

DEL REQUERIMIENTO AL REPARTIMIENTO EN EL SIGLO XXI

Oposición y propuesta del MSICG
frente al reglamento de Consulta
propuesto por el Organismo Ejecutivo



Agència Catalana
de Cooperació
al Desenvolupament



Generalitat
de Catalunya



AJUNTAMENT DE
TARRAGONA



Ajuntament
de Mataró



AJUNTAMENT DE
VILANOVA I LA GELTRÚ

DEL REQUERIMIENTO AL REPARTIMIENTO EN EL SIGLO XXI

Oposición y propuesta del MSICG
frente al reglamento de Consulta
propuesto por el Organismo Ejecutivo



INDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------	---

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA Y LOS DEBERES DEL ESTADO AL RESPECTO

1.1	MARCO JURIDICO DEL DERECHO A CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN GUATEMALA Y DEL DEBER DEL ESTADO AL RESPECTO	1
1.2	UBICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS CITADOS	4
1.3	EL DOBLE DISCURSO DEL ESTADO DE GUATEMALA EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	9
1.3.1	Las regulaciones contrarias a los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala en materia de derechos humanos	9
1.3.2	La repartición de los territorios indígenas a capitales nacionales y trasnacionales en violación a los derechos humanos de los pueblos indígenas establecidos en Convenios y tratados internacionales.	11
	Las Licencias de exploración minera	11
	Licencias sobre recursos hídricos	21
	Contratos de exploración y explotación petrolera	24
1.4	LAS CONSULTAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	27
1.5	LA POSICIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA Y DEL SECTOR EMPRESARIAL FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DE AUTOGOBIERNO	30
1.5.1	Reacciones de las empresas y el Estado ante la organización de las consultas	30
1.6	LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONVENIO 169 DE LA OIT	32
1.6.1	La Corte de constitucionalidad ante las acciones planteadas por las empresas de exploración y explotación de recursos naturales	32
1.6.2	Otros aspectos	37
1.6.3	La Corte de constitucionalidad ante las acciones planteadas por los pueblos indígenas en materia de exploración y explotación de recursos naturales.	39

CAPÍTULO II

ANÁLISIS LEGAL SOBRE LA REGULACIÓN PROPUESTA POR EL ORGANISMO EJECUTIVO

2.1	EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL REGLAMENTO PROPUESTO POR EL ORGANISMO EJECUTIVO	41
2.1.1	Compromisos de carácter vinculante asumidos por el Estado de Guatemala en el ámbito internacional en la materia	41
2.1.2	Compromisos del Estado de Guatemala de conformidad con la legislación interna relativo al derecho de autodeterminación de los pueblos	46
	Sobre la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a la legislación interna y su supremacía	45
	Sobre otras regulaciones en el ámbito interno	48
2.2	EL DEBER DEL ESTADO DE CONSULTAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS	49
2.3	INCUMPLIMIENTO Y NEGATIVA DEL DEBER DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS	52
2.4	EL CONCEPTO DE PUEBLOS INDÍGENAS IMPUESTO EN EL REGLAMENTO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO	64
2.5	EL CONCEPTO, MATERIA Y FIN DEL DEBER Y DERECHO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEFINIDO POR EL ORGANISMO EJECUTIVO EN EL REGLAMENTO	65
2.5.1	La materia de la Consulta	67
2.5.2	Los derechos a la tierra y territorios de los pueblos indígenas	69
2.5.3	La finalidad y naturaleza de las Consultas	70
2.6	LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DEBER DE CONSULTA DEL ESTADO Y EL DERECHO AL GOCE DE LA MISMA POR PARTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	71
2.7	SOBRE EL PROCEDIMIENTO, REPRESENTACIÓN Y ÓRGANO CONSULTIVO EN EL REGLAMENTO PROPUESTO POR EL ORGANISMO EJECUTIVO	73
	La consulta: Culturalmente Pertinente	77
	La consulta previa e informada	78
2.8	LA CONSULTA DE BUENA FE, CON LA FINALIDAD DE LLEGAR A UN ACUERDO: SOBRE LOS RESULTADOS DE LA CONSULTA	84

CAPÍTULO III

POSICIÓN POLÍTICA Y PROPUESTA DEL MSICG

3.1	POSICIÓN POLÍTICA Y PROPUESTA DEL MSICG	90
------------	--	-----------

INTRODUCCIÓN

Con fecha 24 de febrero del año 2010, El Señor Presidente de la República de Guatemala, Ingeniero Álvaro Colom Caballeros presentó públicamente la propuesta “Reglamento para el proceso de consulta de buena fe, libre, previa e informada a Pueblos Indígenas en el marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT), Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989,¹ Convenio ratificado por el Estado de Guatemala el 5 de junio de 1996 a través del Decreto 9-96 del Congreso de la República de Guatemala.

En la referida presentación se alude a que el proyecto de reglamento fue enviado a la Directora del departamento de Normas de la Organización Internacional del trabajo, al Secretario General de la OIT y al Señor James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas para recoger sus opiniones y que tanto las opiniones de la Oficina Internacional del trabajo como las del Relator fueron incorporadas en un alto porcentaje.

Así mismo a partir del jueves 24 de febrero del año en curso se abrió el proceso de consulta a todos los interesados para que estos dirijan sus observaciones y propuestas a la Comisión encargada de redactar la versión definitiva del Reglamento mediante oficio dirigido al despacho superior del Ministerio de Trabajo y Previsión social. El plazo de consulta abierto vence el seis de abril del 2011.

El presente estudio, hace en su primer capítulo una relación de la constante de violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas por parte del Estado de Guatemala en tanto que en su segundo capítulo realiza un análisis de la propuesta presentada por el Organismo ejecutivo de **“REGLAMENTO PARA EL PROCESO DE CONSULTA DE BUENA FE, LIBRE, PREVIA E INFORMADA A PUEBLOS INDIGENAS EN EL MARCO DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES.”**² y de las razones por las cuales esa propuesta riñe con el Convenio y demás instrumentos internacionales sobre la materia de los cuales hace parte el Estado de Guatemala.

En su tercer capítulo se plantean las conclusiones y la propuesta del MSICG para apoyar un giro de la política del Estado hacia la efectiva aplicación del Convenio en Guatemala.

¹ En adelante citado como el Convenio 169 ó el Convenio 169 de la OIT indistintamente.

² En adelante citado como el Reglamento.

CAPITULO I

EL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA Y LOS DEBERES DEL ESTADO AL RESPECTO

1.1 MARCO JURIDICO DEL DERECHO A CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN GUATEMALA Y DEL DEBER DEL ESTADO AL RESPECTO

El derecho de consulta de los pueblos indígenas en Guatemala forma parte del derecho consuetudinario ejercido históricamente conforme a los propios procedimientos, instituciones y autoridades indígenas en los casos determinados por estas y relacionados con sus derechos derivados de la libre autodeterminación desde antes del proceso de invasión y que se han mantenido con el tiempo aún después de este.

Este derecho y los deberes para el Estado de Guatemala que derivan del mismo han sido también reconocidos por el Estado en distintos instrumentos de derechos humanos a nivel internacional dentro de ellos: el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales ratificado por el Estado de Guatemala con fecha 30 de septiembre de 1987, El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos ratificado por el Estado de Guatemala con fecha 21 de febrero de 1992, la Convención Americana sobre derechos humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, ratificada por el Estado de Guatemala en 30 de marzo de 1978, la Carta de la Organización de Estados Americanos ratificada por el Estado de Guatemala el 9 de mayo de 1951, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial ratificado por el Estado de Guatemala el 18 de enero de 1983.

No obstante este reconocimiento, el Estado de Guatemala en la práctica ha negado y obstruido a los pueblos indígenas este derecho con ánimo de entorpecer el ejercicio de su libre autodeterminación.

Es debido a esta circunstancia, y siendo que la misma fue una de las principales causas de la guerra de más de 36 años en Guatemala, que durante el proceso de paz, los derechos de los pueblos indígenas son visualizados como una prioridad y plasmados en el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas suscrito entre el Estado de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca el 31

de marzo de 1995 en México.¹

Este Acuerdo en su Capítulo I, párrafo 2, literal c) describe la identidad de los pueblos indígenas a partir de: "...Una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura. Esta cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de la producción material y escrita por medio de la tradición oral, en la que la mujer ha jugado un papel determinante..." y que, al trasladarlo al plano de la cultura, en la literal c del mismo Capítulo y párrafo, describe la cultura de los pueblos indígenas como: "...Una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maya, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes, y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales..."

Sobre el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y el deber correlativo del Estado, en el Acuerdo citado y la Ley Marco de los Acuerdos de Paz el Estado de Guatemala se comprometió a obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar la subsistencia y el modo de vida de las comunidades. Así mismo el Estado se comprometió a reconocer y respetar la administración y tenencia comunal o colectiva, como la individual, los derechos de propiedad de posesión y otros derechos reales, así como el aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de las comunidades sin perjuicio de su hábitat, todo ello bajo las propias normas consuetudinarias de los pueblos indígenas de Guatemala.

También el Acuerdo reconoce la existencia de condiciones de vulnerabilidad, discriminación y exclusión de los pueblos indígenas, que superan las escasas previsiones al respecto contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala y propone, como medida de para avanzar en la eliminación de esas condiciones, entre otras cosas, la ratificación por parte del Estado de Guatemala del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo², Sobre pueblos indígenas y tribales y la promoción de la aprobación del proyecto de Declaración Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en las instancias apropiadas de la Organización de las Naciones Unidas.

Es en esas circunstancias es que con fecha cinco de marzo de mil novecientos noventa y seis, aún antes de la suscripción del Acuerdo de Paz firme y duradera, el Congreso de la República de Guatemala aprueba el Decreto 9-96 del Congreso de la República, que fue publicado en el Diario de Centro América con fecha veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis y entró en vigencia, según el mismo Decreto, ocho días después de su publicación, mediante el cual se ratifica y en consecuencia se incorpora al ordenamiento jurídico interno el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Previo a su aprobación en nuestro país, el Congreso de la República solicitó a la Corte de Constitucionalidad Opinión Consultiva sobre la compatibilidad del Convenio 169 de la OIT con la Constitución política de la República de Guatemala. Dicha opinión fue emitida mediante expediente 199-95 del 18 de mayo de 1995 y pronunciada en audiencia pública el 25 del mismo mes del año 1995, en el cual, el máximo Tribunal Constitucional opinó: "El contenido de las normas del Convenio 169 de la

¹ Los Acuerdos de Paz son elevados a la categoría de compromiso de Estado a través del Decreto Legislativo 52-2005 Ley Marco de los Acuerdos de Paz en los cuales se reconoce que los pueblos indígenas han sido marginados en la toma de decisiones en la vida política del país, haciéndoseles extremadamente difícil, si no imposible, su participación para la libre y completa expresión de sus demandas y la defensa de sus derechos.

² Capítulo II, Inciso C, párrafo 3, del Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Organización Internacional de Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, no contradice la Constitución Política de la República.³

Respecto a la Declaración de Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas es importante citar que el Estado de Guatemala voto dentro de la Asamblea General de la ONU a su favor y jugó un papel importante en el proceso de su elaboración y aprobación.

A la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos citados, los Acuerdos de Paz, la Ley Marco de Los Acuerdos de Paz y la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado está obligado a respetar y garantizar entre otros los siguientes derechos de los pueblos indígenas de Guatemala:

- a) El derecho de los pueblos a su libre determinación, de conformidad con este los pueblos tienen el derecho de establecer libremente su condición política y determinar su desarrollo económico, social y cultural.
- b) Así mismo los pueblos tienen el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. En ningún caso los pueblos podrán ser privados de sus propios medios de subsistencia.
- c) El derecho a la autonomía y al autogobierno.
- d) El derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, culturales, sociales, manteniendo a la vez el derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.
- e) El derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus derechos, por conducto de los representantes elegidos por ellos mismos, de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.
- f) El derecho de determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.
- g) El derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Esto implica el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.
- h) El derecho a la determinación y elaboración de prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
- i) El derecho a ser consultados de buena fe por parte del Estado, bajo sus propios procedimientos y mediante sus autoridades a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
- j) A garantizar tanto a nivel interno como internacional las medidas necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos a la justicia social, la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica, la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, y la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo.

³ Es importante notar que esta opinión es emitida en el marco de lo regulado en el artículo 163 inciso e de la Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad, Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual establece como una función de la Corte de Constitucionalidad la de "Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los Organismos del Estado" y que en el caso de la ratificación de otros convenios está escasamente ha sido solicitada.

- k) Así mismo dentro de las obligaciones del Estado de Guatemala se encuentra el deber de incorporación de manera creciente la participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático. El estímulo a todo esfuerzo de promoción y cooperación populares que tenga por fin el desarrollo y progreso de la comunidad.
- l) En aquiescencia también con los instrumentos citados el Estado de Guatemala está obligado a implementar justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad;
- m) El Estado de Guatemala está obligado a garantizar estos derechos, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para ello el Estado deberá adoptar las medidas de toda índole oportunas para hacer efectivos estos derechos.

1.2 UBICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS CITADOS

El artículo 149 de la Constitución política de la República de Guatemala, al definir los parámetros dentro de los cuales se llevarán a cabo las relaciones del Estado de Guatemala con la comunidad internacional, indica que Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.

En cuanto al ejercicio del poder del Estado, la Constitución regula en su artículo 152 que el poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio. Esta disposición es complementada por el artículo 153 de la misma Carta Magna que prevé que: El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República.

En ese sentido, la Constitución reconoce la facultad legislativa con carácter exclusivo al Congreso de la República de Guatemala en los siguientes términos: La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

De tal forma que, a pesar de que el artículo 183 constitucional regula que “Son funciones del Presidente de la República: ...o) Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.” La exclusividad de facultad legislativa, se expresa en el artículo 171 de la misma Ley fundamental que prevé: “Corresponde también al Congreso: ...a. Decretar, reformar y derogar las leyes;...l. Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios....”.

En ese orden de ideas, los Convenios o Tratados internacionales ratificados por Guatemala pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional ya que para su ratificación se requiere de tal incorporación al derecho interno.

Ahora bien, la Constitución establece una jerarquía jurídica rígida en su artículo 175 al establecer que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

Esta rigidez, no obstante, reconoce dos excepciones; la primera, relativa al reconocimiento de derechos humanos, que se encuentra prevista en el artículo 44 en los siguientes términos: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Al tenor del contenido literal del artículo, los alcances del artículo 175 de la Constitución, en materia de derechos humanos, se limitan a los casos en que la normativa establezca una restricción a los derechos ya reconocidos por la misma pero que no resulta aplicable en los casos de reconocimiento de nuevos derechos.

De la misma forma, en el caso de los derechos humanos reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los Pactos internacionales de derechos humanos y demás instrumentos citados, a los mismos no resultan oponibles los derechos a través de los cuales se realizan fines particulares, ante los cuales prevalece el interés social.

Esta misma excepción a la rigidez de la jerarquía normativa, es complementada por el artículo 46 de la Constitución: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

La segunda excepción a la que hicimos referencia, es constituida por los derechos laborales y se encuentra prevista en el artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala de la siguiente manera: “Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva. Serán nulas ipso jure y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo. En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.”

Sobre esto se pronunció la Corte de Constitucionalidad en la opinión consultiva relativa al Convenio 169 de la OIT contenida en el expediente 199-95, del 18 de mayo del año 2005, en el sentido que la supremacía de los instrumentos de derechos humanos sobre el derecho interno debe entenderse como el reconocimiento de la Constitución a la evolución en materia de derechos humanos. Por ello en esta oportunidad la Corte estimó que el Convenio 169 de la OIT no contraviene la Constitución sino por el contrario trata aspectos llamados a ser desarrollados por el derecho interno por la propia carta magna.

Por otro lado, el Convenio 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los Pactos internacionales de derechos humanos y demás instrumentos citados, regulan además garantías laborales para los pueblos indígenas y; en tal sentido,

en el mismo se realizan las dos excepciones a la jerarquía normativa que reconoce la Constitución guatemalteca y por ello, aún y cuando el mismo en su incorporación al ordenamiento jurídico nacional haya observado la forma de una norma de carácter ordinario, sus disposiciones desarrollan y amplían el reconocimiento de derechos humanos realizado por la Constitución en donde priva el interés social.

El Estado de Guatemala también es parte de la Organización internacional del trabajo y en consecuencia está vinculado a las obligaciones que deriven de las normas que regulan la misma, dentro de ellos los contenidos en la Constitución de la OIT, en los Convenios internacionales del trabajo, etc.

En materia relacionada con la ratificación de los convenios internacionales cada uno de los Estados Miembros de la OIT se obliga a someter el convenio, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia que le dio origen (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas, en el caso de Guatemala al Congreso de la República.

No obstante esta obligación y pese a que el Convenio 169 de la OIT fue adoptado en la 76 sesión de la Conferencia internacional del trabajo en el año de 1989 no fue conocido y ratificado por el Estado de Guatemala hasta el 5 de junio de 1996 y después de su sometimiento a opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad y a diversas instancias.

El artículo 19, párrafo 5 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo regula que “...En el caso de un convenio: ...d) si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio...” Disposición que es complementada por el artículo 20 de la misma Constitución de OIT que establece: “Todo convenio así ratificado será comunicado por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo al Secretario General de las Naciones Unidas, para ser registrado de acuerdo con las disposiciones del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas pero sólo obligará a los Miembros que lo hayan ratificado”

En cuanto al fondo de los convenios y los posibles conflictos con las leyes nacionales, el párrafo 8 del artículo 19 prevé que “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.”

Por su lado la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, indica en su artículo 5 que la Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización interna nacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

Aparejado a la obligación del Estado parte de tomar las medidas necesarias para la efectiva implementación del Convenio ratificado, el artículo 22 de la Constitución de OIT establece que cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán

contener los datos que éste solicite.

El Consejo de Administración aprobó en noviembre de 2001 y en marzo de 2002 un nuevo sistema de presentación de memorias, que entró en vigor en 2003, por un período de cinco años. Las memorias sobre los convenios ratificados deben presentarse cada dos años para los convenios fundamentales y prioritarios y cada cinco años para los otros convenios, salvo si explícitamente se requieren plazos más cortos.⁴

En el caso del Convenio 169 de la OIT las memorias debieran presentarse cada 5 años no obstante ello y dadas las graves violaciones a los derechos contemplados en el Convenio a los pueblos indígenas la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones CEACR ha solicitado al Estado de Guatemala memorias detalladas para los años 2010, 2009, 2008, 2007, 2006, 2004, 2002 y 1999.⁵

El artículo 30 de la Carta constitutiva de OIT, también establece provisiones relativas al incumplimiento de las obligaciones antes citadas al regular que en caso de que uno de los Miembros no adoptare, para la aplicación de un convenio o de una recomendación, las medidas prescritas por los párrafos 5 b), 6 b) o 7 b) i) del artículo 19, cualquier otro Miembro podrá someter la cuestión al Consejo de Administración. Si el Consejo de Administración reconociere que el Miembro no ha adoptado dichas medidas, informará a la Conferencia sobre el particular.

Estas normas, sin embargo, no son las únicas que resultan de interés para comprender la ubicación del Convenio 169 dentro del derecho internacional público, Sobre pueblos indígenas y tribales en el marco del Derecho internacional público y los demás instrumentos de derechos humanos citados; al respecto el artículo 5 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, refiere que la Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización interna nacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización. En este caso, como la Convención lo establece, sus normas complementan las contenidas en el marco de la Organización Internacional del Trabajo como organismo internacional multilateral.

El artículo 14 del mismo cuerpo normativo, en cuanto a la vinculación legal de un Estado al cumplimiento de las disposiciones de un Convenio o tratado internacional establece que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

En el caso específico de Guatemala, si bien es cierto los delegados gubernamentales en OIT cuentan con facultades para discutir y aprobar el Convenio en el marco de la organización, la vinculación legal del Estado depende del ejercicio de una potestad que la legislación nacional reconoce con exclusividad a un órgano distinto; en este caso, el Congreso de la República de Guatemala y, de tal manera, el mecanismo

⁴ Convenios fundamentales: Libertad sindical, convenios número 87 y 98; Abolición del trabajo forzoso, convenios números 29 y 105; Igualdad de trato y oportunidades, convenios número 100 y 111; y, Trabajo infantil, Convenios 138 y 182. Convenios prioritarios: Política de empleo, convenio número 122; Inspección del trabajo, Convenio número 81 y 129; Consulta tripartita, Convenio 144.

⁵ <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>

de ratificación previsto en la Convención y en el propio Convenio 169, es el que resulta aplicable para establecer la vinculación legal al cumplimiento de sus normas.

El artículo 26 de la misma Convención, regula en cuanto a las obligaciones de un Estado respecto a un tratado vigente que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”⁶

En su artículo 27 la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece 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.”

Tal disposición reviste una importancia vital para comprender la ubicación del Convenio 169 y de los demás instrumentos de derechos humanos citados en la normativa nacional toda vez que sienta las bases para establecer una distinción entre lo que se considera el *ius cogens* y el *ius dispositivum*, misma que es robustecida por la Convención en su artículo 53 al preceptuar “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Posteriormente, el artículo 64 de la Convención complementa previendo que: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”

En otras palabras, la distinción entre el *ius cogens* y el *ius dispositivum*, radica en que el *ius cogens* está constituido por una serie de derechos aceptados y reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto cuya modificación no constituye facultad unilateral de un Estado modificar bajo el argumento de su propia soberanía; siendo por excelencia este tipo de normas las que reconocen derechos humanos en tanto que el *ius dispositivum* son todas aquellas normas internas que son susceptibles de ser modificadas interna y unilateralmente por los Estados en el ejercicio de su soberanía y sin que tal modificación altere el cumplimiento del *ius cogens* internacional.

Es preciso recordar que los tratados en materia de derechos humanos, según la doctrina internacional, pertenecen al *ius Cogens* y no al *ius Dispositivum*, (*ius cogens vel necessarium, ius dispositivum vel voluntarium*) como lo expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva que en términos generales manifiesta: “... Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (cfr. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982). “La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos

⁶ Véase compilación de observaciones de la CEACR publicadas por el MSICG en marzo de 2010.

de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra 'ley' en su sentido material y no formal. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención ... La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherirse a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado" (cfr. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994).

En este marco, las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre pueblos indígenas y tribales, de la Declaración de Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, del Pacto Internacional de derechos civiles y, de la Convención Americana sobre derechos humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", la Carta de la Organización de Estados, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial están constituidas por normas que atañen el reconocimiento de derechos humanos en cuya consecuencia se ubican dentro del denominado *ius cogens* internacional; de tal forma, contra el cumplimiento de sus disposiciones no se puede invocar conflicto con la normativa interna; extremo que incluso es reconocido por el propio derecho interno de Guatemala.

1.3 EL DOBLE DISCURSO DEL ESTADO DE GUATEMALA EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1.3.1 Regulaciones contrarias a los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala en materia de derechos humanos

Es lamentable constatar que aún y cuando el Estado de Guatemala asumió compromisos respecto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas desde el año 1951 y más recientemente ante la Organización Internacional del trabajo de promover toda la infraestructura y normativa necesaria para garantizar los derechos contemplados en el Convenio 169 de la OIT, derechos que forman parte del derecho interno en materia de derechos humanos, a la fecha el Estado no haya hecho más que tratar de generar a través de diversas normativas de carácter ordinario y reglamentario contradicciones, ambigüedades, y negación entre los derechos individuales y los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos, particularmente del derecho a consulta. Lo que evidencia su falta de voluntad política para garantizar una democracia incluyente.

A través de la aprobación del Decreto Número 48-97 del Congreso de la República creó la Ley de Minería, cuerpo normativo que tiene por objeto normar la actividad de reconocimiento, exploración, explotación y en general las operaciones mineras a excepción de las relacionadas con el petróleo, los carburos de hidrógeno, líquidos y gaseosos y las sustancias contenidas en suspensión o disolución por aguas subterráneas siempre que no provengan de un depósito mineral distinto de los componentes de los terrenos, el Estado de Guatemala omitió sus deberes de consulta y de respeto al autogobierno y libre determinación de los pueblos sobre sus territorios y recursos naturales y sobre su modelo de desarrollo pese a que estos pueblos constituyen más del 41% de la Población guatemalteca.

Lo más grave del caso es que a través de esta Ley es aprobada por el mismo parlamento que ratificó el Convenio 169 de la OIT.

Este mismo patrón de conducta es seguido por el Estado de Guatemala a través del Congreso de la república y del Organismo Ejecutivo en otras leyes y reglamentos dentro de las cuales citamos a manera de ejemplo: la Ley General de Electricidad, Decreto número 93-96 del Congreso de la República de Guatemala el cuál fue aprobado por el mismo Parlamento que ratificó el Convenio 169 de la OIT a menos de seis meses de su ratificación, y su reglamento Acuerdo Gubernativo número 256-97 del 21 de marzo de 1997; la Ley de los Consejos de desarrollo urbano y rural Decreto 11-2002 del Congreso de la República, en la cual el Estado de Guatemala deslegitimando los contenidos del Convenio 169 de la OIT relativos a la consulta y su incorporación al derecho interno establece en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo, este desconocimiento se da a seis años de la ratificación del Convenio y por último en La Ley Forestal Decreto 101-96 del Congreso de la República de Guatemala.

Sobre este particular es necesario recalcar que el Estado de Guatemala a través del Convenio e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos citados se comprometió a consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, estos procedimientos deberán ser fijados por los propios pueblos y dependerán de cada caso en particular tal y como lo prevé el Convenio.

Por último en el Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República, figuran previstos procedimientos consultivos importantes para el ejercicio pleno de la soberanía y la ampliación de la democracia a nivel local aunque los mismos no se refieren a los derechos propios de los pueblos indígenas si permiten su participación sobre todo en aquellos municipios en los que la mayoría de la población es indígena.

Dentro de los citados procedimientos se encuentra la consulta a los vecinos, la cual será pertinente cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos y esto sea decidido así por el Concejo Municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes o bien cuando los vecinos la soliciten al mismo Consejo en asuntos de carácter general que afectan a todos los vecinos del municipio. La solicitud deberá contar con la firma de por lo menos el diez por ciento (10%) de los vecinos empadronados en el municipio. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el veinte por ciento (20%) de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado." Artículo 65 "Consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

Modalidades de esas consultas. Las modalidades de las consultas a que se refiere los artículos 64 y 65 del Código Municipal, entre otras, podrán realizarse de la manera siguiente: 1. Consulta en boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta. 2. Aplicación de criterios del sistema jurídico propio de

las comunidades del caso. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el cincuenta (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.”

Es obvio que a la luz de los instrumentos suscritos por el Estado de Guatemala en materia de derechos humanos todas estas regulaciones debieran ser declaradas nulas de pleno derecho por vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

1.3.2 La repartición de los territorios indígenas a capitales nacionales y transnacionales en violación a los derechos humanos de los pueblos indígenas establecidos en Convenios y tratados internacionales.

Las Licencias de exploración minera

A pesar de que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre pueblos indígenas y tribales, fue ratificado durante el gobierno de Álvaro Arzú como parte del proceso de paz en el país, y pese a los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala en materia de derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas, el cumplimiento de tales derechos han encontrado una férrea resistencia por parte del Estado de Guatemala.

Desde el gobierno de Álvaro Arzú, hasta el actual gobierno, los acuerdos devenidos del proceso de paz se han constituido, en discurso, y la práctica pareciera mostrarnos una realidad distinta en la cual ha sido privilegiada la imposición de un modelo de desarrollo que confronta abiertamente el cumplimiento de los compromisos del Estado originados por la ratificación del Convenio.

A continuación, se presenta un listado de las licencias de exploración otorgadas desde el gobierno de Álvaro Arzú (14 de enero de 1996) hasta el 23 de marzo del año 2010 tomando en cuenta el periodo de gobierno actual, todas ellas otorgadas sin haberse cumplido con la protección de los derechos de los pueblos indígenas regulados en el Convenio 169 de la OIT y los demás instrumentos de derechos humanos citados, y sin que se haya respetado el derecho a libre determinación de los pueblos indígenas.⁷

INICIO	DEPARTAMENTO	MUNICIPIO	CATEGORIA	EMPRESA
06/11/1998	Quiché, Baja Verapaz, Guatemala y Chimaltenango	Pachalum, Granados, San Juan Sacatepéquez y San Martín Jilotepeque	Metálico	Roberto Destarac Porres
16/04/1999	Huehuetenango	Chiantla y San Sebastián Huehuetenango	Metálico	Minera Quetzal, S.A.
12/11/1999	Alta Verapaz y Quiché	San Cristóbal Verapaz y Chicamán	Metálico	Ángel Turcios Ovando
19/01/2000	Izabal	Livingston	No metálico	EXMINCASA
03/05/2000	Izabal	El Estor	Metálico	Mayaniquel S.A
22/11/2000	Guatemala	Sn. Pedro Ayampuc	Metálico	Exploraciones Mineras de Guatemala S.A
10/10/2001	Totonicapán y Quetzaltenango	Momostenango y San Carlos Sija	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.

⁷ Los gráficos y tablas presentadas en este capítulo fueron tomadas del Informe “El Derecho de Consulta de los Pueblos indígenas en Guatemala: La ruptura entre el discurso y la práctica 1996-Marzo 2010”, presentado por el Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco –MSICG- y elaborados por los sobre la base de datos proporcionados por el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.

31/05/2002	Jutiapa	Asunción Mita, Catarina Mita, Jutiapa y Agua Blanca	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
03/08/2002	Jutiapa	Asunción Mita y Santa Catarina Mita	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
20/08/2002	Baja Verapaz	Salamá	Metálico	Mayaniquel S.A
02/09/2002	Totonicapán	Santa María Chiquimula y Totonicapán	Metálico	GEOMINAS, S.A.
11/10/2002	Jutiapa	Asunción Mita y Jutiapa	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
30/10/2002	Guatemala	San Pedro Ayampuc	Metálico	Exploraciones Mineras de Guatemala S.A
01/11/2002	Guatemala	San Pedro Ayampuc	Metálico	Exploraciones Mineras de Guatemala S.A
05/11/2002	Zacapa	Río Hondo y Estanzuela	Metálico	John Gladen Creary
12/11/2002	Guatemala	San Pedro Ayampuc, San José del Golfo, Palencia y Guatemala	Metálico	Exploraciones Mineras de Guatemala S.A
19/12/2002	El Progreso y Zacapa	San Cristóbal Acasaguastlán y Usumatlán	Metálico	John Gladen Creary
22/01/2003	Jalapa	San Pedro Pinula	Metálico	John Gladen Creary
26/02/2003	Izabal	El Estor	Metálico	Mayaniquel S.A
26/02/2003	Izabal	Morales y Los Amates	Metálico	Mayaniquel S.A
26/02/2003	Izabal	Morales	Metálico	Mayaniquel S.A
10/09/2003	Izabal	Puerto Barrios, Morales	No metálico	Andrés Ayau García
15/10/2003	Alta Verapaz	Panzós y Senahú	Metálico	Mayaniquel S.A
29/10/2003	Chiquimula	Camotán, Jocotán y Olopa	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
07/11/2003	San Marcos	San Miguel Ixtahuacán, Comitancillo y Sipacapa	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
07/11/2003	Guatemala	Palencia, San José del Golfo y San Pedro Ayampuc	Metálico	Exploraciones Mineras de Guatemala S.A
20/11/2003	Chiquimula y Jalapa	Chiquimula, San José La Arada y San Luís Jilotepeque	Metálico	Compañía Minera El Cóndor S.A.
21/11/2003	Alta Verapaz	Senahú y Panzós	Metálico	Mayaniquel S.A
11/12/2003	Jutiapa	Asunción Mita	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
11/12/2003	Huehuetenango y San Marcos	Tacaná, San José Ojetenam y Tectitan	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
10/01/2004	San Marcos	San Miguel Ixtahuacán, Comitancillo y Sipacapa	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
20/01/2004	Huehuetenango y San Marcos	San Miguel Ixtahuacán, Sipacapa y Santa Bárbara	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
12/03/2004	Chiquimula, Jalapa y Zacapa	Chiquimula, San José La Arada, San Luís Jilotepeque y San Diego	Metálico	Compañía Minera El Cóndor S.A.
15/04/2004	Quetzaltenango	San Carlos Sija, Cabricán y Huitán	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
30/04/2004	Alta Verapaz	Senahú y Panzós	Metálico	Mayaniquel S.A
01/05/2004	Alta Verapaz	Chisec	No metálico	Guatemarmol, S.A
08/05/2004	Alta Verapaz	Cahabón y Senahú	Metálico	Mayaniquel S.A
06/07/2004	Chiquimula	Ipala, Quetzaltepeque, San Juan Ermita y San Jacinto	Metálico	Exploraciones Mineras de Guatemala S.A
18/09/2004	Alta Verapaz	Chisec	No Metálico	Guatemarmol, S.A
12/10/2004	San Marcos	Ixchiuacán, Tajumulco, Sibinal	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
22/01/2005	San Marcos	San José Ojetenam y Concepción Tutuapa	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
29/01/2005	San Marcos	San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
10/02/2005	Izabal	El Estor, Livingston	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.

25/02/2005	Izabal	Los amates y El Estor	Metálico	Mario Luís Mansilla Dardón
03/03/2005	Alta Verapaz	Fray Bartolomé de las Casas	No metálico	Guatemarmol, S.A
12/04/2005	El Progreso	San Agustín Acasaguastlán, San Cristóbal Acasaguastlán, El Jícara	No Metálico	José Fernando Estrada Véliz
06/05/2005	Huehuetenango	San Sebastián	Metálico	Lori A. Walton
24/05/2005	Huehuetenango y San Marcos	Tectitán, San José Ojetenam y Tacaná	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
03/09/2005	Huehuetenango	San Idelfonso Ixtahuacán	Metálico	Tenango Mining CO S.A.
20/09/2005	Izabal y Alta Verapaz	El Estor y Cahabón	Metálico	Mayanique S.A
22/09/2005	Izabal	El Estor, Livingston	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
08/10/2005	Alta Verapaz	San Juan Chamelco, San Pedro Carchá, Tukurú y Tamahú	Metálico	María Isabel Farner Mayorga de Obrist
11/11/2005	Baja Verapaz	San Jerónimo y Salamá	Metálico	Mayanique S.A
17/11/2005	Izabal	Livingston, Puerto Barrios, Morales	Metálico	Mayanique S.A
23/11/2005	Huehuetenango	Aguacatán	Metálico	Tenango Mining CO S.A.
21/12/2005	Baja Verapaz	Purulhá	Metálico	Tenango Mining CO S.A.
06/01/2006	El Progreso	Morazán, Guastatoya, San Agustín Acasaguastlán	No Metálico	José Fernando Estrada Véliz
02/02/2006	Huehuetenango	Chiantla, Aguacatán, Huehuetenango y Malacatancito	Metálico	María Isabel Farner Mayorga de Obrist
02/02/2006	Huehuetenango	San Pedro Soloma y San Juan Ixcoy	Metálico	María Isabel Farner Mayorga de Obrist
02/02/2006	Huehuetenango	5 municipios	Metálico	María Isabel Farner Mayorga de Obrist
17/02/2006	Huehuetenango	San Sebastián Huehuetenango, San Juan Atitlán y Santa Bárbara	Metálico	Tenango Mining CO S.A.
01/03/2006	El Progreso	Morazán	No metálico	Guatemarmol, S.A
18/03/2006	Izabal	El Estor	metálico	Mayanique S.A
20/04/2006	Huehuetenango	Nentón y San Sebastián Coatán	Metálico	Tenango Mining CO S.A.
29/04/2006	Zacapa	Río Hondo	No metálico	Mary Louise Johnson de Ridinger
02/08/2006	Alta Verapaz	San Juan Chamelco, Tukurú y Senahú	Metálico	María Isabel Farner Mayorga de Obrist
23/09/2006	Huehuetenango	San Sebastián Huehuetenango, Santa Bárbara, Chiantla y Huehuetenango	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
27/10/2006	Izabal	Livingston	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
04/11/2006	Jutiapa	Santa Catarina Mita, Agua Blanca, Asunción Mita	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
08/11/2006	Santa Rosa y Chiquimula	Pueblo nuevo Viñas y Chiquimula	Metálico	Cromwell Custas Paz
11/11/2006	Izabal	El Estor	Metálico	Mayanique S.A
06/12/2006	Alta Verapaz	Cahabón	Metálico	Mayanique S.A
19/12/2006	El Progreso	San Agustín Acasaguastlán	No metálico	Guatemarmol, S.A
19/12/2006	El Petén	Dolores, Poptún	No metálico	Guatemarmol, S.A
19/12/2006	El Progreso	San Agustín Acasaguastlán	No metálico	Guatemarmol, S.A
19/12/2006	El Progreso	San Agustín Acasaguastlán	No metálico	Guatemarmol, S.A
17/01/2007	Izabal	El Estor	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
17/01/2007	San Marcos	Tajumulco	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
17/01/2007	Jutiapa	Asunción Mita	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.

27/03/2007	Jalapa y Santa Rosa	Mataquescuintla, San Rafael Las Flores, Casillas y San Carlos Alzatate	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
10/04/2007	Jutiapa	Asunción Mita	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
21/04/2007	Zacapa	Gualán	No metálico	Guatemarmol, S.A
05/06/2007	San Marcos	Tajumulco, Ixchiguán	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
05/06/2007	Jalapa	Jalapa y San Pedro Pinula	Metálico	Mayanique S.A
21/06/2007	Izabal	Morales	M. Construcción	Inversiones Sierra Morena, S.A.
27/06/2007	Alta Verapaz	Cahabón y Senahú	Metálico	Mayanique S.A
27/06/2007	Alta Verapaz	Cahabón y Senahú	Metálico	Mayanique S.A
11/07/2007	Alta Verapaz	Cahabón	Metálico	Mayanique S.A
10/08/2007	Alta Verapaz	Cobán	Metálico	José Martin Montenegro Calderón
10/08/2007	Alta Verapaz	Cobán	Metálico	José Martin Montenegro Calderón
21/08/2007	Quiché y Baja Verapaz	Pachalum Y Granados	No metálico	Guatemarmol, S.A
22/08/2007	Jalapa y Jutiapa	San Carlos Alzatate, Jalapa, Monjas, Jutiapa	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
04/09/2007	Izabal	Livingston, El Estor	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
04/09/2007	Izabal	Livingston y El Estor	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
07/09/2007	San Marcos	Concepción Tutuapa, San Miguel Ixtahuacán y Tejutla	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
17/10/2007	El Petén	Poptún, San Luís	No metálico	Guatemarmol, S.A
21/11/2007	Alta Verapaz y Baja Verapaz	Tactic, Purulhá y Salamá	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
21/11/2007	Baja Verapaz	Purulhá y Salamá	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
23/11/2007	San Marcos, Quetzaltenango	4 municipios	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
23/11/2007	San Marcos, Quetzaltenango	Sipacapa, San Carlos Sija y Cabricán	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
23/11/2007	Quiché	Chicamán, Uspantán	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
28/11/2007	San Marcos	Tacaná	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
28/11/2007	San Marcos	San Miguel Ixtahuacán, Sipacapa	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
12/12/2007	Alta Verapaz e Izabal	Senahú, Panzós y El Estor	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
14/12/2007	Izabal	Morales y Los Amates	Metálico	Compañía Guatemalteca de Níquel S.A
18/12/2007	Chiquimula	Esquipulas, Jocotán y Olopa	Metálico	Guatemala Copper S.A.
18/12/2007	Guatemala, Jalapa	San José Pinula y Mataquescuintla	Metálico	Entre Mares de Guatemala, S.A.
18/12/2007	San Marcos	Concepción Tutuapa, San José Ojetenam, Ixchiuacán y Tejutla	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
27/12/2007	Alta Verapaz	Cahabón	Metálico	Mario Rolando Mejicanos Estrada
04/01/2008	Baja Verapaz y Guatemala	Granados, El Chol, Chuarrancho y San Raymundo	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
10/01/2008	Baja Verapaz	Cubulco, Granados	No metálico	Guatemarmol, S.A
06/02/2008	Baja Verapaz y Guatemala	El Chol, Salamá y Chuarrancho	No Metálico	Guatemarmol, S.A
16/02/2008	Huehuetenango	6 municipios	metálico	Guatemala Copper S.A.
16/02/2008	El Progreso, Jalapa	Sansare, Guastatoya y Jalapa	Metálico	Guatemala Copper S.A.
16/02/2008	Quiché y Baja Verapaz	Chicamán, Uspantán y Cubulco	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
16/02/2008	Baja Verapaz	Rabinal y San Miguel Chicaj	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
16/02/2008	Alta Verapaz y Baja Verapaz	Tactic, Santa Cruz Verapaz,	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.

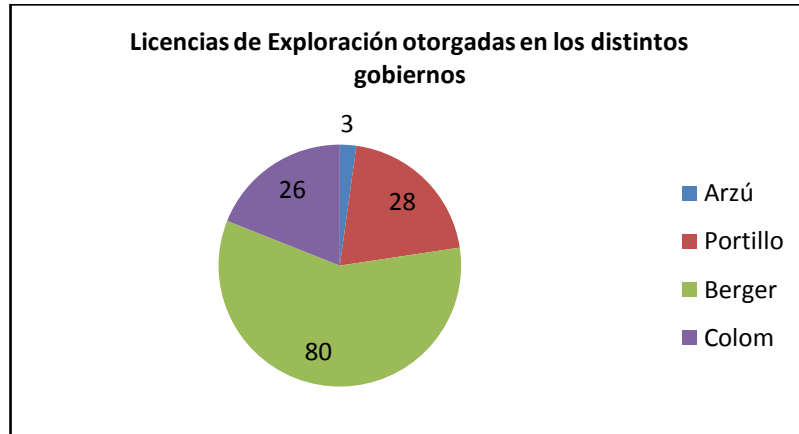
		San Miguel Chicaj, Salamá		
19/02/2008	El Progreso	San Agustín Acasaguastlán, El Jícaro y Guastatoya	M. Construcción	José Nery Estrada Mayén
28/02/2008	San Marcos, Huehuetenango, Quetzaltenango	Sipacapa, Malacatancito y San Carlos Sija	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
28/02/2008	Totonicapán, Quetzaltenango, San Marcos	San Bartolo Aguas calientes, Momostenango, San Carlos Sija y Malacatancito	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
28/02/2008	Totonicapán	San Bartolo Aguas Calientes y Momostenango	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
28/02/2008	San Marcos	Tajumulco, Sinibal, Ixchiguán	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
05/03/2008	Suchitepéquez	San Pablo Jocopilas, San Antonio Suchitepéquez y Samayac	M. Construcción	Sierra Negra, S.A.
14/03/2008	Totonicapán	San Bartolo Aguas Calientes, Momostenango	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
04/04/2008	Izabal	El Estor y Los Amates	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
04/04/2008	Alta Verapaz y Baja Verapaz	Tucurú, Purulhá y Salamá	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
04/04/2008	Alta Verapaz y Baja Verapaz	Tactic, Purulhá, Salamá y San Miguel Chicaj	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
04/04/2008	Quiché, Alta Verapaz y Baja Verapaz	Chicamán, San Cristóbal Verapaz, Rabinal y Cubulco	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
04/04/2008	Izabal y Zacapa	Los Amates y Gualán	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
10/04/2008	Quiché y Baja Verapaz	Chicamán y Cubulco	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
10/04/2008	Izabal	Livingston	Metálico	Nichromet Guatemala, S.A.
16/04/2008	Huehuetenango y San Marcos	Tectitán y Tacaná	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
07/05/2008	Alta Verapaz	San Juan Chamelco	Metálico	María Isabel Farner Mayorga de Obrist
22/05/2008	Quetzaltenango, Totonicapán	Momostenango y San Carlos Sija	Metálico	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.
05/06/2008	Izabal	Puerto Barrios	Metálico	Mayaniquel S.A
18/06/2008	Zacapa y Chiquimula	Zacapa, Chiquimula	Metálico	Compañía Minera El Cóndor S.A.
04/11/2008	Zacapa y Chiquimula	Zacapa, Chiquimula	Metálico	Compañía Minera El Cóndor S.A.

Licencias de Prospección	
Gobierno	Licencias
Arzú	3
Portillo	28
Berger	80
Colom	26
	137

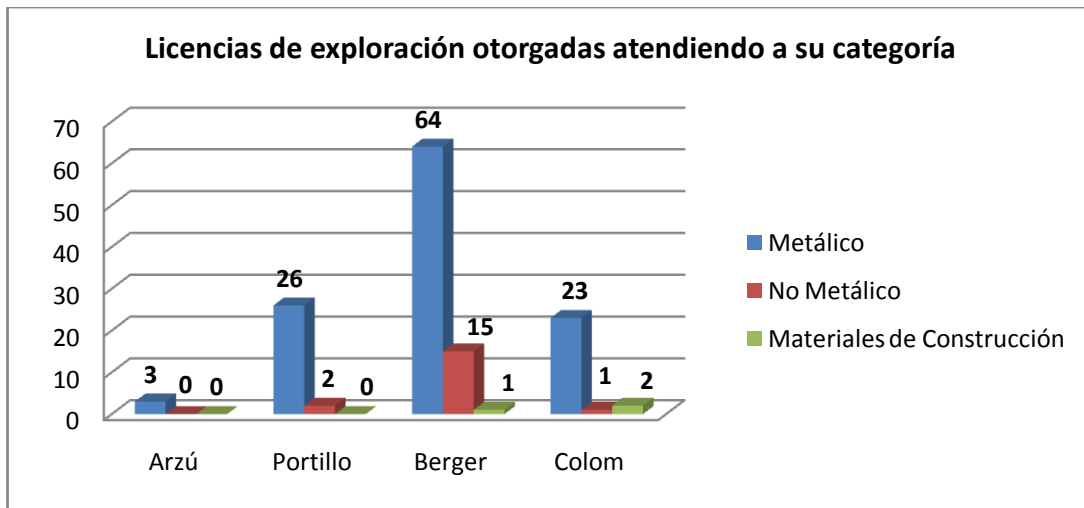
De los datos presentados se desprende que en el período señalado se han otorgado 137 licencias de exploración minera; de las cuales 3 han sido durante el gobierno de Álvaro Arzú Irigoyen; 28 durante el gobierno de Alfonso Portillo Cabrera; 80 durante el Gobierno de Oscar Berger Perdomo y 26 durante el gobierno de Álvaro Colom, debiendo resaltar que para la fecha citada apenas se había rebasado la mitad del período de gobierno de Álvaro Colom y que a pesar del discurso de la multiculturalidad, esta no ha sido plenamente respetada al incumplir la normativa creada para protegerla.

A lo anterior debe agregarse que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones –CEACR- de la Organización Internacional del Trabajo, al analizar el estado del

cumplimiento del Convenio 169 en Guatemala por denuncias del MSICG, desde su recomendación publicada en el año 2009, ha realizado una solicitud expresa al Gobierno de Guatemala en el siguiente sentido: “La Comisión solicita al Gobierno que no otorgue ni renueve ninguna licencia de exploración y explotación de recursos naturales a los que se refieren el artículo 15 del Convenio en tanto no se lleven a cabo la participación y consulta previstos por el Convenio y que proporcione informaciones sobre el particular.”



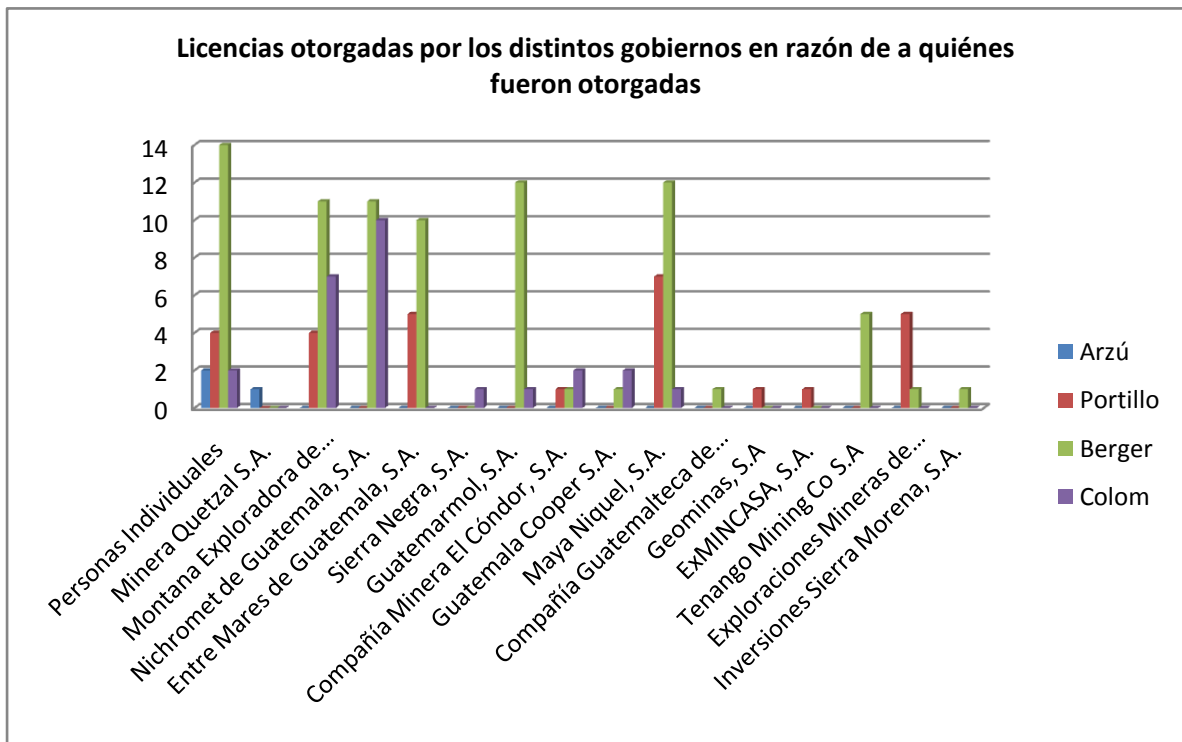
En cuanto al tipo de material que se espera obtener de manera posterior a la exploración, ha existido una tendencia muy marcada hacia el otorgamiento de licencias de exploración orientadas a la búsqueda de minerales metálicos; esto se puede apreciar en el siguiente gráfico:



Si bien es cierto, el elevado número de licencias de exploración otorgadas podría suponer la existencia de un universo mucho más amplio del que esperábamos al clasificar los datos, la tabla que se presenta a continuación denota una realidad distinta.

Total		Arzú	Portillo	Berger	Colom
22	Personas individuales	2	4	14	2
1	Minera Quetzal S.A.	1	0	0	0
22	Montana Exploradora de Guatemala, S.A.	0	4	11	7

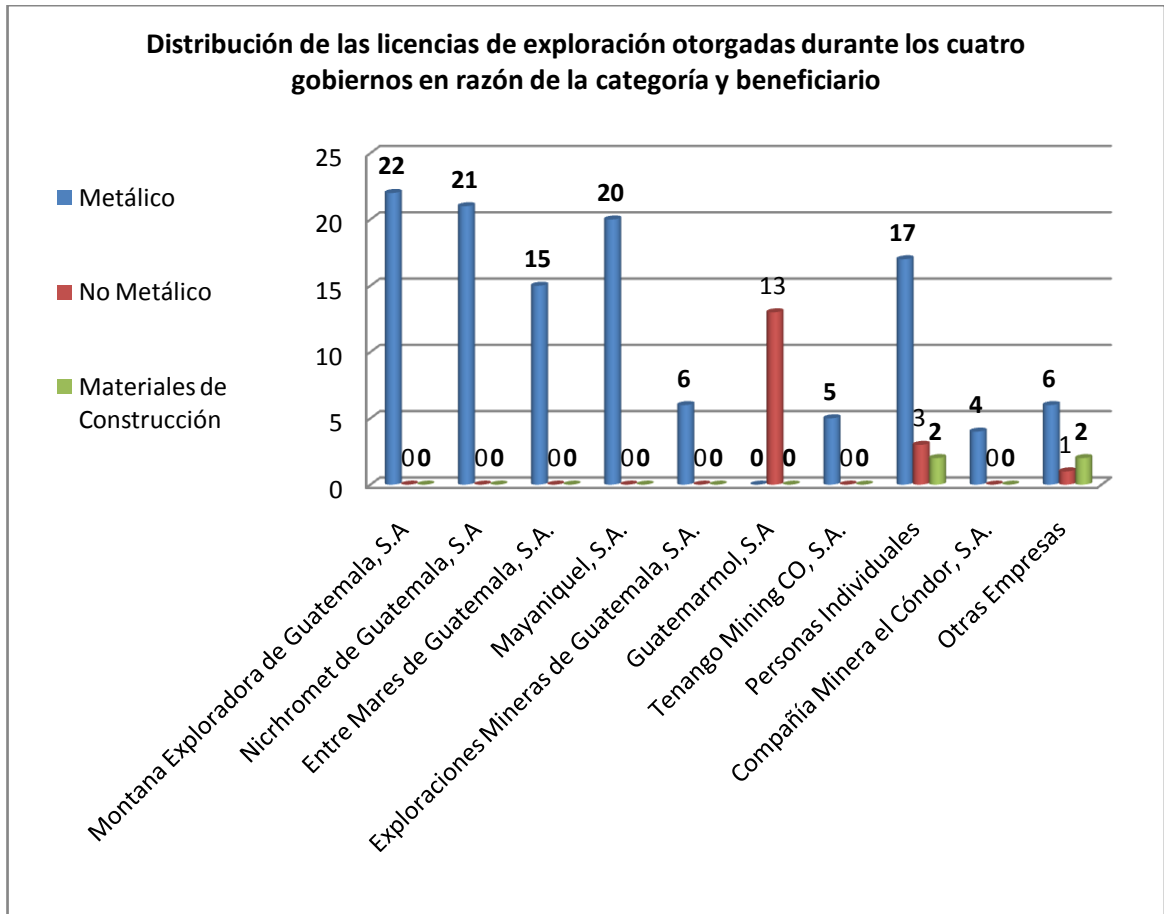
21	Nichromet de Guatemala, S.A.	0	0	11	10
15	Entre Mares de Guatemala, S.A.	0	5	10	0
1	Sierra Negra, S.A.	0	0	0	1
13	Guatemarmol, S.A.	0	0	12	1
4	Compañía Minera El Cóndor, S.A.	0	1	1	2
3	Guatemala Cooper S.A.	0	0	1	2
20	Maya Níquel, S.A.	0	7	12	1
1	Compañía Guatemalteca de Níquel, S.A.	0	0	1	0
1	Geominas, S.A	0	1	0	0
1	ExMINCASA, S.A.	0	1	0	0
5	Tenango Mining Co S.A	0	0	5	0
6	Exploraciones Mineras de Guatemala, S.A	0	5	1	0
1	Inversiones Sierra Morena, S.A.	0	0	1	0
137		3	28	80	26



La distribución de las licencias otorgadas en razón de la categoría, teniendo como unidad de análisis las licencias de exploración otorgadas durante los cuatro gobiernos citados y en atención a quienes han sido otorgadas, muestra un patrón de distribución de las mismas entre las diversas entidades que figuran como beneficiarias de las licencias.

	Metálico	No Metálico	Materiales de Construcción
Montana Exploradora de Guatemala, S.A	22	0	0
Nichromet de Guatemala, S.A	21	0	0
Entre Mares de Guatemala, S.A.	15	0	0
Mayaniquel, S.A.	20	0	0
Exploraciones Mineras de Guatemala, S.A.	6	0	0
Guatemarmol, S.A	0	13	0
Tenango Mining CO, S.A.	5	0	0

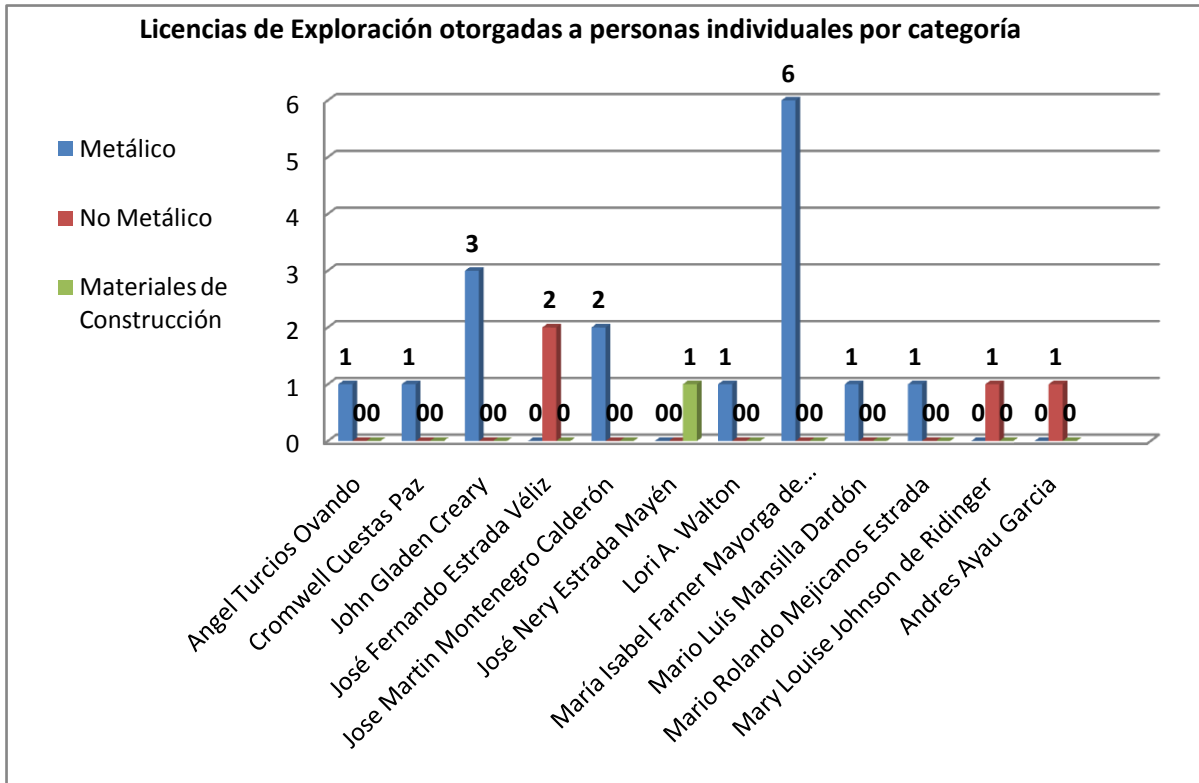
Personas Individuales	17	3	2
Compañía Minera el Cóndor, S.A.	4	0	0
Otras Empresas	6	1	2



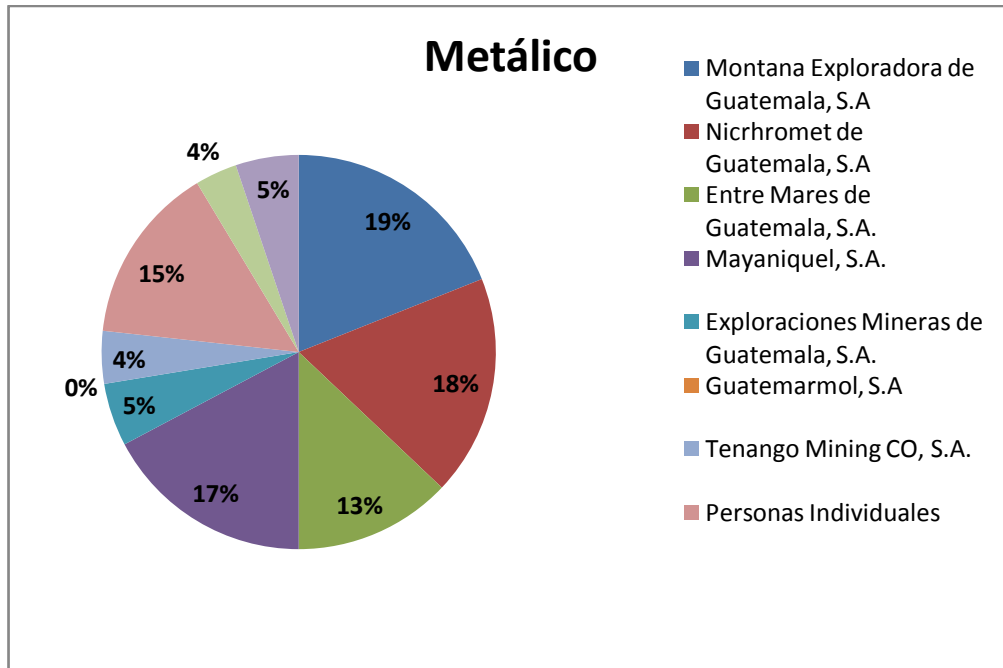
Junto a Montana Exploradora de Guatemala, S.A. (con 22 licencias); Nichromet de Guatemala, S.A.; Mayaniquel S.A. y Entre Mares de Guatemala, S.A, se distribuyen la mayor parte de las licencias otorgadas para exploración; sin embargo, junto a estas empresas, existe un grupo igualmente significativo constituido por las licencias otorgadas a personas individuales, cuya distribución se desglosa en la siguiente tabla y se ilustra en el gráfico respectivo.

	Metálico	No Metálico	Materiales de Construcción
Roberto Destarac Porres	1	0	0
Ángel Turcios Ovando	1	0	0
Cromwell Cuestas Paz	1	0	0
John Gladen Creary	3	0	0
José Fernando Estrada Véliz	0	2	0
José Martín Montenegro Calderón	2	0	0
José Nery Estrada Mayén	0	0	1
Lori A. Walton	1	0	0
María Isabel Farner Mayorga de Obrist	6	0	0
Mario Luís Mansilla Dardón	1	0	0

Mario Rolando Mejicanos Estrada	1	0	0
Mary Louise Johnson de Ridinger	0	1	0
Andres Ayau Garcia	0	1	0

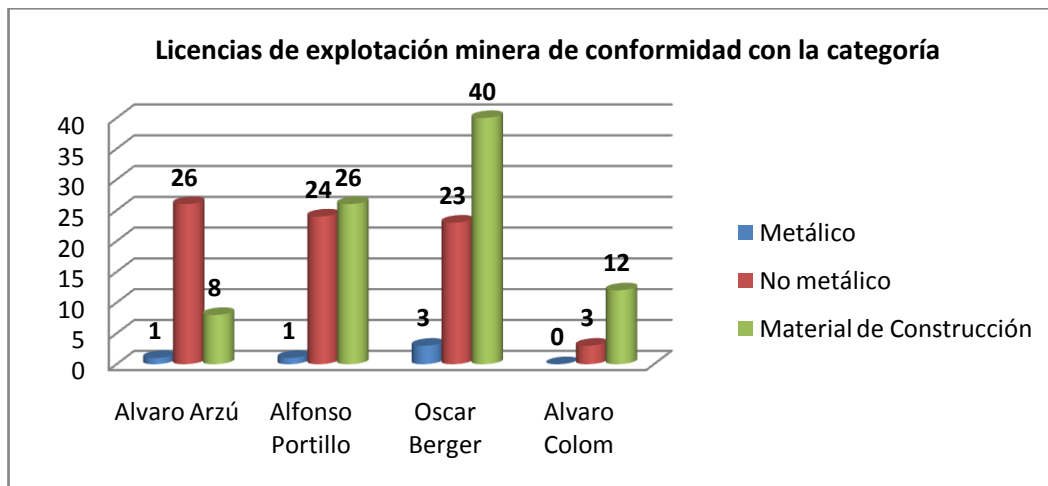


En la información expuesta anteriormente, se marca una tendencia al otorgamiento de licencias de exploración minera de categoría metálica así como una concentración de las mismas en determinadas empresas, para ilustrar esta distribución, teniendo como base el total de las licencias otorgadas durante los gobiernos de Álvaro Arzú Irigoyen, Alfonso Portillo Cabrera, Oscar Berger Perdomo y Álvaro Colom Caballeros, se procede ahora a mostrar la distribución porcentual de las mismas.



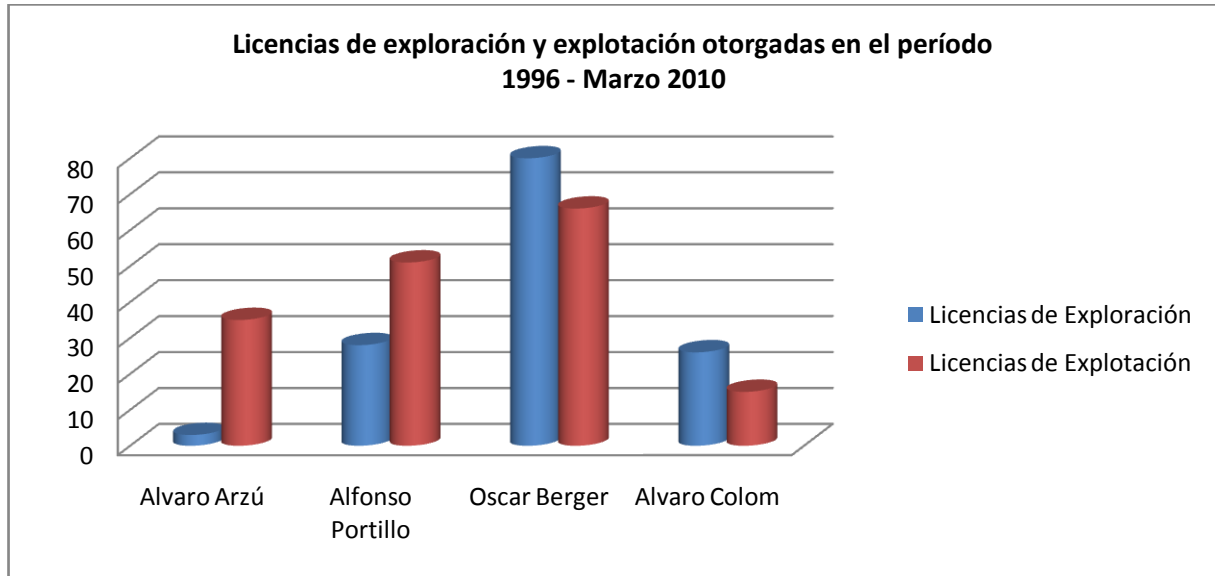
La tabla y el gráfico que prosigue, ilustra la relación de licencias de explotación minera otorgadas durante los gobiernos de Álvaro Arzú Irigoyen, Alfonso Portillo Cabrera, Oscar Berger Perdomo y Álvaro Colom Caballeros en violación a los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas.

Licencias de Explotación	Metálico	No metálico	Material de Construcción	TOTAL
Alvaro Arzú	1	26	8	35
Alfonso Portillo	1	24	26	51
Oscar Berger	3	23	40	66
Alvaro Colom	0	3	12	15



Ahora bien, es imprescindible tener en cuenta que las licencias de exploración son, potencialmente, licencias de explotación en el futuro. A continuación, el gráfico se muestra una comparación entre las

licencias de prospección y las de explotación concedidas en el periodo del 14 de enero de 1996 hasta el 23 de marzo del año 2010.



Licencias sobre recursos hídricos

El agua, además de ser un recurso natural, constituye un elemento fundamental para la vida, la salud el medio ambiente y la seguridad alimentaria de los pueblos; de tal forma, su uso o explotación requieren, de conformidad con los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala en los tratados y convenios internacionales de consulta y consentimiento previo de los pueblos afectados.

De todos los recursos minerales, el agua es probablemente el más importante dada su característica de ser esencial para la vida misma.

El otorgamiento de una autorización para el uso de la misma, sobre todo en la generación de energía eléctrica, conlleva su represamiento que a su vez crea una prioridad en cuanto a mantener llena la represa y, en consecuencia, su tránsito resulta interrumpido y la afección trasciende hacia las comunidades o pueblos que se encuentran río abajo.

En la tabla que se presenta a continuación, se detallan las licencias de utilización de ríos para la instalación de centrales hidroeléctricas concedidas por los sucesivos gobiernos que ha tenido Guatemala en el período citado.

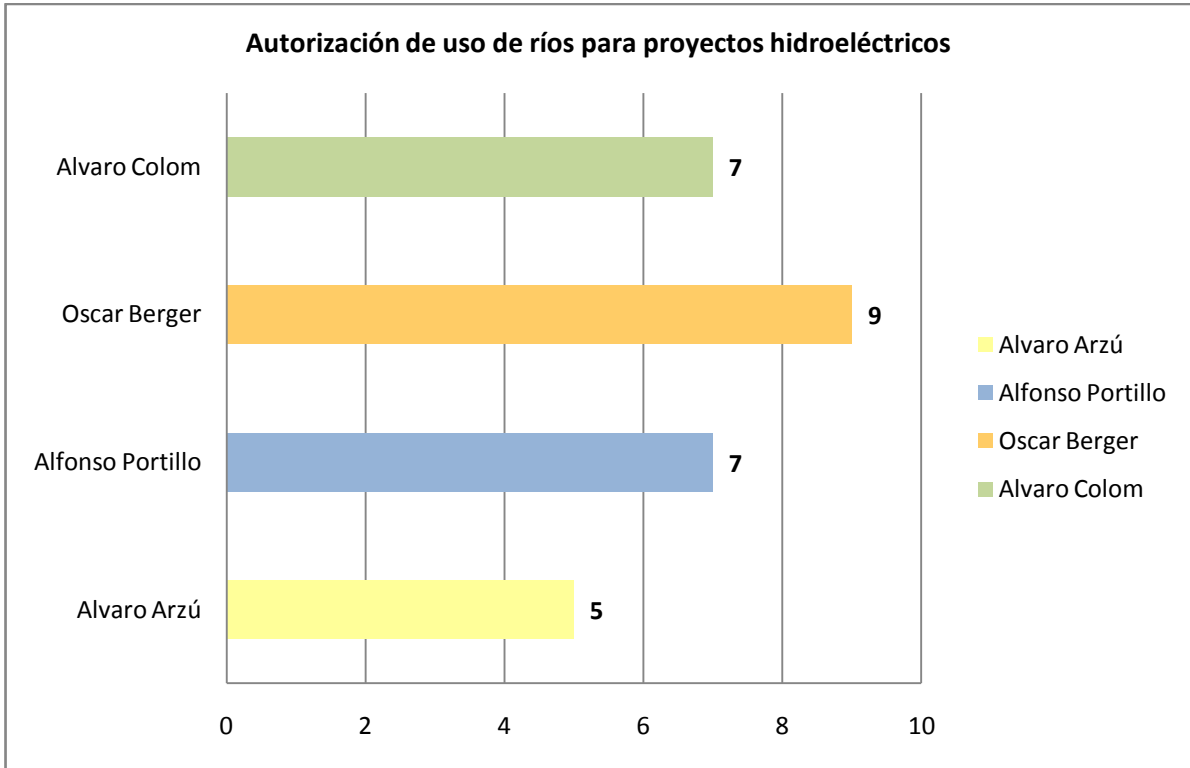
UTILIZACIÓN DE RÍOS PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS

No.	Central Hidroeléctrica	Entidad	Ríos y cotas	Potencia Instalada (MW)	Ubicación	Documento de autorización	Fecha de autorización
1	Santa María	Empresa de Generación de Energía Eléctrica del INDE -EGEE-	Salamá [1540,1426]	6.88	Quetzaltenango, Zunil	Acuerdo-OM-265-98	20/07/1998
2	Los Esclavos	Empresa de Generación de	Los Esclavos [215,103]	15	Santa Rosa, Cuilapa	Acuerdo-OM-267-98	21/07/1998

		Energía Eléctrica del INDE -EGEE-					
3	Chixoy	Empresa de Generación de Energía Eléctrica del INDE -EGEE-	Chixoy [800,294]	300	Alta Verapaz, San Cristobal Verapaz	Acuerdo-OM-268-98	21/07/1998
4	Aguacapa	Empresa de Generación de Energía Eléctrica del INDE -EGEE-	María Linda [701,146]	90	Escuintla, Guanagazapa	Acuerdo-OM-269-98	21/07/1998
5	Jurún Marinalá	Empresa de Generación de Energía Eléctrica del INDE -EGEE-	Michatoya [988,323]	60	Escuintla, Palín	Acuerdo-OM-271-98	21/07/1998
6	Pasabien	Inversiones Pasabien S.A.	Pasabien [884,284]	12.8	Zacapa, Río Hondo	Acuerdo-AG-223-2000	31/05/2000
7	Santa Teresa	Agro-Comercializadora Del Polochic,S.A.	Polochic [625,440]	24	Alta Verapaz, San Miguel Tucurú	Acuerdo-AG-185-2000 Acuerdo-AG-80-2001	24/04/2000 15/05/2001
8	HidroCanadá	Generadora de Occidente, Limitada.	Samalá [1424,1016]	47.38	Quetzaltenango, Zunil	Acuerdo-AG-328-2000	31/10/2000
9	Matanzas	Tecnoguat, S.A.	Matanzas [1459,1185]	12	Baja Verapaz, San Jerónimo	Acuerdo-AG-337-2000	15/11/2000
10	Río Las Vacas	Hidroeléctrica Río Las Vacas, S.A.	Las Vacas [1100,800]	40	Guatemala, Chinautla	Acuerdo-AG-076-2001	08/05/2001
11	Río Hondo II	Hidroeléctrica Río Hondo S.A.	Colorado [1328,264]	32	Zacapa, Río Hondo	Acuerdo-AG-005-2002	16/01/2002
12	El Recreo	Hidrotama, S. A.	Samalá [904,710]	20.7	Quetzaltenango, El Palmar	Acuerdo-AG-001-2004 Acuerdo-AG-042-2006 Acuerdo-AG-201-2006	07/01/2004 09/03/2006 04/12/2006
13	Renace	Recursos Naturales Y Celulosas, (RENACE S.A.)	Cahabón [1200,980]	63	Alta Verapaz, San Pedro Carchá	Acuerdo-AG-098-2004	04/03/2004
14	Montecristo	Generadora Montecristo, S. A.	Samalá [1016,904]	13	Quetzaltenango, El Palmar	Acuerdo-AG-145-2004 Acuerdo-AG-063-2005	08/06/2004 03/05/2004
15	Cutzulchima	Hidroeléctrica Tres Ríos, S.A.	Cutzulchimá [1107,580]	11.14	San Marcos, Tajumulco	Acuerdo-AG-177-2005 Acuerdo-AG-051-2006	08/12/2005 24/03/2006
16	Canujá	Hidroeléctrica Tres Ríos, S.A.	Canujá [944,580]	17.75	San Marcos, San Pablo	Acuerdo-AG-177-2005 Acuerdo-AG-051-2006	08/12/2005 24/03/2006
17	Negro	Hidroeléctrica Tres Ríos, S.A.	Negro [737,580]	20.3	San Marcos, Tajumulco	Acuerdo-AG-177-2005 Acuerdo-AG-051-2006	08/12/2005 24/03/2006
18	HidroXacbal	Hidro Xacbal, S. A.	Xacbal [850,647]	94	El Quiché, Chajul	Acuerdo-AG-061-2006	04/04/2006
19	Palo Viejo	Agrícola Cafetalera Palo Viejo, S. A.	[1211,1076] - El Regadío	84	El Quiché, San Juan Cotzal	Acuerdo-014-2007	23/01/2007

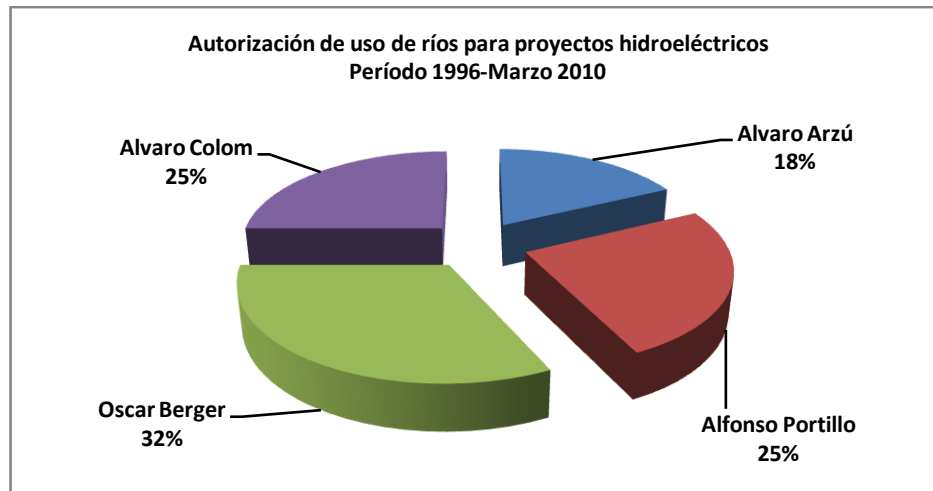
			[1138,820] El Arroyo				
20	Rio Bobos	Hidronorte S.A.	Bobos [479,185]	10	Izabal, Morales	Acuerdo-018-2007 Acuerdo-136-2007	09/02/2007 02/08/2007
21	Renace II	Recursos Naturales Y Celulosas, (RENACE S.A.)	Cahabón [980,460]	130	Alta Verapaz, San Pedro Carchá	Acuerdo-004-2008	10/01/2008
22	Las Animas	Grupo Corporativo Catedral, S. A.	Las Animas [296,83]	10	Izabal, Morales	Acuerdo-071-2008	01/04/2008
23	Poza Verde	Papeles Elaborados, S.A.	Aguacapa [869,704]	12.17	Santa Rosa, Pueblo Nuevo, Viñas	Acuerdo-076-2008	14/04/2008
24	Finca Lorena	Agen, S.A.	Cabúz [916,705] - Ixpil [916,800] - Chayen [916,780]	23	San Marcos, San Rafael Pié de la Cuesta	Acuerdo-121-2008	06/05/2008
25	Sulín	Central Hidroeléctrica Sulín, S.A.	[1540,1460] - Cafetal [1540,1320] - Panimá	19	Baja Verapaz, Purulhá	Acuerdo-153-2008	15/06/2008
26	Panan	Inversiones Atenas S.A.	[570,460] - Santa Inés [485,465] - Zarco [570,452]	6.9	Suchitepéquez, Chicacao	Acuerdo-231-2008	10/10/2008
27	San Cristobal	Inver-Energy, S. A.	Pampur [493,332] - Quixal [332,308]	19	Alta Verapaz, San Cristobal Verapaz	Acuerdo-262-2008	17/11/2008
28	Cuevamaría	Recursos Energéticos Pasac, S.A.	Samalá [2295,2150]	9.3	Quetzaltenango, Cantel	Acuerdo-256-2008	17/11/2008

Álvaro Arzú	5
Alfonso Portillo	7
Oscar Berger	9
Álvaro Colom	7
	28



El gráfico anterior ilustra la distribución entre los gobiernos de Álvaro Arzú Irigoyen, Alfonso Portillo Cabrera, Oscar Berger Perdomo y Álvaro Colom Caballeros durante sus respectivos mandatos; debe tomarse en cuenta de que a pesar que las autorizaciones para el uso de los ríos dadas durante el gobierno de Álvaro Colom Caballeros son mayores a las otorgadas por Álvaro Arzú, iguales a las otorgadas por Alfonso Portillo y menores a las otorgadas por Oscar Berger, cada uno de ellos las concedió durante un período de gobierno de 4 años en tanto que el actual gobierno apenas supera para la fecha de investigación de los datos la mitad de su mandato.

A continuación, la gráfica muestra la distribución porcentual de tales autorizaciones.



El Comité para la eliminación de la discriminación racial en sus observaciones a Guatemala publicadas el 16 de marzo del 2010 señala que el 90% de las 38 cuencas hidrográficas del país está contaminada, situación que está bloqueando el acceso al agua potable de la población particularmente en los departamentos de Huhuetenango, San Marcos, Quiché y Sololá, todos ellos departamentos en donde se concentra el mayor número de población indígena.

Contratos de exploración y explotación petrolera

En Guatemala, los recursos petroleros se encuentran en territorios que además de ser tierras habitadas por pueblos indígenas y lugares que se reconocen como sagrados, coinciden con áreas protegidas y fundamentales para preservación del equilibrio ambiental del país.

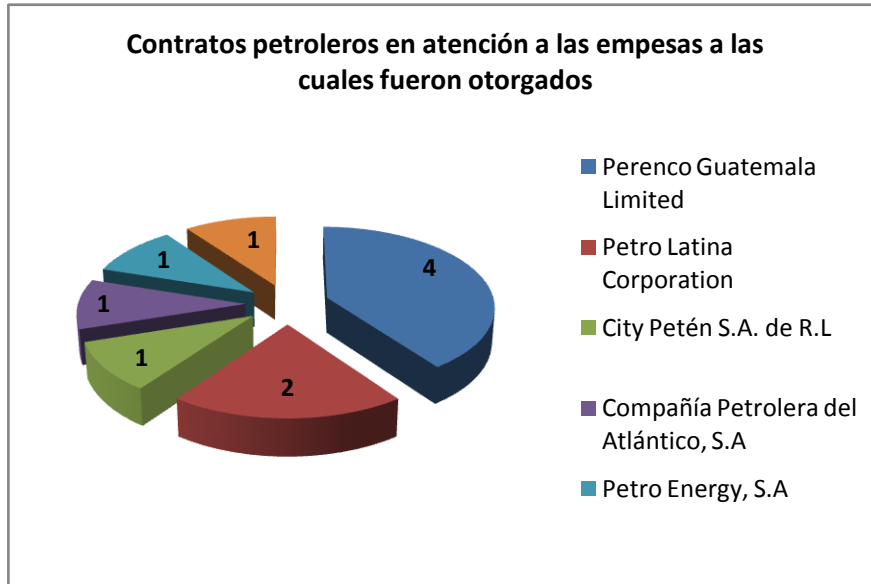
En materia de exploración y explotación petrolera, durante el año 2009 se otorgaron 10 contratos de esta naturaleza sin que estos fuesen sujetos a consulta; en la tabla que se muestra a continuación se individualiza cada uno de ellos incluyendo el número de hectáreas cuadradas afectadas por dichos proyectos:

EMPRESA	LUGAR	HECTAREAS	TIPO DE CONTRATO
Perenco Guatemala Limited	Alta Verapaz y El Petén	27,307.22	Servicios petroleros de emergencia
City Petén S.A de R.L	El Petén	39,541.99	Exploración y Explotación de Hidrocarburos
Petro Latina Corporation	Alta Verapaz y El Quiché	31,451.29	Exploración y Explotación
Compañía Petrolera del Atlántico, S.A	Izabal	53,793.54	Opción sísmica
Perenco Guatemala Limited	El Petén	9,985.85	Explotación
Petro Latina Corporation	Alta Verapaz y El Petén	130,186.29	Explotación
Compañía General de Combustibles	Alta Verapaz y El Petén	224,060.30	Participación en producción
Perenco Guatemala Limited	El Petén	49,937.62	Explotación
Petro Energy, S.A	Alta Verapaz y El Petén	19,773.07	Explotación
Perenco Guatemala Limited	El Petén	9,985.85	Explotación
		596,023.02	

Al igual como quedó evidenciado con la información disponible respecto a la exploración y explotación minera; estos contratos parecen concentrarse en algunas empresas, lo que se advierte al ordenar dichos contratos sobre la base del criterio de las entidades a las cuales han sido concedidos:

Licencias por Empresa	
Perenco Guatemala Limited	4
Petro Latina Corporation	2
City Petén S.A. de R.L	1
Compañía Petrolera del Atlántico, S.A	1
Petro Energy, S.A	1
Compañía General de Combustibles	1
TOTAL:	10

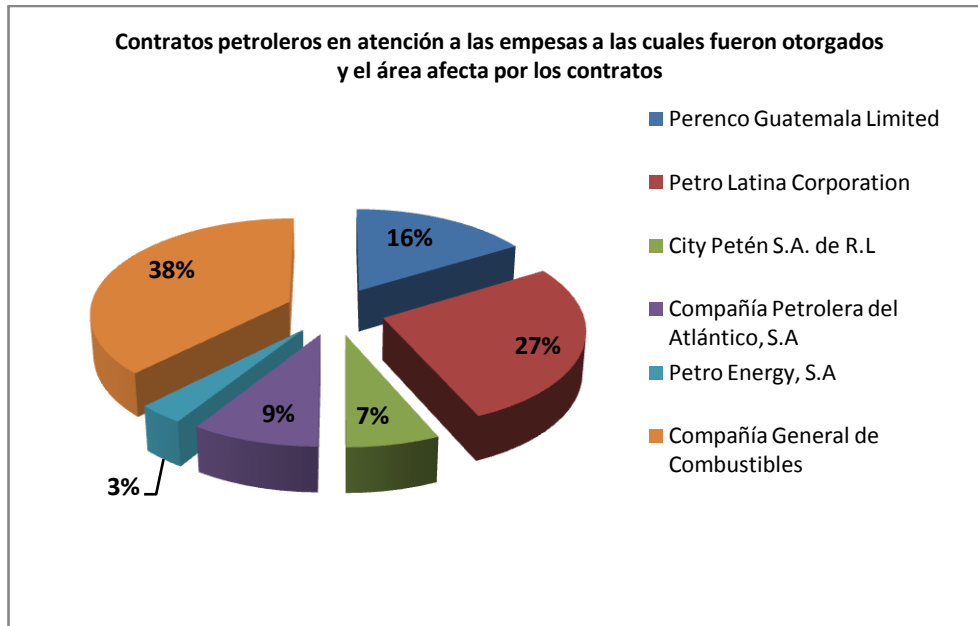
En el gráfico siguiente se ilustra esta distribución de manera porcentual:



Es evidente que Perenco Guatemala Limited y Petro Latina Corporation son las empresas más favorecidas con contratos petroleros, solamente entre ambas concentran para la fecha citada el 60% de los contratos de exploración y explotación petrolera otorgados durante el año 2009.

Utilizando otro criterio para la interpretación de los datos y partiendo del criterio del número de hectáreas cuadradas afectas por dichos contratos, tal y como se muestra en la tabla siguiente, existe un cambio en tal distribución.

Licencias por Empresa y Área otorgada			
Perenco Guatemala Limited	97,216.54	Compañía Petrolera del Atlántico, S.A	53,793.54
Petro Latina Corporation	161,637.58	Petro Energy, S.A	19,773.07
City Petén S.A. de R.L	39,541.99	Compañía General de Combustibles	224,060.30
TOTAL:			596,023.02



Al establecer el área afecta por los contratos otorgados como criterio, la distribución varía toda vez que desde dicha perspectiva, Perenco Guatemala Limited y Petro Latina Corporation, entre ambas, solamente concentran el 43% del área vinculada a los contratos.

Esta variación va un poco más allá puesto que a pesar de contar Perenco Guatemala Limited con el mayor número de contratos (4) los mismos representan en términos de área afecta solamente el 16% del total en tanto que Petro Latina Corporation con un menor número de contratos (2), representa el 27% del total del área vinculada, por su lado la empresa Compañía General de Combustibles, en un solo contrato, vincula el 38% del total del área.

Con fecha 22 de julio del año 2010 el Presidente de la República, Álvaro Colom, aprobó la extensión del Contrato petrolero de Perenco sin realizar las consultas respectivas y pese a la oposición de los pueblos indígenas afectados, de los sectores ambientalistas del país, del MSICG y de los Ministros de Luis Ferraté, de Medio Ambiente; y Carlos Menocal, de Gobernación, quienes se negaron a firmar la extensión del contrato por 15 años no sólo porque este violenta el Convenio 169 de la OIT, sino además porque violenta la propia Constitución Política de la República ya que el mismo contempla la extensión de la explotación petrolera en una área calificada como Zona protegida y considerada uno de los principales humedales del mundo.

De conformidad con los datos expuestos desde el gobierno de Álvaro Arzú (14 de enero de 1996) hasta el 23 de marzo del año 2010 se han otorgado 342 licencias de exploración y explotación de diferentes recursos sin consulta previa a los pueblos indígenas y sin respetar su derecho a la libre determinación y el autogobierno.

En el **Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, 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** el Relator señala que según datos de los oficiales el Estado de Guatemala ha entregado de

1997 al año 2011 398 licencias de exploración y explotación de minería metálica y no metálica de las cuales 262 están en fase de exploración.⁸

1.4 LAS CONSULTAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Es importante recalcar como ya se hizo anteriormente que en los pueblos indígenas la consulta comunitaria es una práctica milenaria desarrollada de generación en generación plasmada en los libros sagrados para tratar asuntos comunitarios, familiares y personales. Por ello esa organización a la que aquí nos referimos que se produce en estos momentos masivamente no debe verse como un hecho aislado sino comprenderse dentro de este contexto.

Ante la falta de voluntad política del Estado de Guatemala por dar cumplimiento a sus obligaciones relativas al deber de consulta, participación, deber de respeto al autogobierno y libre determinación de los pueblos indígenas contenidos en la normativa interna e internacional citada, especialmente en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los pueblos Indígenas, y ante la proliferación descontrolada de la invasión de los territorios indígenas a través del otorgamiento de licencias de exploración y explotación de recursos naturales como se desprende de los datos presentados y de la implementación de modelos de desarrollo arbitrarios, los pueblos indígenas han llevado a cabo sus propias consultas con ánimo de hacer valer su derecho a la autodeterminación, tierra, territorios, recursos naturales, salud, vida, medio ambiente y desarrollo tanto ante el Estado de Guatemala como ante la comunidad internacional.

Las primeras consultas en el país referidas a la exploración y explotación de recursos naturales empiezan a desarrollarse en el año 2,005 y a la fecha se han organizado por lo menos 57 consultas distribuidas de la siguiente manera.

LUGAR	FECHA	PARTICIPANTES	VOTOS A FAVOR	VOTOS EN CONTRA	TIPO DE PROYECTO
Zacapa					
Rio Hondo	03/07/2005	2,831	74	2,757	Hidroeléctricas
Momostenango, Totonicapán	20/04/2006	N/S ⁹	N/S	N/S	Ley de Aguas
Guatemala					
San Juan Sacatepéquez	13/05/2007	8,244	4	8,240	Minería, cementera
Churranchito	02/08/2009	3,319	571	2,748	Hidroeléctricas
Quiché					
Ixcán	30/04/2007	21,115	0	21,115	Hidroeléctricas
Cunén	07/10/2009	18,924	0	18,924	Minería
San Marcos					
Sipacapa	18/06/2005	2,504 ¹⁰			Minería
Comitancillo	25/05/2005	21,000	0	21,000	Minería

⁸ Informe A/HRC/16/xx del 4 de marzo de 2011, no editado.

⁹ En las consultas donde aparecen para algunos datos N/S es que no se obtuvo la información respecto a los resultados finales de la consulta.

¹⁰ No se incluye en el cómputo por ausencia de datos

Concepción Tutuapa	13/02/2007	11,300	0	11,300	Minería
Ixchiguán	17/06/2007	7,617	56	7,561	Minería
Tacaná	16/05/2008	35,000	0	35,000	Minería
Sibinal	18/04/2008	13,000	0	13,000	Minería
Tajumulco, San Marcos	13/06/2008	N/S	N/S	N/S	Minería

Huhuetenango					
Colotenango	25/07/2006	7,861	50	7,811	Minería
Concepción Huista	25/07/2006	4,985	0	4,985	Minería
San Juan Atitlán	25/07/2006	5,919	0	5,919	Minería
Todos Santos Cuchumatán	25/07/2006	7,100	0	7,100	Minería
Santiago Chimaltenango	25/07/2006	3,100	0	3,100	Minería
Santa Eulalia	29/08/2006	18,156	5	18,089 ¹¹	Minería
San Pedro Necta	30/03/2007	17,741	0	17,741	Minería
San Antonio Huista	12/05/2007	5,774	0	5,774	Minería
Santa Cruz Barillas	25/07/2006	46,490	9	46,481	Minería
Nentón	25/07/2006	19,842	0	19,842	Minería
San Idelfonso Ixtahuacán	25/07/2006	14,469	0	14,469	Minería
San Sebastián Huehuetenango	25/07/2006	6,770	0	6,770	Minería
San Miguel Acatán	25/07/2006	12,861	7	12,854	Minería
San Juan Ixcoy	29/08/2006	12,011	3	12,008	Minería
Tectitán	30/03/2007	7,614	0	7,614	Minería
Livingston-Izabal	06/2007	N/S	N/S	N/S	Área Protegida
San Miguel Ixtahuacán	06/27/2008	N/S	N/S	N/S	Minería
Chiantla	17/07/2008	32,998	9	31,817 ¹²	Minería
Jacaltenango	02/07/2008	27,250	0	27,250	Minería
Santa Ana Huista	08/08/2008	4,696	0	4,696	Minería
Tejutla	30/09/2008	N/S	N/S	N/S	Minería
Aguacatán	03/10/2008	23,523	0	23,523	Minería
San Pedro Solomá	18/10/2008	25,570	0	25,570	Minería
Cuilco	26/10/2008	12,720	0	12,720	Minería
San José Ojetenám	07/11/2008	N/S	N/S	N/S	Minería
Santa Bárbara	28/11/2008	10,209	0	10,209	Minería
San Rafael Petzal	10/01/2009	3,468	0	3,468	Minería
San Rafael la Independencia	28/04/2009	2,433	0	2,433	Minería
San Mateo Ixtatán	21/05/2009	25,647	1	25,646	Minería
San Cristóbal Cucho	27/06/2009	N/S	N/S	N/S	Minería
San Gaspar Ixil	23/07/2009	3,933	0	3,933	Minería

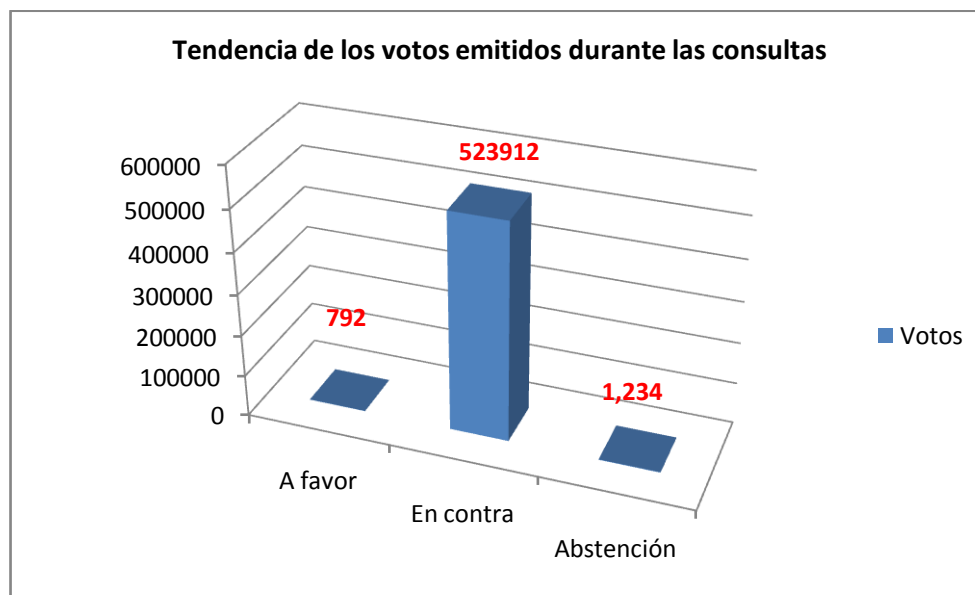
¹¹ Para este caso hubo una abstención de 62 participantes.

¹² Para los efectos de este informe se computaron 1172 abstenciones que son la diferencia existente entre los votos a favor, los votos en contra y los participantes reportados por la fuente.

San Sebastián Coatán	24/09/2009	13,569	3	13,566	Minería
Malacatán, San Marcos	29/11/2009	N/S	N/S	N/S	Unión Fenosa
Unión Cantinil	18/01/2010	6,879	0	6,879	Minería
San Agustín Lanquin	29/09/2010	N/S	N/S	N/S	Hidroeléctrica
Huitán	22/11/2010	N/S	N/S	N/S	Minería
Cabricán	22/11/2010	N/S	N/S	N/S	Minería
Santa Cruz del Quiché	22/10/2010	N/S	N/S	N/S	Minería
Uspantán	29/10/2010	N/S	N/S	N/S	Hidroeléctrica
San Martín Sacatepéquez	16/3/2011	N/S	N/S	N/S	Minería e hidroeléctricas
San Martín Chile Verde	16/03/2011	N/S	N/S	N/S	Minería e Hidroeléctrica
San Juan Ostuncalco	18/02/2011	N/S	N/S	N/S	Minería e Hidroeléctricas
Olintepeque	20/02/2011	N/S	N/S	N/S	Minería e Hidroeléctricas

Fuente: Elaboración propia, base de datos del Consejo de Pueblos de Occidente, COPAE, Madre Selva y Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco –MSICG-. Los datos que aparecen sin consignar no fueron finalmente conseguidos para la presentación de este informe por diversas razones.

En las consultas para las que se cuenta con datos han participado un total de 525,938 votantes. 792 participantes votaron a favor de los proyectos de exploración y/o explotación de recursos naturales, 523,912 en contra y 1,234 se abstuvieron de votar. La gráfica siguiente muestra estos valores.

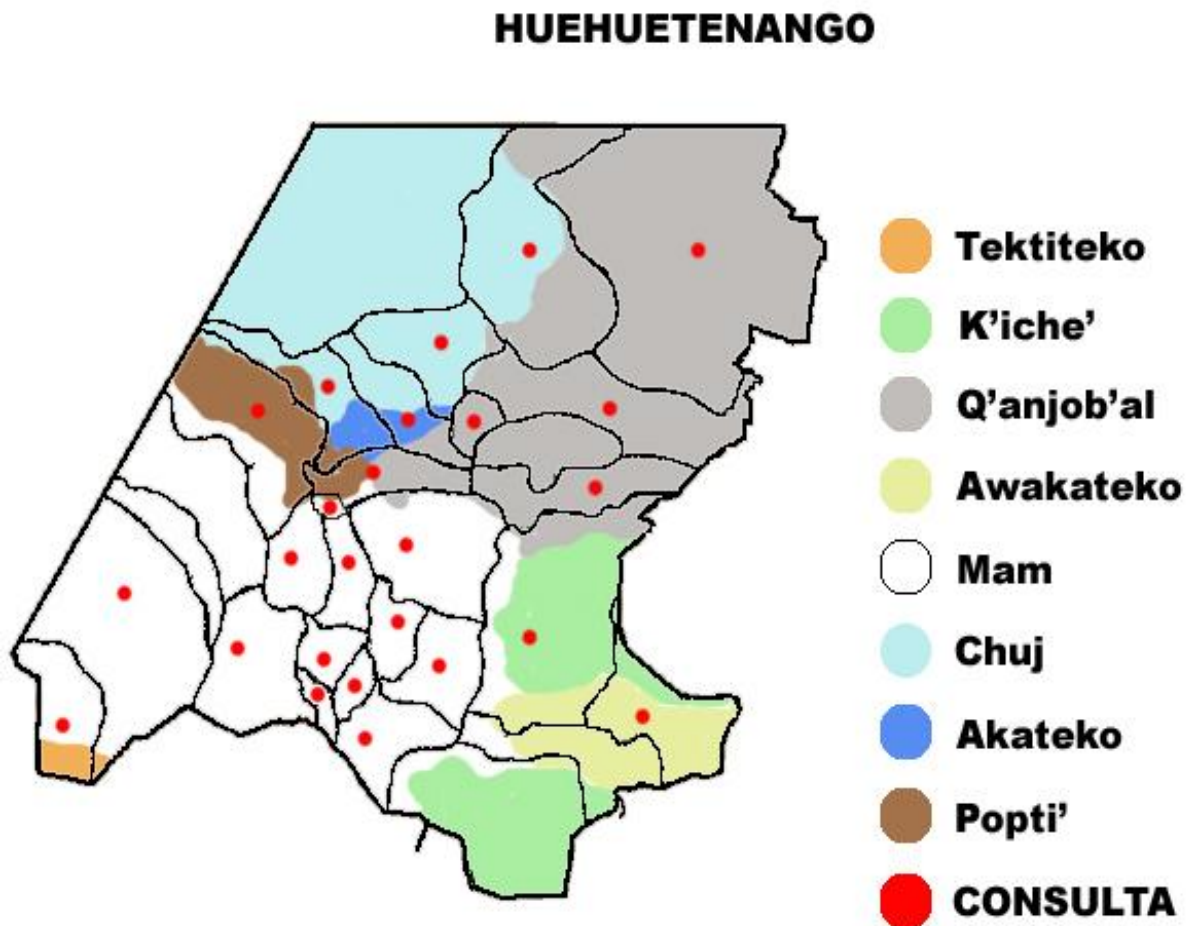


Otro de los factores importantes a destacar es que todas estas consultas fueron realizadas por las propias comunidades en casos excepcionales con apoyo de los gobiernos municipales después del otorgamiento de las licencias de exploración y explotación de sus recursos naturales. Es decir en el

100% la opinión de los pueblos indígenas y su visión de modelo de desarrollo no fueron consultadas ni tenidas en cuenta por el Estado de Guatemala.

Por otro lado es relevante señalar la gravedad que reviste el incumplimiento por parte del Estado de Guatemala de su obligación consulta y de respeto al derecho a la libre determinación de los pueblos sobre todo cuando las medidas han afectado mayoritariamente a la población indígena.

Tal y como se desprende del mapa siguiente Huehuetenango es uno de los departamentos más activos en cuanto al número de consultas efectuadas.



1.5 LA POSICIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA Y DEL SECTOR EMPRESARIAL FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DE AUTOGOBIERNO

1.5.1 Reacciones de las empresas y el Estado ante la organización de las consultas

Como se desprende de los datos expuestos el Estado de Guatemala se ha negado a informar y tomar en cuenta la opinión de los pueblos indígenas respecto a su modelo de desarrollo y los derechos

inherentes a su libre determinación, tierra, territorios y recursos naturales. Así mismo se ha negado a proporcionar información y a facilitar los recursos necesarios para que los pueblos indígenas lleven a cabo las consultas en el marco de su derecho consuetudinario, esto aplica tanto para el Gobierno Central como para los gobiernos locales. Pese a las constantes movilizaciones y denuncias internacionales y nacionales la voz de los pueblos indígenas y sus aspiraciones no han sido respetadas y tomadas en cuenta por el Estado de Guatemala.

Ante la organización de las consultas en un 90% de los casos los compañeros presentaron información sobre actos de hostigamiento, persecución de dirigentes, inicio de procesos penales contra los líderes, desacreditación e intento de entorpecimiento o cancelación del acto de la consulta. Dentro de estos últimos cabe destacar actos de desinformación a las comunidades anunciando la cancelación de las consultas, entre otros.

Otra de las estrategias denunciadas por los pueblos indígenas es el intento de las empresas por cooptar a los líderes de la comunidad a través de ofrecimientos de dinero o bienes de materiales, los intentos de dividir a las comunidades. Un ejemplo de ello son las denuncias de Chuarrancho y Cunén, Quiché, los casos de Izabal en donde se vincula a la Compañía Guatemalteca de Níquel.

En algunas comunidades las mujeres manifestaron haber sido acosada y abusadas sexualmente por hombres que trabajan para las empresas. Lamentablemente sobre estos sucesos no hay denuncias ni otro tipo de documentación que permita darle un abordaje específico.

Otro aspecto importante es el uso que estas empresas hacen del Sistema de justicia para cancelar las fechas en que se planifica llevar a cabo las consultas por parte de los pueblos un ejemplo de ello lo constituye el caso de Rio Hondo y Sipacapa.

El Estado de Guatemala está jugando desde la propia perspectiva de las comunidades un rol esencial en la protección de las empresas ya que ante la organización de los pueblos en el marco de las consultas el Estado militariza las comunidades, causando caos e intimidación, las poblaciones han manifestado su rechazo porque ante la aprobación de Franja transversal del norte la presencia militar se ha intensificado.¹³

Ante el incremento de las consultas realizadas amparadas en el derecho consuetudinario los empresarios particularmente el CACIF ha solicitado al Estado de Guatemala reglamentar el derecho de Consulta para evitar que los pueblos indígenas continúen con el libre ejercicio de las mismas y estas no afecten los intereses comerciales.

Ante esta solicitud el Presidente de la República emite la propuesta de reglamento que es objeto de estos comentarios a través de la cual pretende entorpecer el libre ejercicio de los derechos a la libre determinación de los pueblos indígenas, tierras, territorios, recursos naturales y el derecho al desarrollo.

Este reglamento está en armonía con las iniciativas de Ley que de alguna u otra manera el sector empresarial a impulsado a través de ciertos partidos políticos dentro del Congreso de la República de Guatemala con ánimo de limitar los derechos de los pueblos indígenas dentro de ellas las iniciativas de Ley número 3413 del año 2006, 3550 del año 2006, 3684 del año 2007, 4051 del año 2009.

¹³ La Franja transversal del Norte también fue otorgada sin consulta a los pueblos indígenas mediante Decreto Gubernativo 22-2009 mediante cuestionamientos dentro del Congreso.

1.6 LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONVENIO 169 DE LA OIT

1.6.1 *La Corte de constitucionalidad ante las acciones planteadas por las empresas de exploración y explotación de recursos naturales.*

Desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT las empresas y Estados interesados en la exploración y explotación de recursos naturales radicados en territorios indígenas o en áreas de influencia han utilizado como estrategia para interrumpir el derecho a la tierra, propiedad, medio ambiente, recursos naturales, consulta y participación la interposición de recursos ante los tribunales constitucionales, aduciendo en dichas instancias la preeminencia del desarrollo económico a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Si bien es cierto que en algunos casos se encuentran experiencias exitosas de la aplicación del Convenio por parte de tribunales constitucionales en países de América Latina, dentro de los que se encuentran varios casos de Colombia en donde la Corte Constitucional ha ordenado la detención de proyectos de exploración y explotación minera por haberse violado el derecho de consulta a los pueblos indígenas contemplados en el Convenio 169 de la OIT, y la indemnización a dichos pueblos por los daños y perjuicios en los que se ha incurrido al violentar el convenio¹⁴, en Guatemala la Corte de Constitucionalidad ha tenido una actitud condescendiente con los intereses de las corporaciones, esta actitud condescendiente también ha sido asumida por parte del Organismo Ejecutivo a través de distintos Ministerios.

Ante el desconocimiento por parte del Estado de Guatemala del derecho a Consulta de buena fe de los pueblos indígenas (extremo que abordaremos en el siguiente capítulo) y ante su negativa de facilitar lo necesario para que las consultas sea llevadas a cabo por los pueblos indígenas previo al otorgamiento de licencias relacionadas con actividades mineras, hidroeléctricas y de hidrocarburos los pueblos indígenas de Guatemala se han organizado para manifestar su voluntad al respecto, bajo el sistema consuetudinario.

Para impedir que tales consultas se lleven a cabo en detrimento de sus intereses particulares las empresas que han obtenido licencias de exploración y explotación de recursos naturales en el país en violación a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT (sin consulta de buena fe previa facilitada por el Estado de Guatemala), han utilizado todo tipo de estrategias, dentro de ellas la de recurrir a planteamientos de amparo e inconstitucionalidad contra la convocatoria a consultas hechas por los pueblos indígenas, hecha por los Consejos Municipales, por ambos o bien contra las intenciones de Convocar a una consulta. Dichas acciones han llegado a interponerse incluso por dos actores diferentes representando los intereses de las empresas sobre la base de los mismos argumentos centrales.¹⁵

¹⁴ Véase Aplicación del Convenio 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina, una recopilación de casos, Departamento de Normas de la Organización Internacional del Trabajo 2,009.

¹⁵ Véase como ejemplo los expedientes 2073 – 2179 -2005 y 1408-2005 relacionados con la consulta de vecinos convocada por el Consejo Municipal de Río Hondo del departamento de Zacapa; los expedientes 1643-2005; 1654-2005; 1179-2005, 1179-2005 promovidos para oponerse al convocatoria a consulta convocada por el Consejo Municipal de Sipacapa.

Prueba de lo expuesto son entre otras, la inconstitucionalidad general total planteada por Rosa María Montenegro de Garoz contra la Convocatoria a Consulta de Buena fe que realizó el consejo municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos, por medio de los acuerdos contenidos en las actas 04-2005, 06-2005, 09-2005, todas del libro de actas del Consejo Municipal, la consulta se convocó con el ánimo de establecer la posición de los pueblos indígenas sobre la explotación y exploración de minerales metálicos a cielo abierto desarrolladas por Montana exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, dicha inconstitucionalidad fue resuelta por la Corte de Constitucionalidad bajo el expediente 1179-2005; al Apelación de la sentencia de Amparo Promovida por Montana exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima contra el Consejo Municipal del Municipio de Sipacapa, departamento de San Marco por haber hecho una convocatoria a consulta de buena fe, la cual fue conocida por la Corte mediante expediente 1643-2005 y 1654-2005; La Apelación de sentencia promovida por Hidroeléctrica Río Hondo, Sociedad Anónima, contra el Consejo Municipal del municipio de Río Hondo del departamento de Zacapa por el reglamento que este emitió de consulta de vecinos, dicho expediente fue conocido por la Corte de Constitucionalidad en expedientes acumulados 2073 y 2129 – 2005.¹⁶

Se presenta ahora un análisis de las principales cuestiones vertidas por la Corte en estos y otros casos relevantes:

- 1 La falta de normativa que regule el procedimiento de la consulta: Si bien es cierto que la Corte de constitucionalidad reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, aunque únicamente como un requisito formal, como se verá en el numeral siguiente, también manifiesta que no existe dentro del derecho interno normativa que regule el procedimiento a utilizar en la implementación de las consultas. Esta afirmación de la Corte es contradictoria con las disposiciones del Convenio 169 por cuanto este establece que las comunidades o pueblos interesados deberán ser consultados de conformidad con sus propios procedimientos o los que estos decidan para el efecto siendo cada caso específico. Cuando la Corte cita estos argumentos parece fundamentar la inexistencia del derecho sobre la base de la falta de reglamentación al respecto. Para corregir esta situación se ha pronunciado el sentido que “El Comité recuerda al Estado parte que la ausencia de reglamentación del Convenio N° 169 no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa...”
- 2 El derecho de consulta como un derecho “indicativo”: Uno de los principales problemas de los pueblos indígenas sobre todo en sociedades tan excluyentes como la de Guatemala radica en su falta de oportunidad de expresar su opinión sobre la forma, el momento o la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas. Es por ello que el Convenio 169 de la OIT obliga a los Estados parte a que previo al estudio o planificación de cualquier medida legal o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados se les consulte, con el ánimo de alcanzar un acuerdo o consenso o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados. En este sentido el Convenio es claro que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y que además las consultas deben hacerse de buena fe, es decir respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte y no como un acto meramente formal.

El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de

¹⁶ Véase expedientes de la Corte de Constitucionalidad citados en este informe. El derecho de consulta de los pueblos indígenas en Guatemala: La ruptura entre el discurso y la práctica

las comunidades o pueblos.

En otras palabras puede decirse que la consulta debe efectuarse para obtener el consentimiento de las comunidades el cual debe ser libre, previo e informado, en caso de no obtenerse el consentimiento todo Estado está obligado como mínimo a respetar la racionalidad y evitar la arbitrariedad y en su caso indemnizar a los pueblos indígenas por los daños y perjuicios ocasionados.

Si bien es cierto que en concordancia con el Convenio la Corte de Constitucionalidad reconoce en sus resoluciones el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre medidas que puedan afectarles, en el marco de la consulta sólo reconoce el derecho a la expresión, manifestación, libertad de acción y libertad de pensamiento, invisibilizado totalmente el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, a un ambiente sano, a sus recursos naturales, a la participación real en su desarrollo y su autodeterminación.

Cuando la Corte de Constitucionalidad refiere que el derecho de consulta es “indicativo, a fin de investigar el parecer sobre un asunto determinado” o bien que los resultados del mismo sólo “reflejarán el parecer de la comunidad consultada sobre un tema determinado, pero que a estos no se les puede dar carácter regulatorio o decisorio sobre materias” que no sean de competencia de las autoridades convocantes o de dichas comunidades”. Desconoce la importancia del derecho a consulta como mecanismo para democratizar las decisiones de los representantes del poder soberano que radica en el pueblo tal y como lo establece la Constitución política de la república y deja sin razón de ser la columna vertebral del Convenio 169 de la OIT que no es otra más que garantizar la participación de los pueblos indígenas en su desarrollo, población que en Guatemala representa más del 41% de guatemaltecos y guatemaltecas. Pero la Corte va más allá pues en con su resolución limita aún la soberanía de todos los miembros de un municipio sean indígenas o no.

Es precisamente en este sentido que se pronuncia el Comité para la eliminación de la discriminación racial en sus observaciones finales para el caso de Guatemala publicadas el 16 de marzo de 2010. En las que directamente conmina al Estado de Guatemala a:

“El Comité recomienda al Estado parte: (a) que instaure mecanismos adecuados, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio N° 169 de la OIT, para llevar a cabo consultas efectivas con las comunidades que puedan verse afectadas por proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales con el objetivo de obtener su consentimiento libre, previo e informado... El Comité a la luz de su Recomendación general N° 23 (1997) (párr. 4, inc. d) recomienda que el Estado parte consulte a la población indígena interesada en cada etapa del proceso y que obtenga su consentimiento antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales.

- 3 La defensa de la continuidad de la exploración y explotación de recursos naturales como derechos individuales adquiridos: Aún y cuando las licencias de exploración y explotación de recursos naturales han sido otorgadas por el Estado de Guatemala en violación al derecho más elemental del Convenio 169 de la OIT, “el derecho a consulta”, la Corte de Constitucionalidad a la fecha no ha ordenado la detención de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales otorgados sobre la base de tales violaciones hasta en tanto estas no sean subsanadas, como ha ocurrido en otros países de América Latina como en Colombia por ejemplo.

Al Respecto la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, CEACR, se ha venido pronunciando en los últimos años y particularmente en el año 2010 en el sentido siguiente:

La CEACR ha solicitado al Estado de Guatemala entre otras las siguientes cuestiones:

- a) Alinee la legislación existente, tal como la Ley de Minería, con los artículos 6, 7 y 15 del Convenio;
- b) Adopte sin demora todas las medidas necesarias para entablar de buena fe un diálogo constructivo entre todas las partes interesadas conforme a los requisitos previstos en el artículo 6 del Convenio que permita buscar soluciones apropiadas a la situación en un clima de mutua confianza y respeto, tomando en cuenta la obligación del Gobierno de garantizar la integridad social, cultural y económica de los pueblos indígenas de acuerdo con el espíritu del Convenio. (Observación del año 2010)
- c) Se suspendan inmediatamente las actividades alegadas por el MSICG en tanto se lleve a cabo este diálogo y se evalúe, con la participación de los pueblos interesados, la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de las actividades previstas y la medida en que los intereses de los pueblos indígenas se verían perjudicados, según lo dispuesto por los artículos 7 y 15 del Convenio. Dentro de estas actividades se encuentran la exploración y explotación de metales en San Marcos y la Cementera de San Juan Sacatepéquez. (Observación del año 2010).
- d) Aplicar plenamente el artículo 15 del Convenio y establecer consultas previas en los casos de exploración y explotación de recursos naturales que pudiesen afectar a comunidades indígenas y tribales, y asegurar la participación de los pueblos interesados en las diferentes etapas del proceso, así como en los estudios de impacto ambiental y los planes de gestión ambiental;
- e) Desplegar esfuerzos para subsanar las eventuales consecuencias del otorgamiento de la licencia de exploración incluyendo la realización de una evaluación, en consulta con los pueblos interesados, para determinar si los intereses de esos pueblos fueron perjudicados y en qué medida y si se determina la existencia de tal perjuicio que asegure una indemnización equitativa, en conformidad con el artículo 15, 2), del Convenio.
- f) Iniciar un proceso de consulta previa al eventual nuevo otorgamiento de licencias de exploración y explotación en las tierras objeto de la reclamación, y mantener procedimientos de consulta y participación con todas las comunidades interesadas que ocupan o utilizan de alguna manera dichas tierras, tengan o no título de propiedad, teniendo presente a esos efectos el párrafo 53 de este informe;
- g) Tomar, en consulta con los pueblos indígenas, las medidas necesarias para garantizar los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras a que se refiere el artículo 14 del Convenio;
- h) Adoptar, en consulta con los pueblos indígenas, medidas transitorias de protección de

dichos derechos en tanto se complete el proceso de regularización de las tierras;

- i) Desarrollar una acción coordinada y sistemática, en el sentido de los artículos 2 y 33, con la participación de los pueblos indígenas, al aplicar las disposiciones del Convenio;

Es importante apreciar como el Estado de Guatemala incluyendo la Corte de Constitucionalidad han hecho caso omiso de las Observaciones de la CEACR, razón por la cual y debido a la gravedad de las violaciones a derechos de los pueblos indígenas la CEACR ha solicitado memorias extraordinarias durante los últimos 6 años aún cuando las memorias para ese Convenio son quinquenales.¹⁷

Esta situación saca a flote la falta de voluntad política del Estado de Guatemala en la materia.

4. ¿En dónde radica la soberanía? En las resoluciones de la Corte de constitucionalidad siempre esta hace alusión en que siendo que el otorgamiento de las licencias de exploración y explotación son competencia del Organismo Ejecutivo a través de los Ministerios específicos y que en consecuencia es a este a quien le compete tomar las decisiones pertinentes, no teniendo competencia para incidir en tales decisiones ni las autoridades municipales en dónde se encuentran los proyectos mineros o las consultas comunitarias realizadas..

Al hacer este razonamiento la Corte olvida que la soberanía radica en el pueblo quién la delega en funcionarios por un período de tiempo determinado y que estos están sujetos a la ley y no son superiores a ella.

“...De lo expuesto se advierte que el procedimiento de concesión fue observado de conformidad con lo establecido en la Ley de Minería, la que además establece en el artículo 46 de Ley de Minería, el derecho a oponerse ante quien se considere perjudicado por la solicitud de un derecho minero; al no haberse presentado oposición existió también oportunidad de instar reposición contra la resolución de veintisiete de noviembre de dos mil tres, que otorgó la licencia, y así viabilizar la vía contenciosa administrativa.

Conclusivamente debe señalarse que: a) la licencia de explotación fue concedida de conformidad con el mandato otorgado al Ministerio de Energía y Minas en el artículo 34 inciso d) de la Ley del Organismo Ejecutivo; b) que los postulantes tuvieron oportunidad de hacer valer sus argumentaciones en la vía correspondiente pero no lo hicieron, la referida concesión no puede evidenciar agravio reparable por la vía del amparo, al haber enmarcado las autoridades impugnadas su actuación dentro del ámbito de sus facultades.”

Si bien es cierto, en la acción de amparo se omite especificar las normas del Convenio 169 que se estiman violadas, según el artículo 42 de la Ley de Amparo, Exhibición personal y de constitucionalidad, el tribunal de amparo estaba en el deber de analizar tal normativa aún y cuando la misma no fuese citada expresamente por los interponentes del amparo; no obstante la Corte de Constitucionalidad omite cualquier pronunciamiento respecto al Convenio 169.

La Corte de Constitucionalidad, en sus razonamientos, omite que el Convenio 169 de la

¹⁷ Véase en anexo Observaciones de la CEACR para los años 2010, 2009, 2008, 2007, 2006, 2004, 2002 y 1999.

Organización Internacional del Trabajo, al ser ratificado por el Estado de Guatemala, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 inciso l) de la Constitución Política de la República de Guatemala, hace de dicho convenio parte del ordenamiento jurídico nacional y que, de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la aplicación del derecho interno no constituye argumento para evitar el cumplimiento de un tratado.

Por otra parte, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 3 párrafo 2 del Convenio 169, los derechos que el mismo regula son considerados derechos humanos y, en consecuencia, a los mismos le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala; tanto en los términos de la prevalencia del interés social (representado por la comunidad) sobre el interés particular (representado por la licencia de exploración o explotación) como en la prevalencia de las disposiciones del convenio sobre el Derecho interno, representado por el artículo 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo.

En ese orden de ideas, las disposiciones contenidas en los artículos 6, párrafo 1 inciso a) y párrafo 2, 15 párrafo 2 y 18 del Convenio, además de otorgar un efecto vinculante a la Consulta, producen una modificación de los preceptos contenidos en el artículo 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo y 46 de la Ley Minería que, si bien es cierto no elimina la facultad del Ministerio de Energía y Minas para determinar la política de exploración y explotación de los recursos minerales, sí sujeta dicha política una consulta vinculante con los pueblos a quienes el convenio les faculta para autorizar o no la intromisión o el uso no autorizado de las tierras que ocupan directa o indirectamente.

Debe añadirse que a pesar de que el principio de definitividad fue alegado, la Corte de Constitucionalidad; al resolver y no pronunciarse al respecto, reconoce tácitamente la falta de eficacia de cualquier otro medio de defensa ante el acto reclamado; ahora bien, como ya se indicó, basa su fallo en dos normas ordinarias que antepone a un Convenio Internacional en materia de derechos humanos y que, al regular la materia, modifica automáticamente las condiciones en que las autoridades impugnadas ejercen sus atribuciones.

1.6.2 Otros aspectos

Vale la pena hacer notar que las instituciones a las cuáles más recurrentemente la Corte les solicita sus alegatos sobre la problemática en un 99% de los casos siempre utilizan los mismos alegatos presentados por las empresas de exploración y explotación, convirtiéndose en sus defensoras de oficio. Dentro de ellas encontramos la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio Público.¹⁸

El Tribunal supremo electoral siempre aduce no ser el ente responsable de llevar a cabo las consultas referidas en el Convenio 169 de la OIT.

Es importante destacar que en los casos en que las municipalidades han jugado un rol importante en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas las mismas han sido enjuiciadas por las empresas, igual suerte ha corrido el Procurador de los Derechos Humanos quién ha estado ausente del debate

¹⁸ Véase por ejemplo sentencias de la Corte de Constitucionalidad contenidas en expedientes 1643-2005, 1654-2005; 1408-2005, 1179-2005, 2073 y 2129-2005; 3878-2007, 1491-2007, 2130-2005, otros.

desde su valiosa intervención en el caso Sipacapa. .¹⁹

Por último es importante notar como la Corte de Constitucionalidad en el 99.9% de los casos presentados a favor de las empresas de exploración o explotación de recursos naturales no condena en multas a los abogados que auxilian, y el 100% de los casos los exonera de las costas. Esta situación no acontece así cuando el interponente es un pueblo indígena o quién le represente.²⁰

1.6.3 La Corte de constitucionalidad ante las acciones planteadas por los pueblos indígenas en materia de exploración y explotación de recursos naturales.

Los pueblos indígenas y/o sus representantes han acudido a varios órganos de la institucionalidad democrática para intentar hacer valer sus derechos, uno de esos órganos es la Corte de Constitucionalidad. Las principales pretensiones que han sido llevadas ante tal órgano radican básicamente en acciones tendientes a reivindicar su derecho a consulta y participación después de que licencias de exploración y explotación minera han sido implementadas sin respetarles el citado derecho, para solicitar protección frente a graves amenazas a su derecho a un ambiente sano, derecho a la salud, al trabajo, a la tierra, a los recursos naturales.

En términos generales la Corte sobre estos aspectos se ha pronunciado de la siguiente manera:

- a) La Corte ha estimado que en los casos en que se ha otorgado una licencia de exploración o explotación de recursos naturales por parte del Estado de Guatemala sin haber cumplido con lo regulado en el Convenio 169 de la OIT especialmente lo relativo al derecho a consulta y participación, los pueblos indígenas tienen derecho a que se reactive su petición de consulta dentro de la municipalidad respectiva, la consulta tendrá únicamente carácter formal, es decir que la consulta se llevará a cabo sólo para recoger la opinión de las comunidades sin que lo que estas manifiesten sea vinculante en ningún nivel, es decir sin que el mismo pueda incidir en las políticas públicas.
- b) En los casos promovidos para proteger el derecho a la salud, la vida, un medio ambiente sano y la tierra. En un caso promovido por Madre Selva, y resuelto por Corte a través del expediente 123-2007, la Corte estimo que si la empresa ha cumplido con los requisitos establecidos en la Ley de minería para el efecto aún y cuando no se haya cumplido con el derecho a consulta y participación de los pueblos indígenas que podrían ser afectados (aunque no lo refiere expresamente se sobreentiende), no se otorgará la protección constitucional. En este caso se multó a los profesionales patrocinantes.

Las características de las resoluciones se mantienen e incluso la defensa que las instituciones del Estado desarrollan de las empresas que recurren a la Corte. La falta de acceso a la justicia de los pueblos indígenas en derechos humanos tan elementales como el derecho a la consulta y participación hacen cada día más frágil nuestra democracia extremo que se agudiza con la pretensión del Organismo Ejecutivo de imponer un reglamento nulo de pleno derecho por contener violaciones a derechos

¹⁹ Véase por ejemplo la sentencia de la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 3878-2007.

²⁰ Para un ejemplo véanse sentencias de la Corte de Constitucionalidad 1643-2005; 1654-2005; 1408-2005, 1179-2005, 2073 y 2129-2005.

humanos fundamentales y ser abiertamente un instrumento que busca favorecer los intereses económicos a costa del sacrificio del desarrollo de los pueblos de Guatemala.

CAPITULO II

ANALISIS LEGAL SOBRE LA REGULACIÓN PROPUESTA POR EL ORGANISMO EJECUTIVO

2.1 EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL REGLAMENTO PROPUESTO POR EL ORGANISMO EJECUTIVO

2.1.1 Compromisos de carácter vinculante asumidos por el Estado de Guatemala en el ámbito internacional en la materia

El Estado de Guatemala ratificó el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales con fecha 30 de septiembre de 1978, Así mismo ratificó el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos con fecha 30 de marzo de 1978 De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala en sus artículos 44, 46, 157 y 172 inciso L los tratados internacionales al ser ratificados por el Estado de Guatemala pasan a formar parte del derecho interno y en el caso de los derechos humanos estos tienen supremacía sobre el derecho interno.

De conformidad con el artículo 1 de cada uno de los Pactos citados, el Estado de Guatemala esta obligado a respetar y garantizar los siguientes derechos:

- n) El derecho de los pueblos a su libre determinación, de conformidad con este los pueblos tienen el derecho de establecer libremente su condición política y determinar su desarrollo económico, social y cultural.
- o) Así mismo los pueblos tienen el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. En ningún caso los pueblos podrán ser privados de sus propios medios de subsistencia.
- p) Así también de conformidad con el artículo 2 de los citados pactos el Estado de Guatemala tiene la obligación de garantizar estos derechos, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para ello el Estado deberá adoptar las medidas de toda índole oportunas para hacer efectivos estos derechos.

En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte interamericana de derechos humanos se refirió al derecho a la libre determinación de los pueblos en su interpretación de los derechos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales bajo el artículo 21 de la Convención Americana.

La Corte observó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha considerado que el artículo 1 común de los Pactos es aplicable a los pueblos indígenas.

De lo expuesto tanto por el Comité como por la Corte se desprende que el Estado de Guatemala esta obligado a respetar y garantizar el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, este derecho implica por lo menos dentro del marco de lo establecido por los pactos lo siguiente:

- a) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a determinar libremente su condición política.
- b) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a decidir y promover su propio modelo de desarrollo económico, social, cultural, etc.
- c) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” y a que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”.

El Estado tiene la obligación de adoptar las medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar el derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades indígenas y tribales sobre dicho territorio.²¹

La Corte Interamericana de derechos humanos consideró que las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 b. de la Convención Americana sobre derechos humanos relativos a que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados *le impedirían interpretar* lo dispuesto en el artículo 21 de la misma Convención relativo a que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social, a que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley, y que tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley, en forma tal que se restringiera su goce y ejercicio a un grado menor que aquel reconocido en los Pactos de la ONU.

Por lo tanto, la Corte concluyó que el artículo 21 de la Convención Americana incluye el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico, lo cual a su turno contiene el derecho a disfrutar de la relación espiritual particular con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente.

²¹ Este derecho también está regulado en el artículo 67 de la Constitución Política de la República de Guatemala, mediante el cual el Estado deberá proteger especialmente y garantizar la posesión de la propiedad agraria, patrimonio familiar, vivienda, propiedad comunal o colectiva de los pueblos indígenas con ánimo de garantizar su desarrollo. En el citado artículo también se establece al Estado la obligación de respetar y garantizar las tierras que históricamente pertenecen a los pueblos indígenas y que estos han administrado, las cuales se mantendrán bajo sus propios sistemas.

De conformidad con el artículo 2 de ambos Pactos el Estado de Guatemala esta obligado a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos consignados en los pactos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquiera otra condición social.

Para tal efecto el Estado debe adoptar todas las medidas económicas y técnicas, legislativas o de cualquier índole para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

Sobre este particular la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969), establece la obligación del Estado de Guatemala de interpretar de buena fe el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de derechos civiles y políticos, teniendo en cuenta el objetivo y propósito, el sentido ordinario, el trabajo preparatorio y la práctica pertinente. En este sentido el Estado de Guatemala deberán en todo momento actuar de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que ha aceptado conforme a ambos pactos y el resto de instrumentos internacionales que se citaran en el transcurso del presente documento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “... Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (cfr. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982). “La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra ‘ley’ en su sentido material y no formal. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención ... La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado” (cfr. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994).

También en relación con la obligación general contenida en el artículo 2 de los Pactos, la Corte interamericana ha afirmado en varias oportunidades que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*).

Así también en Los principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales se establece que los derechos económicos, sociales y culturales forman parte integral del derecho internacional de derechos humanos en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes se deberá dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

El Estado de Guatemala también ha reconocido el derecho y su obligación de respetar el derecho de autodeterminación de los Pueblos indígenas a través de la Declaración de Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas según lo establecido en los artículos 3, 5, 11, 15, 18, 19, 20, 23, 32, 34, y 38.

Según la Declaración los Pueblos Indígenas tienen el derecho a su libre autodeterminación lo que incluye entre otros los siguientes derechos:²²

- a) El derecho a la autonomía y al autogobierno.
- b) El derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, culturales, sociales, manteniendo a la vez el derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.
- c) El derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus derechos, por conducto de los representantes elegidos por ellos mismos, de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.
- d) El derecho de determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.
- e) El derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Esto implica el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.
- f) El derecho a la determinación y elaboración de prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
- g) El derecho a ser consultados de buena fe por parte del Estado, bajo sus propios procedimientos y mediante sus autoridades a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Estos mismos aspectos relativos al derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas son desarrollados por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en su Preámbulo y en sus artículos 5, 6, 7, 8, 13, 14, 15, , Sobre Pueblos Indígenas y Tribales ratificado por el Estado de Guatemala el 5 de junio de 1996.²³

²² Mediante la suscripción del Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos indígenas, suscrito en México, D.F el 31 de Marzo de 1995, el Estado de Guatemala asumió el compromiso de promover la aprobación del proyecto de Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas ante la ONU.

²³ Mediante la suscripción del Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos indígenas, suscrito en México, D.F el 31 de Marzo de 1995, el Estado de Guatemala se comprometió a ratificar y dar efectividad práctica al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

El citado Convenio establece como derechos mínimos de los pueblos indígenas relativos a la autodeterminación los siguientes:

- a) El Preámbulo reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, etc.
- b) El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados de buena fe mediante sus propios procedimientos y través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas de cualquier tipo susceptibles de afectarles con la finalidad de alcanzar un acuerdo.
- c) El derecho a participar en la administración, utilización y conservación de sus recursos.
- d) El derecho a la protección y respeto a sus valores, prácticas sociales, religiosas y espirituales, instituciones.
- e) El derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que este afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera, y de controlar, su propio desarrollo, económico, social y cultural.
- f) Derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes, y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
- g) El derecho a que se respete y tome en cuenta su derecho consuetudinario.
- h) El derecho a que se respete su tierra y los territorios que ocupan o utilizan de alguna u otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación. El derecho al territorio implica el derecho a la totalidad del hábitat e las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.
- i) El derecho al respeto y reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan. Dentro de estos el derecho a que el Estado tome las medidas de salvaguarda de los pueblos interesados a utilizar las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.
- j) El derecho a la administración, utilización y conservación de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras.
- k) El derecho al reconocimiento y respeto a sus modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra, establecidos por ellos mismos, derecho que está protegido contra los abusos o la apropiación indebida que terceros incluido el propio Estado pretenda implementar.
- l) El derecho a la protección de sus territorios y tierras contra toda intrusión de terceros no autorizada por los propios pueblos.

De conformidad con la Convención Americana sobre derechos humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” ratificada por el Estado de Guatemala el 30 de marzo de 1978, en sus artículos 1, 2, 26, 27, y de Conformidad con la Carta de la Organización de Estados Americanos en su artículo 34, 45 el Estado de Guatemala está obligado entre otras cosas a:

- a) Respetar los derechos y libertades reconocidas por la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- b) Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en la Convención y en la Carta de Estados Americanos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos

constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

- c) Dentro de los derechos garantizados en la Convención y en la Carta de Estados Americanos se encuentran la obligación del Estado de Guatemala de adoptar todas las providencias tanto a nivel interno como internacional para lograr la plena efectividad de los derechos a la justicia social, la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica, la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, y *la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo.*
- d) Así mismo dentro de las obligaciones del Estado de Guatemala se encuentra el deber de incorporación de manera creciente la participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático. El estímulo a todo esfuerzo de promoción y cooperación populares que tenga por fin el desarrollo y progreso de la comunidad;
- e) *En aquiescencia también con los instrumentos citados el Estado de Guatemala está obligado a implementar justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad;*

2.1.2 Compromisos del Estado de Guatemala de conformidad con la legislación interna relativo al derecho de autodeterminación de los pueblos

Sobre la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a la legislación interna y su supremacía

El artículo 149 de la Constitución política de la República de Guatemala, al definir los parámetros dentro de los cuales se llevarán a cabo las relaciones del Estado de Guatemala con la comunidad internacional, indica que Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.

En cuanto al ejercicio del poder del Estado, la Constitución regula en su artículo 152 que el poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley.

Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio. Esta disposición es complementada por el artículo 153 de la misma Carta Magna que prevé que: el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República.

En ese sentido, la Constitución reconoce la facultad legislativa con carácter exclusivo al Congreso de la República de Guatemala en los siguientes términos: La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

De tal forma que, a pesar de que el artículo 183 constitucional regula que “Son funciones del Presidente de la República: ...o) Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.” La exclusividad de

facultad legislativa, se expresa en el artículo 171 de la misma Ley fundamental que prevé: “Corresponde también al Congreso: ...a. Decretar, reformar y derogar las leyes;...l. Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios....”.

En ese orden de ideas, los Convenios o Tratados internacionales ratificados por Guatemala pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional ya que para su ratificación se requiere de tal incorporación al derecho interno. En este sentido el Estado de Guatemala ha reconocido los derechos de los pueblos indígenas citados y está obligado a darles respetarlos, garantizar su cumplimiento y promoverlos, incluido el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas.²⁴

Ahora bien, la Constitución establece una jerarquía jurídica rígida en su artículo 175 al establecer que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

Esta rigidez, no obstante, reconoce dos excepciones; la primera, relativa al reconocimiento de derechos humanos, que se encuentra prevista en el artículo 44 en los siguientes términos: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Al tenor del contenido literal del artículo, los alcances del artículo 175 de la Constitución, en materia de derechos humanos, se limitan a los casos en que la normativa establezca una restricción a los derechos ya reconocidos por la misma pero que no resulta aplicable en los casos de reconocimiento de nuevos derechos.

De la misma forma, en el caso de los derechos humanos reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo Sobre Pueblos Indígenas y tribales, la Declaración de Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención Americana sobre derechos humanos o “Pacto de San José de Costa Rica, la Carta de la Organización de Estados Americanos, a los mismos no resultan oponibles los derechos a través de los cuales se realizan fines particulares, ante los cuales prevalece el interés social.

Esta misma excepción a la rigidez de la jerarquía normativa, es complementada por el artículo 46 de la Constitución: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

La segunda excepción a la que hicimos referencia, es constituida por los derechos laborales y se encuentra prevista en el artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala de la siguiente manera: “Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores,

²⁴ La Corte de Constitucionalidad al respecto ha sostenido: “...el decreto del Congreso en virtud del cual se ratifica un tratado sólo es el medio por el cual el Estado incorpora a su ordenamiento jurídico su contenido...” Gaceta No. 43, expediente No. 11-96, página 13, sentencia de fecha 5 de febrero de 1997.

susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva.

Serán nulas ipso jure y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo.

En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.”

Sobre esto se pronunció la Corte de Constitucionalidad en la opinión consultiva relativa al Convenio 169 de la OIT contenida en el expediente 199-95, del 18 de mayo del año 2005, en el sentido que la supremacía de los instrumentos de derechos humanos sobre el derecho interno debe entenderse como el reconocimiento de la Constitución a la evolución en materia de derechos humanos. **Por ello, en esta oportunidad la Corte estimó que el Convenio 169 de la OIT no contraviene la Constitución. Y en el mismo sentido** en Sentencia que obra en el Expediente 3878-2007 (2009), Considerando V: la Corte de Constitucional ha interpretado que la consulta es “un derecho fundamental de carácter colectivo” integrado plenamente en el bloque de constitucionalidad guatemalteco.

Por otro lado, el Convenio 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, regula además garantías laborales para los pueblos indígenas y; en tal sentido, en el mismo se realizan las dos excepciones a la jerarquía normativa que reconoce la Constitución guatemalteca y por ello, aún y cuando el mismo en su incorporación al ordenamiento jurídico nacional haya observado la forma de una norma de carácter ordinario, sus disposiciones desarrollan y amplían el reconocimiento de derechos humanos realizado por la Constitución en donde priva el interés social.

Sobre otras regulaciones en el ámbito interno

Por otro lado, en el ámbito nacional *el derecho a la libre autodeterminación de los Pueblos Indígenas también está contenido en los Acuerdos de Paz y la Ley Marco para el cumplimiento de los Acuerdos de Paz Decreto 52-2005 del Congreso de la República de Guatemala. La Ley marco para el cumplimiento de los Acuerdos de Paz da a estos el carácter de Compromisos de Estado de alcance constitucional para proteger a la persona y a la familia, realizar el bien común y para garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, el cual debe cimentarse sobre un desarrollo participativo, que promueva el bien común y, que responda a las necesidades de la población.*

Específicamente el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas suscrito en México, D.F. el 31 de marzo de 1995 por el Gobierno de la República de Guatemala y por la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca establece al Estado las siguientes obligaciones en el marco del derecho de libre autodeterminación de los pueblos indígenas:

- a) A reconocer, respetar y promover las formas de organización propias de los pueblos indígenas, el papel de sus autoridades constituidas de acuerdo a sus normas consuetudinarias.

- b) El derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a sus procesos de desarrollo y en particular con lo que atañe a la salud, educación, infraestructura, cultura, etc.
- c) El derecho de la creación y dirección de sus propias instituciones, el control sobre su desarrollo, el derecho a ejercer libremente sus derechos políticos.
- d) El derecho a ser consultados obligatoriamente cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles y el derecho al reconocimiento de su derecho consuetudinario.
- e) El derecho al reconocimiento comunal, colectivo, individual, de posesión/o propiedad y otros derechos reales sobre sus tierras y territorios.
- f) El derecho a disponer de sus recursos naturales.
- g) El derecho del reconocimiento del derecho sobre las tierras y recursos que no estén ocupados por las comunidades pero a las que estas hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, así como sus actividades espirituales.
- h) El derecho a participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales de sus tierras y territorios.
- i) ***El derecho de dar su opinión favorable previa la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar su subsistencia y el modo de vida.***
- j) ***El derecho a la administración de sus tierras de acuerdo a sus normas consuetudinarias.***
- k) El derecho a su propia cultura, espiritualidad, al uso del traje, al idioma, el acceso a la ciencia y tecnología.

2.2 EL DEBER DEL ESTADO DE CONSULTAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado entre otras cosas, de los procesos de invasión y enajenación de sus tierras, territorios y recursos lo que les ha impedido ejercer en particular su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses. Consciente de este despojo histórico y del derecho que les asiste sobre sus tierras y territorios ancestrales, el Estado de Guatemala asumió a través de la suscripción de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de los Acuerdos de Paz y de otras disposiciones internas el compromiso de promover y respetar los derechos de estos pueblos. Dentro de ellos principalmente el derecho de los pueblos indígenas de determinar su situación política y de participar y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Esta afirmación responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten.

Para cumplir con este cometido tal y como lo establece la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 y otros instrumentos que citaremos a continuación, el Estado de Guatemala deberá forzosamente consultar a los pueblos indígenas atendiendo sobre todo a que los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento.

En consonancia con esos principios, el deber del Estado de Guatemala de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como pueblos independientes en las tierras en que, por su cultura, están arraigados y por derecho les corresponden desde antes del proceso de invasión.

Los Artículos 17, 18, 19, 23, 28, 30, 38 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos indígenas, constituyen Obligaciones mínimas del Estado de Guatemala respecto al deber de consultar a los pueblos indígenas en los campos siguientes:

- a) El deber del Estado de implementar consultas de buena fé a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de la adopción de decisiones y medidas legislativas o de otra índole en las cuestiones que puedan afectarles en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Es decir siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.
- b) Las Consultas deberán hacerse por medio de los procedimientos decididos libremente por estos pueblos, a través de sus propias autoridades y a través de sus propias instituciones.
- c) Todas las cuestiones relativas a las tierras o territorios de los pueblos indígenas y de los recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado de otra forma deben ser consultados por el Estado y se debe obtener el consentimiento, libre, previo e informado de los pueblos indígenas de lo contrario el Estado incurre en responsabilidad y está obligado a la reparación, restitución e indemnización por los daños que ocasione.
- d) El deber del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas respecto antes de utilizar sus territorios y tierras para usarlos con fines militares.
- e) Cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.

Al igual que la Declaración, el Convenio 169 de la OIT²⁵, exige a los Estados celebrar consultas de manera apropiada y de buena fe con los pueblos indígenas con la finalidad de lograr su consentimiento o de llegar a un acuerdo sobre todos los puntos a los que se refiere el Convenio.

En este sentido tanto la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT CEACR, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del trabajo –CAN- como los diversos Comités tripartitos que se han instalado para analizar las violaciones al Convenio 169 de conformidad con el artículo 24 de la Constitución de la OIT, puntualmente para los casos de Guatemala, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Dinamarca, Ecuador, México y Perú, han manifestado que *el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo.*

El párrafo 1 del artículo 6 establece la obligación de los Estados que ratifiquen el Convenio de consultar a los pueblos indígenas dentro de su territorio. En dicho párrafo se dispone que:

Al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán:

²⁵ Véanse los artículos, 2, 1); 2, 2), b); 6; 7 y 15, 2

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

El requerimiento de la consulta debe ser considerado a la luz del principio fundamental de la participación, expresado en los párrafos 1 y 3 del artículo XXX en el sentido que establece que:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

Siendo que el Estado de Guatemala es parte del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el contenido del Convenio 169 de la OIT y lo establecido en el artículo 2, 1); 2, 2), b); 6; 7 y 15, 2 del mismo, debe ser analizado a la luz de la obligación contraída por el Estado en los artículos 1 y 2 de los citados Pactos relativos al derecho a la libre autodeterminación de los pueblos.

Teniendo en cuenta esto el Estado de Guatemala está obligado a respetar y garantizar el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y en este sentido el derecho de consulta de los pueblos indígenas será el instrumento a través del cual el Estado reconocerá, promoverá y respetará entre otros lo siguiente:

- a) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a determinar libremente su condición política.
- b) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a decidir y promover su propio modelo de desarrollo económico, social, cultural, etc.
- c) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” y a que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”.

En consonancia con lo expuesto, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados.

2.3 INCUMPLIMIENTO Y NEGATIVA DEL DEBER DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

*Tal y como quedo demostrado anteriormente de conformidad con la legislación nacional y con los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes para el Estado de Guatemala, éste ha tenido y tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que les afecte, incluyendo cualquier medida administrativas o legislativas que tenga un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas, con el ánimo de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*²⁶

Así mismo tal y como quedo establecido el Estado de Guatemala está obligado y ha estado obligado a respetar en el marco del derecho a la libre autodeterminación de los Pueblos indígenas los procedimientos decididos libremente por estos pueblos para llevar a cabo las consultas, sus autoridades y sus instituciones.

El Relator Especial de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha formulado la obligación general en los términos siguientes: “De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos. El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”.²⁷

²⁶ Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales ratificado por el Estado de Guatemala con fecha 30 de septiembre de 1987, El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos ratificado por el Estado de Guatemala con fecha 21 de febrero de 1992, El Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo Sobre Pueblos Indígenas y tribales, ratificado por el Estado de Guatemala el 5 de junio de 1996, la Declaración de Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención Americana sobre derechos humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, ratificada por el Estado de Guatemala en 30 de marzo de 1978, la Carta de la Organización de Estados Americanos ratificada por el Estado de Guatemala el 9 de mayo de 1951.

²⁷ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, Párrafos. 62-63.

El derecho a la consulta, y el deber Estatal correlativo, se vinculan con múltiples derechos humanos tal y como ha expresado el Relator especial de naciones unidas en la materia “este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad (...). De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. (...) En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados.”²⁸

En particular este derecho está íntimamente ligado con el derecho a la participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, tal y como fue interpretado por la Corte Interamericana en el caso YATAMA versus. Nicaragua. El artículo 23 reconoce el derecho de “todos los ciudadanos” a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a **“participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos...desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”**.²⁹

²⁸ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

²⁹ Las negrillas son nuestras. El Convenio No. 169 de la OIT obliga a los Estados a consultar con los pueblos indígenas, de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento, sobre asuntos que les afectan en distintos contextos; ver los arts. 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 del Convenio. En los términos de un Comité Tripartito del Consejo de Administración la OIT, “el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio No. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo” [Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párr. 31. Citado por: ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 39.] Ver, entre otros, los artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 de la Declaración de la ONU. El Relator Especial de las Naciones Unidas ha formulado la obligación general en los términos siguientes: “De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos. // El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”. ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 62-63.

Sobre los representantes de los pueblos indígenas y los procedimientos que deben seguirse para la consulta también la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en reiteradas ocasiones especialmente sobre que la representación de estos pueblos durante los procesos de consulta debe ser la que determine el propio pueblo afectado de conformidad con su tradición, y habiendo tenido en cuenta la voluntad de la totalidad del pueblo canalizada a través de los mecanismos consuetudinarios correspondientes. En relación con el deber estatal de desarrollar procesos de consulta con el pueblo Saramaka, la Corte Interamericana estableció que “los *Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas*”, y *quiénes les representarán ante el Estado para estos propósitos: “Al declarar que la consulta se debe realizar de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal*”. La Corte concluyó que “consecuentemente, el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal. Una vez realizada la consulta, el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos.”³⁰

Además el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. **El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos.** La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basada en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio.

No obstante ello, en la exposición de motivos de Reglamento propuesto el Organismo Ejecutivo se plantea lo siguiente: “El Gobierno de la República observa que el Derecho de Consulta contenido en el Convenio 169 de la OIT, **no es autoejecutable por cuanto no ha podido ser aplicado en forma inmediata**, carece de suficiente especificación para ser aplicada administrativamente o judicialmente en casos concretos **y por lo tanto, necesita de una acción legislativa, regulatoria, normativa o administrativa**, para que resulte garantizado el derecho internacionalmente reconocido, por ello para **garantizar la gobernabilidad, así como otorgar certeza y seguridad jurídica al proceso de consulta y sus resultados**, el Presidente Constitucional de la República de Guatemala, Ingeniero Álvaro Colom Caballeros...”

*(...) pero sobre todo uno de los instrumentos para incorporar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes al ordenamiento jurídico interno...”*³¹

³⁰ Las negrillas y cursivas son nuestras. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie Caso Numero. 185, párrafo 15, 18, 19.

³¹ Las negrillas y cursivas de los párrafos citados respecto a la Exposición de motivos y considerandos del Reglamento propuesto son nuestros.

Al respecto debe acotarse que la incorporación de un Convenio o Tratado Internacional al Derecho Interno; es facultad exclusiva del Congreso de la República de Guatemala de Conformidad con el artículo 157 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual ha sido reconocido por la Corte de Constitucionalidad al resolver "...el decreto del Congreso en virtud del cual se ratifica un tratado sólo es el medio por el cual el Estado incorpora a su ordenamiento jurídico su contenido..."³²

Si trata de ejercitar una función reglamentaria, que debiese estar conferida por el mismo tratado, existen igualmente limitaciones, como la que reconoce la Corte de Constitucionalidad al resolver: "El Presidente de la República, constitucionalmente está facultado para la emisión de disposiciones reglamentarias, siempre y cuando, éstas cumplan la función de desarrollar las leyes sin alterar su espíritu; de lo contrario se generará un vicio de inconstitucionalidad, que obligará a su expulsión del ordenamiento jurídico..."³³

Por su parte el artículo 1 del citado cuerpo legal plantea. "**Artículo 1. Objeto. El objeto de este reglamento es establecer el procedimiento para el ejercicio del derecho a la consulta**³⁴ de buena fe de los pueblos indígenas, según lo consignado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes."

Estas citas textuales del Reglamento propuesto por el Organismo Ejecutivo examinadas a la luz de la legislación nacional y de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, violan los derechos fundamentales de los pueblos indígenas dentro de ellos:

- a) El Estado de Guatemala se niega a través del Reglamento propuesto **a regular su deber de consultar a los pueblos indígenas** sobre todas las medidas que puedan afectarles en las que tenga participación el Organismo Ejecutivo, pretendiendo evadir su responsabilidad legal y **atribuyéndose facultades para regular el derecho de consulta de los pueblos indígenas que forma parte del derecho consuetudinario y de su derecho al autogobierno y a la libre autodeterminación.** Siendo que el objeto del reglamento está planteado en violación a la normativa vigente del país y siendo que desde el principio se incurre en un error substancial de omisión de deberes por parte del Estado y de una política injerencista, **discriminativa y excluyente sobre los pueblos indígenas el mismo no tiene razón de ser y no podría tenerla ningún reglamento o ley que pretenda regular el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.** ("Artículo 1. Objeto. El objeto de este reglamento es establecer el procedimiento para el ejercicio del derecho a la consulta...").
- b) Así mismo a través de esta regulación en el Reglamento el Estado de Guatemala desconoce el derecho consuetudinario ancestral de los pueblos indígenas y el derecho a las consultas que históricamente estos pueblos han hecho. En este sentido se pronunció el Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en su informe A/HRC/16/xx, James Anaya "El Relator Especial ya ha señalado que la consulta es aplicable incluso en ausencia de un marco legislativo interno (*supra*, párrs. 15-17, 24)."

³² Gaceta No. 43, expediente No. 11-96, página 13, sentencia de fecha 5 de febrero de 1997.

³³ Gaceta No. 59, expediente No. 674-00, página No. 52, sentencia de 29 de marzo de 2001.

³⁴ Las negrillas y las cursivas del presente artículo y de los siguientes citados del reglamento son nuestras salvo las negrillas relativas al artículo y su epígrafe que obran en la propuesta de reglamento original.

Así mismo el Relator señaló en su informe A/HRC/16/xx, James Anaya “A pesar de las obligaciones internacionales del Estado guatemalteco y de los compromisos adquiridos en su legislación interna, no existe actualmente en Guatemala un marco jurídico e institucional adecuado para llevar a cabo el deber estatal de consulta a los pueblos indígenas. Este vacío normativo ha sido señalado por diversos organismos internacionales, como la Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, así como por organismos internos dotados de autoridad, como la Corte Constitucional²⁰ y la Comisión de Transparencia del Congreso, entre otros.”³⁵

- c) El Organismo Ejecutivo desconoce que los derechos de los pueblos indígenas ratificados por el Estado de Guatemala a nivel internacional a través de tratados y convenios forman parte del derecho interno y en consecuencia son una obligación fundamental del Estado de Guatemala respecto a los pueblos indígenas. *“(…) pero sobre todo uno de los instrumentos para incorporar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes al ordenamiento jurídico interno...”³⁶.*
- d) En el mismo sentido el Organismo Ejecutivo en violación a la legislación nacional e internacional aduce que el Reglamento de su propuesta es necesario en virtud que hace falta en el país una ley o disposición legal que haga autoejecutable el derecho de consulta de los pueblos indígenas *“por cuanto no ha podido ser aplicado en forma inmediata, carece de suficiente especificación para ser aplicada administrativamente o judicialmente en casos concretos y por lo tanto, necesita de una acción legislativa, regulatoria, normativa o administrativa, para que resulte garantizado el derecho internacionalmente reconocido, por ello para garantizar la gobernabilidad, así como otorgar certeza y seguridad jurídica al proceso de consulta y sus resultados, el Presidente Constitucional de la República de Guatemala, Ingeniero Álvaro Colom Caballeros...”*

Con esta afirmación el Estado de Guatemala se niega a reconocer y cumplir sus obligaciones respecto a:

- i) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a determinar libremente su condición política.
- ii) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a decidir y promover su propio modelo de desarrollo económico, social, cultural, etc.
- iii) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” y a que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”.

Y que se ha comprometido internacionalmente a través de Convenios y tratados internacionales y de la legislación nacional a garantizar, reconocer y promover estos derechos *y que en consecuencia no se necesita en el país un Reglamento que regule el derecho de consulta, o el proceso de consulta de los pueblos indígenas porque este está establecido en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas como bien lo han manifestado los Órganos del Sistema Interamericano, la Corte interamericana de Justicia y los propios Órganos de Control de la Organización internacional del trabajo.*

³⁵ Ibíd. Nota 34

³⁶ Ibíd. Nota 31

En este sentido más bien lo que se necesita es la voluntad política de respetar el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y la voluntad política de promover la obligación del Estado de Guatemala del deber de consulta.

Esto ha sido señalado por la Comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT respecto a sus observaciones para el Convenio 169 en el caso de Guatemala del año 2010. “Con relación a la aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio en el presente caso, la Comisión toma nota de la indicación del Ministerio de Energía y Minas acerca de que se encuentra en la imposibilidad de realizar consultas de conformidad con el Convenio debido a la falta de una regulación específica sobre esta materia. Indica, además, que ante la inexistencia de tal normativa el Ministerio debe cumplir con la Ley de Minería actualmente en vigor que «contempla una serie de requisitos que debe cumplir el interesado en obtener una licencia minera y que una vez satisfechos imponen a la administración - no facultan - lo obligatoriedad de otorgar la licencia». Señala igualmente que el Ministerio ha instado a los interesados en obtener licencias a tener acercamientos con las comunidades indígenas e informarles a cabalidad sobre sus proyectos. La Comisión toma nota de que, según la memoria del Gobierno, se creó una mesa de diálogo entre el Gobierno y representantes de las comunidades afectadas para analizar la situación.

La Comisión desea señalar a la atención del Gobierno que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente, se desprende directamente del Convenio independientemente de que se haya reflejado o no en algún texto legislativo nacional específico. Asimismo, desea señalar que es el Gobierno el que tiene la obligación de asegurarse de que los pueblos indígenas sean consultados de conformidad con el Convenio y no los particulares o las empresas privadas. Subraya además que las disposiciones del Convenio en materia de consulta deben leerse junto con el artículo 7 en el que se consagra el derecho de los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades de desarrollo y de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente. Al respecto recuerda que en su observación general de 2008 sobre el Convenio, la Comisión destacó que «no realizar dichas consultas y no dejarles participar tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas y tribales». Subraya asimismo que el artículo 7, 3), del Convenio dispone que los gobiernos deben velar por que se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades previstas puedan tener sobre estos pueblos y que el artículo 15, 2) prevé que deben realizarse consultas a fin de determinar si los intereses de los pueblos indígenas se pueden ver perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Agrega además que, según dispone el artículo 7, 4), del Convenio, los gobiernos deben tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

Asimismo el Relator de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas en su **en su informe** A/HRC/16/xx, James Anaya “Para algunos sectores gubernamentales, la falta de regulación interna de la consulta ha sido entendida como la ausencia de una obligación vigente de consultar. Desde la perspectiva del derecho internacional, sin embargo, esta posición no es sostenible. Los tratados internacionales de derechos humanos son de obligado cumplimiento por todos los entes del Estado, independientemente de consideraciones de orden interno. En relación con el Convenio 169 de la OIT”³⁷

³⁷ Vid nota 31

En el mismo sentido se pronunció el Relator en el informe citado anteriormente en la parte de **Recomendaciones al Gobierno y a otras instancias del Estado “78. El Relator Especial recomienda avanzar urgentemente hacia la discusión y aprobación de un instrumento jurídico que regule un mecanismo formal para el ejercicio del deber estatal de consultar a los pueblos indígenas en relación con la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten, de conformidad con los estándares mínimos fijados en las normas internacionales (supra, párrs. 35- 50).”**

Al respecto también la Corte Constitucional en el Expediente 3778-2007 (2009), Considerando IV (h). Ha señalado que la ausencia de reglamentación interna “no puede ser considerada valladar infranqueable para cumplir ese cometido, pues ello equivaldría a admitir que la pasividad del poder público tuviera como resultado legítimo vaciar de contenido a aquél”. El Relator Especial ha comunicado al Gobierno de Guatemala su posición de que el contenido de aquel texto no responde plenamente a los estándares internacionales.

- e) El Organismo Ejecutivo pretende limitar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas reconocidos en la legislación internacional que le son vinculantes dentro de ellos los reconocidos en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo Sobre Pueblos Indígenas y tribales en su sentido amplio, la Declaración de Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención Americana sobre derechos humanos o “Pacto de San José de Costa Rica, la Carta de la Organización de Estados, y los contenidos en la legislación nacional dentro de los Acuerdos de Paz como compromiso de Estado, la Ley Marco para los Acuerdos de Paz y El Código Municipal, a un derecho de consulta formal, implementado de mala fe desde su conformación que debe considerarse como una injerencia del Estado en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Esta conclusión se obtiene de la revisión de los artículos 1, 3 y 11 del Reglamento propuesto por el Presidente de la República:

“Artículo 1. Objeto. El objeto de este reglamento es establecer el procedimiento para el ejercicio del derecho a la consulta de buena fe de los pueblos indígenas, ***según lo consignado en el Convenio 169*** de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.”

“Artículo 3. Ámbito de aplicación: El presente reglamento se aplicará por las instituciones del Organismo Ejecutivo, cuando se pretenda la emisión de medidas administrativas o regulatorias susceptibles de afectar directamente ***los derechos de los pueblos indígenas contenidos y reconocidos en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo*** Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes.

Artículo 11. Mecanismos de consulta: Los mecanismos de consulta cumplen la finalidad de aproximar y generar puntos de visión compartidos de los sectores interesados en realizar los objetivos sociales, económicos, culturales y ambientales ***que conciernen a los bienes del Estado de conformidad con el Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala***, generando la oportunidad de dialogar, intercambiar información y opiniones acerca de las implicaciones que conlleva para las

comunidades relacionadas desde una perspectiva integral que incluya entre otras, variables económicas, sociales, culturales y ambientales.³⁸

Artículo 2. Definiciones. Para los efectos del presente reglamento se entenderá por: (...), **d) Circunscripción geográfica:** Espacio territorial susceptible de ser influenciado directamente por disposiciones o acciones que provengan de medidas administrativas o regulatorias en el ámbito del poder ejecutivo.

Artículo 5: Fin. El proceso de consulta tiene como fin la participación local de los pueblos indígenas ubicados en la circunscripción geográfica donde incidirán las medidas consultadas...”

Como se constata del articulado citado el Estado de Guatemala pretende disminuir en el ordenamiento jurídico a través de un Reglamento toda la normativa internacional y nacional relacionada con el derecho a consulta de los pueblos indígenas limitando las consultas únicamente al aspecto del Convenio 169 de la OIT relacionado con los Bienes del Estado establecido en el Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual establece:

Artículo 121.-Bienes del Estado. Son bienes del Estado:³⁹

- a) Los de dominio Público;
- b) Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirvan de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;
- c) Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;
- d) La zona marítima terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;
- e) El subsuelo, los yacimiento de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas e inorgánicas del subsuelo;
- f) Los monumentos y las reliquias arqueológicas;
- g) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privativo que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y
- h) Las frecuencias radioeléctricas.

Esta disposición es contraria la propia naturaleza del Convenio 169 de la OIT puesto que este en su artículo 35 establece que la aplicación de las disposiciones del Convenio no deberán menoscabar los derechos y las ventajas garantizadas a los pueblos indígenas en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, costumbres o acuerdos nacionales.

Así mismo el Estado pretende limitar su derecho y deber de consulta únicamente en caso de que las medias a aplicarse por parte del Estado afecten directamente el espacio territorial de los pueblos indígenas relacionado con los bienes citados en el artículo 121 de la Constitución política de la República. De esta manera el Estado desconoce lo estipulado en el artículo 67 de la Constitución Política

³⁸ Las negrillas y cursivas de los tres artículos citados son nuestras.

³⁹ Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

de la República respecto a su obligación de proteger y garantizar a las comunidades y pueblos indígenas su derecho a mantener las tierras que históricamente les pertenecen.

Estas disposiciones reglamentarias violan la legislación vigente en el país en materia de derechos de los pueblos indígenas y principalmente los Artículos 17, 18, 19, 23, 28, 30, 38 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos indígenas, que constituyen Obligaciones mínimas del Estado de Guatemala respecto al deber de consultar a los pueblos indígenas en los campos siguientes:

- a) El deber del Estado de implementar consultas de buena fé a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de la adopción de decisiones y medidas legislativas o de otra índole en las cuestiones que puedan afectarles en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. **Es decir siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.**
- b) Todas las cuestiones relativas a las tierras o territorios de los pueblos indígenas y de los recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado de otra forma deben ser consultados por el Estado y se debe obtener el consentimiento, libre, previo e informado de los pueblos indígenas de lo contrario el Estado incurre en responsabilidad y esta obligado a la reparación, restitución e indemnización por los daños que ocasione.
- c) El deber del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas respecto antes de utilizar sus territorios y tierras para usarlos con fines militares.
- d) Cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.

Al igual que la Declaración, el Convenio 169 de la OIT⁴⁰, exige a los Estados celebrar consultas de manera apropiada y de buena fe con los pueblos indígenas con la finalidad de lograr su consentimiento o de llegar a un acuerdo sobre todos los puntos a los que se refiere el Convenio.

Y los artículos 1 y 2 de los Pactos internacionales en materia de derechos humanos respecto de la Obligación del Estado de Guatemala de consultar a los pueblos indígenas con ánimo de garantizar el derecho de los mismos a:

- a) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a determinar libremente su condición política.

⁴⁰ Véanse los artículos, 2, 1); 2, 2), b); 6; 7 y 15, 2

- b) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a decidir y promover su propio modelo de desarrollo económico, social, cultural, etc.
- c) El derecho de los pueblos indígenas de Guatemala a “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” y a que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”. Etcétera.

Es importante notar que el Organismo Ejecutivo pretende eliminar el derecho ancestral de los pueblos indígenas a su tierras y territorios por ello se crea una figura independiente para área geográfica dentro del reglamento propuesto, al hacer esto el Estado omite cumplir entre otros con el Artículo 13 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT que establece: “La utilización del término tierra en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Así mismo esta disposición viola el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los derechos de los pueblos indígenas que reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido y relativo a que los pueblos indígenas tiene derecho a poseer, utilizar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización así como a aquellos que hayan adquirido de otra forma.

Cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena: los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente.

Hay múltiples decisiones que se relacionan con los territorios ancestrales y por lo tanto exigen que el Estado consulte a los pueblos indígenas o tribales afectados; dada la multiplicidad de asuntos que pueden afectar directamente a los territorios ancestrales, habrá una igual diversidad de modalidades de aplicación práctica.

En el caso Saramaka, la Corte interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”:

1. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka;
2. El proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran;
3. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;
4. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;
5. En relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y

6. En relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka.⁴¹

Esta política discriminativa del Estado de Guatemala hacia los pueblos indígenas y esta práctica de Estado de violación sistemática a sus derechos más fundamentales no es ajena a los pueblos de Guatemala.

En este sentido es importante constatar que aún y cuando el Estado de Guatemala asumió el compromiso ante la Organización Internacional del trabajo y dentro del marco de los Acuerdos de Paz de promover toda la infraestructura y normativa necesaria para garantizar los derechos contemplados en el Convenio 169 de la OIT, derechos que forman parte del derecho interno en materia de derechos humanos, a la fecha el Estado no haya hecho más que tratar de generar a través de diversas normativas de carácter ordinario y reglamentario contradicciones y ambigüedades, y negación entre los derechos individuales y los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos, particularmente del derecho a consulta. Lo que evidencia su falta de voluntad política para garantizar una democracia incluyente.

A través del Decreto Número 48-97 del Congreso de la República creó la Ley de Minería, cuerpo normativo que tiene por objeto normar la actividad de reconocimiento, exploración, explotación y en general las operaciones mineras a excepción de las relacionadas con el petróleo, los carburos de hidrógeno, líquidos y gaseosos y las sustancias contenidas en suspensión o disolución por aguas subterráneas siempre que no provengan de un depósito mineral distinto de los componentes de los terrenos.

No obstante que en Guatemala más del 41% de la Población es indígena y que esta actividad está directamente relacionada con los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales contenidos dentro del Convenio 169 de la OIT tales como:

- a) El derecho a sus tierras incluido el derecho a los recursos naturales y a participar de la utilización, administración y conservación de dichos recursos;
- b) En caso de que dichos recursos pertenezcan al Estado, se establezcan o mantengan procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras;
- c) A la determinación previa de los beneficios que reporten tales actividades, indemnizando equitativamente a los pueblos interesados por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades, entre otros.

El gobierno obvió totalmente los derechos consagrados en el Convenio y el mismo parlamento que ratificó el Convenio 169 de la OIT dio vida dentro del ordenamiento jurídico a una Ley totalmente violatoria de los derechos contenidos en los mismos, ello a penas a un año de su ratificación.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie Caso Número. 185, párrafo 16. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie Caso Número 172, párrafo 194(c).

Este mismo patrón de conducta es seguido por el Estado de Guatemala a través del Congreso de la República y a través del Organismo Ejecutivo en otras leyes dentro de las cuales citamos a manera de ejemplo: la Ley General de Electricidad, Decreto número 93-96 El Congreso de la República de Guatemala el cuál fue aprobado por el mismo Parlamento que ratificó el Convenio 169 de la OIT a menos de seis meses de su ratificación, y su reglamento Acuerdo Gubernativo número 256-97 del 21 de marzo de 1997; la Ley de los Consejos de desarrollo urbano y rural Decreto 11-2002 del Congreso de la República, en la cual el Estado de Guatemala deslegitimando los contenidos del Convenio 169 de la OIT relativos a la consulta y su incorporación al derecho interno establece en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo, este desconocimiento se da a seis años de la ratificación del Convenio.

Sobre este particular es necesario recalcar que el Estado de Guatemala a través del Convenio se comprometió a consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, estos procedimientos deberán ser fijados por los propios pueblos y dependerán de cada caso en particular tal y como lo prevé el Convenio.

Por último en el Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República, figuran previstos procedimientos consultivos importantes para el ejercicio pleno de la soberanía y la ampliación de la democracia a nivel local aunque los mismos no se refieren a los derechos propios de los pueblos indígenas si permiten pese ha haber sido regulados después de la ratificación del Convenio 169 de OIT y de los Acuerdos de Paz, entre otros instrumentos de derechos humanos, su participación sobre todo en aquellos municipios en los que la mayoría de la población es indígena.

Dentro de los citados procedimientos se encuentra la consulta a los vecinos, la cual será pertinente cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos y esto sea decidido así por el Concejo Municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes o bien cuando los vecinos la soliciten al mismo Consejo en asuntos de carácter general que afectan a todos los vecinos del municipio.

La solicitud deberá contar con la firma de por lo menos el diez por ciento (10%) de los vecinos empadronados en el municipio. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el veinte por ciento (20%) de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.” Artículo 65 “Consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

Modalidades de esas consultas. Las modalidades de las consultas a que se refiere los artículos 64 y 65 del Código Municipal, entre otras, podrán realizarse de la manera siguiente: 1. Consulta en boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta. 2.

Aplicación de criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el cincuenta (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.”

Esta política de Estado racista y excluyente fue señalada por el propio *Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en su informe* A/HRC/16/xx, James Anaya “Si bien el Estado de Guatemala ha hecho suyo el objetivo de proteger los derechos de pueblos indígenas, este objetivo todavía no ha llegado a permear la legislación y la acción institucional estatal en ámbitos que son particularmente relevantes para los pueblos indígenas, como el reconocimiento y protección de sus tierras y territorios tradicionales, y la participación de estos pueblos en la toma de decisiones, en particular en lo que respecta a la definición de las prioridades del desarrollo y a la aprobación e implementación de proyectos en sus territorios”

2.4 EL CONCEPTO DE PUEBLOS INDÍGENAS IMPUESTO EN EL REGLAMENTO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO

El Artículo 2 propuesto por el Organismo Ejecutivo impone una definición de pueblo indígena en el sentido siguiente:

“Artículo 2. Definiciones. Para los efectos del presente reglamento, se entenderá por:

- a) **Pueblos indígenas:** De conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los pueblos considerados indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas;

Tal y como se cita en la Publicación “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales, Una guía Sobre el Convenio Número 169 del Programa para Promover el Convenio 169 del Departamento de Normas de la Organización Internacional del trabajo, Los pueblos indígenas y tribales constituyen al menos 5000 pueblos con características distintivas y una población de más de 370 millones en 70 países diferentes. Esta diversidad no puede ser captada en una definición universal y existe la posición prevaleciente sobre que no es necesario ni deseable contar con una definición formal del término pueblos indígenas, en ese sentido el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT no define ni pretende definir quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que simplemente se describe quiénes son los pueblos que el Convenio pretende proteger.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas a su vez no define a los pueblos indígenas a los que se destinan sus disposiciones no obstante en ***el artículo 33.1 establece “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.***⁴²

⁴² Las negrillas y cursivas son nuestras.

Otras instancias internacionales han aplicado criterios similares. Un estudio del Grupo de Trabajo de la Organización de Naciones Unidas sobre poblaciones indígenas plasmado en el Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párrs.69-70, concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de indígena incluyen:

- a) Prioridad en el tiempo con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico,
- b) La perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modo de producción, formas e instituciones jurídicas,
- c) La autoidentificación, y
- d) Una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación ya sea que estas condiciones persistan o no.

Así mismo la Comisión interamericana de derechos humanos en el Documento OEA/ser.L/V/II, Sobre el “Acceso a la Justicia e Inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia” **ha expresado que el criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena tanto individual como colectivamente en tanto pueblos.**⁴³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Indígena Xakmok Káses Versus Paraguay⁴⁴ manifestó la identificación de cada comunidad indígena “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía” por lo que corresponde a la comunidad o pueblo indígena correspondiente identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica sin que el Estado y otros organismos externos lo hagan o lo contraviertan: “La Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presenta la comunidad, es decir la forma como esta se auto identifique.”

A la luz de lo expuesto es fácil percatarse que el Organismo Ejecutivo ha alterado el artículo 2 del Convenio 169 de la OIT y violando entre otros los artículos 1 y 2 del mismo Convenio y 33.1 de la Declaración de la ONU Sobre los derechos de los pueblos indígenas en el sentido siguiente: ha definido arbitrariamente el concepto de pueblos indígenas y ha alterado el espíritu, naturaleza y el Contenido del Artículo 1 del convenio 169 de la OIT. Todo ello con el ánimo de entorpecer el legítimo derecho de los pueblos indígenas de Guatemala ha identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica y a auto identificarse individual y colectivamente.

2.5 EL CONCEPTO, MATERIA Y FIN DEL DEBER Y DERECHO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEFINIDO POR EL ORGANISMO EJECUTIVO EN EL REGLAMENTO

De conformidad con el artículo 2 inciso b) del Reglamento propuesto por el Organismo Ejecutivo la “**consulta es un proceso permanente de diálogo y búsqueda de acuerdos de beneficio mutuo, para los sectores interesados en la toma de decisiones, respecto a cualquier medida administrativa o regulatoria que concierne a los bienes del Estado de conformidad con el Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala y sea susceptible de afectar directamente** a las comunidades o

⁴³ Documento 34 del 28 de junio del año 2007, párrafo 216. Las negrillas y cursivas son nuestras.

⁴⁴ Sentencia de 24 de Agosto de 2010, Serie Caso Número. 214, párrafo 37.

pueblos indígenas en sus valores sociales, económicos, culturales y ambientales con relación a programas, obras o proyectos, que se vayan a desarrollar o a ejecutar en la o las comunidades;”

Para interpretar a cabalidad el concepto de consulta definido por el Organismo ejecutivo en este reglamento se hace necesario interpretarlo a la luz de los siguientes artículos del mismo cuerpo legal.

“Artículo 2. Definiciones. Para los efectos del presente reglamento, se entenderá por: d) Circunscripción geográfica: Espacio territorial susceptible de ser influenciado directamente por disposiciones o acciones que provengan de medidas administrativas o regulatorias en el ámbito del poder ejecutivo.”

“Artículo 3. Ámbito de aplicación: El presente reglamento se aplicará por las instituciones del Organismo Ejecutivo, cuando se pretenda la emisión de medidas administrativas o regulatorias susceptibles de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas contenidos y reconocidos en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes.”

“Artículo 5: Fin. El proceso de consulta tiene como fin la participación de la representación local de los pueblos indígenas ubicados en la circunscripción geográfica donde incidirá las medidas consultadas, para buscar arribar al mayor grado de acuerdo posible entre las partes.

“Artículo 10. Mecanismos para la conformación de la Comisión de Consulta. Para conformar la Comisión de Consulta se procederá de la manera siguiente:

- a) La entidad estatal correspondiente convocará la integración de la Comisión de Consulta, cuando planifique un proyecto, obra o actividad, o una persona individual o jurídica le solicite al Estado la emisión de una medida administrativa o regulatoria, proclive de incidir directamente en los derechos de pueblos indígenas en una circunscripción geográfica determinada, para lo cual deberá presentar toda la información científica y técnica relacionada, a la entidad estatal correspondiente. “

“Artículo 11. Mecanismos de consulta: Los mecanismos de consulta cumplen la finalidad de aproximar y generar puntos de visión compartidos de los sectores interesados en realizar los objetivos sociales, económicos, culturales y ambientales que conciernen a los bienes del Estado de conformidad con el Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, generando la oportunidad de dialogar, intercambiar información y opiniones acerca de las implicaciones que conlleva para las comunidades relacionadas desde una perspectiva integral que incluya entre otras, variables económicas, sociales, culturales y ambientales.

Todas las partes involucradas en el proceso de consulta tienen el deber y la responsabilidad social de desplegar todos sus esfuerzos para alcanzar el mayor acuerdo posible.”

Tres son los elementos centrales que saltan al debate sobre la regulación propuesta: Primero la materia de consulta, segundo las limitaciones impuestas por el Reglamento al derecho de los territorios de los pueblos indígenas y tercero la tergiversación de la naturaleza y fines de la consulta.

2.5.1 La materia de la Consulta

De conformidad con la regulación citada el Estado de Guatemala consultará a los pueblos indígenas respecto a cualquier medida administrativa o regulatoria que concierne a los siguientes bienes del Estado.⁴⁵

- a) Los de dominio Público;
- b) Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirvan de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;
- c) Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;
- d) La zona marítima terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;
- e) El subsuelo, los yacimiento de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas e inorgánicas del subsuelo;
- f) Los monumentos y las reliquias arqueológicas;
- g) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privativo que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y
- h) Las frecuencias radioeléctricas.

Y solamente en los casos en que las medidas a adoptarse por parte del Estado estén en el área geográfica o espacio territorial susceptible de ser influenciado directamente y afecten directamente los derechos de los pueblos indígenas.

Una primera apreciación que se amerita hacer sobre este punto es que esta limitación del deber de consulta del Estado de Guatemala y del derecho de los pueblos indígenas ha ser consultados viola el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos indígenas, los Pactos de derechos humanos y los demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la normativa nacional relacionada.

Tal y como lo establece el Convenio 169 de la OIT en sus artículos 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 y la Declaración de Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en los artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 33, 36 y 38 el Estado de Guatemala está obligado como regla general concreta a garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos teniendo en cuenta que esta consulta debe estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado. La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas o en este caso bienes del Estado en los que se encuentren implicado derechos de los pueblos indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígena.

El Relator Especial de las Naciones Unidas Sobre derechos de los Pueblos indígenas ha formulado la obligación general en los términos siguientes: “De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y

⁴⁵ Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos. // El deber de celebrar consultas se **aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras**".⁴⁶

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, artículo 6, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas "mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Asimismo, el Convenio clarifica que dichas consultas deberán ser llevadas a cabo "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"⁶⁶⁷. El artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas regula genéricamente el deber de consulta en los siguientes términos: "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesadas por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado".

Por otro lado, los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Guatemala le obligan a consultar además a los pueblos indígenas en todos aquellos aspectos relacionados con el desarrollo e implementación de su legítimo derecho a la libre autodeterminación estando contemplados dentro de ellos, entre otros, los relacionados a:

- a) El reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, etc.
- b) El derecho a la protección y respeto a sus valores, prácticas sociales, religiosas y espirituales, instituciones.
- c) El derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que este afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera, y de controlar, su propio desarrollo, económico, social y cultural.
- d) Derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes, y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
- e) El derecho a que se respete y tome en cuenta su derecho consuetudinario.
- f) El derecho a que se respete su tierra y los territorios que ocupan o utilizan de alguna u otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación. El derecho al territorio implica el

⁴⁶ Las negrillas son nuestras. ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, Párrafos. 62-63.

derecho a la totalidad del hábitat e las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

- g) El derecho al respeto y reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan. Dentro de estos el derecho a que el Estado tome las medidas de salvaguarda de los pueblos interesados a utilizar las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.
- h) El derecho a la administración, utilización y conservación de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras.
- i) El derecho a la autonomía y al autogobierno.
- j) El derecho de determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.
- k) El derecho al reconocimiento y respeto a sus modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra, establecidos por ellos mismos, derecho que está protegido contra los abusos o la apropiación indebida que terceros incluido el propio Estado pretenda implementar.
- l) El derecho a la protección de sus territorios y tierras contra toda intrusión de terceros no autorizada por los propios pueblos.

2.5.2 Los derechos a la tierra y territorios de los pueblos indígenas

Según el Reglamento propuesto el Estado de Guatemala sólo consultará a los pueblos indígenas en lo relativo a los bienes del Estado citados y únicamente cuando las medidas a tomar recaigan sobre el espacio físico en el que se encuentren los pueblos indígenas y puedan afectarles directamente.

Al hacer esta delimitación el Organismo Ejecutivo se niega a dar plena vigencia al derecho constitucional que los pueblos indígenas tienen sobre sus territorios.

El Convenio 169 de la OIT en su artículo 13.2 establece que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas y de sus miembros se extienden entonces sobre la superficie terrestre, y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo. Integralmente, las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de “territorio”, tal como lo ha confirmado la Corte Interamericana de derechos humanos. El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 13.2, dispone en términos similares que “la utilización del término ‘tierras’ (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Justicia, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente.⁴⁷

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre del año 2007. Serie C Número. 172, nota al pie No. 63.

Por su parte, la Comisión interamericana de derechos humanos ha valorado positivamente la incorporación legislativa de un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso, por considerar que esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general. La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena no se restringe al núcleo de sus casas de habitación; por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural. En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no se limita a las aldeas o asentamientos específicos; el uso y ocupación territorial por los pueblos indígenas y tribales va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines; los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo.⁴⁸

2.5.3 La finalidad y naturaleza de las Consultas

Como se desprende de los artículos 2, b), 5 y 11 del Reglamento propuesto por el Organismo Ejecutivo la consulta tendría como fin la participación de la representación de los pueblos indígenas ubicados en la circunscripción geográfica donde incidirán las medidas consultadas con el objetivo de intercambiar información y opiniones, aproximar y generar puntos de visión compartidos de los sectores interesados en realizar objetivos sociales, económicos, culturales y ambientales que conciernen al Estado según el Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En este sentido el Estado obvia que el proceso de consulta con los pueblos indígenas debe llevarse a cabo de buena fe, y en todos los casos debe tener el objetivo de alcanzar un acuerdo, o de recibir el consentimiento informado de los pueblos indígenas a los planes de desarrollo o inversión o las concesiones y cualquiera otra medida que puedan afectar su derechos en general y no sólo los derechos de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales.

Es Obligación del Estado de Guatemala de Conformidad con el Convenio 169 de la OIT asegurar que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios así como todos los demás asuntos a los que se refiere el Convenio.

El deber de consultar con el fin de obtener el consentimiento se reitera en varias disposiciones específicas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, dentro

⁴⁸ Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Documento. 40, 7 de agosto del año 2009, párr. 160. CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa versus. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Versus. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio del año 2005. Serie C Número. 125, Párrafo. 120(h). CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre del año 2004, Párrafo. 129. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de del año 2007. Serie C Número. 172, Párrafo. 114.

de ellas en los artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38. En relación con los proyectos de inversión o desarrollo de los recursos naturales, el artículo 32 de la citada Declaración dispone: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Pese a que la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales. Los procesos de consulta no equivalen al cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma*, el Estado de Guatemala a través del Reglamento propuesto no solamente deja si materia el Convenio sino que además pretende implementar procesos de consulta formales. La Comisión interamericana de derechos humanos ha explicado que los procedimientos de consulta, en tanto medios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos que pueden afectarles, deben estar diseñados para la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños.

2.6 LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DEBER DE CONSULTA DEL ESTADO Y EL DERECHO AL GOCE DE LA MISMA POR PARTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

De conformidad con el reglamento propuesto en su artículo 4 los principios que regirán el proceso de consulta, que deberán cumplirse y respetarse por todas las partes involucradas en el mismo son entre otros los siguientes:

“Buena fe: Genuino y verdadero convencimiento que el proceso de consulta se lleva a cabo con confianza, colaboración y respeto mutuo entre las partes, con el objeto de establecer un diálogo constructivo carente de demoras injustificadas;” sin bien es cierto que la buena fe se refiere a que las consultas deberán tener lugar en un clima de confianza mutuo, más importante que ello es delimitar que la buena fe es un principio aplicable directamente al Estado de Guatemala por cuanto para demostrar buena fe este tendrá que reconocer los organismos de representación y los procesos de consulta de los pueblos indígenas, respetar los resultados de la consulta, llevar adelante negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados y los implemente de buena fe. En este sentido el Estado también debe garantizar que los pueblos cuenten con la información suficiente.

La aplicación de este principio como se verá más adelante esta ausente en todo el reglamento propuesto.

“Carácter previo: El proceso de consulta a pueblos indígenas debe iniciarse desde las primeras fases de planificación o prospección de la medida administrativa o regulatoria respectiva, con la finalidad de garantizar que sus puntos de vista sean tomados en cuenta;” lamentablemente esta definición de carácter formal no abarca el verdadero espíritu del carácter previo de la consulta contenido en el Convenio 169 de la OIT en el sentido que debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente tiempo de antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han

respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas.

“Representatividad: En el proceso de consulta deben participar los representantes de los distintos actores interesados; en el caso de los pueblos indígenas, éstos deberán identificar las instancias que los representan;” No obstante esta formulación en el reglamento propuesto es el Estado de Guatemala quien define la mínima representación que tendrán los pueblos indígenas y las formas de elección de los representantes de estos pueblos.

“Pertinencia cultural: En el proceso de consulta se debe respetar y reconocer los usos, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas para la designación de sus representantes;” Pese a esta formulación como se verá más adelante el reglamento desconoce las formas y los procesos ancestrales de consulta de los pueblos indígenas y no los toma en cuenta.

“Información previa, libre y oportuna: Los pueblos indígenas deberán recibir previamente toda la información necesaria, en forma oportuna y adecuada con pertinencia cultural, sin presión ni manipulación para que puedan expresar libremente en iguales condiciones sobre sus puntos de vista u opiniones. El Estado es responsable y velará que la información se socialice debidamente;”

Lamentablemente lo expuesto por el Estado en esta definición y lo demás regulado en el reglamento no está acorde a las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo sobre los asuntos de los pueblos indígenas que exponen las características del Consentimiento libre previo e informado del año 2008, en el sentido siguiente:

Libre: Debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación;

Previo debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso.

Informado: implica que se suministra información que abarque por lo menos: la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier medida y proyecto propuesto; la razón o las razones y el objeto del proyecto o actividad propuesto; la duración de la actividad o el proyecto; la ubicación de las áreas que se verán afectadas; una evaluación preliminar de los probables impactos económicos sociales, culturales, ambientales, incluso los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa, en un contexto que respete el principio de precaución; el personal que intervendrá en el proyecto tanto de la iniciativa privada como del sector público y los procedimientos que pueda entrañar el proyecto. Como se desprenderá de la presentación del punto siguiente ninguno de estos aspectos está contemplado en el reglamento.

“Prevalencia del diálogo: Durante el proceso de consulta se privilegiará el intercambio de opiniones y el diálogo franco, abierto y objetivo;” A través de esta fórmula el Estado de Guatemala está omitiendo su deber de cumplir con el consentimiento libre, previo e informado que le establecen tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de Naciones Unidas.

2.7 EL PROCEDIMIENTO, REPRESENTACIÓN Y ÓRGANO CONSULTIVO EN EL REGLAMENTO PROPUESTO POR EL ORGANISMO EJECUTIVO

De conformidad con los artículos 2 inciso c), 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15,16,17,18, de la Propuesta del Organismo Ejecutivo el proceso de consulta se llevará a cabo de la siguiente manera:

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social, es el ente rector y permanente del Organismo Ejecutivo, responsable de sistematizar, llevar registro, monitorear, centralizar, dar seguimiento, asesorar y acompañar todos los procesos de consulta e informará sobre los mismos. En cada proceso de Consulta participará el representante del Ministerio.

Cuando una entidad estatal planifique un proyecto, obra o actividad o una persona individual o jurídica le solicite al Estado la emisión de una medida administrativa o regulatoria, proclive de incidir directamente en los derechos de los pueblos indígenas en una circunscripción geográfica determinada y relacionada con el artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la entidad estatal responsable publicará un edicto en un lapso de treinta días por tres veces en el Diario Oficial de Centroamérica y en otro medio de comunicación social efectivo de la circunscripción geográfica correspondiente, sea escrito, radial o televisado.

El edicto iniciará el proceso de consulta y las publicaciones se realizarán en idioma español y los idiomas indígenas que se hablen en la circunscripción geográfica correspondiente.

La entidad estatal responsable dentro de un plazo de diez días hábiles, más el término de la distancia, contados a partir del día siguiente de recibida la solicitud de aplicación de la medida administrativa o regulatoria de que se trate, notificará en la circunscripción geográfica correspondiente a: i) los COCODES de la o las comunidades; ii) los COMUDES del o los municipios; iii) los CODEDES del departamento; iv) los pueblos indígenas interesados; y, v) *otras instituciones estatales que deban intervenir en el proceso con el objeto que se integre la Comisión de Consulta.*

La Comisión de Consulta es el órgano no colegiado permanente, encargado de dirigir, coordinar y dar fe del proceso de consulta realizado a tenor del reglamento.

Notificadas las instancias correspondientes, dentro de un plazo de 5 días hábiles más el término de la distancia a partir del día siguiente de haber sido notificadas, deberán nombrar a sus representantes, de la siguiente forma: Un representante de la entidad estatal a la que corresponde emitir la resolución administrativa o regulatoria objeto de la consulta; Un representante del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, nombrado para tal efecto; Un representante por cada una de las otras entidades estatales, que por su competencia, estén relacionadas; Un representante del Consejo Municipal del o los municipios de la circunscripción geográfica correspondiente; Un representante de cada Consejo Comunitario de Desarrollo (COCODE) de las Comunidades de la circunscripción geográfica correspondiente; Un representante del Consejo Municipal de Desarrollo (COMUDE) del o de los municipios de la circunscripción geográfica correspondiente; Un representante de cada Consejo Departamental de Desarrollo (CODEDE) del o los departamentos de la circunscripción geográfica correspondiente; Dos representantes de la comunidad lingüística de los pueblos indígenas que habitan en la circunscripción geográfica afectada directamente; dos autoridades ancestrales del o los municipios de la circunscripción geográfica correspondiente, y cuando la medida sea solicitada por un particular,

este deberá designar un representante que podrá ser: el representante legal, propietario, mandatario o delegado autorizado para participar y adoptar decisiones en el procedimiento de consulta.

La Comisión de Consulta será presidida por el representante de la entidad estatal que tenga a su cargo resolver administrativamente el asunto.

La representación de las entidades estatales (ministerios, secretarías, y otras instituciones públicas) serán designados conforme a sus procedimientos administrativos; Los representantes de los COCODES, COMUDES y CODEDES, serán nombrados mediante acta de las asambleas de las comunidades de la circunscripción geográfica; Los representantes de la o las entidades particulares relacionadas, harán constar su nombramiento mediante mandato especial con las formalidades de ley, y **las autoridades ancestrales, consejos de ancianos, otro tipo de autoridades propias de su cultura y los representantes de las comunidades lingüísticas de los pueblos indígenas, deberán estar vecindados, por lo menos con un año de antelación al proceso, en la o las comunidades donde se aplicará la medida. Sus nombramientos deberán emanar de la celebración de asambleas comunitarias que reflejen la participación mayoritaria de las personas que conforman dichos pueblos mediante acta de dicha Asamblea. Estas actas deberán estar inscritas en el Registro de Comunidades Indígenas de la Municipalidad correspondiente.**

En aquellos casos de especial trascendencia y conforme al derecho de petición constitucional, los pueblos indígenas sin desconocer a sus autoridades o instituciones representativas o el proceso de consulta, podrán comunicarse con la Comisión de Consulta, con la entidad privada y/o con la entidad estatal responsable de emitir la medida administrativa o regulatoria correspondiente.

Cumplidos los plazos descritos para la designación de representantes ante la Comisión de consulta, la entidad estatal responsable convocará al pleno de representantes designados a una primera reunión, donde se verificará su representación, se instalará la mesa y se levantará el acta correspondiente.

En esta reunión se informará de la medida administrativa o regulatoria relacionada, a efecto de que en un plazo no mayor de 15 días, la Comisión prepare un plan metodológico y cronograma que comprenda las actividades a que se llevarán a cabo para la consulta, y el lugar donde se llevarán a cabo. El desarrollo del plan no podrá ser menor de 30 días ni exceder de 90 días hábiles; este plazo podrá ser ampliado a criterio de la Comisión, según las circunstancias lo ameriten.

Una vez establecido por la Comisión de Consulta el contenido, forma y tiempo de socialización que idealmente no exceda dos terceras partes del tiempo establecido en el plan metodológico de la información de la medida administrativa o regulatoria relacionada, la Comisión la ejecutará en los plazos establecidos en el artículo anterior.

Diez días después de finalizada la labor de socialización, la Comisión convocará a sus miembros a la fase de las reuniones de Consulta, la cual se celebrará en el lugar que ella disponga y no debería exceder de veinte días.

Las reuniones se celebraran en idioma español y en los idiomas indígenas que se hablen en la circunscripción geográfica correspondiente.

Instalada la mesa para la fase de reuniones de consulta donde se conocerá la opinión previa, libre e informada de las comunidades consultadas, se verificará la asistencia, y se juramentará a los asistentes.

Si alguna de las partes interesadas no asistiere a la primera reunión de consulta a la que fueron legalmente convocadas, dentro de las siguientes veinticuatro horas, más el término de la distancia deberán justificar los motivos de la inasistencia, ante el Presidente de la Comisión de Consulta. Si a juicio de la Comisión no existiere justificación válida de su ausencia, se deberá entender que está de acuerdo con la medida administrativa o regulatoria relacionada y en este caso se proseguirá con el proceso. Si la justificación de la ausencia fuere considerada válida, el Presidente de la Comisión convocará a una nueva reunión, dentro de los cinco días siguientes;

El interesado en que se dicte la medida administrativa o regulatoria relacionada, hará una exposición de los motivos que justifican su petición y, en su caso, del estudio de identificación de impactos y del correspondiente plan de manejo de los mismos;

El Estado o la persona individual o jurídica deberán presentar a la entidad estatal correspondiente toda la información y documentación científica y técnica, incluyendo el Estudio de Impacto Ambiental, relacionada con la medida administrativa o regulatoria relacionada;

Seguidamente los representantes de los pueblos indígenas expondrán sus puntos de vista en relación con la medida administrativa o regulatoria relacionada, beneficios y expectativas, prioridades y estrategias de desarrollo integral, posibles medidas de mitigación de daños, medidas de protección reparación o compensación;

Una vez finalizada la fase de reuniones, el representante de la entidad estatal responsable la dará por terminada, dejando constancia en acta de lo actuado, debiendo firmarla los asistentes. En caso de que alguno de ellos no supiere o pudiere firmar, deberá imprimir la huella del dedo índice de su mano derecha y solicitará a otro de los asistentes que firme a su ruego. El acta deberá cumplir con los requisitos mínimos siguientes: Lugar, fecha y hora, la comparecencia de los representantes que participaron, dejando constancia de las ausencias justificadas o no de cada uno de ellos; Antecedentes del proceso; Realización de los procedimientos de socialización; Resultados de las consultas a las comunidades; Acuerdos arribados y conclusiones, y Requerimiento de las comunidades sobre las medidas de protección y resguardo de los derechos de los pueblos indígenas, beneficios de desarrollo, medidas de reparación justas y equitativas, medidas de conservación y protección del ambiente.

Cuando excepcionalmente sea necesario el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas debe atenderse a lo establecido en el artículo 16 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Al otorgarse la medida administrativa o emitirse la regulación relacionada, se observarán los aspectos relacionados a documentar los requerimientos de las comunidades sobre las medidas de protección y resguardo de los derechos de los pueblos indígenas, beneficios de desarrollo, medidas de reparación justas y equitativas, medidas de conservación y protección del ambiente.

La entidad gubernativa responsable de la adopción de la medida administrativa o regulatoria que haya sido objeto del proceso de consulta deberá motivar por escrito su resolución, la cual contendrá como mínimo siguientes aspectos:

- a) La entidad gubernativa encargada debe especificar en su resolución cómo y en qué medida se toman en cuenta los resultados del proceso de consulta para la aprobación o no de la medida administrativa o regulatoria;

- b) Si existió un acuerdo total o acuerdos parciales con los representantes y comunidades indígenas afectadas directamente por la medida, y
- c) Ante la ausencia de acuerdo o el mayor acuerdo posible entre las partes, deberá prevalecer el interés nacional y el bien común, debiendo la autoridad que adopta la medida, justificar racional y objetivamente por qué no fue posible alcanzar dicho acuerdo, indicar cuales sugerencias u opiniones de los representantes y comunidades indígenas afectadas no pueden incorporarse y las razones que hacen aconsejable la adopción de la medida administrativa o regulatoria con la finalidad de otorgar seguridad y certeza jurídica al proceso.

El resultado del proceso de consulta, en ningún caso podrá contravenir las facultades del Estado en la Constitución Política de la República de Guatemala y la legislación vigente, ni los derechos del solicitante o de los pueblos indígenas, ni tampoco constituye un derecho de veto, como ha afirmado en su interpretación la Organización Internacional del Trabajo (OIT) acerca del Convenio 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países independientes.

La resolución que otorgue la medida administrativa o emita la regulatoria relacionada contemplará un plan periódico de revisión de los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta. Dichos acuerdos podrán ser actualizados por las partes en una reunión que cumpla los mismos requisitos estipulados en el presente Reglamento.

El promotor de la medida administrativa o regulatoria relacionada asumirá los costos propios del proceso de consulta, los cuales se consideran costos necesarios para conservar la fuente productora de rentas gravadas. Los gastos en que incurran los diversos Ministerios e instancias públicas participantes, correrán con cargo a sus respectivos presupuestos. Los miembros de la Comisión participaran ad honorem.

Los casos no previstos y las controversias que surjan de la interpretación, aplicación y cumplimiento y los no previstos en el reglamento deberán resolverse por la Comisión de Consulta por mayoría de votos, tomando en cuenta los principios que rigen el presente reglamento. Para tal efecto, se levantarán las actas correspondientes que harán constar tales actuaciones. En contra de tales resoluciones proceden los recursos administrativos contemplados en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

El proceso de consulta podrá ser impugnado mediante los recursos de Revocatoria y Reposición contemplados en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Pese a la poca claridad con la que el Organismo Ejecutivo plantea en su Propuesta de Reglamento el proceso de consulta, otros artículos de la misma normativa arrojan luz sobre el fondo del asunto siendo ellos:

Artículo 4: Principios: Los principios que regirán el proceso de consulta, que deberán cumplirse y respetarse por todas las partes involucradas en el mismo, son los siguientes:

d) Representatividad: En el proceso de consulta deben participar los representantes de los distintos actores interesados; en el caso de los pueblos indígenas, éstos deberán identificar las instituciones que los representan;

Artículo 5. Fin. El proceso de consulta tiene como fin la participación de la representación local de los pueblos indígenas ubicados en la circunscripción geográfica dónde incidirán las medidas consultadas, para buscar arribar al mayor grado de acuerdo posible entre las partes.

Artículo 8. De la representación. La representación de los miembros de la Comisión de Consulta se regirá por los aspectos siguientes: en aquellos casos de especial trascendencia y conforme al derecho de petición constitucional, los pueblos indígenas sin desconocer a sus autoridades o instituciones representativas o el proceso de consulta, podrán comunicarse con la Comisión de Consulta, con la entidad privada y/o con la entidad estatal responsable de emitir la medida administrativa o regulatoria correspondiente.

Por otro lado es importante tener presente que de conformidad con la Ley de desarrollo Urbano y Rural los COCODES, COMUDES y CODEDES tiene una representación limitada de los pueblos indígenas siendo mayoría en los mismos los miembros del Gobierno central, municipal y la iniciativa privada en ese sentido los representantes de estas instancias ante la Comisión de Consulta pueden ser también funcionarios público o representantes de intereses empresariales.

A la luz del examen del proceso propuesto por el Organismo Ejecutivo es necesario puntualizar lo siguiente:

- a) El Organismo Ejecutivo propone un proceso uniforme para el desarrollo del proceso de las consultas sin tomar en cuenta la opinión de los pueblos indígenas ello a pesar que dentro del propio reglamento en el artículo 11 se establece que para las consultas deberán observarse y respetarse los mecanismos de consulta y toma de decisión propia de los pueblos indígenas.
- b) El Estado de Guatemala define dentro de reglamento quiénes y cuántos serán los representantes de los pueblos indígenas dentro de los mecanismos de dialogo, estableciendo además los requisitos que deberán llenar los cuales son discriminativos respeto a los requisitos impuestos al resto de miembros.
- c) El Estado de Guatemala impone a los pueblos indígenas mecanismos de organización social distintos a sus modalidades ancestrales.

La consulta: Culturalmente Pertinente:

De conformidad entre otros con el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT, 32 de la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los pueblos indígenas y 21 y 1.1 de la Convención Americana el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de sus procedimientos y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones. En términos generales los Estados deben garantizar y respetar la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales, de conformidad con sus tradiciones y costumbres, en los procesos de toma de decisiones respecto de las concesiones extractivas o de los planes o proyectos de desarrollo o inversión y de toda medida susceptible de afectarles.⁴⁹

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Número. 172, párrafo 131. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C Número. 185, párrafo 27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Número. 172, párrafo 133. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Número 172, párrafo. 154. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Número. 172, párrafo 133.

La regla de adecuación cultural de la consulta exige que la representación de los pueblos indígenas sea definida de conformidad con sus propias tradiciones así como los mecanismos a través de los cuales esta se realiza.

Tal y como se desprende del reglamento propuesto por el Organismo Ejecutivo, es el Estado de Guatemala el que está definiendo un procedimiento uniforme para llevar a cabo las consultas, así mismo es el Estado el que está determinando cómo deberán ser electos los representantes y autoridades de los pueblos indígenas, imponiendo como forma la celebración de Asambleas las cuales deberán constar en Acta y estas además deberán ser inscritas en el Registro de las indígenas de la comunidad que corresponda, obligando a su vez a las autoridades de los pueblos indígenas a determinar la o las instituciones que los representan.

También el reglamento en mención establece un órgano no colegiado, *distinto de las instituciones reconocidas y establecidas por los pueblos indígenas*, que será el encargado de dirigir, coordinar, dar fe, del proceso de consulta, y, a la luz de un análisis integral del reglamento además el órgano dentro del cual se llevarán a cabo las consultas mismas.

Este órgano denominado Comisión de Consulta tal y como está diseñado estaría integrado por una mayoría de miembros del Estado de Guatemala representado a través de dependencias del poder Ejecutivo, tomaría las decisiones y acuerdos por mayoría votos y además resolvería, revisaría los acuerdos, resolvería los casos no previstos y las controversias que surjan de la interpretación, aplicación y cumplimiento del reglamento.

En la práctica dentro del espacio de consulta denominado Comisión Consulta la opinión de los pueblos indígenas y su voz están de antemano anuladas, minimizadas y excluidas.

Estas disposiciones reglamentarias contravienen además los artículos 57, 58, 59,60, 62, 66, 67,68, de la Constitución Política de la República de Guatemala, los Acuerdos de Paz y la Ley Marco para los Acuerdos de Paz.

La consulta previa e informada

Los procesos de otorgamiento o emisión de cualquier medida que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas especialmente las de de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”. Para la Corte Interamericana, “este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e “implica una comunicación constante entre las partes”. El carácter informado de la consulta conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y

ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a estos pueblos.⁵⁰

En el mismo sentido se ha pronunciado también el Relator de derechos de los pueblos indígenas, “en los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen.”⁵¹

Este aspecto es de suma importancia tal y como lo ha expresado la Comisión interamericana de derechos humanos, puesto que el acceso a la información es un prerrequisito para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana”. Teniendo en cuenta ello la Comisión interamericana de derechos humanos ha recomendado a los Estados: “dado que el derecho de participar en la toma de decisiones y el de iniciar recursos judiciales eficaces requieren acceso a la información, la Comisión recomienda que el Estado tome medidas para mejorar los sistemas de divulgación de información sobre las cuestiones que afectan a la población, así como para dar más transparencia y oportunidades de participación del público en los procesos cuyas repercusiones inciden en los habitantes de los sectores en desarrollo”⁵²

Así mismo el Relator Especial de naciones unidas indica en este sentido que “por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas. (...) los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.”⁵³

Es lamentable constatar que en el Reglamento propuesto el Organismo Ejecutivo no haya respetado el derecho de los pueblos indígenas a tener una consulta de buena fe, su derecho a una decisión libre, e

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Número. 172, párrafo 133.

⁵¹ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53.

⁵² CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

⁵³ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 50-51.

informada, este extremo es evidente puesto que el reglamento omite pronunciarse sobre las obligaciones del Estado relativas a los estudios de impacto ambiental y social y la participación de los pueblos indígenas en los mismos.

Es por disposición del propio reglamento que la función estatal de llevar a cabo los estudios de impacto se otorgan como una facultad a la iniciativa privada, quien a la vez será la encargada de el estudio y el plan de manejo del mismo.

El Organismo Ejecutivo incurre una vez en esta violación a pesar de las Observaciones que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha venido formulándole desde hacer varios años tal y como lo expresa la propia CEACR en su Observación individual al Estado de Guatemala del año 2006, debido al incumplimiento del Convenio 169:

“La realización por parte de la empresa de estudios de impacto ambiental no reemplaza la consulta prevista en el artículo 15, 2). El artículo dispone que «los Gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras». Como ya lo ha señalado la Comisión en otros casos similares, la obligación sobre esta consulta recae en el Gobierno y no en la empresa. Además, al establecer o mantener procedimientos, los Gobiernos deben tener presente los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 6 del Convenio y las disposiciones del artículo 7 del Convenio según el cual, entre otros, «los Gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios en cooperación con los pueblos interesados a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre estos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas».

14. Por lo tanto, la Comisión invita al Gobierno a desarrollar consultas con los pueblos interesados teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 6 del Convenio, para determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida, tal como lo determina el artículo 15, 2), del Convenio. La Comisión invita también al Gobierno a examinar si la continuación de las actividades de exploración o explotación por parte de la compañía Montana-Glamis en estas condiciones y antes de que sus efectos potencialmente nocivos sean irreversibles, fuese posible llevar a cabo los estudios previstos en el artículo 7 del Convenio en cooperación con los pueblos interesados. La Comisión invita al Gobierno a proporcionar informaciones detalladas sobre el caso, tomando en cuenta que la Procuraduría de Derechos Humanos manifiesta su preocupación por el otorgamiento gubernamental de 395 licencias para exploración y explotación, sin consulta y que aproximadamente 200 estarían en trámite.”

Como se desprende de lo establecido en el reglamento durante el proceso de consulta el Estado se limitará a escuchar la exposición de la iniciativa privada, de los pueblos indígenas a votar para tomar acuerdos dentro del órgano de consulta y a resolver lo que el Organismo ejecutivo denomina “lo que en derecho corresponda”. Así mismo del Reglamento están totalmente ausentes los estudios de mitigación.

Sin embargo esta actitud ha sido una constante dentro del Estado tal y como lo ha señalado la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT –CEACR-, en su Observación individual para el caso de Guatemala del año 2009 sobre el incumplimiento del Convenio 169, motivada por los comentarios del MSICG:

“Participación y consulta. La comunicación indica que, pese a los comentarios de la Comisión de 2005, 2006 y 2007 relativos a la explotación minera de la Compañía Montana, el Gobierno no ha dado cumplimiento a los comentarios de la Comisión, y ha proseguido el otorgamiento de licencias mineras sin consulta y en particular no se ha indemnizado a los pueblos indígenas por los daños y perjuicios sufridos y ni se han adoptado medidas para mitigar los impactos de la explotación. Sostienen que en general, no se aplica el artículo 15 del Convenio sobre consulta y recursos naturales, que no se ha llevado un catastro de tierras para conocer cuando un territorio es indígena, que no hay legislación sobre consulta a los pueblos indígenas, y que son discriminados por los administradores de justicia. La Comisión observa que la persistencia y reiteración de los temas objeto de las comunicaciones sugieren que en Guatemala hay problemas serios de implementación de los artículos del Convenio referidos a tierras, recursos naturales, consulta y participación. La misma cuestión fue tratada en el documento GB.299/6/1 referido. La Comisión es consciente de la complejidad del tema pero recuerda que el Gobierno tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para la creación de los órganos y mecanismos previstos por el Convenio, los que a su vez, facilitarán una resolución de conflictos mediante el diálogo que permita la inclusión de los pueblos indígenas en los planes y proyectos susceptibles de afectarles directamente. El sistema de consulta y participación establecido por el Convenio respecto de los recursos naturales se inicia con la participación de los pueblos indígenas en la etapa de la formulación de planes y programas tal como lo establece el artículo 7 del Convenio. Una consulta tardía, cuando ya los planes para la región están definidos sin la participación de los pueblos indígenas, sería ineficaz. La Comisión invita al Gobierno a examinar la cuestión de los recursos naturales desde la óptica de los artículos 2, 6, 7, 15 y 33 del Convenio. La Comisión solicita al Gobierno que tenga en cuenta en particular que, según el artículo 7, apartado 1, del Convenio, los pueblos indígenas «deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente». La Comisión solicita al Gobierno que no otorgue ni renueve ninguna licencia de exploración y explotación de recursos naturales a los que se refieren el artículo 15 del Convenio en tanto no se lleven a cabo la participación y consulta previstos por el Convenio y que proporcione informaciones sobre el particular”.

Este aspecto es medular puesto que de conformidad con el Artículo 7 del Convenio 169 y el artículo 1.1 y 21 de la Convención Americana, es el Estado de Guatemala el obligado a llevar a cabo y supervisar los estudios de impacto ambiental de manera previa y con plena participación de los pueblos indígenas.

En términos generales, los estudios de impacto ambiental, social, cultural y espiritual, sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. Los Estados deben garantizar que la sostenibilidad de los planes o proyectos de desarrollo o inversión y de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas sea medida con anterioridad a partir de mecanismos de participación efectiva de las personas y grupos afectados con independencia de que tengan un título de propiedad reconocido por el Estado en su favor. En consecuencia, tal y como lo afirmó la Corte Interamericana en la sentencia sobre el caso Saramaka, “el objetivo de los estudios de impacto no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegura que los miembros del pueblo indígena tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los

riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.⁵⁴

Los estudios de impacto social, ambiental, económico, cultural, espiritual, etc, no son únicamente instrumentos de planificación de proyectos que deben ser tenidos en cuenta para minimizar los impactos negativos de los proyectos de inversión o desarrollo en territorios indígenas –y, en su caso, para la búsqueda de alternativas— sino que también sirven para identificar qué derechos de propiedad comunal serán afectados, y de qué manera, por el proyecto propuesto. En efecto, el objetivo último del proceso de estudio de impacto no es otro que el de identificar cuáles son los potenciales impactos negativos del plan o proyecto en cuestión sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar de las tierras y otros recursos existentes en sus territorios que tradicionalmente han usado con fines económicos, sociales, culturales o espirituales; en otros términos: el posible impacto sobre su derecho de propiedad comunal.

Tal y como lo citamos anteriormente el proceso de los estudios de impactos ambientales, social, cultural, espiritual, son una obligación del Estado y no una facultad de las empresas o de la iniciativa privada como se plantea en el reglamento. El Estado también puede encomendar dichos estudios a entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado. Dicho razonamiento concuerda plenamente con la justificación de este tipo de estudios, que no es sino la de asegurar un análisis objetivo, imparcial y técnicamente verificable, destinado a proporcionar datos fácticos de los que pueden desprenderse una serie de consecuencias para la aprobación y, en su caso, para la ejecución del plan del que se trate. En este sentido tal y como o ha dicho la Corte Interamericana de Justicia, no sería conforme a los criterios establecidos por la Corte, por ejemplo, la realización de estudios de impacto ambiental y social llevados a cabo por personal o contratistas de las empresas concesionarias.⁵⁵

También es lamentable constatar que aun y cuando los estudios de impacto son criterios fundamentales para la toma de decisiones del Estado y el derechos de los pueblos indígenas a estar plenamente informados, el Reglamento no defina o delimite cuales deben ser los contenidos mínimos de los estudios así como tampoco establece ningún aspecto sobre las medidas de mitigación.

Al referirse a los contenidos de los estudios de impacto, la Corte Interamericana ha especificado que dichos estudios deben ser de carácter social y ambiental. El término “social”, como componente de los estudios de impacto, debe interpretarse de una forma amplia, que tenga en cuenta la jurisprudencia general del sistema interamericano sobre el derecho de propiedad indígena, así como otros estándares internacionales aplicables. En la medida en que la realización de planes de desarrollo o inversión se

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C Número. 185, párrafo 40.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C Número. 185, párrafo. 41. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Número. 172, párrafo 148. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C Número. 185, párrafo 41.

concibe como una limitación del derecho de propiedad comunal indígena, los estudios de impacto deberían determinar precisamente cuál será la incidencia de dichos planes sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar sus tierras y recursos naturales, conforme a su propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

Para la Corte Interamericana, los estudios de impacto ambiental y social deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto. La Corte afirma que “uno de los más completos y utilizados estándares para estudios de impacto ambiental y social en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *las* Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares.”⁵⁶

Según las Directrices, los estudios de impacto ambiental deben evaluar los probables impactos en el medio ambiente, y (...) proponer medidas adecuadas de mitigación de un desarrollo propuesto, teniéndose en cuenta los impactos entre sí relacionados, tanto beneficiosos como adversos, de índole socioeconómica, cultural y para la salud humana.

Así mismo, la evaluación del impacto social comprende la valoración de los probables impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto que puedan afectar a los derechos, que tengan una dimensión económica, social, cultural, cívica y política, así como afectar al bienestar, vitalidad y viabilidad de una comunidad afectada - que es la calidad de vida de una comunidad medida en términos de varios indicadores socioeconómicos, tales como distribución de los ingresos, integridad física y social y protección de las personas y comunidades, niveles y oportunidades de empleo, salud y bienestar, educación y disponibilidad y calidad de la vivienda y alojamiento, infraestructura, servicios.

La evaluación del impacto cultural por su lado comprende la evaluación de los probables impactos de un proyecto o desarrollo propuestos acerca del modo de vida de un grupo particular o comunidad, con la plena intervención de ese grupo o comunidad y/o emprendido por este. Debe prestarse atención especial a los impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto, que pudiera afectar, por ejemplo, a los valores, creencias, leyes consuetudinarias, idiomas, costumbres, economía, relaciones con el entorno local y especies particulares, organización social y tradiciones de la comunidad afectada, así como los impactos sobre el patrimonio cultural de la comunidad.

Para la Corte interamericana de Justicia los estudios de impacto ambiental, social, cultural y espiritual deben abordar también el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos.⁵⁷ Es importante resaltar que el Estado debe garantizar la participación de los pueblos indígenas en los estudios relacionados extremo que también es obviado por el reglamento.

Para finalizar este apartado, puede decirse con toda certeza que a través de la propuesta de reglamento el Organismo Ejecutivo no acata sus obligaciones contraídas en el marco del Convenio 169 de la OIT tal

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C Número. 185, párrafo 41 y nota al pie.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Versus. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C Número. 185, párrafo. 41.

y como se refleja en los artículos 1.1, 2.1, 4.1, 5, 6.1, 8.2 y en el marco de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en los artículos 5, 18, 20 y 34 y los artículos 57, 58, 59,60, 62, 66, 67,68, de la Constitución Política de la República de Guatemala, entre otros.

2.8 LA CONSULTA DE BUENA FE, CON LA FINALIDAD DE LLEGAR A UN ACUERDO: SOBRE LOS RESULTADOS DE LA CONSULTA

De conformidad con la propuesta hecha por el Organismo Ejecutivo en sus artículos 14 y 15:

La entidad gubernativa responsable de la adopción de la medida administrativa o regulatoria que haya sido objeto del proceso de consulta deberá motivar por escrito su resolución, la cual contendrá como mínimo siguientes aspectos:

La entidad gubernativa encargada debe especificar en su resolución cómo y en qué medida se toman en cuenta los resultados del proceso de consulta para la aprobación o no de la medida administrativa o regulatoria; Si existió un acuerdo total o acuerdos parciales con los representantes y comunidades indígenas afectadas directamente por la medida, y

Ante la ausencia de acuerdo o el mayor acuerdo posible entre las partes, deberá prevalecer el interés nacional y el bien común, debiendo la autoridad que adopta la medida, justificar racional y objetivamente por qué no fue posible alcanzar dicho acuerdo, indicar cuales sugerencias u opiniones de los representantes y comunidades indígenas afectadas no pueden incorporarse y las razones que hacen aconsejable la adopción de la medida administrativa o regulatoria con la finalidad de otorgar seguridad y certeza jurídica al proceso.

El resultado del proceso de consulta, en ningún caso podrá contravenir las facultades del Estado en la Constitución Política de la República de Guatemala y la legislación vigente, ni los derechos del solicitante o de los pueblos indígenas, ni tampoco constituye un derecho de veto, como ha afirmado en su interpretación la Organización Internacional del Trabajo (OIT) acerca del Convenio 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países independientes.

La resolución que otorgue la medida administrativa o emita la regulatoria relacionada contemplará un plan periódico de revisión de los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta. Dichos acuerdos podrán ser actualizados por las partes en una reunión que cumpla los mismos requisitos estipulados en el presente Reglamento.

Los casos no previstos y las controversias que surjan de la interpretación, aplicación y cumplimiento del presente reglamento deberán resolverse por la Comisión de Consulta por mayoría de votos, tomando en cuenta los principios que rigen el presente reglamento. Para tal efecto, se levantarán las actas correspondientes que harán constar tales actuaciones. En contra de tales resoluciones proceden los recursos administrativos contemplados en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

El proceso de consulta podrá ser impugnado mediante los recursos de Revocatoria y Reposición contemplados en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Los casos no previstos en el presente reglamento, serán resueltos por la Comisión de Consulta. El presente reglamento rige a partir de la fecha de su publicación en el diario oficial.

Tal y como quedo establecido en el capítulo 2.1 del presente documento al Estado de Guatemala le son aplicables los Pactos de derechos humanos, la Convención Americana, la Carta de la OEA, la Declaración de derechos humanos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los derechos de los pueblos indígenas, los Acuerdos de Paz, la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, entre otros instrumentos que establecen derechos fundamentales de los pueblos indígenas y deberes del Estado hacia los mismos.

De conformidad con los instrumentos citados el Estado de Guatemala está obligado a respetar y garantizar como mínimo los siguientes derechos de los pueblos indígenas:

- a)** El derecho de los pueblos a su libre auto determinación. De conformidad con este derecho los pueblos tienen la facultad de establecer libremente su condición política y determinar su desarrollo económico, social y cultural.
- b)** Así mismo los pueblos tienen el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. En ningún caso los pueblos podrán ser privados de sus propios medios de subsistencia.
- c)** El derecho a la autonomía y al autogobierno.
- d)** El derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, culturales, sociales, manteniendo a la vez el derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.
- e)** El derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus derechos, por conducto de los representantes elegidos por ellos mismos, de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.
- f)** El derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Esto implica el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.
- g)** El derecho a la determinación y elaboración de prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
- h)** El derecho a ser consultados de buena fe por parte del Estado, bajo sus propios procedimientos y mediante sus autoridades a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
- i)** Así también de conformidad con el artículo 2 de los citados pactos el Estado de Guatemala tiene la obligación de garantizar estos derechos, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para ello el Estado deberá adoptar las medidas de toda índole oportunas para hacer efectivos estos derechos.

Al amparo de estos instrumentos el Estado de Guatemala está obligado a respetar el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas en Guatemala en todas las medidas susceptibles de afectarles de forma directa o indirecta. Negarse a cumplir con esta obligación equivale a una medida discriminatoria, racista y excluyente lo que se ha constituido en una política de Estado desde la invasión de los pueblos indígenas.

De la misma forma llama la atención como la integración de la Comisión Consulta y la predominancia y control del Estado sobre la misma se convierten en Juez y parte interesada en cada uno de los procesos respectivos incluso en los casos de interpretaciones e impugnaciones. Esto es de suma importancia toda vez que tal y como lo establece el Reglamento esta Comisión será la encargada de definir cuando haya contradicción entre el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y la Constitución Política de la República de Guatemala y/o los derechos e intereses del sector privado.

Por otro lado también es preocupante que las decisiones tomadas por el Estado de Guatemala sobre las medidas o proyectos a implementar no estén sujetas ni que exista un proceso que evalúe la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego. Esto viola los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el derecho constitucional de defensa de los pueblos indígenas.

Así mismo también existe en el reglamento propuesto un recurso judicial establecido para la impugnación del proceso de consulta.

Tal y como lo establece la normativa aplicable al Estado de Guatemala, el proceso de consulta con los pueblos indígenas sobre la Consulta de buena fe con ánimo de llegar a un acuerdo, el proceso de consulta, con los pueblos indígenas debe llevarse a cabo de buena fe, y en todos los casos debe tener el objetivo de alcanzar un acuerdo, o de recibir el consentimiento informado de los pueblos indígenas a los planes de desarrollo o inversión o las concesiones extractivas que puedan afectar su derecho a la propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales o cualquier otra medida susceptible de afectarles directa o indirectamente.

Tal y como lo ha expresado la Comisión interamericana de derechos humanos la obligación primaria del Estado en este marco es la de asegurar en consonancia con el Convenio 169 de la OIT que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en áreas o territorios indígenas o que pueda afectar su habitad, su cultura, sea tramitado y decidido con participación en consulta con los pueblos interesados en visitas a obtener su consentimiento y participación en los beneficios.⁵⁸

El deber de consultar con el fin de obtener el consentimiento se reitera en varias disposiciones específicas de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas, dentro de ellas en los artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 30, 32, 36, 38 y 32.2.

En relación con los proyectos de inversión o desarrollo de los recursos naturales, el artículo 32 de la Declaración dispone que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de los recursos minerales e hídricos.

El énfasis puesto por la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales. La Comisión interamericana de derechos humanos ha explicado que los procedimientos de consulta en tanto medios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas y

⁵⁸CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, D oc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párrafo 39 – Recomendación 5.

tribales a participar en los asuntos que pueden afectarles, deben estar diseñados para propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños.⁵⁹

Un elemento constitutivo de la negociación y el dialogo entre las autoridades y los pueblos indígenas en el marco de los procedimiento de consulta, es que la finalidad de estos procedimientos debe ser la de alcanzar un acuerdo y el consentimiento de los pueblos indígenas.

El no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar, el cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial.

Respecto a la estipulación reglamentaria propuesta por el Organismo Ejecutivo sobre el derecho a veto de los pueblos indígenas o sobre el derecho a poder hacer valer su autodeterminación sobre los planes, programas, medidas o proyectos que puedan afectarles directamente es necesario recalcar que el artículo 14 del reglamento además de colisionar con el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es ilegal al amparo de los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala en el sentido siguiente:

Sin perjuicio del hecho que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos específicamente definidos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos y los estándares internacionales exigen jurídicamente que los Estados obtengan el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a la ejecución de planes y proyectos que puedan afectar sus derechos dentro de ellos el derecho a la propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales.

La Corte Interamericana de derechos humanos ha resaltado la diferencia entre consulta y consentimiento en este marco ha establecido la obligación de obtener el consentimiento en los siguientes términos: “La Corte considera que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Sanakas sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”

Posteriormente, en la sentencia interpretativa del mismo caso la Corte estimo “el Estado tienen el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendría la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Samaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.”

⁵⁹CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrafo. 248.

El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales como la libre autodeterminación, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtener el consentimiento previo responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos.

Esta salvaguarda se establece en los estándares internacionales sobre los pueblos indígenas incluyendo los fijados dentro del Sistema interamericano de derechos humanos, dentro los casos en que es obligatorio obtener el consentimiento de los pueblos indígenas se establecen:

1. **Según el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas Sobre derechos de los pueblos indígenas** los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados **por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.** Al texto literal de este artículo el Estado de Guatemala debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en todos los casos en que pretenda implementar medidas de cualquier tipo que pueda afectarles. Esta disposición esta en armonía con el artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el 154 que establece que los funcionarios públicos son depositarios de la autoridad.
2. Cuando se trate de planes o proyectos de desarrollo o inversión o cualquier medida que implique el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente. El requisito del consentimiento en estos casos se establece en el Artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y en el Artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT. el Artículo 16.2 convenio 169 de la OIT establece: “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.”
3. El Artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas de derechos humanos sobre derechos de los pueblos indígenas establece: “2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas”.
4. El Artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas establece que “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”
5. El consentimiento de los pueblos indígenas también se requiere, según la Corte Interamericana en el caso de Saramaka, en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos necesarios para su subsistencia.

En este marco el Estado de Guatemala está obligado a respetar la decisión de los pueblos indígenas consultados y la misma tiene un carácter vinculante.

Para finalizar puede decirse a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos citados y de la normativa nacional que el Reglamento propuesto por el Organismo Ejecutivo es inconstitucional e ilegítimo y que lo único que pretende es asaltar la buena fe de la comunidad internacional y de los pueblos indígenas y favorecer los intereses de las grandes empresas que operan en el país.

Para finalizar puede decirse a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos citados y de la normativa nacional que el Reglamento propuesto por el Organismo Ejecutivo es inconstitucional e ilegítimo propuesto con la única finalidad de asaltar la buena fe de la comunidad internacional y de los pueblos indígenas y alterar el contenido y alcances del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- eliminando en términos prácticos el contenido, objeto y fin de la consulta favoreciendo así la imposición a los pueblos indígenas de un modelo de desarrollo diseñado a la luz de los intereses de las grandes empresas nacionales y transnacionales.

CAPITULO III

POSICIÓN POLÍTICA Y PROPUESTA DEL MSICG

3.1 POSICIÓN POLÍTICA Y PROPUESTA DEL MSICG

Después de analizar la propuesta del Organismo Ejecutivo sobre el **“REGLAMENTO PARA EL PROCESO DE CONSULTA DE BUENA FE, LIBRE, PREVIA E INFORMADA A PUEBLOS INDIGENAS EN EL MARCO DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES** el MSICG no puede hacer más que condenar la actitud del Estado de Guatemala al pretender a través del referido reglamento disminuir, tergiversar y anular los derechos internacional, nacional y ancestralmente reconocidos a los pueblos indígenas de Guatemala con el ánimo de eliminar principalmente sus derechos relativos a la libre autodeterminación.

Sin embargo, siendo que se ha abierto por parte del Organismo Ejecutivo un proceso de solicitud de opinión a toda la población en general sobre el mismo que no debe ser confundido con un proceso de consulta, el MSICG acude al llamado con la finalidad de ayudar y orientar al Organismo Ejecutivo para que dé fiel cumplimiento a sus deberes relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y rompa de una vez por todas con la política racista y excluyente asumida por el Estado desde la invasión de nuestros pueblos.

Dejamos claro que esta es solamente una de las acciones que el MSICG estará emprendiendo de las demás que se llevarán a cabo tanto en el ámbito nacional e internacional para contribuir a fomentar la voluntad política suficiente del Estado de Guatemala para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo a través de este documento queremos dejar constancia de nuestra condena a la política de Estado racista y excluyente que pretende continuar promoviendo el Organismo Ejecutivo a través del reglamento propuesto. Por cuanto a través del mismo se pretende:

- a) Negar nuestro derecho a la libre determinación como pueblos indígenas, puesto que el Estado pretende a través del reglamento imponernos una definición de pueblos indígenas siendo que somos los propios pueblos quienes nos auto determinamos, pretende además imponernos modelos, órganos y métodos de consulta en contradicción con nuestro derecho consuetudinario ancestral, definir nuestras autoridades y sistemas de gobierno e imponernos un modelo de desarrollo económico, social y cultural.
- b) Delimitar, disminuir y anular nuestro derecho al territorio y las tierras que históricamente nos han pertenecido desde antes de la invasión y nuestro derecho a disponer libremente de nuestras riquezas y nuestros recursos naturales privándonos con ello de nuestros propios medios de subsistencia.

Condenamos que todo esto se haga tal y como se desprende del reglamento propuesto con el único fin de favorecer intereses de la iniciativa privada y de las grandes transnacionales que tanta violencia y destrucción han llevado a nuestras comunidades.

- Condenamos la discriminación de la que estamos siendo objeto a través del reglamento propuesto relacionada con nuestra condición de pueblos indígenas, extremo que queda plasmado en el reglamento al manifestar expresamente el Organismo Ejecutivo su negativa a cumplir con su deber de consultarnos y de respetar nuestros acuerdos y nuestro derecho a definir nuestro propio modelo de desarrollo, así mismo la negación que se hace dentro del mismo de los derechos humanos fundamentales reconocidos tanto en la legislación interna como en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y en nuestro derecho consuetudinario.
- Condenamos que se nos niegue a través del reglamento propuesto el derecho a conservar y reforzar nuestras propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, culturales, sociales, manteniendo a la vez nuestro derecho a participar plenamente, si lo deseamos, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.
- Condenamos que se nos niegue el derecho de participar efectiva y eficientemente en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan nuestros derechos, por conducto de los representantes elegidos por nosotros mismos, de conformidad con nuestros propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar nuestras propias instituciones de adopción de decisiones.
- Condenamos que se nos niegue en el reglamento nuestro derecho a poder desarrollar desde nuestra propia costumbre una consulta previa e informada, lo cual se denota dentro del reglamento puesto que a pesar que es el Estado el que debe desarrollar los estudios de impacto ambiental y social y de mitigación los cuales deben cumplir con los estándares internacionales y ser elaborados y consultados con presencia de los pueblos indígenas, en la propuesta de reglamento el estudio de impacto se deje en poder y control de la iniciativa privada y el estudio de mitigación no es mencionado.

- Condenamos la intención del Organismo Ejecutivo de tratar de asaltar la buena fe de los órganos de control de la Organización internacional del trabajo, del Sistema Interamericano de Justicia y de la comunidad internacional a través del reglamento propuesto.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el análisis jurídico y nuestra posición política al respecto demandamos al Organismo Ejecutivo para que tome de emergencia las siguientes medidas:

1. Dejar de lado el Reglamento de Consulta propuesto por ser nulo ipso jure al contravenir derechos humanos que el Estado de Guatemala está obligado a garantizar y que reconoce con carácter constitucional.
2. Abstenerse de emitir un reglamento o de promover alguna legislación que pretenda interferir en el ejercicio y alcance del derecho de consulta de los pueblos indígenas; acto con el cual no solamente excede sus facultades reglamentarias sino que vulnera los derechos reconocidos a los pueblos indígenas tanto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, los Acuerdos de Paz así como en otros instrumentos internacionales de los cuales hace parte el Estado de Guatemala.
3. Abstenerse de definir lo que son los pueblos indígenas de Guatemala en virtud de que esta concepción es parte del derecho de autodefinición de los pueblos.
4. Impulsar las medidas para hacer efectivo el deber de consultar del Estado de Guatemala a los pueblos indígenas las cuales deberán garantizar como mínimo los siguientes aspectos:
 - a. El pleno respeto del derecho de los pueblos indígenas a su libre determinación, a establecer libremente su condición política y a determinar su desarrollo económico, social y cultural.
 - b. El pleno respeto del derecho de los pueblos indígenas a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y de sus territorios así como a definir su propio modelo de desarrollo.
 - c. El desarrollo en consulta con los pueblos indígenas y con su participación de los estudios de impacto ambiental y social de cualquier medida que pueda afectar de forma directa e indirecta sus derechos. Así como a implementar los sistemas de información sobre cualquier medida que se pretenda implementar susceptibles de afectarles directa o indirectamente.
 - d. El pleno respeto de los procesos de consulta que realicen los pueblos indígenas bajo sus propias formas y sus autoridades y limitarse a proporcionar la información previa suficiente sobre las medidas que desee implementar.
 - e. La garantía a los pueblos indígenas de todos los medios financieros y técnicos que estas requieran, siempre que lo soliciten para llevar a cabo sus consultas.
 - f. La creación o designación de una institución que tendrá como finalidad atender cualquier solicitud de los pueblos indígenas y recibir los resultados de las consultas efectuadas así

como informar a los pueblos indígenas de cualquier medida que pueda afectarles directa o indirectamente.

5. Dichas medidas deberán estar conforme a los derechos que le son inherentes a los pueblos indígenas y en el marco de los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala en los Acuerdos de Paz, la Ley Marco para los Acuerdos de Paz, la Constitución Política de la República de Guatemala, el derecho consuetudinario y los instrumentos de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala.
6. Para la definición y discusión de tales medidas, el Organismo Ejecutivo convocará a los pueblos indígenas de Guatemala en su conjunto a través de sus representantes libremente electos y a través de los procedimientos que estos definan dentro del marco de sus derechos ancestrales.
7. Para los efectos de que dichas medidas se enmarquen en el pleno respeto del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y demás derechos contemplados en la legislación nacional e internacional vinculante para el Estado y la consulta realizada al respecto opere en el marco de la buena fe, resulta vital que se suspendan de manera inmediata todas las medidas, planes, programas y sobre todo todas las licencias de exploración y explotación de recursos naturales que el Estado de Guatemala ha otorgado en violación a los derechos de los pueblos indígenas principalmente en violación a su derecho a la consulta y a la autodeterminación, hasta en tanto no se lleve a cabo un diálogo con los pueblos indígenas y se evalúe, con su participación, la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de las actividades previstas y la medida en que los intereses de los pueblos indígenas se verían perjudicados, según lo dispuesto por los artículos 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT y hasta en tanto no se tomen e implementen las medidas.
8. Proceder a la inmediata reparación e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a los pueblos indígenas en el marco del incumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas del derecho a la libre determinación y su derecho de consulta.
9. Que se investigue, individualice, procese, sentencie y ejecute la sentencia sobre todos los autores materiales e intelectuales de los actos delictivos y de violencia cometidos contra los pueblos indígenas en el ejercicio de sus derechos y se indemnice a las víctimas de tales actos delictivos.
10. Que se tomen de emergencia todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a los resultados de las más de 54 consultas efectuadas por los pueblos indígenas a la fecha.

Por último el MSICG insiste en que las causas de la ingobernabilidad del país no se encuentran en la realización de consulta por parte de los pueblos indígenas o en el derecho consuetudinario sino en la falta de justicia social, y en ese sentido motiva al Estado de Guatemala a combatir las causas estructurales que la generan. La sola alusión en el reglamento propuesto a que las consultas ejecutadas por los pueblos indígenas pueden generar ingobernabilidad se constituye en un elemento de criminalización del ejercicio de los derechos humanos de los pueblos indígenas y en un grave acto de discriminación.

MOVIMIENTO SINDICAL, INDÍGENA Y CAMPESINO GUATEMALTECO –MSICG-