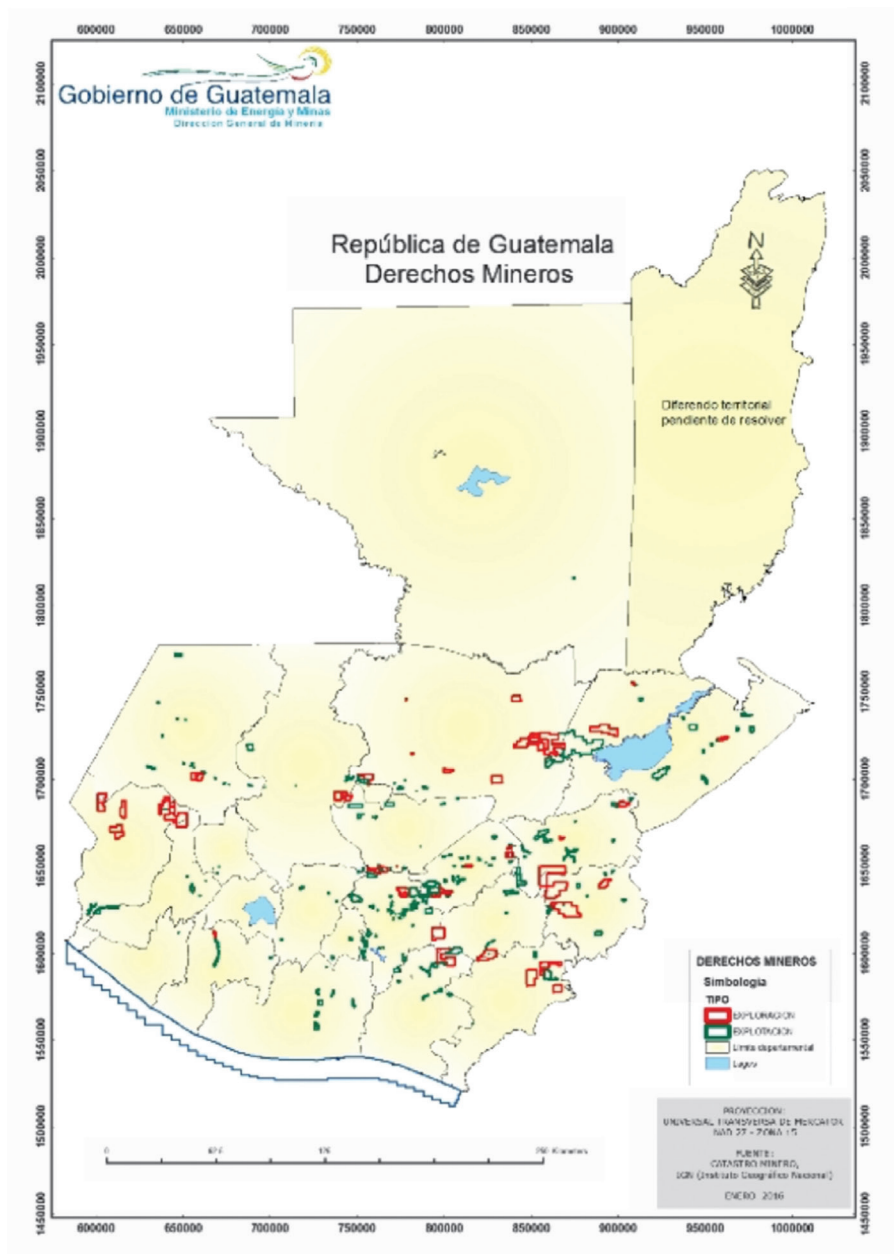
1. Udiel Miranda, entrevista realizada personalmente el 27 de mayo de 2016.
2. Ana Lucía Amaya Rodríguez, entrevista vía skype realizada el 30 de mayo de 2016.
3. Carlos Lacán, entrevista realizada personalmente el 06 de junio de 2016.

Entrevistadas tomadas de documento interno sobre la temática, elaborado por OXFAM.

1. Benito Morales, CPO.
2. Cristian Otzín, Asociación de Abogados y Notarios Mayas.
3. Movimiento de Mujeres Tzununija’.

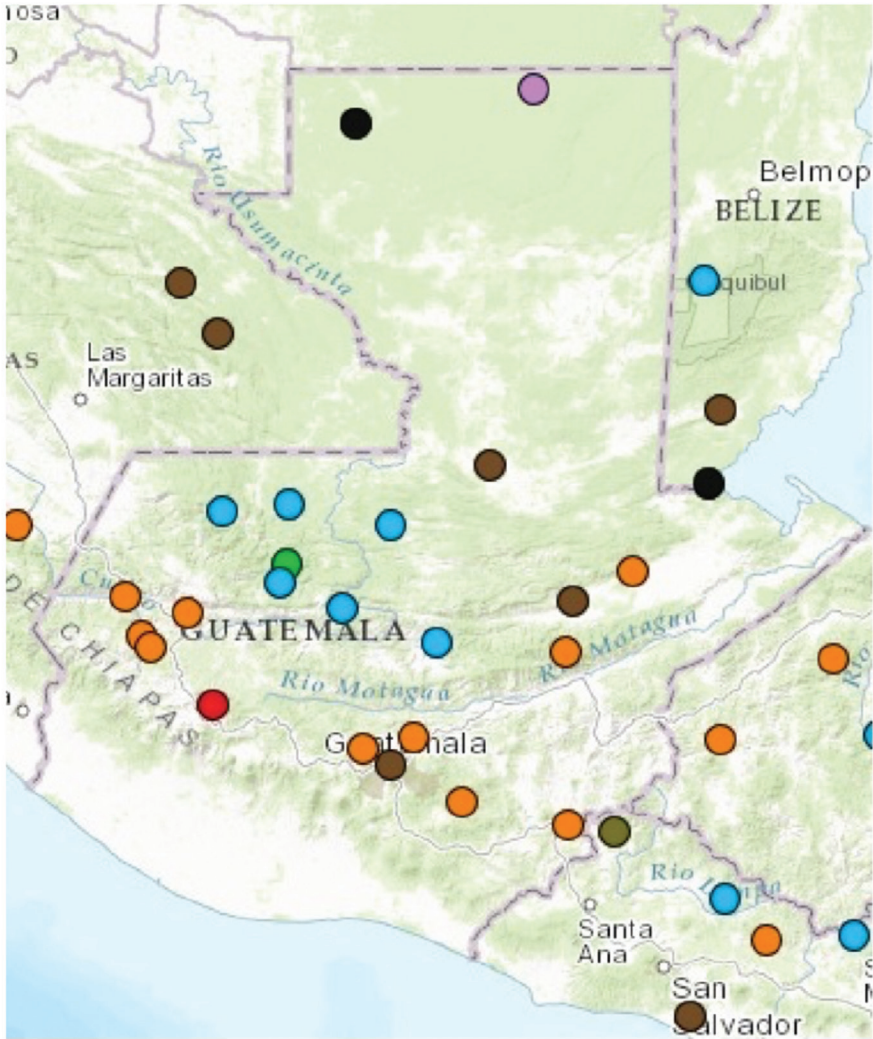
VIII. ANEXOS

Figura 1A
Mapa de licencias mineras



Fuente: <http://www.mem.gov.gt/mineria/catastro-minero/mapa-catastral-de-la-republica/>

Figura 2A
Mapa de conflictos ambientales



Fuente: <https://ejatlas.org/>

Tabla 1A
Listado de sentencias por amparos relacionados con la consulta a pueblos indígenas

No.	Expediente	Fecha de la sentencia	Acción constitucional	Tema	Sentido de la sentencia
1	123-2007	09/01/2008	Amparo directo ante la CC	Minería	Sin lugar
2	1643-2005 y 1654-2005	28/02/2008	Apelación de amparo	Minería	Sin lugar
3	3878-2007	21/12/2009	Apelación de amparo	Minería	Con lugar
4	1072-2011	24/11/2011	Amparo directo ante la CC	Reglamentación de la Consulta	Con lugar
5	4419-2011	05/02/2013	Apelación de amparo	Hidroeléctrica	Con lugar
6	1925-2014	17/09/2014	Apelación de amparo	Construcción de anillo metropolitano	Sin lugar
7	156-2013 y 159-2013	25/03/2015	Apelación de amparo	Transmisión de energía eléctrica	Con lugar
8	5237-2012 y 5238-2012	25/03/2015	Apelación de amparo	Transmisión de energía eléctrica	Sin lugar
9	1149-2012	10/09/2015	Apelación de amparo	Hidroeléctrica	Con lugar
10	4957-2012 y 4958-2012	14/09/2015	Apelación de amparo	Hidroeléctrica	Con lugar
11	406-2014	23/11/2015	Apelación de amparo	Minería	Con lugar
12	5712-2013	23/11/2015	Apelación de amparo	Minería	Con lugar
13	411-2014	12/01/2016	Apelación de amparo	Minería	Con lugar
14	5705-2013 y 5713-2013	12/01/2016	Apelación de amparo	Minería	Con lugar
15	3753-2014	13/01/2016	Apelación de amparo	Minería	Con lugar
16	2567-2015	31/03/2016	Apelación de amparo	Minería	Con lugar

Tabla 2A
 Listado de sentencias por inconstitucionalidades en relación al derecho al derecho a la consulta

No.	Expediente	Fecha de la sentencia	Acción constitucional	Tema	Sentido de la sentencia
1	1179-2005	08/05/2007	Inconstitucionalidad general	Minería	Con lugar parcialmente
2	1408-2005	04/09/2007	Inconstitucionalidad general	Hidroeléctrica	Con lugar parcialmente
3	2376-2007	09/04/2008	Inconstitucionalidad general	Hidroeléctrica	Con lugar parcialmente
4	2433 y 2480-2011	19/01/2012	Inconstitucionalidad general	Minería	Con lugar parcialmente
5	2432 y 2481-2011	05/12/2012	Inconstitucionalidad general	Minería	Con lugar parcialmente
6	4639 y 4646-2012	04/12/2013	Inconstitucionalidad general	Minería	Sin lugar
7	5229-2013	21/01/2015	Inconstitucionalidad general	Minería	Sin lugar

Tabla 3A.
Procedimiento de consulta previa en Colombia

1. Etapa de preconsulta y apertura	2. Taller de identificación de impactos, análisis y concertación de medidas de manejo	3. Preacuerdos	4. Protocolización	5. Seguimiento de acuerdos	6. Cierre
Acercamiento	Recorridos para identificar los impactos con base en sus usos y costumbres	Se puntualizan y se clarifican las medidas de manejo a partir de los impactos identificados	Se formalizan los acuerdos y se establece la responsabilidad de cada una de las partes (Conformación del comité de seguimiento)	Verificación de los acuerdos	Ultimo seguimiento al cumplimiento de los acuerdos
Presentación de la Dirección de consulta previa (en adelante DCP), grupo étnico y ejecutor del Proyecto	Conformación de grupos focales	Se definen de manera preliminar los posibles acuerdos y compromisos	Si es un proyecto, obra o actividad sin licenciamiento el acuerdo se protocoliza en la Dirección de consulta previa	Avance y evaluación del cumplimiento de los compromisos de las partes, adquiridos en el marco del proceso de consulta previa	Verificación del cumplimiento del total de los acuerdos
Marco jurídico de la consulta previa	Identificación de impactos por las comunidades		Si el proyecto, obra o actividad cuenta con licenciamiento se protocoliza por la autoridad ambiental ¹⁴⁸		Acta de cierre del proceso de consulta previa
Explicación del proyecto, obra o actividad	Análisis e identificación de impactos y concertación de medidas de manejo (comunidad, ejecutor del proyecto o actividad y DCP)				
Presentación de impactos identificados por el Ejecutor del proyecto, obra o actividad	Socialización y retroalimentación interna de las comunidades de los resultados obtenidos en las reuniones de consulta previa				
Ruta metodológica					
Concertación de cronograma					
Instalación formal de la consulta previa					

Fuente: elaboración propia

148 El licenciamiento significa que ya existe una autorización del proyecto.

Oxfam en Guatemala1
6 calle 3-66 zona 10
Teléfono: (502) 2505 0255
www.oxfam.org/es/guatemala
FB/OxfamenGuatemala
Twitter/Oxfam_Guatemala

