

**Debate sobre la
necesidad de legislación
nacional en materia de
consulta: Reflexiones desde
el análisis de la jurisprudencia
de la CC**

Ana Gabriela Contreras

**Derecho de consulta:
un camino al desarrollo**

Rafael Briz Méndez
Juan Pablo Gramajo Castro

**La consulta
previa, libre e
informada en fallos
constitucionales**

Editor

Asociación de Investigación y Estudios Sociales © 2021
10ª. calle 7-48, zona 9
PBX: 2201-6300
www.asies.org.gt; asies@asies.org.gt
Ciudad de Guatemala, Guatemala, C. A.

Autores

Ana Gabriela Contreras
Rafael Briz Méndez
Juan Pablo Gramajo Castro

Departamento de Análisis Jurídico (DAJ)

Lorena Escobar Noriega de Guerrero (Coordinadora)
Gustavo García Fong (Investigador principal)

Grupo editorial

Pablo Hurtado García
Ana Lucía Blas
Lilliana López Pineda
Guisela Mayén
Ana María de Specher

Diagramación

Cesia Calderón

Imagen de portada

Vasse Nicolas, Antoine en www.flickr.com

La investigación y publicación se realizó con la colaboración de la Fundación Konrad Adenauer de la República Federal de Alemania (KAS). Se permite la reproducción total o parcial de este documento, siempre que se cite la fuente.



Este reporte está protegido por una licencia Creative Commons Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada 3.0 Unported.

 /asiesgt

 @ASIES_GT

 /ASIESGTNew



DESCARGUE ESTA PUBLICACIÓN EN
WWW.ASIES.ORG.GT

GRACIAS POR SU INTERÉS EN ESTA PUBLICACIÓN DE ASIES.

SI DESEA RECIBIR INFORMACIÓN OPORTUNA SOBRE NUESTROS PRODUCTOS EDITORIALES Y ACTIVIDADES, LE INVITAMOS A REGISTRARSE CON NOSOTROS. PODRÁ ENCONTRAR MATERIAL DE SU INTERÉS Y ACCEDER A NUESTROS PRODUCTOS EN OTROS FORMATOS.

Contenido

Debate sobre la necesidad de legislación nacional en materia de consulta: Reflexiones desde el análisis de la jurisprudencia de la CC

Introducción 3

1. La legislación o reglamentación nacional como requisito sine qua non para hacer efectivo el derecho a la consulta desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos..... 4
2. La jurisprudencia constitucional y la legislación sobre consulta a los pueblos indígenas 7
3. Actores clave frente a la legislación en materia de consulta: Los pueblos indígenas y el Congreso de la República 9

A manera de conclusión 11

Referencias..... 12

Derecho de consulta: un camino al desarrollo

Introducción 13

1. Derechos de los pueblos indígenas y transformación de las democracias..... 13
 2. Implicaciones económicas 15
 3. Choque cultural, choque de derechos: ¿Quién resuelve?..... 17
 4. Más allá del veto 18
- Referencias..... 20

Presentación

Debate sobre la necesidad de legislación nacional en materia de consulta: Reflexiones desde el análisis de la jurisprudencia de la CC

Ana Gabriela Contreras

Guatemala, diciembre 2020

Introducción

Un nuevo paradigma sobre los pueblos indígenas, su derecho a la libre determinación y su posición en el derecho nacional e internacional como sujeto de derechos colectivos, surgió con la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en Guatemala mediante el Decreto 9-96 del Congreso de la República, que fue incorporado a la legislación nacional con la opinión consultiva, favorable de la Corte de Constitucionalidad (CC) que señaló “que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional” (CC, Opinión Consultiva 199-95, p. 12). Más adelante, Guatemala ratificó la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, que contribuyeron a consolidar una arquitectura normativa a favor de los derechos colectivos de estos pueblos.

Estos instrumentos complementaron el reconocimiento constitucional otorgado a la protección

de “los grupos étnicos”¹, “los grupos indígenas de ascendencia maya”² o “las comunidades indígenas”³ —como les denomina la Constitución Política de la República de Guatemala—, al incorporarse al ordenamiento jurídico nacional a través de la figura del bloque de constitucionalidad, reconocida en Guatemala por la CC con fundamento en los artículos 44 y 46 de la Constitución de 1985 (CC, Exp. 1822-2011, p. 14-16). La Constitución reconoció el carácter multiétnico del Estado y estableció que el Estado reconoce, respeta y promueve las formas de vida de las comunidades indígenas, sus costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. Este limitado reconocimiento, aunque relevante para su época, distó de los modelos de constitucionalismo intercultural adoptados en el continente en el mismo periodo. Por otro lado, la Constitución guatemalteca declaró en su Art. 125, que es de utilidad y necesidad pública la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos no renovables.

La consolidación normativa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se produjo de manera simultánea con la expansión del modelo económico basado en el extractivismo, una de cuyas

¹ Epígrafe del Art. 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

² Art. 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

³ Título de la Sección Tercera del Capítulo II de la Constitución Política de la República de Guatemala.

expresiones en Guatemala es la Ley de Minería, Decreto 48-97, que omitió la consideración de los estándares internacionales en materia de medio ambiente y las obligaciones del Estado frente a los pueblos indígenas, siendo además la legislación que le otorga al Estado de Guatemala el porcentaje de regalías más bajo en toda su historia (Procurador de los Derechos Humanos, 2005, p.15). En su artículo 7, esta ley declara de utilidad y necesidad públicas el fomento y desarrollo de las operaciones mineras en el país.

La expansión de los proyectos extractivistas en el país, la falta de cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionales relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, particularmente del derecho a la consulta libre, previa e informada, y el evidente choque entre la cosmovisión indígena y la filosofía occidental sobre el modelo de desarrollo, hicieron que el nivel de conflictividad en los territorios aumentara de manera exponencial a partir de la década que siguió al año 2000. Ante esto, diversas expresiones organizativas de los pueblos indígenas apostaron por dos vías: por un lado, llevar a cabo consultas comunitarias de buena fe basadas en el derecho a la libre determinación, convocadas por sus propias autoridades e instituciones comunitarias y, por el otro, hacer uso de la jurisdicción constitucional para canalizar sus demandas. Así, entre 2005 y 2014 se registraron 93 consultas comunitarias de buena fe en todo el país, fundadas en instrumentos internacionales y algunas de ellas en el Art. 66 del Código Municipal, las cuales fortalecen y legitiman los sistemas comunitarios de participación (PNUD, 2017, p. 139-140).

Como resultado de someter a la justicia constitucional asuntos derivados de la falta de cumplimiento de la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas, 37 sentencias han sido emitidas por la CC entre 2006-2019 en torno a la consulta libre, previa e informada en casos de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas (ASIES, 2020, 12). Estas sentencias han representado un avance importante en el establecimiento de los alcances y límites del derecho

a la consulta, tanto en casos particulares como en términos generales, dado que la CC ha reconocido la existencia de patrones sistemáticos de violaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la consulta, la propiedad ancestral y la relación de los pueblos indígenas con su territorio, así como la invocación y aplicación de la misma a través de la doctrina del control de convencionalidad y del bloque de constitucionalidad han influido de manera importante en la jurisprudencia nacional. Sin embargo, la ejecución de estas sentencias está lejos de hacerse efectiva.

La discusión sobre la necesidad de emitir normas jurídicas de carácter ordinario y reglamentario sobre el derecho a la consulta se ha mantenido presente no solamente en los casos discutidos ante la jurisdicción constitucional, sino también en la discusión parlamentaria por lo menos desde al año 2007. Algunas sentencias de la CC han exhortado e incluso conminado al Congreso de la República a emitir una ley específica sobre esta materia, así como a revisar la Ley de Minería, entre otras normas relacionadas con las actividades de exploración y explotación de recursos naturales. En el marco antes descrito, cabe plantear un debate académico, político y jurídico sobre la necesidad de legislación nacional en materia de consulta a la luz de la jurisprudencia emitida por la CC en Guatemala.

1. La legislación o reglamentación nacional como requisito *sine qua non* para hacer efectivo el derecho a la consulta desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos

Uno de los puntos fundamentales a debatir, desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, es si el cumplimiento de la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les afecten es viable, únicamente

existiendo como requisito *sine qua non* una norma jurídica, ya sea de carácter ordinario o reglamentario que establezca un procedimiento. En términos generales, las obligaciones derivadas de la ratificación de un tratado internacional incluyen la armonización interna, es decir la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter, que sean necesarias para asegurar la efectividad de los derechos. Para el caso de los pueblos indígenas, esta obligación debe comprenderse en relación al contenido completo de la normativa internacional referida en el apartado introductorio.

La obligación de armonización interna prevista en los tratados internacionales consiste en uno de los deberes convencionales de mayor importancia y complementa las obligaciones de “respeto” y “garantía” de los derechos y libertades, obligaciones que no son excluyentes, sino complementarias, en la medida en que pueden, por sí mismos, generar responsabilidad internacional a los Estados partes de un tratado (Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p. 78-85). Esto implica que los deberes de respetar, garantizar y armonizar son autónomos e independientes uno de otros. Asimismo, la obligación de armonización interna, en términos generales, no se refiere con exclusividad a la adopción de una norma jurídica, sino a todas aquellas medidas que el Estado establece para hacer viable, en el ámbito interno, el compromiso internacionalmente adquirido. El Convenio 169 de la OIT hace reiterada referencia a la adopción de “medidas” para hacer efectivo su contenido⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado dentro de su vasta jurisprudencia como medidas a través de las cuales se cumple la obligación de armonización interna las siguientes: A. Las disposiciones legislativas; B. Las disposiciones de otra índole, que incluyen normas constitucionales, normas administrativas, normas reglamentarias, normas de *soft law*, políticas públicas e instrumentos técnicos como protocolos y manuales, así como criterios

institucionales, y C. Los cambios institucionales (CNDH México, 2019, p. 78). Adicionalmente debe aclararse que la obligación de armonización alcanza no sólo la adopción de medidas legislativas o de otra índole, sino la supresión de aquellas que contravienen la obligación asumida por el Estado mediante el tratado internacional.

Por otro lado, la doctrina de la autoejecutabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos también abona a la implementación de las normas internacionales de manera directa, cuando de la disposición del tratado se deriva directamente un derecho o una pretensión en favor de un sujeto que comparece ante un juez solicitando su aplicación, siempre y cuando la regla sea lo suficientemente específica como para ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución se subordine a un acto legislativo o administrativo subsiguiente (Henderson, 2004, p. 83). Ambas condiciones han sido constatadas respecto del derecho de consulta a pueblos indígenas en el caso de Guatemala, aunque resulta del mismo debate judicial, el mandato de armonización normativa como se analiza más adelante.

Las recomendaciones más recientes de los órganos de protección de derechos humanos, siguen la tendencia de pronunciarse sobre *medidas para viabilizar el ejercicio del derecho, más a que a la emisión de una normativa en concreto*, posición que dista de la que se planteaba hace algunos años. Así, la Relatora de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, en el Informe sobre su visita a Guatemala de 2018, ha reconocido la necesidad de desarrollar un proceso de armonización legislativa con las obligaciones constitucionales e internacionales de Guatemala sobre derechos de los pueblos indígenas incluidos tratados, estándares y jurisprudencia del Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos; mientras que en el tema específico de la consulta ha señalado que “El Estado debe acordar con los pueblos indígenas las *medidas adecuadas* para la aplicación de los derechos a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de acuerdo con los estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas”. La Relatora también ha mencionado

⁴ Los siguientes artículos del Convenio, hacen referencia a la adopción de medidas: 2.2., 4, 5, 6, 7, 12, 14, 18, 20, 22, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 34.

que “El Estado debe elaborar y aplicar, junto con los pueblos indígenas, una legislación ambiental que respete los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos, incluido en relación con las áreas protegidas y las acciones vinculadas a la lucha contra el cambio climático” (ONU, 2018, p. 18-20). Es destacable en esta recomendación, la comprensión de la necesidad de una armonización integral en términos de derechos de los pueblos indígenas, que no incluye solamente la consulta y el consentimiento, sino la legislación ambiental y la relativa a las distintas obligaciones constitucionales e internacionales adoptadas por el Estado.

Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha exhortado al Estado de Guatemala a “*garantizar la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, de conformidad con los estándares internacionales, sobre todas las decisiones que puedan afectarles, incluyendo propuestas legislativas*” (OACNUDH, 2019, p. 25). El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), en las Observaciones finales emitidas al Estado de Guatemala en 2019, con ocasión del examen periódico 16 y 17, ha recomendado:

20. El Comité recuerda que el respeto de los derechos humanos y la eliminación de la discriminación racial son parte esencial de un desarrollo económico sostenible y que tanto el Estado como el sector privado juegan un papel fundamental en ese sentido, por lo que recomienda al Estado parte: a) Adoptar, en consulta con los pueblos indígenas, incluido el pueblo garífuna, las medidas pertinentes para garantizar el derecho que tienen a ser consultados respecto de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar sus derechos, con miras a obtener el consentimiento libre, previo e informado, y que, además, tenga en cuenta las características de culturales y tradiciones de cada pueblo, incluyendo aquellas relativas a la toma de decisiones; b) Garantizar que se respete debidamente el derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados

con miras a obtener el consentimiento libre, previo e informado en cuanto a la realización de proyectos de desarrollo económico, industriales, energéticos, de infraestructura y de explotación de recursos naturales que puedan afectar sus territorios y recursos naturales, asegurando que tales consultas se lleven a cabo de manera oportuna, sistemática y transparente con la debida representación de los pueblos afectados; c) Asegurar que, como parte del proceso de consulta previa, entidades imparciales e independientes realicen estudios sobre el impacto de derechos humanos, incluyendo el impacto social, ambiental y cultural que pueden tener los proyectos de desarrollo económico y de explotación de recursos naturales en territorios indígenas a fin de proteger sus formas tradicionales de vida y de subsistencia; d) Definir, en consulta con los pueblos indígenas cuyos territorios y recursos son afectados, medidas de mitigación, compensación por daños o pérdidas sufridas y de participación en los beneficios obtenidos de dichas actividades. (ONU, 2019, p. 5).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido esta misma tendencia al señalar que bajo el artículo 2 de la Convención Americana, el Estado debe “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole” que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Párr. 301).

A diferencia de los órganos referidos, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT se ha pronunciado específica y reiteradamente sobre la necesidad de una legislación, como lo hizo el Relator James Anaya durante su mandato como Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, recomendaciones que fueron emitidas en los años 2011 y 2012 y retomadas por la CC en las sentencias

que se analizan más adelante (CC, Exp. acumulados 90, 91 y 92-2017, p. 104-108).

Si se parte del contenido de las obligaciones internacionales expresadas en los tratados y la jurisprudencia universal e interamericana, es posible afirmar que la existencia de una ley ordinaria no es requisito sine qua non para el cumplimiento de la obligación estatal de consulta a los pueblos indígenas, aunque la adopción de medidas estatales sí lo es, pues es a través de las mismas que el Estado genera las condiciones apropiadas para el ejercicio del derecho a la consulta para los pueblos indígenas. En términos del cumplimiento de lo estatuido en el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, ninguna de estas medidas podría ser adoptada sin consultar previamente a los pueblos indígenas.

2. La jurisprudencia constitucional y la legislación sobre consulta a los pueblos indígenas

En este apartado se examina la postura de la CC de Guatemala respecto de la emisión de una legislación en materia de consulta a los pueblos indígenas. Como se refirió en la introducción, entre 2006 y 2019 la CC ha emitido 37 sentencias relacionadas con el derecho a la consulta, que corresponden tanto a apelaciones de sentencias de amparo, como a sentencias de inconstitucionalidad y amparos en única instancia (ASIES, 2020, p. 12).

Relevantes criterios han sido desarrollados por la CC en estos fallos, incluidos entre otros, que no puede argumentarse falta de definitividad como presupuesto procesal para el amparo cuando los pueblos indígenas no han sido parte en los procedimientos administrativos cuestionados, particularmente en el otorgamiento de licencias para proyectos extractivos⁵; que el incumplimiento de la consulta previa e informada es la omisión de un acto administrativo

obligatorio para la administración pública y que se considera de efectos continuados mientras la misma no se realiza⁶; y que la legitimación activa para interponer una acción constitucional en estos casos corresponde a las autoridades indígenas reconocidas según sus formas de organización, a las personas que integran una comunidad indígena por la relación que tienen con la misma, a las asociaciones civiles cuyo objeto y fin es congruente con el objetivo de la acción y al Procurador de los Derechos Humanos (PDH) (ASIES, 2020, p. 19-24). Parte de estos criterios está relacionado de manera directa con la necesidad de una normativa.

En la jurisprudencia de la CC sobre el tema de consulta se observa un tratamiento progresivo sobre la necesidad de una ley. Así, en una primera sentencia emitida en el año 2007, la Corte describe los alcances y límites de la legislación vigente al momento y **señala que** “no ha sido consolidada una plataforma legal que en el ámbito nacional regule de manera integral y eficaz el derecho de consulta de los pueblos indígenas [...] y que la normativa que regula lo relativo a las consultas populares⁷ referidas en el Convenio 169 [...], es bastante amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta” (CC, Exp. 3878-2007, p.12).

Esta postura se reiteró en sentencias del año 2012 y 2013, en las que la Corte menciona que la regulación especial de la consulta a nivel interno es una de las obligaciones estatales esenciales que dimanar de la suscripción y ratificación del Convenio 169 de la OIT y exhorta al Organismo Legislativo a cumplir con la responsabilidad institucional que le corresponde respecto de la emisión de la ley de consulta.

En el año 2017, tras examinar diversos casos relacionados con la falta de consulta a los pueblos indígenas, la CC advierte la existencia de un problema

⁵ Este criterio se observa por primera vez en la sentencia dictada dentro del expediente n.º 3878-2007, y se reitera en las sentencias emitidas dentro de los expedientes n.º 3753-2014, n.º 1798-2015, 2567-2015, expedientes acumulados n.º 90-2017, 91-2017 y 92-2017, n.º 4785-2017 y 2547-2018 (ASIES, 2020, p. 20)

⁶ Este criterio se plantea por primera vez dentro del expediente n.º 5711-2013 y se reitera en las sentencias dictadas dentro de los expedientes: n.º 411-2014, n.º 3753-2014, n.º 1798-2015, n.º 2567-2015, acumulados n.º 90-2017, 91-2017 y 92-2017, n.º 4785-2017 y n.º 2547-2018 (ASIES, 2020, p. 21)

⁷ Aunque la consulta a pueblos indígenas es una figura distinta a la consulta popular, en la sentencia referida, se hace uso de este término.

estructural que se pone de manifiesto en el caso objeto de examen⁸ y establece que

Se ha considerado necesario emitir una sentencia atípica con matices nomogénicos que integre el ordenamiento jurídico y proporcione lineamientos que puedan vincular a diferentes actores que, aunque no aparezcan como autoridades reprochadas en el asunto examinado, sean vinculados en la decisión que se emita a fin de superar una situación inconstitucional advertida por la evidente omisión de realizar la consulta previa e informada que corresponde cuando se emprendan proyectos que puedan causar afectación a las comunidades originarias (CC, Exp. Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, p. 81).

La Corte advierte que el caso bajo estudio denota una actitud reiterada de parte del Estado, constitutiva de una lesión a la normativa convencional y a la Carta Magna y que la emisión de una sentencia estructural tiene como finalidad prevenir la repetición de esa conducta omisiva. Con esta justificación, la Corte fija los lineamientos a observarse en las consultas para que éstas sean consideradas válidas (CC, Exp. Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, p. 81).

En esta sentencia, la CC dedica un apartado específico a la *ingente necesidad de que sea emitida normativa ad hoc sobre la consulta a pueblos indígenas*, con lo que reitera su postura en relación con que el mecanismo para dar cumplimiento a la obligación de armonización interna es una ley ordinaria emitida por el Congreso de la República, optando de esta forma por una de las múltiples alternativas establecidas en los estándares internacionales para cumplir con dicha obligación. La Corte señala que la necesidad de esta legislación obedece “a la creciente conflictividad que su ausencia provoca en el tejido social, debido a que la contraposición de intereses que han generado proyectos, operaciones o actividades vinculadas al

aprovechamiento de recursos naturales no encuentra un marco procedimental institucionalizado y replicable en el que pueda resolverse adecuadamente”. (CC, Exp. acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, p. 105).

De acuerdo con la postura externada por la CC en esta sentencia, el período de diez años transcurrido desde la primera sentencia en materia de consulta constituye, a juicio del tribunal, tiempo suficiente y razonable para superar la omisión legislativa y “se opta por compeler a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, se produzca el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta” para lo cual deberá asegurarse la participación coordinada, sistemática y armónica de integrantes de los pueblos indígenas en ese proceso legislativo. La parte resolutive de la sentencia “conmina” a los diputados del Congreso de la República a realizar dicho procedimiento. Conminar, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, implica “requerir a alguien el cumplimiento de un mandato bajo pena o sanción determinadas” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2018).

Concluye la Corte justificando su decisión en que

la omisión por parte del Congreso de la República de legislar sobre la consulta referida, ha propiciado en el país un clima de desconfianza para las comunidades indígenas que pueden verse perjudicadas por proyectos encaminados al desarrollo social y las empresas inversionistas de tales proyectos, al no existir reglas claras que doten de certeza jurídica el goce del derecho a la consulta de las comunidades mencionadas y de otros derechos que puedan verse afectados por operaciones o actividades de exploración o explotación de los recursos naturales en sus territorios, así como los de las entidades referidas que aportan su capital para poner en marcha los proyectos aludidos con el riesgo inminente de que su inversión pueda verse mermada o perderse ante la inexistencia de aquellas reglas. (CC, Exp. acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, p. 108).

⁸ En este caso la CC examinaba la sentencia de amparo emitida por la CSJ en relación con la autorización por parte del Ministerio de Energía y Minas de las licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los Ríos Oxec y Cahabón, para la implementación de los Proyectos Hidroeléctricos Oxec y Oxec II, en el municipio de Santa María Cahabón, departamento de Alta Verapaz, sin consultar a la comunidad indígena q'eqchi

La sentencia referida, si bien hace factible la aplicación directa del derecho a la consulta, establece pautas para el caso en cuestión y para futuros casos, mientras se supera la falta de legislación interna.

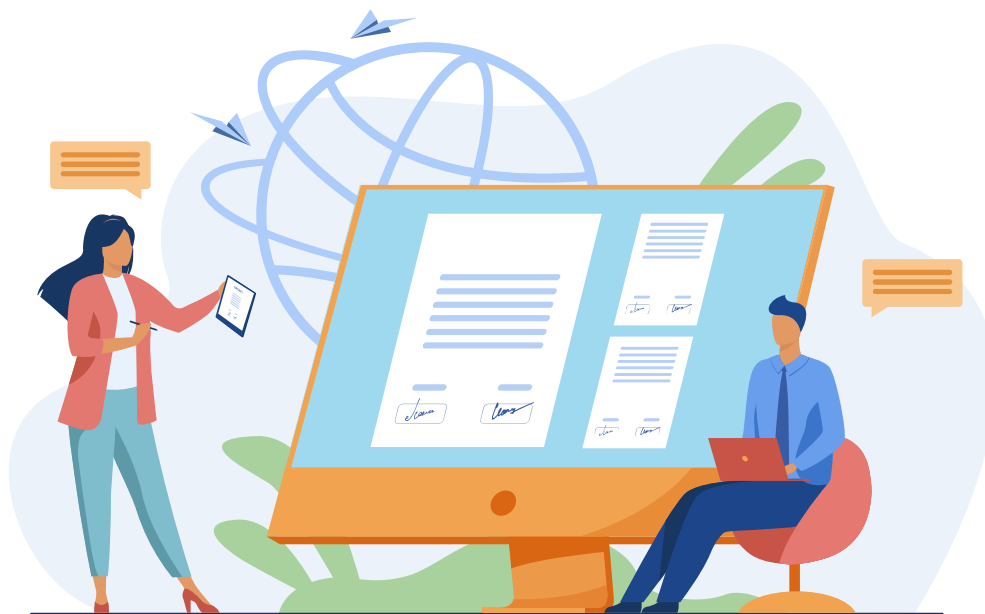
Sentencias emitidas con posterioridad insisten en la obligación del Congreso de la República de emitir la ley de consulta y se añade en la resolución del Exp. 4785-2017, la firmeza de la exhortativa dispuesta por el Tribunal que conoció en primer grado este caso, relativa a la revisión que debe efectuarse en la legislación que establece el monto de las regalías que deben pagar los titulares de derechos mineros, a efecto de elevar el porcentaje que perciben los territorios y poblaciones afectadas por los proyectos de explotación de minerales. Añade la Corte que los pueblos indígenas deben participar activamente en el planteamiento de las reformas que se consideren pertinentes y formular sus propuestas ante cualquiera de las autoridades con iniciativa de reforma de ley, estableciendo plazos de 3 a 6 meses para el desarrollo de cada una de las etapas de este proceso (CC, Exp. 4785-2017, p. 552).

La jurisprudencia de la CC antes descrita mandata directamente la emisión de una normativa ordinaria en materia de consulta, desplazando la obligación de armonización interna hacia el Congreso de la República, además de emitir de manera amplia y

exhaustiva criterios de aplicación inmediata para el cumplimiento de la obligación de consulta que corresponde a través de diversas dependencias del Organismo Ejecutivo. Así, si bien los estándares internacionales de derechos humanos contemplan un amplio abanico de posibilidades para la adopción de medidas que permitan hacer efectivo el derecho, en el caso de Guatemala, la CC obliga a emitir una ley ordinaria, cuyo contenido está ampliamente desarrollado en dichas sentencias. Transcurrido el plazo establecido por la CC en la sentencia, ésta se encuentra aún pendiente de ejecución en la parte relativa a la emisión de la legislación.

3. Actores clave frente a la legislación en materia de consulta: Los pueblos indígenas y el Congreso de la República

Las iniciativas para regular la consulta a los pueblos indígenas no son nuevas. Dentro del Congreso de la República se identifica la Iniciativa de Ley 3684, presentada en 2007 por el entonces vicepresidente de la Comisión de Comunidades Indígenas, y la Iniciativa 4051, presentada en el año 2009 por la Comisión de Pueblos Indígenas. Desde el Organismo Ejecutivo, el 23 de febrero de 2011 en el Palacio Nacional fue presentado por el entonces presidente de la República,



Álvaro Colom y el ministro de Trabajo y Previsión Social, el “Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”. Este reglamento fue declarado inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad en noviembre del 2011, en el marco de un recurso de amparo interpuesto por representantes de los pueblos indígenas, los cuales argumentaron que no habían sido previamente consultados sobre el contenido del reglamento, alegando una violación al debido proceso (CC, Exp. 1072-2011, p. 5-12).

En julio de 2017, el entonces presidente de la República Jimmy Morales presentó una guía para realizar consultas a pueblos indígenas elaborada por el Ministerio de Trabajo con la asesoría técnica de la OIT, que también fue ampliamente rechazada (Prensa Libre, 2017). Ninguno de estos proyectos ha entrado en vigencia y, por el contrario, han sido objeto de amplio rechazo por parte de los pueblos indígenas, en tanto han sido proyectos gestados en ausencia de un verdadero diálogo intercultural que permita reflejar sus necesidades y demandas y dado que lo consideran un retroceso frente a los estándares internacionales que regulan la materia. De acuerdo a los planteamientos de los pueblos indígenas, estas propuestas disminuyen o ignoran el derecho a la libre determinación en sus territorios (CUC, 2011).

En 2018, en atención a la conminatoria de la CC, la Dirección Legislativa del Congreso de la República recibió dos iniciativas de ley sobre consulta a pueblos indígenas identificadas con los números 5416⁹ y 5450¹⁰. Aunque dichas iniciativas establecen diversos mecanismos para dar cumplimiento a la obligación estatal, una de las diferencias más significativas entre éstas es el efecto que otorgan al resultado de la consulta. La primera, es clara en establecer en su Art. 19 que “el proceso de consulta no limita la facultad del Estado en la toma de decisiones que son de su competencia”, mientras que la segunda

establece en su Art. 5 que “Desarrollada la Consulta a Pueblos Indígenas, Comunidades Indígenas, y todas sus otras formas propias de organización, y cumplidos los requisitos esenciales el resultado de esta será vinculante para la toma de cualquier decisión administrativa, legislativa a desarrollar por cualquier expresión institucional del Estado”. Esta diferencia pone de manifiesto los múltiples aspectos relacionados con la consulta, que aún deberán ser discutidos entre el Estado y los pueblos indígenas respecto de una regulación de este tipo.

Frente a la posibilidad de regular la consulta a pueblos indígenas, existen también muy diversas posturas desde los pueblos indígenas, que van desde aquellas que plantean que no es necesaria ni pertinente una regulación ordinaria o reglamentaria que desnaturalice el derecho a la consulta —que ya es constitucional— y que lo convierta en un mero procedimiento administrativo, disminuyendo su jerarquía normativa (Xiloj, 2018), como las que plantean la necesidad de desarrollar un proceso integral de armonización de las normas y estándares internacionales de derechos humanos que incluya reformas institucionales, legislativas y reglamentarias, manuales de procedimientos y protocolos de actuación, con la plena participación de los pueblos indígenas (Asociación de Abogados y Notarios Mayas de Guatemala, Nim Ajpu, 2019, p. 133). En consonancia con las recomendaciones de la Relatora de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también hay posiciones que plantean la necesidad de abordar este tema en el contexto más amplio del derecho a la propiedad privada colectiva de los pueblos indígenas y del derecho a sus tierras, territorios y recursos naturales.

Lo que no puede negarse es que la necesidad de contar con una normativa ordinaria o reglamentaria sobre consulta libre, previa e informada en Guatemala, corresponde con la visión occidental del sistema jurídico, según la cual se requiere contar con normas codificadas que aseguren la certeza jurídica de las partes en una relación jurídica. La emisión de una ley por parte del Congreso de la República, no solamente

⁹ Iniciativa presentada por los Diputados Oliverio García Rodas y Oscar Stuardo Chinchilla Guzmán.

¹⁰ Iniciativa presentada por los Diputados Amílcar Pop, Andrea Villagrán, Marco Antonio Lemus Salguero, Eugenio Moisés González Alvarado, Orlando Joaquín Blanco Lapola y compañero

es ajena a las instituciones propias y representativas de los pueblos indígenas, sino que, a criterio de algunos de ellos, implica un riesgo de disminución de los derechos ya reconocidos en la normativa internacional, constitucional y en la jurisprudencia.

En la visión de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta no es entendido de manera aislada, sino en directa relación con los demás derechos contemplados en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, particularmente el Art. 3, Libre determinación de los pueblos indígenas, Art. 4, Autonomía y autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales y Art. 5, Derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

A manera de conclusión

Desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, si bien hay una obligación general de armonización interna con los tratados internacionales, la falta de normativa nacional, no constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación o el ejercicio del derecho, pues la responsabilidad estatal subsiste y el derecho del sujeto a reclamarlo también. De las sentencias de la CC se deducen una serie de criterios que hacen aplicable la consulta a casos concretos, reiterándose la obligación de las entidades del Estado, exista o no una norma jurídica ordinaria o reglamentaria.

Atendiendo a la jurisprudencia decantada de la CC, la emisión de una ley sobre consulta a pueblos indígenas es un mandato judicial por cumplir. Tal y como ocurre en otros casos resueltos por el tribunal constitucional, existen grandes desafíos en la fase de ejecución de las sentencias, a pesar del nivel de detalle ofrecido por la Corte para facilitar el cumplimiento, especialmente en materia de

consulta a pueblos indígenas, donde la evolución jurisprudencial muestra la exhaustividad de la CC en para ordenar acciones concretas que de acuerdo a su criterio permitirán viabilizar el ejercicio del derecho por parte de sus titulares.

El cumplimiento del mandato de la CC de legislar en materia de pueblos indígenas no puede realizarse en afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas que está llamado a proteger, por lo que el debate debe partir de una consulta —también libre, previa e informada— y un consenso entre los actores involucrados para tener garantía de legitimidad y viabilidad social. Para el Estado, la consulta es una obligación que contribuye a la promoción del diálogo social, a la garantía de seguridad jurídica y al desarrollo del modelo económico, mientras que para los pueblos indígenas es el derecho que les permite no sólo participar en las decisiones que les afectan de manera directa, sino defender los bienes, territorios y recursos que son inherentes a sus formas de vida y cosmovisión. Todo diálogo intercultural que se emprenda para ejecutar la decisión de la Corte de Constitucionalidad en materia de legislación sobre consulta, deberá tener a la vista estas perspectivas.

