



Las consultas en Guatemala

Lucía Xiloj

Este material ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos, a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) bajo los términos del Contrato No. 7200AA20CA00013. Las opiniones expresadas en esta publicación, video u otro producto de comunicación son exclusivas del autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de USAID o del gobierno de los Estados Unidos

Las consultas en Guatemala

La consulta como fundamento jurídico en la toma de decisiones de los pueblos indígenas

Para entender la importancia que tiene el derecho a la consulta para los pueblos indígenas, es necesario conocer que la consulta es una práctica ancestral de los pueblos indígenas en el mundo. En el caso de Guatemala la consulta es un principio fundamental en la vida cotidiana de los pueblos Mayas, Garífuna y Xinka, vinculado con la participación de todas las personas de la comunidad.

Como un ejemplo concreto, en uno de los libros más importantes de los pueblos originarios de Guatemala, el Popol Vuh, podemos leer pasajes que narran y describen cómo 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

Para los pueblos indígenas la consulta está ligado con el valor de la palabra, y buscan mantener el equilibrio entre la colectividad y de esta con la madre tierra.¹

En el pueblo maya K'iche' con estos principios se “motiva a llegar a la complementariedad de criterios y opiniones de las personas por medio del diálogo y la participación de todos. Se intenta alcanzar un beneficio colectivo antes que uno individual.” (Defensoría Maya, 2001, p.19).

En términos más generales la participación en las decisiones comunitarias “se pueden dividir en dos: a) las propiamente comunitarias, y b) las externas a la comunidad. Las primeras están relacionadas a la toma de decisiones de trascendencia en las asambleas comunitarias y para resolver los problemas que surgen constantemente, sirven las reuniones de autoridades. Las externas son aquellas que realizan las autoridades en representación de las comunidades ante instituciones del Estado como el caso de Municipalidades, Ministerios y direcciones, pero también a través de estructuras determinadas por leyes como de los Consejos de Desarrollo” (Programa de las Naciones Unidas –PNUD- Guatemala. Programa Maya, Componente Participación Política, 2017)

En la investigación Sistema Jurídico Maya y Autoridades Indígenas –Una Aproximación, elaborado por el PNUD (2017), se establece que “Las **asambleas comunitarias (Ri nima comon chomanik-Nim chomanik²)** son “la máxima expresión de la organización comunitaria indígena para tratar asuntos de beneficio general y de mucha importancia, con el fin de tomar decisiones de manera colectiva, para la defensa y conservación de la vida en la comunidad. En las Asambleas Comunitarias no hay límites para la participación de las personas

¹ Ver: <http://cms.fideck.com/userfiles/onu.org.gt/File/2401394130262032.pdf>, Consultada el 11/07/2016

² En idioma maya K'iche'

ya que pueden estar ancianas, ancianos, hombres, mujeres, jóvenes, niñas y niños. La presencia de niñas y niños facilita que desde pequeños conozcan el manejo de la vida comunitaria.” (Pág. 62)

De esa cuenta, no es extraño que en las consultas que se dan a través de las asambleas comunitarias, también los niños y niñas participen activamente dando su parecer sobre la implementación de un proyecto extractivo en su territorio.

1.1 La obligación del Estado de cumplir con la consulta previa, libre e informada

En el contexto de la firma de la **Paz Firme y Duradera**, también se dio un cambio legislativo importante, que involucró, en su orden, la adopción de una nueva Ley General de Electricidad, la firma del Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI), la reforma de la Ley de Minería y la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Este conjunto de disposiciones legales demuestra la contradicción del Estado para darle cumplimiento a los derechos humanos de los pueblos indígenas y la protección de la Madre Tierra, por un lado, se comprometió a través del Convenio 169 y el AIDPI a consultar a los pueblos indígenas antes de adoptar cualquier medida administrativa o legislativa que pudiera afectarles; y por el otro, facilitó los procesos para permitir la explotación de los bienes naturales.

El objetivo plasmado en los antecedentes de la adopción de la Ley de Minería se ha concretado de manera efectiva. En ese sentido desde “el año 2000, grandes concesiones se han otorgado y ninguno de los gobiernos de turno a la fecha ha cuestionado, siquiera superficialmente, la minería y los efectos que causa en el ambiente y, por ende, en la vida de las comunidades indígenas y no indígenas. Tampoco se ha discutido lo relativo al margen de utilidades que dejan al Estado estas operaciones, en contraposición a los irreversibles daños que ya causan estas inversiones extractivas nacionales y transnacionales en el territorio nación, sin ningún tipo de control y verificación pública” (Muñoz, 2016)

El Convenio 169 entró en vigencia antes que la Ley de Minería, en ese sentido por ser una medida legislativa ésta tuvo que haberse consultado; sin embargo esto no se hizo y tampoco se han consultado las medidas administrativas autorizadas en el marco de esta ley. Ante tal inacción del Estado varias comunidades a lo largo y ancho del país han realizado dos acciones concretas: **(i)** Consultas comunitarias como un mecanismo de defensa de sus bienes naturales; y **(ii)** Acciones judiciales por la falta de la consulta previa, libre e informada.

1.2 Consultas comunitarias de buena fe o autoconsultas.

Desde el 2004 los pueblos indígenas han venido realizando consultas comunitarias de buena fe o autoconsultas, las cuales se fundamentan en sus prácticas ancestrales de toma de decisión. Éstas se han llevado a cabo en todo el país, desde consultas locales como en las 12 comunidades de San Juan Sacatepéquez, Guatemala (2007) y las 195 comunidades de Santa María

Cahabón en Alta Verapaz (2017), hasta consultas que abarcan todo un municipio como en Ixcán, Quiché (2007); Santa Cruz Barillas, Huehuetenango (2010); y Santa María Chiquimula, Totonicapán (2015), por mencionar algunos casos. “Hasta el 31 de diciembre de 2014, se habían efectuado 114 consultas comunitarias.” (AYSSA, 2015).

Los temas consultados principalmente son: **(i)** la actividad minera que representa el 88.59%; **(ii)** la construcción y operación de hidroeléctricas, el cual representa el 6.14% con respecto al total. (OXFAM, 2015)

Los pueblos indígenas consideran las consultas comunitarias como el ejercicio de una práctica ancestral vinculado con su derecho de decidir por sí mismos sobre cómo y qué quieren que ocurra en sus territorios.

Una de las primeras sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (CC), por falta de consulta previa a pueblos indígenas,³ señaló: **“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.” (el resaltado no aparece en el texto original)

De este considerando se puede inferir, que, si se llevara al ámbito judicial una consulta comunitaria, la CC declarararía su validez porque establece que las comunidades están en su derecho de darle a conocer a la autoridad ejecutiva la decisión tomada. Además 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.” (el resaltado no aparece en el texto original)

En dicha resolución se hace constar que los resultados de una consulta comunitaria pueden ser trasladados a la autoridad que tome la decisión final, con ello se reconoce que la consulta comunitaria no es lo mismo que la consulta

³ Corte de Constitucionalidad, Expediente 4419-2011, Sentencia del 5 de febrero del 2013

previa, ya que en términos del Convenio 169 la responsabilidad estatal de realizar la consulta no es delegable. Las consultas comunitarias se han concebido como una acción política reivindicativa del derecho al territorio y a la libre determinación a través de las cuales se antepone el derecho de decidir y de vivir ante el interés económico de explotar a la Madre Tierra.

Breve antecedente de la ratificación del Convenio 169 en Guatemala

En 1995 cuando se discutía en Guatemala la ratificación del Convenio 169 existían dudas acerca de que si con la adopción de este instrumento internacional se estaría violentando la Constitución Política de la República porque podrían otorgarse *derechos especiales* a los pueblos indígenas. Sin embargo, como lo indican los expertos de la OIT “la naturaleza de los derechos reconocidos en el Convenio lo que hacen es articular los derechos humanos universales que se aplican a los pueblos indígenas. Esto significa que conviene contextualizar los derechos con la situación de los pueblos indígenas y tomar en cuenta sus aspectos colectivos. Por ejemplo, los niños indígenas tienen el mismo derecho a la educación que todos los otros niños, pero sus distintos idiomas, historias, conocimientos, valores y aspiraciones se deben reflejar en los programas educativos y en los servicios. En este sentido, el Convenio estipula medidas especiales para asegurar la igualdad efectiva entre los pueblos indígenas y todos los otros sectores de una determinada sociedad. El requerimiento de medidas especiales no significa que el Convenio disponga que se otorguen privilegios especiales a los pueblos indígenas respecto del resto de la población.” (OIT, 2013)

Para proceder a la ratificación el Congreso de la República de Guatemala, solicitó una opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad, 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 hizo un análisis en dos ámbitos: **(i)** General sobre todo el contenido del Convenio 169; y **(ii)** 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 jurídico”**⁴; 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.**” (Corte de Constitucionalidad, 1995) (el resaltado no aparece en el texto original)

⁴ El lugar que ocupa el Convenio 169 es a la par de la Constitución Política de la República de Guatemala y sobre el ordenamiento jurídico interno.

La Corte complementó 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[s] 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.”** (Corte de Constitucionalidad, 1995) (El resaltado no se encuentra en el texto original)

El análisis que en ese momento realizó la Corte de Constitucionalidad al señalar que el contenido del Convenio 169 de la OIT complementa las disposiciones constitucionales, no solo se limitó a relacionar los derechos individuales, sino se refirió en particular a los Artículos 44, 46, 58, 66 y 67 de la Carta Magna.

Del artículo 44 resaltó 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, y del 46 lo relativo a que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

De los artículos 58, 66 y 67 resaltó que la Constitución Política de la República reconoce la diversidad cultural del país, la necesidad de proteger los valores, instituciones y costumbres de las comunidades indígenas, así como el derecho de la protección de su territorio.

Jurisprudencia nacional sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas

Más de treinta sentencias se han emitido por parte de distintos órganos jurisdiccionales en relación a la consulta previa (Xiloj, 2015). En las mismas se desarrollan los principios de interpretación descritos anteriormente. A partir de estos principios se evidencia cómo se ha vulnerado el derecho a la consulta en actos de la administración pública y por ende se ha declarado la protección constitucional a varios pueblos indígenas del país.

La jurisprudencia sobre la consulta en nuestro país se ha construido principalmente por la presentación de acciones de amparo en contra de decisiones administrativas relacionadas con el aprovechamiento de bienes naturales en territorios indígenas que fueron autorizadas obviando la consulta

previa, libre e informada a la que están obligadas jurídicamente las dependencias estatales.

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. Y en apelación la intervención de la Corte de Constitucionalidad ha sentado jurisprudencia sobre la temática.

Los amparos se han presentado por violación al derecho a la participación, organización social propia, consulta previa, libre 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.

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 vulnerado⁵. Este criterio jurisprudencial fue modificado en posteriores sentencias dejando claro que la publicación de un edicto no sustituye el derecho a la consulta regulado en el Convenio 169.

Es de resaltar que el avance en el derecho a la consulta ha sido por la acción constante de los pueblos indígenas y los derechos y argumentos vertidos en las acciones de amparo.

Para fines del presente documento se analizan cinco sentencias de primera instancia, que demuestran el desarrollo progresivo del derecho a la consulta y cuatro sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad: dos por apelación de amparo y una por amparo directo por una medida legislativa.

Sentencias dictadas por Juzgados de Primera Instancia

En el 2013 el **Juzgado de Primera Instancia Civil y Económico Coactivo del Departamento de Sololá, Constituido en Tribunal Constitucional de Amparo**, dictó

⁵ 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 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.

sentencia dentro del Amparo 07003-2013-00288⁶, declarando con lugar el mismo porque:

“...es evidente que se ha vulnerado el derecho a la consulta de la población de Santa Catarina Ixtahuacán del Departamento de Sololá, toda vez que el Concejo Municipal de ese municipio, mediante el acto reclamado, autorizó la constitución de la servidumbre de paso de conducción de energía eléctrica a favor de la entidad Transportadora de Energía de Centroamérica Sociedad Anónima, sin que se realizara la consulta a la población indígena, inobservando de esta manera las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en esa materia, ya que la misma autoridad impugnada reconoció que no se ha efectuado ninguna consulta en relación a la constitución de las servidumbres, y que **lo único que se ha realizado es la socialización con las personas directamente afectadas, la cual no puede suplir a la consulta conforme a lo establecido en la norma convencional ya citada** [Convenio 169].”

Esta sentencia refleja la aplicación del principio de control de convencionalidad porque señala que la socialización no es una forma de consulta, tal como lo regula el Convenio 169, ya que la consulta debe ser previa; es decir que se debe involucrar a los pueblos indígenas cuando tengan la oportunidad real de incidir en la decisión.

Sentencias dictadas por Salas de la Corte de Apelaciones

La **Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil Constituida en Tribunal de Amparo**, el 13 de marzo de 2015, dictó sentencia también en una acción constitucional de amparo, pero en este caso sobre una licencia de exploración, señalando la vulneración del derecho a la consulta de la siguiente manera:

Hace ver que los pueblos indígenas no tuvieron participación en el procedimiento administrativo y por lo tanto no pudieron hacer uso de los recursos administrativos, por lo cual no tenían necesidad de agotar el principio de definitividad. “Se tuvo por comprobado que los accionantes, no tuvieron participación en el procedimiento administrativo de prórroga de la licencia de exploración correspondiente, de tal suerte que al no haber sido sujetos intervinientes en el procedimiento de mérito, no puede sostenerse que deban aplicárseles los plazos y los recursos que las administrativas establecen, por cuanto no fueron escuchados y notificados de las actuaciones, aun cuando sostenga la autoridad impugnada, que sí tuvieron conocimiento por medio del Alcalde Municipal de Tajumulco, esta tesis no es acogida por la Sala, en vista que **los alcaldes comunitarios son independientes y tienen funciones delimitadas y son representativos de las comunidades**, por lo tanto, el tema de la licencia de prórroga de exploración, no fue puesto en conocimiento de las comunidades a través de los alcaldes comunitarios.”

⁶ Este mismo órgano jurisdiccional resolvió con lugar el amparo número 07003-2013-00287 interpuesto por el Alcalde Indígena de la Municipalidad Indígena de Nahualá, departamento de Sololá por el mismo reclamado, en contra del Concejo Municipal de Nahualá

Esta sentencia se fundamenta en otro principio de la consulta previa que se refiere a que la consulta debe llevarse a cabo con las instituciones propias de los pueblos indígenas electas de acuerdo a sus formas ancestrales.

Por otro lado hace una ponderación valorativa de derechos, colocando al Convenio 169 sobre el derecho interno y le reconoce el carácter de instrumento de derechos humanos vinculante:

“Esta Sala establece que el artículo 6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo -OTI- (sic), por ser materia de Derechos Humanos, conforme el artículo 46 de la Ley Fundamental, prevalece sobre el derecho interno, aun sobre los preceptos sociales establecidos en el artículo 125 de la constitución *“Explotación de recursos naturales no renovables. Se declara de utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de los hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables. El Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización.”*”

Por su parte la **Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil Constituida en Tribunal de Amparo**⁷ el 22 de octubre de 2013, dictó sentencia declarando con lugar la acción constitucional de amparo por violación a la consulta previa:

“La Ley de Minería es el cuerpo legal que norma toda actividad de reconocimiento, exploración, explotación y en general las operaciones mineras. No obstante el derecho a la consulta a los pueblos indígenas no se encuentra contemplado en ella ni en el Reglamento, es necesario que el Estado, le dé cumplimiento a los compromisos de carácter internacional adquiridos en los instrumentos internacionales antes relacionados. En el caso concreto, **este derecho no fue respetado en el procedimiento a través del cual se otorgó la licencia de exploración**. Indica la autoridad impugnada que la referida Licencia la otorgó en base a la Ley de Minería vigente y que ni esa Ley, ni la Ley del Organismo Ejecutivo atribuyen a la Dirección General de Minería ni al Ministerio la facultad de realizar la consulta. Al respecto se establece que efectivamente, **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 que ya están reconocidos y que incluso están contenidos en acuerdos de tipo internacional**. Estos constituyen derechos que deben hacerse efectivos y obligaciones adquiridas por el Estado, sin que pueda alegarse falta de normas nacionales para eludir su cumplimiento. Corresponde a las autoridades integrar los procedimientos a efecto de garantizar los derechos colectivos que se encuentran protegidos en cuerpos normativos, tanto de orden nacional así como internacional. Es necesario advertir que los proyectos, tales como el que nos ocupa, producen impactos económicos, ambientales, sociales y culturales. Los

⁷ Hay otras sentencias dictadas por este órgano jurisdiccional; sin embargo por ser los argumentos muy parecidos, únicamente se hace referencia a la presente sentencia. Para referencias consultar Amparos: 01010-2013-00234;

mecanismos que deben adoptarse para garantizar los derechos relacionados no buscan frenar el desarrollo sino fortalecer la convivencia pacífica dentro de un marco de respeto y protección a los derechos humanos.

Los estados se encuentran jurídicamente obligados a cumplir con los tratados por lo que deberían hacer las modificaciones legislativas necesarias para armonizar la legislación nacional con los compromisos adquiridos; Guatemala debe adecuar la legislación nacional y la práctica interna para hacer eficaz el goce y ejercicio de los derechos humanos. Se deben incorporar o promulgar normas y crear los mecanismos necesarios para hacer eficaz la protección de los derechos humanos. No obstante lo anterior, el hecho que el Estado omita hacer tales incorporaciones o cambios no lo exime de cumplir con las obligaciones adquiridas. Es así como la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados preceptúa en el artículo 27 que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Interpretando este artículo, un Estado no puede aplicar su derecho interno cuando éste crea colisión con las obligaciones adquiridas en un tratado. Del mismo modo, **no puede alegar la falta de legislación para obviar cumplir con las obligaciones adquiridas.”**

En este caso la sentencia resalta el efecto útil que debe tener el Convenio 169 de la OIT, que consiste en la participación real efectiva de los pueblos indígenas en las medidas que puedan afectarles y que puedan influir y decidir sobre las mismas. También resalta que aunque la obligación de consultar no esté contemplada de manera expresa en una ley ordinaria no exime a los funcionarios públicos el observar este compromiso asumido en un instrumento internacional, debido a que es parte del ordenamiento jurídico, porque se incorporó al mismo a través de la ratificación que hizo el Estado a través del Congreso de la República.

La **Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil Constituida en Tribunal de Amparo** conoció la acción No. 69-13 dentro del Expediente 01192-2013-124 y dictó sentencia el 15 de noviembre 2013, declarando con lugar el reclamo de los pueblos indígenas por la violación al derecho a la consulta:

“[El derecho de consulta] supone la actuación positiva del Estado para su plena y real vigencia. Su reconocimiento surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que por factores ligados a su identidad cultural se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese orden de ideas, se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos.”

Esta sentencia se refiere al fin del Convenio 169 y del derecho de consulta, al indicar que a través de este se pretende eliminar la exclusión histórica de los pueblos indígenas

en los espacios de decisión y que se les dé una participación plena y efectiva para decidir la forma en que quieren conducir su modo de vida y sus prioridades de desarrollo.

Sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia

El 28 de junio de 2016 la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia dentro del Amparo No. 1592-2014. Esta es la primera sentencia en donde este órgano jurisdiccional constituido en Tribunal de Amparo, dicta una resolución favorable en materia de consulta y en donde ordena la suspensión de una licencia de explotación cuyo titular del derecho ya había empezado con las actividades extractivas:

“La consulta tendrá las siguientes características: **a)** la consulta debe realizarse con carácter previo; **b)** la consulta no se agota con la mera información; **c)** la consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; **d)** la consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas, con respecto a la representatividad, ésta debe entenderse de forma flexible, pues dada la diversidad de los pueblos indígenas, **el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo no impone un modelo de institución representativa**; lo más importante es que éstas sean el fruto de un proceso interno propio de aquéllos. Además, debe observarse que los criterios de representatividad: **i)** dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; **ii)** deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; **iii)** deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre, que como ya se apuntó, respondan a procesos internos de estos pueblos; y **iv)** conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género; **e)** la consulta debe ser sistemática y transparente; **f)** el alcance de la consulta no tiene un carácter vinculante *stricto sensu*, pero sí tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el inciso 2) del mismo artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que establece: “*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*”. En conclusión, de la integración de lo anteriormente relacionado con las nociones generales esbozadas al inicio del presente considerando, se sintetiza que **el derecho de consulta de las poblaciones indígenas constituye un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surge como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de establecer a favor de dichas poblaciones –debido a la marginación a la que históricamente han sido sometidas por factores ligados a su identidad cultural- una garantía de igualdad en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida**, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos. Conlleva para el Estado la obligación de institucionalizar y aplicar procedimientos mediante los cuales, previo a la consumación de acciones gubernamentales que supongan afectación directa sobre esas poblaciones, se genere de buena fe, en forma sistemática y acorde a las características propias de cada nación, una dinámica de información, participación y diálogo con miembros de sus comunidades dotados de auténtica representatividad, dirigida a la consecución de acuerdos sobre las medidas que se proyecta realizar.”

Además del contenido sustantivo de reconocer que la consulta es un derecho de carácter colectivo, procesalmente también reitera que el derecho a la consulta

es un derecho fundamental integrado al bloque de constitucionalidad. Por otro lado le da legitimación activa a una organización no gubernamental al fundamentar que ésta busca proteger derechos de grupos considerados vulnerados.

En el mes julio de 2017 la Corte Suprema de Justicia dictó un **amparo provisional** en otra acción presentada en contra de una licencia de explotación minera ya en funcionamiento⁸. Este amparo provisional fue ratificado por la Corte de Constitucionalidad y la entidad minera San Rafael S.A. tuvo que suspender los trabajos en el proyecto El Escobal ubicado en San Rafael Las Flores, Santa Rosa.

La sentencia definitiva se emitió el ocho de septiembre de 2017, en donde se declaró la violación del derecho a la consulta previa, libre e informada del pueblo Xinka pero no se mantuvo la suspensión de la actividad minera, violentando la naturaleza de la acción de amparo.

Sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad

Las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad, como ya se señaló han variado en cuanto al contenido y alcances que le dan al derecho a la consulta. Con 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 3878-2007.⁹

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.**” (el resaltado no aparece en el documento original)

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

⁸ Amparo 1076-2017, Corte Suprema de Justicia.

⁹ 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.

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, ésta es una situación que está vinculada a determinaciones tomadas en el Organismo Ejecutivo, que rebasan la esfera de funciones de la administración edil.”

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; y

no sobre un supuesto general, es decir, que no puede haber una consulta sobre todos los proyectos mineros, por ejemplo, sino debe realizarse por cada caso particular, ya que los impactos, afectaciones o beneficios son diferentes en cada actividad.

Sin embargo, también da algunos otros lineamientos que atentan contra los principios de la consulta previa y que son importantes que se conozcan para hacer una aplicación correcta y efectiva de este derecho:

- **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.** A pesar que en su parte considerativa hace la salvedad que la consulta municipal no es el medio para efectivizar el derecho a la consulta previa.
- **Señala que la implementación de la consulta puede hacerse a través de procesos 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.** Con lo que obvia el principio que la consulta se hace con base en los procedimientos propios de los pueblos indígenas.
- **Señala como mecanismo idóneo para viabilizar la consulta el sistema de los consejos de desarrollo.** En este caso desconoce a las autoridades propias de los pueblos indígenas.
- **Indica que puede haber participación de más instituciones públicas.** No deja claro, quien es el encargado de llevar a cabo la consulta.

En cuanto a los efectos de la consulta esta sentencia 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 arriba 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.*”¹⁰

¹⁰ 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 conlleve para esas comunidades. Corresponde al ente gubernamental encargado valorar juiciosamente las circunstancias y variables inmersas en cada caso concreto, a efecto de balancear, y de ser posible, conciliar, elementos como el desarrollo económico y la libertad de industria, con la serie de derechos de los cuales el de consulta es, como ya se apuntó, una extensión; y, si estima razonablemente justificado propiciar el avance de ese tipo de iniciativas, asegurar que con ellas se produzca el menor impacto posible en las condiciones de vida de las poblaciones afectadas. 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*”

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 cuánto 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 ha conocido 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 licencias¹¹. 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 comunidades¹²; 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 daños¹³, 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 consultas no son vinculantes.¹⁴

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.¹⁵

derechos fundamentales de dichas poblaciones (como los de cualquier grupo de personas radicado dentro de su territorio, independientemente de su identidad cultural). Afirmando 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 la puesta 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.”

¹¹ 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.

¹² 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.

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

¹⁴ De esta sentencia dictó una. Corte de Constitucionalidad. Expediente 5705-2013 y 5713-2013. Sentencia de fecha 12/01/2016.

¹⁵ Corte de Constitucionalidad Expediente 795-2016. Auto de fecha 05/05/2016

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.¹⁶

Lo mismo ha sucedido con amparos presentados por la transmisión de energía eléctrica. Un ejemplo, es la sentencia dictada el 25 de marzo de 2015 dentro de los **Expedientes Acumulados 156-2013 y 159-2013**, referente a un proyecto en la región Ixil. La Corte de Constitucionalidad, declaró vulnerado el derecho a la consulta y señaló una forma indicativa en la que puede ser realizada la consulta a pueblos indígenas en Guatemala.

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:

<p>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].</p>	<p>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.</p>
<p>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</p>	<p>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</p>

¹⁶ Corte de Constitucionalidad. Expedientes: 4419-2011, 1149-2012, y Expedientes Acumulados 4957-2012 y 4958-2012.

<p>realizar el proyecto], tanto en idioma castellano como en idioma (del lugar).</p>	<p>Derechos de los Pueblos Indígenas ha llamado consulta sobre la consulta.</p> <ol style="list-style-type: none"> 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 a las correspondientes a cualesquiera (sic) 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
--	--

	<p>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].</p> <p>g. A la persona jurídica sobre la que ha recaído la autorización para realizar el proyecto y, por ende, es responsable de su ejecución</p>
<p>5. Además de los sujetos antes indicados, debería convocarse también a los siguientes:</p> <p>a. A un representante del Procurador de los Derechos Humanos, quien debería tener su representante suplente</p> <p>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].</p> <p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>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:</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>c. Forma de solución de las desavenencias que puedan presentarse entre quienes han de intervenir en el desarrollo de la consulta.</p> <p>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</p>	<p>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.</p>

<p>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.</p>	
<p>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.</p>	<p>10. Todo lo anteriormente relacionado debería poder realizarse en un plazo no mayor de seis meses.</p>

En esta sentencia se 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.”

Se hace una propuesta de procedimiento que se divide en **la fase de preconsulta y consulta propiamente dicha**.

Sin embargo, no toma en cuenta ciertas condiciones que hacen inviable el procedimiento propuesto. Por ejemplo, se involucra al Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad que es una institución de **carácter temporal**, y un órgano consultivo y deliberativo que depende de la Presidencia de la República. Está integrado por 9 Ministerios de Estado, 5 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.

Por otro lado, se propone que en la fase de preconsulta se determine la base para la ponderación del modo, grado y 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.

Tampoco se toma en cuenta las formas propias de las comunidades para tomar decisiones porque solamente se les designan dos espacios de participación. 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 de un derecho fundamental. **Hasta la fecha, transcurridos más de dos años, la consulta no se ha llevado a cabo.**

Para el área ixil, ésta no es la única sentencia que se ha emitido a favor de dicho pueblo. El diez de septiembre de dos mil quince dentro del Expediente **1149-**

2012, la Corte de Constitucionalidad también declaró vulnerado el derecho de consulta y ordenó la realización de la misma en un **plazo de seis meses**, y señaló que “sin dejar en suspenso el Acuerdo Ministerial 99-2011, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que tome las medidas necesarias para que se practique la consulta de las comunidades indígenas a las que interese y afecte, conforme los estándares internacionales aplicables, respecto a la instalación de la central generadora hidroeléctrica “La Vega I”.” En esta resolución se reitera que no se suspende el acto reclamado a pesar de la violación a un derecho fundamental de carácter colectivo.

En otro caso, el 12 de enero de 2016 dentro del Expediente 1798-2015, se dictó la sentencia de apelación de sentencia de amparo, en la cual la Corte de Constitucionalidad hizo las siguientes consideraciones:

“Es menester resaltar que la adecuada interpretación de lo dispuesto en las leyes ordinarias, conforme al bloque de constitucionalidad, debe **favorecer la optimización de la fuerza normativa de los preceptos constitucionales y la coordinación de la normativa nacional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. De ahí que no sea aceptable condicionar el reconocimiento de organizaciones comunitarias representativas de los pueblos indígenas, como sujetos activos de amparo, a su previa inscripción en la municipalidad local; de ser así, el acceso de aquellos a los mecanismos de defensa de sus derechos fundamentales dependería del sometimiento de sus particulares manifestaciones de organización social o autoridades.”

Un aporte importante de esta sentencia es la de respetar las formas propias de organización de los pueblos indígenas, materializando de esa manera el precepto constitucional contenido en el artículo 66, señalando que no es necesario que las autoridades indígenas estén sometidos a formalismos para que puedan actuar y ejercer los derechos de las comunidades a las cuales representan.

Esta sentencia recalca la unidad del ordenamiento jurídico y la obligación que tienen los funcionarios de llevar a cabo la consulta aunque la ley específica que regula su actividad no le imponga tal situación:

“En virtud de lo precedentemente razonado, ante las solicitudes de que sean autorizadas o prorrogadas licencias para la implementación de proyectos, operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales, **cada funcionario público competente para tramitarlas, resolverlas, o emitir dictamen al respecto, está obligado a atender, no sólo los preceptos atinentes contenidos en las leyes ordinarias y las disposiciones reglamentarias vigentes sobre la materia, sino en los estándares internacionales de derechos**

humanos aplicables –estos últimos, incluso con prevalencia, por imperativo contenido en el citado artículo 46 constitucional-, de conformidad con el principio de unidad del ordenamiento jurídico.”

Omisión de consulta previa, libre e informada en una medida legislativa

La última sentencia que se analiza es la dictada en relación a una acción de amparo presentada contra una medida legislativa. Esta medida pretendía aprobar un reglamento para desarrollar el derecho a la consulta. En ésta la Corte de Constitucionalidad estableció claramente que no es viable desarrollar un instrumento internacional a través de un reglamento y sin la participación de los pueblos indígenas desde las etapas más tempranas de la medida a adoptarse.

El amparo se presentó en contra del Presidente de la República de Guatemala. La sentencia se dictó el 24 de noviembre del 2011 dentro del expediente 1072-2011, En este caso la Corte de Constitucionalidad, precisó:

“Si bien la autoridad impugnada hizo bien al involucrar organismos internacionales especializados en la materia y funcionarios públicos relacionados, sobre todo **es determinante que tenga lugar la debida participación a los pueblos indígenas**. Para ello, conviene que se tenga presente, al convocárseles, las estructuras organizativas que actualmente figuran jurídicamente reconocidas y socialmente institucionalizadas como producto de sus usos, costumbres y tradiciones propias.”

Se hace énfasis en la necesidad de dar participación plena a los pueblos indígenas:

“Aun cuando el actuar de la autoridad impugnada se enmarca en una evidente buena fe, en la persecución de un objetivo legítimo y en el marco de las facultades constitucionales de reglamentación que le concede el artículo 183 de la Constitución Política de la República; **el procedimiento desarrollado limita el alcance del derecho de consulta que le asiste a los pueblos indígenas** conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Para el efecto, debe tenerse en cuenta que conforme el artículo 2 del Convenio citado, los Gobiernos deben “asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos...”.

Siendo que el derecho de consulta es uno de los derechos que le asiste a los pueblos indígenas, es claro que el desarrollo de la regulación normativa de tal derecho, sea por vía legislativa o por vía reglamentaria, **debe realizarse por el Gobierno del Estado de Guatemala con la participación coordinada, sistemática y armónica, con los integrantes de dichos pueblos**, pues no es concebible que el derecho de consulta que persigue concretizar los derechos de los pueblos indígenas, sea regulado sin la amplia participación de los mismos.”

En el mes de julio de 2017 se presentó públicamente la Guía operativa para la implementación de la consulta a pueblos indígenas, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Este instrumento se elaboró obviando esta sentencia y actualmente ante la Corte Suprema de Justicia se encuentra una acción de amparo que pretende que esta guía quede sin efecto.

La pretensión de los interponentes del amparo es que la guía no surta efectos legales porque limita el contenido y alcance del derecho a la consulta según ésta establecido en el Convenio 169 de la OIT, principalmente porque impone una única forma de llevar a cabo la consulta, cuando los pueblos indígenas no tienen un procedimiento estandarizado. Además este instrumento jurídico es autoejecutable y no necesita de ningún reglamento para ser desarrollado.

Por otro lado, la guía concibe el derecho a la consulta como un requisito de procedimiento, ya que permite que se consulte cuando un proyecto ya fue autorizado, obviando el principio previo contemplado en el Convenio 169.

Como se observa en las sentencias analizadas, todos los órganos jurisdiccionales ordenaron llevar a cabo la consulta previa, libre e informada; sin embargo, a la fecha ninguna se ha realizado. Tampoco las dependencias del organismo ejecutivo han cumplido con su obligación de consultar antes de que dicten medidas administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas a pesar que estas resoluciones les han reiterado que deben observar y cumplir con ese derecho.