

Referencias

- Asociación de Abogados y Notarios Mayas de Guatemala Nim Ajpu. (2019) *Análisis de sentencias en materia del derecho de consulta*. <https://nimajpu.org/analisis-de-sentencias-en-materia-del-derecho-de-consulta/>
- Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) (2020). *La consulta previa, libre e informada en fallos constitucionales*.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. (2019). *Guía para la armonización normativa de los derechos humanos*. <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Guia-Armonizacion-NormativaDH.pdf>
- Comité de Unidad Campesina (CUC) (2011, 2 de mayo) Rechazo a la reglamentación de las consultas comunitarias y la violación de los derechos de los pueblos indígenas y campesinos. [comunicado de prensa] http://www.cuc.org.gt/web25/index.php?option=com_content&view=article&id=284:rechazo-a-la-reglamentacion-de-las-consultas-comunitarias-y-la-violacion-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-campesinos&catid=13:comunicados&Itemid=122
- Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente. Publicado en el Diario de Centro América Tomo 226, volumen 1 No 41 p. 897 Fecha 3 de junio de 1985.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, N° 169 (1989), adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la OIT, entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991.
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Amparo en única instancia. Exp. 1072-2011. Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011.
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Apelación de sentencia de amparo. Exp. acumulados 90, 91 y 92-2017, Sentencia de fecha 26 de mayo de 2017.
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Apelación de sentencia de amparo. Exp. 3878-2007, Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2009.
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Apelación de sentencia de amparo. Exp. 4785-2017, Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018.
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Opinión Consultiva Exp. 199-95. Resolución de fecha 18 de mayo de 1995.
- Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012. Párr. 301. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos por medio de la resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), Segunda sesión plenaria. 14 de junio de 2016.
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 61° período de sesiones. 13 de septiembre de 2007.
- Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica (2019) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Segunda Edición*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20190908_01.pdf
- Henderson, H. (2004) Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, 39, 71-99. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>
- Iniciativa de ley n.º 3684, que dispone aprobar la Ley de Consulta a Pueblos Indígenas. Diputado Víctor Dionicio Montejo, 25 de septiembre de 2007. Guatemala.
- Iniciativa de ley n.º 4051, que dispone aprobar la Ley de Consulta a Pueblos Indígenas. Diputados Rodolfo Castañón, Efraín Asij Chile y compañeros, 18 de agosto de 2009. Guatemala.
- Iniciativa de ley n.º 5416, que dispone aprobar la Ley de Consulta a Pueblos Indígenas conforme al Convenio 169 de la OIT. Diputados Oliverio García Rodas y Oscar Stuardo Chinchilla Guzmán, 13 de marzo de 2018. Guatemala.
- Iniciativa de ley n.º 5450, que dispone aprobar la Ley que garantiza el derecho de consulta de buena fe, libre, previa e informada a pueblos indígenas. Diputados Amílcar de Jesús Pop Ac, Marco Antonio Lemus Salguero, Eugenio Moisés González Alvarado, Orlando Joaquín Blanco Lapola y compañeros. 7 de agosto de 2009. Guatemala.
- Ley de Minería, Decreto No 48-97 del Congreso de la República de Guatemala.
- ONU (2018). Informe de la Relatora de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su Visita a Guatemala. 10 de agosto de 2018. A/HRC/39/17/Add.3. http://www.oacnudh.org.gt/images/CONTENIDOS/Documentos/Informe_Relatora_Pueblos_Indigenas_GT2018.pdf
- ONU (2019). Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales sobre los informes periódicos 16º y 17º combinados de Guatemala. 10 de mayo de 2019. CERD/C/GTM/CO/16-17. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GTM/CERD_C_GTM_CO_16-17_34866_S.pdf
- ONU (2019). Informe de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDH) sobre sus actividades en Guatemala. 28 de enero de 2019. A/HRC/40/3/Add.1 file:///C:/Users/usuario/Downloads/Informe2018_isuu.pdf
- Prensa Libre (2017, 20 de julio). Se genera rechazo y dudas por guía de consultas comunitarias impulsada por el Gobierno. Consultado el 11 de diciembre de 2020. <https://www.prensalibre.com/economia/guia-de-consultas-esta-en-centro-de-discordia/>
- Procurador de los Derechos Humanos (2005). *La actividad minera y los derechos humanos en Guatemala*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23700.pdf>
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2017) *Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015/2016*. <http://desarrollohumano.org.gt/wp-content/uploads/2017/06/INDHCap5.pdf>
- Real Academia Española. (2018). Diccionario de la lengua española (edición del tricentenario). <https://bit.ly/333ASH8>
- Xiloj, Lucía. (2017, 14 de julio). *No es necesaria ninguna reglamentación porque el Convenio ya la establece*. Plaza pública. <https://www.plazapublica.com.gt/content/no-es-necesaria-ninguna-reglamentacion-porque-el-convenio-169-ya-la-establece>

Derecho de consulta: un camino al desarrollo

Rafael Briz Méndez

Juan Pablo Gramajo Castro

Guatemala, septiembre 2021

Introducción

La aplicación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en Guatemala, específicamente a través de fallos de la Corte de Constitucionalidad, ha sido fuente de creciente polémica en años recientes. Por un lado se sostiene que es una especie de plebiscito para autorizar determinada acción y que, de no haberse llevado a cabo, deben suspenderse las actividades sin importar sus consecuencias. Desde otro lado, se afirma que no es un plebiscito, que el Estado tiene a su cargo la fijación de políticas en materias como minería, generación de electricidad y otras, y que en ningún caso deben suspenderse las actividades pues se genera pérdida de riqueza, trabajo y afectación a los niveles de vida de las comunidades. En el debate se enfrentan distintas visiones sobre la naturaleza, el desarrollo, la función del derecho y del Estado.

El presente trabajo expone algunas reflexiones sobre los alcances e implicaciones del Convenio 169 en el ordenamiento jurídico guatemalteco, con referencia a su papel dentro de una visión transformadora de las democracias tradicionales. Se ofrecen nociones básicas para comprender sus implicaciones desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, abonando a la necesidad e importancia de reglas jurídicas que provean certeza a todos los involucrados.

Finalmente, se reflexiona sobre el rol de la justicia constitucional y de los órganos políticos democráticos en la solución de conflictos sobre derechos, especialmente dadas las características de la Constitución guatemalteca y la realidad política

nacional, con el objeto de aportar elementos de discusión que permitan comprender mejor las implicaciones del tema, más allá de reduccionismos y urgencias coyunturales, sentando bases para abordarlo como tema de país en cuyo manejo y desarrollo existe un interés general.

1. Derechos de los pueblos indígenas y transformación de las democracias

El reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas se enmarca en una progresiva transformación del modelo de Estado moderno liberal occidental. Desde su experiencia histórica, Ludwig von Mises consideró que las doctrinas tradicionales sobre Estado moderno, liberalismo y democracia resultaban insuficientes en poblaciones conformadas por varias naciones o comunidades lingüísticas, así como por grupos con intereses particulares opuestos al bien común. Entendiendo la autodeterminación como esencia de la democracia, afirma que sólo esta y el liberalismo son capaces de minimizar los conflictos. Sin embargo, la democracia es insuficiente en poblaciones mixtas, pues el principio mayoritario no garantiza que la formación de leyes y el gobierno sean participativos, y la representación proporcional –aplicada para corregir esa falta de participación– aplica a procesos electorales pero no a decisiones legislativas, administrativas y judiciales (von Mises, 2000, p. 70-83, 106, 116).

El Convenio 169 aborda esas problemáticas aspirando precisamente a un modelo que trascienda los límites de la representación proporcional. A tal efecto, su

“piedra angular” es la consulta y participación que busca “garantizar que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en los procesos que puedan afectarles directamente” (OIT, 2009, p. 60).

Del Convenio surgen los conceptos fundamentales de consulta, participación, y consentimiento libre, informado y previo. Establece el derecho de consulta en general, con relación a todas sus disposiciones, especialmente al prever medidas legislativas o administrativas, antes de la prospección o explotación de recursos del subsuelo, en materia de enajenación de sus tierras o derechos, reubicación de poblaciones, programas especiales de formación profesional, enseñanza de idiomas indígenas. (OIT, 2009, p. 61).

Es importante destacar que, para Guatemala, el Convenio forma parte de un marco normativo sobre pueblos indígenas que incluye también la propia Constitución Política de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). En aplicación de esta última, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido la propiedad comunal indígena, el derecho de participación y consulta, entre otros, como protegidos bajo el artículo 21. Este debe interpretarse, según la Corte, en conjunto con leyes internas y normas internacionales, entre las cuales ha invocado el Convenio 169 (Corte IDH, Caso de la Comunidad Muiwana Vs. Suriname, párr. 133; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párr. 117; Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 127; Corte IDH, Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 171). La Corte de Constitucionalidad (CC) ha establecido que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para Guatemala como parte del bloque de constitucionalidad, incluyendo sentencias en que el país no figure como parte (CC, expediente 2295-2013, p. 5; CC, expediente 1006-2014, p. 12).

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aunque en principio no es jurídicamente vinculante (ONU,

2007; OACNUDH, 2013, p. 39-44), se ha invocado como fuente importante para ilustrar el compromiso de los Estados miembros. Es de especial relevancia cuando Guatemala votó a favor de la Declaración en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) (CC, expediente 4785-2017, p. 273-274; CC, expediente 3878-2007, p. 12, 31, 36; Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 131).

Todo lo anterior debe tomarse en cuenta para ubicar correctamente el debate público en torno a los derechos de los pueblos indígenas. En Guatemala ha tenido especial relevancia el derecho de consulta establecido por el Convenio 169 en materia de exploración y explotación minera, proyectos hidroeléctricos, transporte de energía eléctrica y carreteras (Escobar y Berganza, 2020, p. 11-16). Sin embargo, ni el derecho de consulta se limita a esos temas, ni el Convenio 169 se limita al derecho de consulta, como tampoco es el único fundamento de las obligaciones del Estado de Guatemala en materia de pueblos indígenas. Tampoco es el Convenio una atadura que impida a los Estados implementar políticas públicas en determinados ámbitos pues, como se expone, no consagra derechos de veto sino para la toma de decisiones informadas.

Tampoco es acertado circunscribir su relevancia a la protección del medio ambiente. Si bien es cierto que este también ha sido tema importante en los casos concretos de relevancia nacional, y que algunos han sido promovidos por organizaciones ambientalistas, el Convenio 169 y demás normas protegen de modo integral también los intereses sociales, espirituales, culturales y económicos de los pueblos. La Corte de Constitucionalidad ha hecho acopio de esto en su jurisprudencia (CC, expediente 4785-2017, p. 266-267).

Es necesario, entonces, desarrollar una adecuada comprensión del panorama contemporáneo de los derechos de los pueblos indígenas, independientemente de las posturas que al respecto se tenga. De lo contrario, un énfasis reduccionista sobre casos concretos y problemas inmediatos impedirá un abordaje estratégico e integral por parte de los

actores involucrados. Se trata de un tema en que es preciso apreciar sus implicaciones históricas, sociales y políticas, que son, en definitiva, también jurídicas, más allá de lo estrictamente legal-positivo.

2. Implicaciones económicas

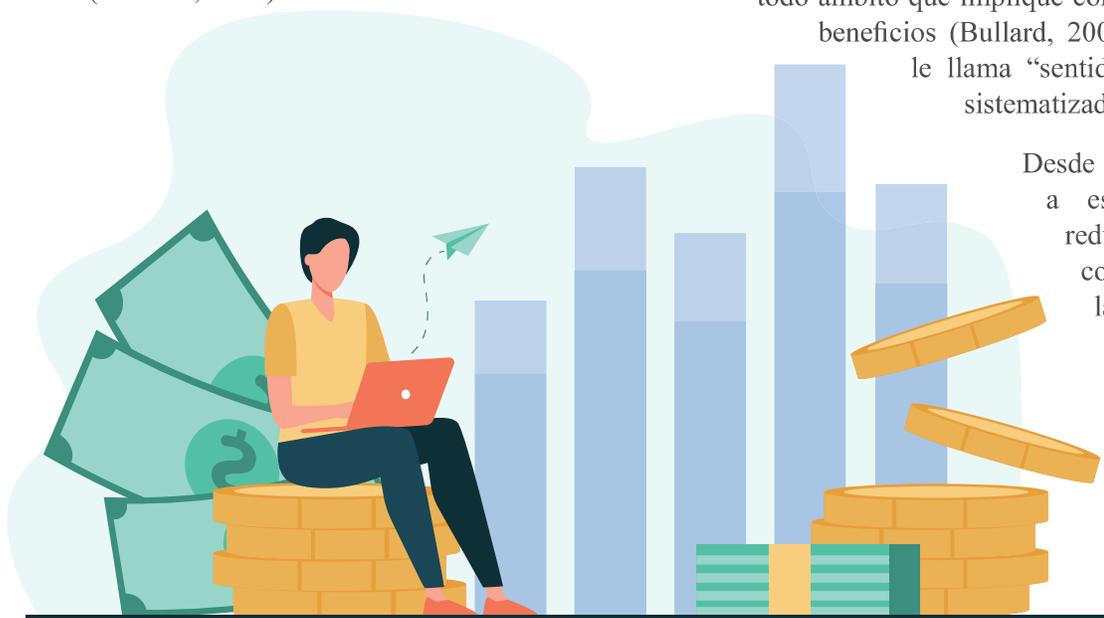
Cuando se habla de implicaciones económicas de las materias relativas al derecho de consulta, se suele hacer referencia a aspectos como la generación directa e indirecta de empleo, la creación de riqueza, mejores niveles de vida para los vecinos, el desarrollo de la comunidad y aumento de tributación a consecuencia de actividades mineras, hidroeléctricas, etc., o bien al impacto de suspenderlas y desincentivar la inversión en tales industrias.

Por ejemplo, en casos recientes como el cierre de la mina de Compañía Guatemalteca de Níquel (CGN) se estimó la pérdida de dos mil empleos directos y tres mil indirectos, afectando además a trescientos proveedores directos de la minera, así como la recaudación tributaria en el ámbito nacional y municipal (González, 2020). En el caso de Minera San Rafael, se ha estimado una pérdida económica total de Q5.1 millones diarios, entre impuestos y regalías, pagos a proveedores y salarios. Líderes gremiales han expresado que el sector minero carece de futuro en el país sin legislación que desarrolle el Convenio 169 (Bolaños, 2019).

El estudio “Impacto económico y fiscal de proyectos mineros en Guatemala” concluyó que el sector minero fue el segundo rubro más importante de inversión extranjera directa en Guatemala con más de \$2,000 millones entre 2007 y 2017, pero desde 2014 su aporte a la recaudación tributaria disminuyó en -39 % como resultado a los daños a la producción. Asimismo, indica que la carga tributaria completa entre impuestos estatales, municipales y regalías es del 45 % sobre utilidad neta (Godoy, 2018). Para críticos de la minería, ese estudio ejemplifica un falaz argumento puramente ideológico empleado, “pese al poco impacto a nivel cuantitativo que en realidad la minería tiene” (Del Águila y Muñoz, 2018, p. 10). Sin embargo, los datos citados dan cuenta de una clara afectación a la economía y principalmente a las personas.

Estos temas importantes y válidos deben formar parte del debate. Además, es de interés analizar la problemática desde una perspectiva más amplia. El Análisis Económico del Derecho (AED) es una disciplina que aplica la teoría económica al examen de la formación, estructura, procesos e impacto del derecho (en sentido amplio, no limitado a la legislación). Se enfoca no sólo en áreas jurídicas directamente vinculadas a la economía sino en todas, pues cualquier regla jurídica puede afectar los incentivos que orientan las decisiones personales en todo ámbito que implique consideración de costos y beneficios (Bullard, 2006, p. 41, 45). Bullard le llama “sentido común entrenado y sistematizado” (2006, p. 49).

Desde luego, una crítica a este enfoque es que reduce el derecho a consideraciones como la eficiencia, el interés personal, el costo-beneficio y variables medibles, ajenas o potencialmente opuestas no sólo a valores jurídicos



tradicionales como la justicia, sino a la realidad compleja de las motivaciones detrás de la acción humana (Kerkmeester, 1999, p. 388-340). Ese es precisamente uno de los matices del debate cuando se plantea una contraposición entre el beneficio económico (de las empresas, sus trabajadores, etc.) y la preservación del medio ambiente o los valores de la cosmovisión indígena, por ejemplo. Sin embargo, también estos podrían explicarse en términos de preferencias, recordando además que “lo económico” en el AED tampoco se reduce a lo monetario o el lucro.

Una de las propuestas fundamentales del AED es el llamado Teorema de Coase. Los mercados –conglomerados de transacciones voluntarias– permiten arribar a soluciones eficientes cuando los costos de transacción son bajos o manejables y existen derechos de propiedad claramente definidos y delimitados. En tal situación, las partes pueden acordar soluciones: el contrato, ante el cual las normas jurídicas tendrán carácter supletorio. En cambio, si existen altos costos de transacción o derechos de propiedad sin delimitación clara, se hacen relevantes las soluciones legislativas o judiciales, pues puede ser inviable una solución contractual (Bullard, 2006, p. 107-110).

En tal contexto, “derechos de propiedad” es un término económico más amplio que la noción propiamente jurídica del “derecho de propiedad”. Se refiere a todas las atribuciones respecto de terceros para disponer de un recurso, decidiendo quiénes pueden beneficiarse de él, qué costos externos puede trasladar a otros, y en qué condiciones se puede hacer. Los derechos de propiedad, como autoridad exclusiva de determinar el uso de un recurso, conllevan la exclusividad en elegir cómo usarlo, servirse de él e intercambiarlo en términos de mutuo acuerdo. Sin embargo, definir legalmente derechos de propiedad también implica costos. Es posible hacerlo cuando el recurso implica exclusión y consumo rival. En este esquema, se plantea que la propiedad comunal es viable en comunidades relativamente pequeñas o en recursos abundantes, en que no se justifican los

costos de definir propiedad privada (Rojas, Schenone y Stordeur, 2012, p. 59-63, 65).

La problemática en torno al derecho de consulta en exploración y explotación minera así como en la construcción y funcionamiento de hidroeléctricas puede explicarse, desde esta perspectiva, en términos del Teorema de Coase: Confluyen varios derechos de propiedad (en su sentido económico amplio, del Estado, de las comunidades indígenas, de las empresas, así como de las municipalidades) que no se encuentran claramente definidos, por lo que no existe certeza sobre los términos y contenidos de una eventual negociación o consulta y los acuerdos a que pueda conducir. En este sentido, la certeza jurídica beneficia a todas las partes involucradas al viabilizar y facilitar la consecución de acuerdos.

Desde esa óptica, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad ha cumplido la función de definir al menos parcialmente los marcos y procedimientos dentro de los cuales se puede y debe ejercer estos derechos. Con ello cumple el papel que el Teorema de Coase asigna a las reglas jurídicas ante situaciones de indefinición de derechos y altos costos de transacción. Sin embargo, algunos críticos han señalado inconsistencia y contradicción entre los diversos fallos en la materia (González, 2021). De ser así, ello provocaría un menoscabo de la certeza jurídica en vez de promoverla.

La certeza es un valor jurídico fundamental basado en la prohibición de la arbitrariedad en el actuar del poder público, rasgo esencial del Estado constitucional y democrático de Derecho (CC, expediente 31-2016, p. 30). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expuesto que, bajo los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, los Estados deben regular los procesos de consulta “de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados” (CIDH, 2009, párr. 298). La situación actual evidencia que la regulación del Convenio 169 mediante legislación interna, fruto de un proceso participativo y democráticamente legítimo, es impostergable.

3. Choque cultural, choque de derechos: ¿Quién resuelve?

Contreras se ha referido acertadamente al “evidente choque entre la cosmovisión indígena y la filosofía occidental sobre el modelo de desarrollo” (2020, p. 3) como factor de la problemática nacional en torno al derecho de consulta.

Massini Correas (2006, p. 103) traza los cambios en el pensamiento filosófico general, y la filosofía jurídica en específico, sobre tres ejes: naturaleza, sujeto y pensamiento. La noción clásica del mundo concebía la naturaleza como dotada de sentido intrínseco. Las modernas ciencias naturales, en cambio, la ven como mera materia objeto del dominio humano, cuyo conocimiento físico-matemático se ordena a su utilización técnica. En cambio, la cosmovisión maya plantea que

...al considerarnos uno con la Tierra, asumimos la responsabilidad de propiciar y defender un estilo de vida cuyas bases emergen, en última instancia, del equilibrio entre naturaleza y cultura. (...) todos somos naturaleza y todos somos portadores de una ética que desecha las tentaciones de dominarla despótica y brutalmente. (...) cualquier manifestación que opere en contra de la vida, necesariamente debe evitarse (Matul, 2007, p. 67-68).

Estos modos distintos de concebir la relación del ser humano con la naturaleza originan valoraciones diferentes, incluso opuestas, sobre la explotación de los recursos naturales. En esto se hace evidente lo antes mencionado en cuanto a que el debate no se limita al tema ambiental y, aún en esa dimensión, no se reduce a la protección de la naturaleza en tanto recurso económico, sino involucra valores espirituales y culturales.

Cuando distintas cosmovisiones se traducen en derechos, la diferencia cultural se convierte en un conflicto jurídico. Esto es especialmente complejo cuando los derechos en conflicto poseen rango constitucional y convencional, es decir, están reconocidos tanto por la Constitución como por

tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Los derechos involucrados en el debate sobre el derecho de consulta lo hacen un típico ejemplo de lo que Roberto Gargarella denomina tensiones constitucionales: el reconocimiento de nuevos derechos o instituciones políticas entra en conflicto con derechos e instituciones anteriores, o las constituciones consagran modelos filosóficos, económicos, etc., difíciles de conciliar en la práctica. Esas tensiones son comunes en las constituciones latinoamericanas contemporáneas, que suelen ser documentos “de mezcla” (2018, p. 123-127). La Constitución guatemalteca no es la excepción, como producto de consensos y negociaciones con cierta ambigüedad (García Laguardia, 2015, p. 99-100).

Para Jeremy Waldron, conocido crítico de la revisión judicial y de la supremacía judicial, los desacuerdos sobre derechos no son irrazonables y pueden resolverse mediante procedimientos legislativos ordinarios si se toman en cuenta, en condiciones de igualdad, los puntos de vista de las personas potencialmente afectadas en sus derechos. Ahora bien, para que esto sea posible se requieren instituciones democráticas que funcionen y que los habitantes se tomen en serio los derechos. Por eso la revisión judicial puede verse necesaria en países con problemas como instituciones legislativas disfuncionales, culturas políticas corruptas, legados de racismo, etc. (Waldron, 2006, p. 1406).

El Convenio 169 fue aprobado en Guatemala desde 1996, y a la fecha no cuenta con legislación interna que lo desarrolle. La justicia constitucional ha desempeñado una función importante pero, a la vez, ambivalente en cierta medida. Hoy algunos actores la han llegado a ver más como parte del problema, pues se han emitido resoluciones en cierto sentido opuestas, implicando el cierre de mineras (que podía haberse resuelto de otra manera) pero la continuidad de operaciones de generadoras de electricidad.

Este tema ejemplifica para Guatemala un debate que es común para muchos países en el constitucionalismo actual: qué tanto debe dejarse en manos de los

tribunales constitucionales o de los órganos políticos. En gran medida, el argumento gira en torno a la legitimidad democrática de cada institución. Si hoy se percibe como una necesidad impostergable regular el Convenio 169, eso pone también al país frente al problema de legitimar el sistema político y electoral.

Para ello se debe partir, entre otras, de ciertas premisas que han sido abordadas también por la jurisprudencia constitucional: (i) el derecho de consulta no se reduce a un referendo o plebiscito que pueda bloquear acciones del Estado en pro del desarrollo; (ii) el Estado toma decisiones en última instancia sobre determinadas políticas propias; (iii) el Estado debe tomar en cuenta, en todo lo aplicable, los resultados de la consulta, que no es un veto ni puede ejercitarse de manera arbitraria para afectar las políticas de Estado.

4. Más allá del veto

Es importante recordar la consideración de la Corte de Constitucionalidad en uno de los casos recientes y polémicos sobre la consulta a los pueblos indígenas:

...la consulta no tiene por propósito inmovilizar indiscriminadamente toda iniciativa de explotación de recursos naturales, sino la garantía de que cada vez que se promueve una que pueda afectar a los pueblos indígenas y

sus territorios, estos tengan oportunidad, por medio de sus legítimos representantes: i) de conocer de modo integral las implicaciones de tal proyecto; ii) evaluarlas a la luz de su forma de vida, derechos y necesidades; iii) expresar su punto de vista y contrastarlo razonadamente con el de otros intervinientes del proceso y iv) eventualmente, participar en la planificación, ejecución y distribución de beneficios del proyecto. (...) es equivocado afirmar que siendo la minería un tema cuya competencia corresponde al gobierno central, el resultado de la consulta en nada afecta las decisiones del Poder Ejecutivo al respecto. (...) A fin de generar mejores condiciones de gobernabilidad y fomentar la convivencia intercultural pacífica, no puede el Estado imponer sus decisiones (...) sin agotar, siempre que proceda, la consulta previa a los pueblos indígenas y estos últimos, por su parte, no deben hacer uso arbitrario de esa prerrogativa. (CC, 4785-2017, p. 497-498).

Es relevante señalar que la sentencia indica que el Estado no impondrá sus decisiones sin consulta previa. Sin embargo, una vez efectuada, al no ser un plebiscito que se reduzca a una opción de sí o no, el Estado puede aplicar la política correspondiente tomando en cuenta la consulta y los acuerdos alcanzados.



Los extremos del debate insisten en reducirlo a términos de sí o no, a ejercicios de poder estatal sin tomar en cuenta los intereses y derechos de los habitantes. También son prontos a calificar las decisiones adversas o posturas contrarias como arbitrarias, ilegales, ideologizadas, sesgadas, etc. (Del Águila y Muñoz, 2018; González, 2021). Sin embargo, toda norma jurídica refleja en alguna medida una ideología, una forma de ver el mundo, una jerarquía de valores. La aplicación, interpretación e integración del derecho puede conducir a soluciones diversas, especialmente en materias complejas y con vacíos normativos, como es la que nos ocupa. En el presente tema, si bien se dan esos extremos, es claro que la consulta

...no tiene por propósito inmovilizar indiscriminadamente toda iniciativa de explotación de recursos naturales, sino la garantía de que cada vez que se promueve una que pueda afectar a los pueblos indígenas y sus territorios, estos tengan oportunidad, por medio de sus legítimos representantes: i) de conocer de modo integral las implicaciones de tal proyecto; ii) evaluarlas a la luz de su forma de vida, derechos y necesidades; iii) expresar su punto de vista y contrastarlo razonadamente con el de otros intervinientes del proceso y iv) eventualmente, participar en la planificación, ejecución y distribución de beneficios del proyecto (CC, 4785-2017, p. 497).

Ahora bien, la suspensión de actividades sujetas a consulta ha tenido un innegable impacto sobre la economía y la tributación, que no benefician —mucho o poco— solo a las empresas y al Estado, sino también involucra el derecho humano al trabajo de miles de personas, afectando el bienestar de sus familias y comunidades.

Si bien las mediciones y los datos son fundamentales para brindar perspectivas más informadas y claras sobre la realidad, reducir los argumentos —a favor o en contra— a lo numérico nos arriesga a perder de vista las concretas realidades humanas en que se manifiesta la problemática. Ello es contrario al orden constitucional guatemalteco que afirma “la

primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” (CPRG, Preámbulo). El derecho al trabajo, a mejores condiciones de vida y riqueza de las comunidades deben armonizarse con el derecho de consulta e incluso potenciarse a través de él, prevaleciendo en conjunto sobre el interés particular que a veces sustenta oposiciones arbitrarias.

Ahora bien, también es cierto que la CIDH ha establecido que se debe priorizar el derecho a la vida e integridad de los pueblos indígenas cuando existan “daños ecológicos significativos, u otros daños” a los territorios a raíz de proyectos o planes de desarrollo o inversión, concesiones extractivas, exploración y explotación de recursos naturales, por lo que en tales casos surge el deber de los Estados de suspenderlos inmediatamente (CIDH, 2009, párr. 216 y 217). Este criterio se ha aplicado en casos específicos relativos a Guatemala (Anaya, 2011, párr. 20, 64, 66).

El presidente en el primer año de la nueva magistratura constitucional, recientemente inaugurada, ha dejado ver la posibilidad de innovaciones jurisprudenciales en la materia, específicamente en cuanto al cierre o suspensión de actividades que provocarían desempleo (Escobar, 2021). Sobre este particular debe prevalecer “la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” (CPRG, Preámbulo), garantizando la debida protección de los derechos humanos de todas las partes involucradas y potencialmente afectadas mediante la adecuada ponderación de todas las normas y estándares aplicables. Esto no se logra mediante resoluciones irreflexivas que ordenen el cierre de actividades económicas sin adecuada fundamentación y prueba de daños, pues debe considerarse también el desarrollo de la persona en su acceso al trabajo y a mejores condiciones de vida.

Mientras no se logre una regulación del derecho de consulta que sea resultado de un proceso democrático legítimo y participativo, seguirá acudiéndose a los tribunales para hacerlo valer. Esto no necesariamente favorece la certeza jurídica si, independientemente de a qué parte favorezcan los fallos, permanece el riesgo de que en un siguiente caso se resuelva de manera distinta sin la debida justificación. Incluso promulgar una ley reguladora no excluye que su aplicación siga

siendo objeto de control jurisdiccional. En cualquier caso, los fallos judiciales –incluyendo pero no únicamente los de la CC– deben ser objeto de crítica con solidez académica y argumentación racional, no mediante descalificaciones ligeras y simplistas. Esto apunta a la necesidad de un estudio más detenido y crítico del tema por parte de la academia nacional.

Referencias

- Anaya, James. (2011, 7 de junio). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición: Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales*. Consejo de Derechos Humanos, 18º periodo de sesiones, Asamblea General, Naciones Unidas. A/HRC/18/35/Add.3. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10042.pdf>
- Bolaños, Rosa María. (2019, 5 de julio). ‘Minera San Rafael cumple 2 años suspendida y se lanzan dudas sobre el futuro de la minería en Guatemala’. *Prensa Libre*. <https://www.prensalibre.com/economia/minera-san-rafael-cumple-2-anos-suspendida-y-se-lanzan-dudas-sobre-el-futuro-de-la-mineria-en-guatemala/>
- Bullard González, Alfredo. (2006). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra. <http://cendoc.sc.gob.sv/textocompleto/922.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2009, 30 de diciembre). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Organización de los Estados Americanos, Doc. 56/09. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>
- Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG). Asamblea Nacional Constituyente. Diario de Centro América, Núm. 41, Tomo CCXXVI, pp. 897-920, 3 de junio 1985.
- Contreras, Ana Gabriela. (2020). *Debate sobre la necesidad de legislación nacional en materia de consulta: Reflexiones desde el análisis de la jurisprudencia de la CC*. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales.
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Apelación de sentencia de amparo, expediente 4785-2017, sentencia de 3 de septiembre de 2018. <http://138.94.255.164/Sentencias/840212.4785-2017.pdf>
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Apelación de sentencia en amparo, expediente 3878-2007, sentencia de 21 de diciembre de 2009. <http://138.94.255.164/Sentencias/809405.3878-2007.pdf>
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Amparo en única instancia, expediente 2295-2013, sentencia de 3 de abril de 2014. <http://138.94.255.164/Sentencias/825049.2295-2013.pdf>
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Inconstitucionalidad general parcial, expediente 1006-2014, sentencia de 26 de noviembre de 2015. <http://138.94.255.164/Sentencias/830004.1006-2014.pdf>
- Corte de Constitucionalidad, Guatemala. Inconstitucionalidad general parcial, expediente 31-2016, sentencia de 23 de junio de 2020. <http://138.94.255.164/Sentencias/845319.31-2016.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Del Águila, Alejandro; Muñoz Elías, Juan Pablo. (2018, 16 de noviembre). ‘Consulta previa a los pueblos indígenas en Guatemala: escenarios y actores alrededor de su reglamentación’, segunda parte. *Enfoque, Año 10, No. 61*. <http://www.albedrio.org/htm/otrosdocs/comunicados/EnfoqueNo.61-2018.pdf>
- Escobar, Irving. (2021, 14 de abril). ‘Asume la nueva CC: Roberto Molina Barreto dice que las resoluciones deben propiciar seguridad jurídica’. *Prensa Libre*. <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/asume-la-nueva-cc->

roberto-molina-barreto-dice-que-las-resoluciones-deben-propiciar-seguridad-juridica-breaking/

Escobar de Guerrero, Lorena; Berganza Dary, Martín. (2020). *La consulta previa, libre e informada en fallos constitucionales*. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales. http://asies.org.gt/pdf/la_consulta_previa_libre_e_informada_en_fallos_constitucionales.pdf

García Laguardia, Jorge Mario. (2015). *Breve historia constitucional de Guatemala*. Guatemala: Editorial Universitaria.

Gargarella, Roberto. (2018). 'Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano'. *Revista Uruguaya de Ciencia Política, Universidad de la República, Vol. 27*, Núm. 1, 109-129. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rucp/v27n1/1688-499X-rucp-27-01-109.pdf>

Godoy, Juan Diego. (2018, 5 de abril). 'Estas son las tajantes conclusiones del tercer estudio de CABI sobre la minería'. *República*. <https://republica.gt/2018/04/05/estas-son-las-tajantes-conclusiones-del-tercer-estudio-de-cabi-sobre-la-mineria/>

González, Luis. (2020, 19 de junio). 'CC ordena cierre de mina y se pierden 2 mil empleos'. *República*. <https://republica.gt/2020/06/19/cc-ordena-cierre-de-mina-y-se-pierden-2-mil-empleos/>

González, Luis. (2021, 22 de abril). 'La CC causó desempleo al ideologizar el Convenio 169 de la OIT'. *República*. <https://republica.gt/2021/04/22/convenio-169-de-la-oit-corte-de-constitucionalidad/>

Kerkmeester, Heico. (1999). 'Methodology: General'. *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (editores). Cheltenham: Edward Elgar. <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0400-methodology-general.pdf>

Massini Correas, Carlos. (2006). *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA).

Matul, Daniel; Cabrera, Édgar. (2007). *La cosmovisión maya. Tomos I y II*. Guatemala: Liga Maya de Guatemala.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). (2013). *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Foro de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de Asia y el Pacífico / Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

Humanos. https://www.ohchr.org/documents/publications/undripmanualformhris_sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2007, 13 de septiembre). *Asamblea General aprueba Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas*. Noticias ONU. <https://bit.ly/32F52Zu>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. <https://news.un.org/es/story/2007/09/1112771>

Rojas, Ricardo; Schenone, Oswaldo; Stordeur, Eduardo. (2012). *Nociones de análisis económico del derecho privado*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.

Von Mises, Ludwig (2000). *Nation, State and Economy*. Alabama: Mises Institute <https://news.un.org/es/story/2007/09/1112771>

Waldron, Jeremy. (2006). 'The Core of the Case Against Judicial Review'. *The Yale Law Journal, Vol. 115, No. 6*, 1346-1406. <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yj>