

EL COMPLEJO TRÁNSITO DEL INTEGRACIONISMO AL ETNODESARROLLO.

El derecho de consulta previa de los pueblos indígenas y su tratamiento en Guatemala

ALEJANDRO MORALES BUSTAMANTE¹

RESUMEN

El presente trabajo reseña los orígenes y circunstancias del reconocimiento del derecho de consulta de los pueblos indígenas, así como la modulación que sobre sus alcances e implicaciones se ha ido prodigando paulatinamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para luego concluir con el tratamiento que el referido derecho ha experimentado en la República de Guatemala.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

C169	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes
C107	Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes
CPRG	Constitución Política de la República de Guatemala
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
CC	Corte de Constitucionalidad
DCPIT	Derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹ Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Diplomado en Derechos de los Pueblos Indígenas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Candidato a Máster en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova, Italia. Profesor universitario de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Letrado de Magistratura en la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

I. INTRODUCCIÓN

La reinstauración de la democracia como modelo político a seguir y el cese de la confrontación bélica entre el ejército y la guerrilla supusieron puntos de inflexión de gran calado en la historia de Guatemala y, como tales, provocaron en la población amplias expectativas de mejora de sus condiciones de vida. Para los pueblos indígenas, sin duda las víctimas más sensibles del conflicto armado y, además, sujetos de una marginación ancestral que trascendía las particulares políticas públicas de los gobiernos de turno, esos acontecimientos revistieron especial significación, al vislumbrar una coyuntura propicia para gestar la reivindicación de sus derechos y agenciarse de mayores espacios de participación.

En el Acuerdo de Paz firme y duradera quedó asentado que *“El reconocimiento de la identidad y derechos de los pueblos indígenas es fundamental para la construcción de una nación de unidad nacional multiétnica, pluricultural y multilingüe. El respeto y ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de todos los guatemaltecos, es la base de una nueva convivencia que refleje la diversidad de su nación”*²; empero, catorce años más tarde la realidad apenas muestra tímidos avances estructurales orientados a la difusión y establecimiento de esos ideales y, lo que es peor, en el imaginario social dicho acuerdo ha pasado a ser poco más que un desgastado ingrediente del discurso insustancial y demagógico del que asiduamente hace uso la clase política.

De cualquier manera, continúa plenamente vigente la noción de que para viabilizar la consolidación del sistema democrático y el crecimiento de los índices de desarrollo humano –usando la terminología del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)³–, es ineludible profundizar en el estudio y el tratamiento de la multiétnicidad como característica primordial del componente humano del país –Guatemala, junto con Bolivia, Perú y Ecuador, es uno de los países del mundo con mayor grado de población indígena– y con ello, la situación y derechos de los pueblos indígenas.

En ese contexto, el derecho de consulta de los pueblos indígenas, entronizado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes –ratificado por Guatemala en 1996–, sin duda constituye una de las cuestiones que demanda con mayor apremio ser objeto de análisis y discusión, a fin de propiciar la articulación de

² Acuerdo de Paz firme y duradera suscrito el 29 de diciembre de 1996 por el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). I. Conceptos, numeral 5.

³ Ver: <http://www.undp.org.gt/frmCoceptoDH.aspx?CODN=5>

medidas concretas en el contexto de las políticas públicas y promover una convivencia intercultural más franca y armoniosa. Esta necesidad es especialmente perceptible en lo que atañe a la consideración del referido derecho en tensión con el avance de la industria de extracción de recursos naturales en territorios poblados parcial o totalmente por indígenas; la ponen de manifiesto episodios cada vez más recurrentes de intimidación, amenazas, bloqueos de vías de comunicación, violencia y vandalismo, vinculados a esa problemática.

En desafortunado contraste con lo anterior, ése y otros tópicos relacionados han sido escasamente abordados por juristas guatemaltecos, coadyuvando con su pasividad a que se preserve como referente más visible al respecto, el debate generalmente superficial y estéril que aflora en los medios de comunicación masiva; lo cual no hace sino agudizar la polarización de una sociedad que aún padece en su entramado las secuelas del conflicto armado interno y añejos prejuicios culturales.

En tal virtud, el presente trabajo persigue sumarse al diálogo académico acerca del tema, con la convicción de que a partir de la concatenación de esfuerzos de esa naturaleza provenientes, no sólo de juristas, sino sociólogos, antropólogos, politólogos y otros estudiosos de ciencias afines, pueden irse hilvanando enfoques y propuestas integrales que permitan enfrentarlo con la propiedad que exige su grado de incidencia en la vida nacional, como acertadamente lo expuso el entonces Presidente de la Corte de Constitucionalidad, Adolfo GONZÁLEZ RODAS, al presentar la publicación del emblemático pronunciamiento que emitió ese tribunal con ocasión de la opinión consultiva que le fuera requerida por el Congreso de la República previo a la aprobación del C169: *“sólo con base en estudios profundos, serenos y objetivos sobre temas de esta naturaleza, se puede llegar a un conocimiento verdadero de problemas reales que se relacionan con el desarrollo y la paz de nuestros pueblos, en los que se encontrarán los elementos necesarios para formar criterios o juicios constructivos sobre los mismos”*⁴.

II. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

II.I SURGIMIENTO DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES

El reconocimiento del derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales se encuentra estrechamente vinculado al surgimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

⁴ Corte de Constitucionalidad. *Opinión consultiva relativa al Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y Convenio No. 169 (OIT)*. Foto publicaciones. Ciudad de Guatemala, 1995. Pág. 10

(OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que vino a sustituir al antiguo Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes.

El último de los mencionados constituyó, en la época de su entrada en vigencia⁵, un esfuerzo pionero por atender en forma particularizada a esos pueblos, como resultado de un estudio de condiciones de vida y de trabajo que la OIT llevó a cabo en 1953, tomándolos como un colectivo laboral⁶. Fue el primer instrumento jurídico internacional concebido específicamente para salvaguardar de manera global sus derechos, habiendo sido ratificado por 27 estados miembros –14 de ellos de América Latina– y, especialmente durante las primeras dos décadas de su vigencia, contribuyó a que se diera cierta adecuación de las legislaciones nacionales en su favor⁷.

Sin embargo, con el paso del tiempo fue evidenciándose cada vez más que su contenido estaba notablemente impregnado de una visión paternalista y más inclinado a procurar la asimilación de los indígenas a la cultura dominante, que a propiciar su integración en igualdad de condiciones y con respeto a su propia cosmovisión. Esto seguramente obedeció al por entonces fuerte arraigo del Estado-Nación como paradigma jurídico-político de organización estatal⁸, que requirió, al menos formalmente, la homogeneización de las distintas identidades culturales coexistentes en un determinado territorio. De acuerdo a Julio RUIZ MURRIETA⁹, desde los 40's la identificación de la población mestiza con la cultura nacional, la clase media y el progreso económico se transformó en la expresión ideológica de una serie de políticas gubernamentales, conocidas como “*indigenismo*”, diseñadas a fin de generar los cambios sociales y culturales necesarios para la asimilación del indígena dentro del modelo nacional mestizo¹⁰.

⁵ Entró en vigor el 2 de junio de 1957.

⁶ Domingo Barberá, Elia. “Los pueblos indígenas en la legislación internacional y en la legislación nacional de México”. *Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar*. Número X. 2005. Pág. 106.

⁷ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. “Antecedentes doctrinarios del Derecho Internacional Público Moderno: Integracionismo e Indigenismo de participación”. Discurso inaugural de las XVII Jornadas Lascasianas Internacionales. Contacto y cooperación a través de las fronteras. Convenio 169 de la OIT, Pueblos Originarios y Afroamericanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Pág. 16.

⁸ En franca crisis en la actualidad, al menos en su concepción clásica, ante el avance de la globalización y el posicionamiento de la diversidad cultural como una constante en las sociedades contemporáneas.

⁹ Ruiz Murrieta, Julio. “Democracia y participación política de los pueblos indígenas en América Latina”. *Gestión de las Transformaciones Sociales (MOST)*. Documentos de debate. No. 67. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Pág. 10.

¹⁰ Ese movimiento habría tenido su principal punto de referencia en el Instituto Indigenista Interamericano y sus respectivas manifestaciones nacionales en todo el continente americano.

Situado histórica y culturalmente en ese contexto, el C107 había sido irremediablemente engendrado con “*visión etnocéntrica en su enfoque y etnocida por sus fines*”¹¹.

Luego de un período de negociaciones que duró varios años, en 1989 se presenta el C169 como una revisión sustancial de lo dispuesto en el C107 claramente orientada a disipar los vicios conceptuales que se le endilgaban a éste, inscribiéndose dentro de una corriente *etnodesarrollista* que se contraponía al *indigenismo integracionista* que inspiraba al primer convenio sobre la materia¹². De esa cuenta, en su artículo 1¹³ se establecen como titulares del catálogo de derechos ahí reconocidos, ya no a los miembros de las poblaciones indígenas y tribales individualmente considerados, sino a los *pueblos indígenas y tribales* apreciados como colectividades. Esa sustitución de la dicción *poblaciones* por *pueblos* tuvo por sí misma una especial significación en función de realzar la aludida transición ideológica, como señala Emilio REBASA: “... *no era una simple modificación semántica intrascendente. Lo que se buscaba era la identificación específica del conglomerado social cuya autonomía ahora se defendía para superar la orientación proteccionista o integracionista anterior...*”¹⁴.

Cabe apuntar que la caracterización que figura en dicha norma sobre los pueblos indígenas pareció recoger parcialmente –ya con la indicada inserción del término “*pueblos*”– lo asentado en el “*Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*”, cuya realización recomendó la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU en 1971, nombrando a José Martínez Cobo (Ecuador) como Relator Especial para el efecto. El citado estudio, antecedente clave del C169 en cuya labor investigativa tuvo una destacada participación el

¹¹ Héctor Díaz Polanco y Consuelo Sánchez, citados en: Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador. *La aplicación del Convenio 169 de la OIT en Guatemala. Tres casos de estudio en el municipio de Totonicapán*. Cuaderno de estudio No. 75. Publicación realizada en el marco de las XIV Jornadas Lascasianas Internacionales: “Aplicación del Convenio 169 de la OIT. Análisis interdisciplinario. Estudio de casos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar / Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006. Pág. 2.

¹² Al término de una reunión organizada entre el 7 y el 11 de diciembre de 1981 por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), con el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en la que participaron alrededor de cincuenta líderes indígenas, académicos y funcionarios gubernamentales e internacionales, se aprobó la *Declaración de San José sobre Etnodesarrollo y Etnocidio en América Latina*. En ésta se acuñó el término *etnocidio* –asociado al *indigenismo integracionista*– para describir el fenómeno por el cual a un grupo étnico, colectiva o individualmente, se le niega su derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua; catalogándosele inclusive como una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos.

¹³ “1. *El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender 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 todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*”

¹⁴ Citado por Domingo Barberá, Elia. *Op. Cit.* Págs. 107-108.

guatemalteco Augusto Willemsen Díaz, fue presentado en sucesivas entregas entre 1981 y 1984, y en el mismo se definió que: “*Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales*”¹⁵.

Manuela TOMEI y Lee SWEPSTON¹⁶, en su publicación *Pueblos indígenas y tribales: guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT*, destacan como una de las cuatro diferencias esenciales apreciables entre el C107 y el C169 a la aludida modificación terminológica. Las restantes tres, íntimamente ligadas con ésta y entre sí, serían: i) el primero comulga con la noción de que las poblaciones indígenas y tribales eran sociedades temporales destinadas a desaparecer por efecto de la “modernización”, por el contrario en el segundo se les atribuye permanencia; ii) el primero propendía hacia la asimilación de los pueblos indígenas y tribales en la sociedad dominante, en contraste con el segundo, en el que se pretende establecer una nueva relación entre dichos pueblos y el Estado, con base en el reconocimiento de la diversidad cultural y étnica; y iii) mientras que el primero tenía por finalidad brindarles protección durante su transición a la modernización, en el segundo, esa tutelaridad está orientada a impulsarlos a establecer sus propias prioridades de desarrollo.

De acuerdo al análisis del Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala, entre las innovaciones trascendentales que el C169 introdujo en materia de relación entre Estados y pueblos indígenas, cabe subrayar que por primera vez se reconoció la existencia de los pueblos indígenas como tales, pero sobre todo, sus aspiraciones a asumir y decidir sobre sus propias instituciones y formas de

¹⁵ Martínez Cobo, José R. –Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU–. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Informe Final. Volumen V (Conclusiones, propuestas y recomendaciones)*. Capítulo XXII (Propuestas y Recomendaciones). Literal F (Ideas para la definición de las poblaciones indígenas desde el punto de vista internacional), párrafo 379. 1987. Pág. 30.

¹⁶ Citados en: Cabedo Mallol, Vicente. *El reconocimiento del Derecho y la jurisdicción indígena en el Convenio 169 de la OIT*. Cuaderno de estudio No. 74. Publicación realizada en el marco de las XIV Jornadas Lascasianas Internacionales: “Aplicación del Convenio 169 de la OIT. Análisis interdisciplinario. Estudio de casos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar / Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006. Pág. 13.

vida, de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, idiomas y espiritualidad dentro del territorio de los Estados¹⁷.

De esa suerte, desde su entrada en vigencia¹⁸ el C169, que, en palabras de Rodolfo ROHRMOSER VALDEAVELLANO, es “... *un instrumento inspirado en el respeto a las diversas culturas, sus formas de vida y la organización tradicional de los pueblos indígenas, estableciendo al propio tiempo los mecanismos adecuados para hacer efectivos tales derechos ante el orden jurídico local*”¹⁹, se erigió en el principal instrumento jurídico al alcance de los pueblos indígenas para la defensa de sus derechos.

II.II CONTORNO ESENCIAL CON EL QUE ES GESTADO EL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

En congruencia con ese importante giro en cuanto al modo de generarse el diálogo Estado-pueblos indígenas, que hasta entonces se había dado en drástica disparidad, cuando no reducido a circunstancias de marginación sistemática, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT subraya que *el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio, en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo*²⁰. Por su parte, Patrick STAELENS puntualiza: “... *en esta norma ya no se trata de elaborar instrumentos destinados a integrar las poblaciones indígenas a las comunidades nacionales en las cuales se encuentran, tal y como se pretendía en el Convenio 107. Se trata de reconocer a los pueblos indígenas su propia identidad y respetarla, con la creación de mecanismos de participación y de consulta en los asuntos que les conciernen directamente...*”²¹.

Enmarcado en esos lineamientos, el derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales emerge como la expresión más concreta de los nuevos términos en que a partir de la vigencia del C169 debían tener lugar las relaciones de dichos pueblos con las estructuras de poder público de sus países; “... *el Convenio dispone el marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales. El objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo*

¹⁷ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala. *Balance general. 10 años de la vigencia y aplicación del convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Guatemala*. 2009. Págs. 25-26.

¹⁸ Que se produjo el 5 de septiembre de 1991.

¹⁹ Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. *La operatividad del convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco*. 2005. Pág. 7.

²⁰ Informe general y observaciones acerca de ciertos países, rendido en el seno de la 91ª. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 2003. Observaciones individuales dirigidas a Dinamarca y Paraguay. Págs. 734 y 737.

²¹ Citado en: Cabedo Mallol, Vicente. *Op. Cit.* Págs. 9-11.

(consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados (...) les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas...”²².

Recalcando su naturaleza derivada del citado *espíritu de consulta y participación* del C169 – superando los patrones asimilacionistas que impregnaban al C107– Marco APARICIO WILHELMI²³ sitúa al DCPIT como una vertiente del *derecho al etnodesarrollo*, en el entendido de que esta particular concepción de desarrollo no es equiparable al mero crecimiento económico, sino comprende una mejora general de los niveles de bienestar en la que los actores sociales actúan y deciden democráticamente de acuerdo a sus necesidades, condiciones y posibilidades. Rodolfo STAVENHAGEN suscribe esa tesis cuando afirma que, entre otras cosas, el surgimiento ideológico del etnodesarrollo significó la lucha por una efectiva representación y participación de los indígenas en los procesos políticos y por la autogestión comunitaria²⁴.

Esto además pone de relieve cómo el DCPIT se ubica, desde el punto de vista político, como un importante mecanismo de participación ciudadana en las decisiones del poder público; esto es, como manifestación de *democracia participativa*, tal y como lo señala Martín SACALXOT: “*La consulta en los pueblos indígenas es entendida como un diálogo para llegar a un acuerdo, el que conlleva una participación protagónica y directa en la toma de decisión, a su vez una oportunidad de expresar el pensamiento que concluye con una propuesta consensuada (...) ligado a los procesos de consulta en los pueblos indígenas, se encuentra una forma particular de ejercicio de la autoridad, el que se sustenta en un mecanismo horizontal, es decir, la autoridad no se halla por encima del pueblo, sino parte de ese pueblo y a quien toca servir, con quien toca hablar, por ello se deja acompañar y asesorar...*”²⁵.

Así, en el artículo 6, numeral 1, del C169 está dispuesto: “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: 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...*” y en el numeral 2 del mismo artículo: “*Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberá*

²² Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. 2003. Págs. 16 y 17.

²³ Aparicio Wilhelmi, Marco. *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales (CEDECS). 2002. Pág. 89.

²⁴ Citado en: Cabedo Mallol, Vicente. *Op. Cit.* Pág. 13.

²⁵ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala. *Análisis de experiencias sobre consultas a pueblos indígenas de Guatemala*. 2009. Págs. 21-22.

efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas...”.

De esa cuenta, el derecho de consulta queda perfilado como una prerrogativa que asiste a los pueblos indígenas y tribales siempre que se proyecte la implementación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente sus condiciones de vida. Impone para el Estado el correlativo deber de establecer procedimientos de buena fe orientados a la concreción de acuerdos respecto a dichas medidas.

Como se anotó, su reconocimiento se realiza derivado del propósito de un organismo internacional (OIT) de dar tratamiento particularizado a la situación de comunidades humanas que históricamente han sido sometidas a la imposición de cánones culturales, políticos, económicos y sociales ajenos a los propios, por los sectores que tradicionalmente han ostentado la hegemonía en los territorios en los que radican, además de ser relegados de los núcleos de poder estatal. Siguiendo esa línea, la propia OIT y otras instancias de derecho internacional público y sus órganos de control han ido progresivamente consolidándolo –con sus declaraciones, observaciones, recomendaciones, dictámenes y pronunciamientos– como un derecho que a su vez permite asegurar la eficacia de otros derechos.

Recientemente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, a fin de aclarar el concepto de la “*consulta*” y ello redunde en una mejora en la aplicación del C169 en lo que concierne a este derecho, concluyó que el mismo comporta ciertos elementos inescindibles²⁶:

- a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;
- b) Tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
- c) Tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;

²⁶ Que en gran medida ya han sido retratados, como se verá adelante, en el desarrollo que ha merecido el DCPIT en el ámbito de los Sistemas de Naciones Unidas e Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

- d) Deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.²⁷

Dado que su titularidad se define en función de una determinada identidad étnico-cultural, el DCPIT se encuadra desde un enfoque subjetivo como un derecho de carácter colectivo. Ahora bien, para situar el lugar que le corresponde por su objeto y contenido en el ámbito de los Derechos Humanos, es menester tomar en cuenta que actualmente aflora una corriente cada vez más pujante en la doctrina sobre la materia, que propugna por el abandono de la clasificación tradicional que los agrupa en generaciones, como no sea para trazar con fines didácticos una semblanza general de los mismos en la que su evolución histórica sirva de hilo conductor; postura que encuentra asidero en el argumento de que dicho esquema resulta contraproducente para procurar su eficacia, especialmente de los derechos no individuales, pues en general sugiere que respecto a éstos el Estado debe asumir un rol más bien pasivo, en detrimento de su expectativa de observancia real y justiciabilidad²⁸. Tal es el pensamiento que refleja, por ejemplo, Víctor RODRÍGUEZ RESCIA, cuando afirma que “... esa clasificación de los derechos humanos no es viable porque sectoriza y discrimina derechos humanos en función de la ideología por una parte, o por el oportunismo político para no satisfacer derechos colectivos, disque por su falta de justiciabilidad o por problemas de presupuesto y de recursos humanos (...) la indivisibilidad de los derechos humanos y la integración e interdependencia de los civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales son parte de la civilización moderna en términos de alcanzar un pleno desarrollo humano...”²⁹.

Siguiendo esa tesis, resulta atinente, en función del objeto de estudio, traer a colación la propuesta de Luis Felipe Polo, quien también comparte que la relacionada tipología clásica ya resulta obsoleta y debe dar paso a una visión moderna que consolida a los Derechos Humanos como plataforma única en la que es dable apreciar ocho grandes ejes temáticos, uno de los cuales es el de Población

²⁷ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Informe presentado en la 100.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Informe III (Parte 1A): Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Ginebra, 2011. Pág. 865.

²⁸ Los defensores de esta tesis usualmente sitúan como su punto de partida lo preceptuado en el artículo 13 de la *Proclamación de Teherán* –que se produjo en 1968 en el marco de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en esa ciudad con motivo del vigésimo aniversario de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*–: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”.

²⁹ Rodríguez Rescia, Víctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales: El desafío de su justiciabilidad*. Lección inaugural de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del ciclo académico 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar. 2002. Págs. 5 y 11.

Indígena y Derechos Humanos³⁰, dentro del cual se enmarcaría entonces el DCPIT. Éste, así concebido, resalta su contenido axiológico subyacente –la justificación de su valor como derecho humano– que no es otro que el propósito de garantizar la igualdad material de los pueblos indígenas y tribales en lo que concierne a la determinación de sus propias condiciones de vida.

En síntesis, bien cabría conceptualizar al DCPIT como el derecho humano de carácter colectivo, cuyo sustrato esencial radica en la tutela del valor igualdad, que tienen los pueblos descendientes de poblaciones pre-coloniales que conservan una identidad propia compuesta de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; de ser llamados a participar mediante el diálogo, con el objetivo de llegar a acuerdos, en los procesos de decisión estatales que conlleven afectación de sus condiciones de vida, como una vertiente de su acceso al *etnodesarrollo*.

III. BREVE RELACIÓN DE SU JUSTICIABILIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En el sistema interamericano de derechos humanos el DCPIT ha sido objeto de análisis particularizado, a pesar de no contar con instrumentos que recojan de manera explícita su reconocimiento. El contenido del artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana claramente pone de relieve su trascendencia como expresión de democracia participativa, pero no está específicamente orientado a los pueblos indígenas [*“Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.”*].

En todo caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha superado esa limitación por vía interpretativa, incorporando en su jurisprudencia al DCPIT como componente del derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21, numerales 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³¹: *“Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. 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...”*.

³⁰ Polo, Luis Felipe. *Los Derechos Humanos: Patrimonio de la humanidad*. Cuaderno de estudio no. 4. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar. 2000. Pág. 14.

³¹ Ratificada por Guatemala en 1978.

En esa línea, ha hecho valer la eficacia del indicado derecho inclusive en Estados que no son parte en el C169. Uno de los pronunciamientos más representativos de esa postura tuvo lugar con ocasión del caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, en el que dicho tribunal internacional afirmó que dentro de las garantías contra restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia, deben entenderse incluidos el derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento³². Criterio que refrendó al resolver el caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* –en esta ocasión respecto a un Estado que sí es parte en el mencionado convenio–³³.

El siguiente paso que se avizora en este contexto es la aprobación de la *Declaración de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. De acuerdo a la información recabada por Henry Morales López y Máximo Ba Tiul³⁴, la formulación del proyecto se inició desde 1989 y en 1997 se realizó una consulta a representantes indígenas sobre un primer documento de proyecto. Sin embargo, representantes de algunos países como Guatemala y Ecuador no habían sido incluidos, por lo que en 2000 se conformó un grupo de trabajo que los integra y da seguimiento al proceso de su elaboración.

De concretarse la indicada iniciativa, no sólo pondría de relieve específicamente en el hemisferio los contenidos y tendencias que figuran recogidas en la declaración del mismo nombre recientemente proclamada por la ONU, sino abriría la posibilidad de su positivación en una convención americana que en definitiva superaría, en lo que concierne a esta región, al C169 como máximo referente de protección a los derechos de los pueblos indígenas en el plano del derecho internacional, plenamente vinculante para los Estados miembros desde su entrada en vigencia.

³² “El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo...”. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

³³ “... a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena. Ello es cónsono con las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte.”. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

³⁴ Morales López, Henry / Ba Tiul, Máximo. *Pueblos indígenas, cooperación internacional y desarrollo en Guatemala*. Movimiento Tzuk Kim-pop. 2009. Págs. 40-41.

IV. EL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN GUATEMALA

IV.I SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

América Latina no acogió el contenido del C169 en forma decidida y abierta; el proceso de suscripción y ratificación de dicho instrumento internacional en estas latitudes tuvo que superar enconados debates sobre los alcances e implicaciones de obligarse como Estados a incorporar a su ordenamiento jurídico una preceptiva que quizás estimaban desmesuradamente vanguardista y hasta riesgosa para su estabilidad política, acaso más resguardada con el tradicional enfoque integracionista.

Guatemala no fue la excepción a esa tendencia general. La controversia adquirió un tono especialmente significativo en una sociedad civil tan esperanzada con los albores de la democracia como lastrada por la experiencia traumática del conflicto armado interno y añejos prejuicios culturales transmitidos por generaciones. La posibilidad de integrar el C169 a la legislación nacional en alguna medida enfrentó a la ciudadanía a la realidad de un conflicto cultural que llevaba anidado en su seno durante mucho tiempo, como consecuencia de la tensión entre la diversidad cultural como “*hecho social*” y la homogeneidad como “*valor institucional*” pretendido [para aplicar el concepto de “*conflicto cultural*” empleado por J. Alberto DEL REAL ALCALÁ³⁵].

Según relata José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES³⁶, en el Congreso de la República la polémica confrontaba a dos binomios partidistas; mientras la Democracia Cristiana Guatemalteca y la Unión del Centro Nacional autorizaban su aprobación, el Partido de Avanzada Nacional y el Frente Republicano Guatemalteco se encontraban en franco desacuerdo, arguyendo que contravenía normas positivas del Código Civil y del Código Penal y que, además, su contenido era excluyente, al estar específicamente dirigido a los pueblos indígenas.

En abril de 1992, se realizó un foro en el que fue particularmente sensible la presión internacional sobre el tema, en conjunción con algunos actores nacionales. En él intervinieron, además de la Organización Internacional del Trabajo, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, la Organización de las Naciones Unidas para la

³⁵ Del Real Alcalá, J. Alberto. “Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado Constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*. 2009. Pág. 828.

³⁶ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. *La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. Una experiencia constructiva a favor de la paz. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*. Número 30. Págs. 117-118

Educación, la Ciencia y la Cultura, la Procuraduría de Derechos Humanos, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, universidades del país y activistas de derechos humanos. Los ahí presentes se pronunciaron vehementemente a favor de su aprobación, haciendo notar su importancia en función del fortalecimiento del sistema democrático y el fomento de la reconciliación nacional.

Luego se aunó como factor coadyuvante a favor de la aprobación del C169 la suscripción del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, en el que precisamente se le incluía como compromiso gubernamental: “3. *El Gobierno ha sometido al Congreso de la República, para su aprobación, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y, por lo tanto, impulsará su aprobación por el mismo. Las partes instan a los partidos políticos a que agilicen la aprobación del Convenio.*”³⁷.

En todo caso, el Organismo Legislativo, para ventilar sus reticencias sobre el particular, dispuso formular solicitud de opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad, que en un fallo histórico consideró lo preceptuado en el artículo 66 constitucional como la descripción de los elementos característicos que denotan la preservación de la identidad indígena y que expresan la multiétnicidad del Estado de Guatemala, sin que ello conlleve desmedro para la unidad de éste. Puntualmente en lo que concierne al tema central del presente trabajo, reconoció que la participación de los pueblos indígenas – nótese la utilización de este término, cuya significación ya fue apuntada antes– en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre los asuntos que les atañen se engloba entre los objetivos principales que persigue el contenido del C169; cuestión que coherentemente contextualiza a nivel nacional como una necesidad derivada de la evidente desigualdad material de las condiciones de dichos pueblos en comparación con el resto de la población³⁸. Si bien dicho pronunciamiento no era

³⁷ Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito en México el 31 de marzo de 1995.

³⁸ “... De conformidad con el artículo 66 de la Constitución, el Estado de Guatemala, debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, idiomas, dialectos de los pueblos indígenas, cuyo fin es mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de elementos que los definen y, a la vez, los hacen reconocerse como tal (...) Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno y que en forma global no contradicen ningún precepto constitucional (...) interpretadas dichas normas dentro del marco general de flexibilidad con que fue concebido, el citado Convenio sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre los asuntos propios de su comunidad (...) si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad (...) es un instrumento jurídico internacional

formalmente vinculante de acuerdo a las normas rectoras de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la argumentación desplegada en el mismo fue decisiva para que finalmente el ente parlamentario se decantara por emitir su venia para el ingreso del C169 al ordenamiento jurídico vigente del país³⁹.

En su momento, significó un avance valioso en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas guatemaltecos [*“El Convenio 169 de la OIT debe apreciarse como resultado de las luchas históricas de los pueblos indígenas, que en el caso de Guatemala junto a los Acuerdos de Paz, responden en alguna medida a las aspiraciones en el cambio de las relaciones desiguales y de opresión hacia una gran parte de la población y supone refundar el Estado, transformarlo de un Estado autoritario y militarista a un Estado incluyente, pluricultural, multiétnico, respetuoso de los derechos humanos, más justo, más equitativo, con verdadero espíritu democrático”*⁴⁰], pero a la postre no se tradujo en modificaciones estructurales que viabilizaran el ejercicio efectivo del elenco de derechos relacionados en el C169, como se verá posteriormente.

IV.II RESPUESTA INSUFICIENTE PARA ADECUAR EL MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL EN ARAS DE RESPETAR EL DCPIT

Hasta la fecha continúa latente la exigencia de que el DCPIT sea objeto de normativización clara y satisfactoria en la legislación interna. La adecuación de ésta a los postulados del C169 se produjo de forma escueta y, además, ambigua; esta circunstancia se ha ubicado como un importante obstáculo para hacer efectivo dicho derecho, sobre todo en atención al cariz formalista que predomina en la cultura jurídica guatemalteca.

Un revés significativo en la conformación de una infraestructura normativa acorde con el derecho previsto en el referido convenio internacional se produjo con el fracaso de la consulta popular celebrada en mayo de 1999, mediante la cual se perseguía obtener el respaldo de la población para cristalizar una iniciativa de reformas constitucionales surgida a partir de los compromisos asumidos por el Estado guatemalteco con la suscripción de los Acuerdos de paz. La contaminación del proceso

complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional...”. Opinión consultiva de 25 de mayo de 1995, dictada en el expediente ciento noventa y nueve-noventa y cinco (199-95).

³⁹ Finalmente entró en vigencia el 25 de junio de 1997.

⁴⁰ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala. *Balance general. 10 años de la vigencia y aplicación del convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Guatemala*. 2009. Pág. 30.

legislativo de redacción de las modificaciones con intereses netamente partidistas y la escasa difusión de su contenido entre la ciudadanía se combinaron, entre otros factores, para frustrar una tentativa reformatoria que incluía como propuesta de texto para el artículo 70 de la CPRG⁴¹: “*Leyes específicas. Una ley regulará lo relativo a la materia de esta sección. Cuando prevean medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, se consultará a dichos pueblos por los mecanismos que establecerá otra ley específica.*”; enunciado que, aunque restringía, respecto a lo normado en el C169, el tipo de medidas que deben ser objeto de consulta –al haber obviado las *medidas legislativas*–, insertaba el DCPIT como previsión expresa de la Carta Magna. No fue sino hasta la siguiente legislatura que en alguna medida se retomó el asunto en el seno parlamentario, como parte de la agenda legislativa ordinaria, aunque no con mucho acierto, como se explicará a continuación.

En el artículo 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto 11-2002 del Congreso de la República) se hace referencia tan patente como insuficiente a las consultas a los pueblos indígenas: “*Consultas a los pueblos indígenas. 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.*”; de hecho, el propio legislador es claro en indicar que se trata de una previsión de índole transitoria, reconociendo la necesidad –aún vigente– de que sea creado una ley especialmente destinada a regular el DCPIT.

En el Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República), se advierte un intento por dar un tratamiento normativo más pormenorizado al tema –acaso en complemento de la previsión general fijada en la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, promulgada en la misma época–: en su artículo 65, bajo el epígrafe de *consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio*, se encuentra establecido que “*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.*”; y en el artículo subsiguiente se encuentra precisado que “*las modalidades de las consultas a que se refiere los artículos 64 y 65 de este Código, 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,*

⁴¹ En el que actualmente está dispuesto: “Ley específica. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección.”

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.”.

Empero, si bien lo enunciado en las prescripciones legales antes citadas *a priori* parecería sentar las bases para efectivizar el DCPIT, un análisis más detenido revela que adolece de inconsistencias que inevitablemente desacreditan al procedimiento ahí regulado, para cumplir con ese cometido:

- a) Sujeta su instauración en cada caso a la iniciativa de los afectados, pese a que se trata de una obligación estatal que debe cumplirse de forma oficiosa e incondicional.
- b) No recoge claramente el carácter previo con el que debe tener lugar.
- c) No alude al diálogo y a la información como contenido esencial del procedimiento –el hecho de que se prevea que en la convocatoria debe aparecer el asunto a tratar es evidentemente insuficiente para satisfacer este último aspecto–.
- d) La metodología que sugiere contrae el ejercicio del DCPIT a un mero acto único de captación de votos en el que sólo hay dos respuestas posibles.
- e) Al tratarse de regulación atinente al ámbito de los municipios, se limitan drásticamente los alcances del DCPIT e incluso se excluyen cualesquiera asuntos cuyo tratamiento trascienda de esa circunscripción territorial.

Como puede verse, a la postre los lineamientos trazados en la relacionada preceptiva desvirtúan e incluso contradicen los términos con el que fue gestado el entorno esencial del DCPIT en el C169 y posteriormente modulado en diversos estándares internacionales en materia de derechos humanos; y, por ende, resultan un modelo ineficaz para operativizar el referido derecho. Han surgido varias iniciativas de ley destinadas a cristalizar finalmente ese cometido, pero ninguna de ellas ha conseguido culminar el proceso legislativo en el Congreso de la República: la *Ley Reguladora del Procedimiento Consultivo o Consulta Popular estipulada en la Constitución Política de la República* [presentada en enero de 2006, con número de registro 3413]; la *Ley de Participación Ciudadana* [presentada en noviembre del mismo año, con número de registro 3550]; y la *Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas* [con ese nombre han

sido presentadas dos iniciativas: una en septiembre de 2007, con número de registro 3684; y otra en agosto de 2009, con número de registro 4051⁴²].

En lo que atañe al Organismo Ejecutivo, en el mismo año de promulgación de los cuerpos legales citados en los párrafos precedentes se instituyó la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas; entre las funciones que quedaron establecidas en el artículo 2 del acuerdo de su creación⁴³ cabe citar, por atinentes al objeto de estudio: “... f) *Presentar al Presidente de la República informes semestrales sobre el avance del respeto y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, los cuales serán públicos.* g) *Elaborar informes que el Estado de Guatemala deba presentar en materia indígena ante organismos internacionales...*”. Posteriormente se instituyó también el Consejo Asesor de la Presidencia de la República sobre Pueblos Indígenas y Pluralidad. Las consideraciones desarrolladas en el acuerdo de su creación⁴⁴ denotan un enfoque propicio para el acercamiento y diálogo intercultural y hacen referencia expresa del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y el C169 como marco para coadyuvar al etnodesarrollo de dichos pueblos⁴⁵.

No obstante, pese al tono alentador de las citadas disposiciones, en la práctica tales dependencias no han alcanzado a trascender a la altura de las expectativas y, sobre todo, de las necesidades nacionales, ni su funcionamiento se ha traducido en políticas estatales que verdaderamente generen cambios estructurales tendientes a garantizar la efectividad del DCPIT.

Como consecuencia de lo anterior, el Estado de Guatemala ha sido objeto de múltiples y recurrentes cuestionamientos por parte de la comunidad internacional, a la que en general inquieta la escasa preocupación que muestra el aparato estatal acerca de la situación de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT lamentó en 2009 que, pese a sus comentarios de los tres años anteriores, el gobierno guatemalteco continuaba

⁴² Ambas cuentan con dictámenes favorables de la Comisión de Pueblos Indígenas del Organismo Legislativo, remitidos a la Presidencia de éste mediante oficios de noviembre de 2007 y octubre de 2009, respectivamente.

⁴³ Acuerdo gubernativo No. 390-2002, de 8 de octubre de 2002.

⁴⁴ Acuerdo gubernativo No. 96-2005, de 31 de marzo del 2005.

⁴⁵ “*Considerando (...) Que la propuesta relativa a la política sobre pueblos indígenas con visión de país compartida con los pueblos indígenas, expresa el esfuerzo e interés del Gobierno de la República por apoyar la construcción de espacios institucionales que faciliten los procesos de toma de decisiones incluyentes y acertadas en beneficio directo de los sectores mayoritarios de la población (...) Que a través del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, del Acuerdo de Paz Firme y Duradera, la ratificación por parte de Guatemala de Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la aprobación de distintas normas relacionadas, el Estado ha procurado el desarrollo de los Pueblos Indígenas considerando el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca...*”.

incumpliendo el artículo 15 del C169, puesto que había proseguido el otorgamiento de licencias mineras sin consulta, no había indemnizado a los pueblos indígenas por los daños y perjuicios sufridos ni adoptado medidas para mitigar los impactos de la explotación. Le alentó, finalmente, a progresar en la elaboración y adopción de una ley de consulta a pueblos indígenas⁴⁶. Asimismo, en 2010, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU acusó la notable brecha entre el derecho convencional internacional aceptado por Guatemala y su internalización efectiva con relación al DCPIT, expresando su seria preocupación ante la creciente tensión entre los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios; además, remarcó que la ausencia de reglamentación del C169 no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa⁴⁷.

En febrero de 2011 fue presentado el *Proyecto de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* elaborado por una Comisión Intersectorial de la Presidencia de la República. Sin embargo, el 24 de noviembre del mismo año la CC declaró con lugar un amparo planteado contra el procedimiento de su elaboración, argumentando que, independientemente de su contenido, el referido proyecto no satisfacía los estándares internacionales sobre la materia porque el mismo no fue sometido a proceso adecuado de consulta previa con los pueblos indígenas, en el que ellos mismos puedan opinar e influir en su elaboración⁴⁸.

IV.III EL DCPIT FRENTE A LA INDUSTRIA DE EXTRACCIÓN DE RECURSOS NATURALES Y SU EXAMEN POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL GUATEMALTECA

Es claro que en el C169 se alude al supuesto de las iniciativas de explotación de recursos naturales dentro o en las cercanías de las comunidades en las que habitan los pueblos indígenas como uno de los principales ámbitos de acción del DCPIT, como lo refleja lo preceptuado en el artículo 7,

⁴⁶ Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT. Informe general y observaciones acerca de ciertos países, rendido en el seno de la 98ª. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 2009. Observaciones individuales dirigidas a Guatemala. Pág. 739.

⁴⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU. *Observaciones finales acerca del informe presentado por Guatemala*, presentadas con ocasión de su 76º. período de sesiones, celebrado del 15 de febrero al 12 de marzo de 2010. Pág. 4.

⁴⁸ "...aún cuando el actuar de la autoridad impugnada se enmarca en una evidente buena fe, en la persecución de un objetivo legítimo y en el marco de las facultades constitucionales de reglamentación que le concede el artículo 183 de la Constitución Política de la República; el procedimiento desarrollado limita el alcance del derecho de consulta que le asiste a los pueblos indígenas conforme el Convenio 169 (...) Siendo que el derecho de consulta es uno de los derechos que le asiste a los pueblos indígenas, es claro que el desarrollo de la regulación normativa de tal derecho, sea por vía legislativa o por vía reglamentaria, debe realizarse por el Gobierno del Estado de Guatemala con la participación coordinada, sistemática y armónica, con los integrantes de dichos pueblos, pues no es concebible que el derecho de consulta que persigue concretizar los derechos de los pueblos indígenas, sea regulado sin la amplia participación de los mismos...". Sentencia de amparo en única instancia dictada dentro del expediente 1072-2011.

numerales 1 y 3⁴⁹, así como lo establecido en el artículo 15, numeral 2⁵⁰. En Guatemala, como ya se dejó entrever en el apartado anterior, es precisamente ante la proliferación de proyectos mineros en el área rural que se resiente con especial énfasis la insuficiencia de la respuesta estatal para garantizar el ejercicio del DCPIT.

En la actualidad los pueblos indígenas identifican el avance de proyectos de minería a cielo abierto, junto con otros de inversión extranjera en algunos cultivos, y la explotación de recursos naturales en general, en territorios donde habitan o son de su uso, posesión y propiedad, como un creciente factor de confrontación con el Estado⁵¹. Esto se traduce, a su vez, en causa adicional de polarización étnico-cultural y de cierta incertidumbre en la definición de las políticas estatales de desarrollo económico. El ExRelator Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, recogió esa percepción: *“Guatemala atraviesa actualmente un clima de alta inestabilidad y conflictividad social en relación con las actividades de las empresas en los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. Se trata de una situación preocupante en la que no sólo parecen resultar perjudicados los pueblos y comunidades indígenas, sino que va más allá, colocando en dificultades a la capacidad del Gobierno y de los propios actores empresariales de promover la inversión y el desarrollo económico en el país. Esta situación requiere de respuestas decididas y urgentes por parte de los poderes públicos, a riesgo de que se pueda llegar a situaciones de mayor conflictividad y colocar a Guatemala en una situación de ingobernabilidad.”*⁵².

Ya se expuso en el apartado anterior las razones por las cuales las formas procedimentales previstas en el Código Municipal no pueden considerarse conductos idóneos para operativizar el DCPIT.

⁴⁹ “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (...) 3. 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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas...”

⁵⁰ “En caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, 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 prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...”

⁵¹ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala. *10 años de la vigencia y aplicación del convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Guatemala*. Págs. 32, 44-45.

⁵² Anaya, James S. –Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas–. *Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Adición: Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales*. 2011. Pág. 19.

Empero, bajo ese formato se ha producido cantidad considerable de “consultas”, precisamente con relación a diversas iniciativas de extracción de recursos naturales; según estadísticas recopiladas por el Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala, sólo durante el período de 2005 a 2008 se realizaron treinta de ellas⁵³ –la mayoría en la región del altiplano del país–, las cuales han tenido como factor común la resistencia de las comunidades a aceptar la implementación de aquel tipo de iniciativas.

La inidoneidad de la legislación indicada para cumplir con el cometido de operativizar el DCPIT en ese contexto ha quedado evidenciada y ha derivado en efectos sensiblemente contraproducentes:

- a) Al sujetar su efectividad a la petición de los interesados y no patentizar su carácter previo, las “consultas” se han llevado a cabo cuando los proyectos de explotación de recursos naturales ya se han iniciado o incluso avanzado ostensiblemente, dando lugar a una coyuntura que, como es natural, es poco propicia para que germinen el acuerdo y la concertación de buena fe, siendo que para entonces prácticamente ha sido inobservado ya el derecho de las comunidades afectadas – con la correspondiente animadversión que ello supone–.
- b) Debido al carácter comicial con el que está diseñado el procedimiento descrito en la normativa de referencia, el ejercicio del DCPIT ha quedado reducido a un sufragio en el que los participantes solamente se pronuncian mediante un “sí” o un “no” acerca del proyecto del que se trate –es lógico y previsible que, en esas circunstancias, la mayoría se decante por lo segundo–. Ello, en concatenación con lo relacionado en la literal que precede, ha conducido a erosionar la vocación democrática con la que está concebido dicho derecho en el C169, pues en definitiva el diálogo, parte vital del mismo, ya no encuentra cabida en ese escenario.
- c) La divergencia entre la magnitud nacional que comporta ese tipo de iniciativas industriales⁵⁴ y el alcance estrictamente local que poseen los procedimientos establecidos en el mencionado cuerpo legal⁵⁵ impide que las “consultas” así llevadas a cabo sean reconocidas como válidas en el plano

⁵³ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala. *Análisis de experiencias sobre consultas a pueblos indígenas de Guatemala*. 2009. Págs. 13-15.

⁵⁴ Al tenor de los artículos 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República y sus reformas) y 2 de la Ley de Minería (Decreto 48-97 del Congreso de la República y sus reformas), es el Ministerio de Energía y Minas el despacho directamente responsable de la materia.

⁵⁵ Que conciernen únicamente a asuntos cuya decisión atañe al Concejo Municipal, dentro de las competencias propias de un municipio, contempladas en el artículo 68 del Código Municipal, y de acuerdo con las atribuciones que a dicho órgano colegiado confiere el artículo 35 del mismo cuerpo legal.

jurídico-formal; con lo que no se concreta la pretendida vinculatoriedad que, según el tenor literal de las citadas normas, apareja su resultado –con lo que éste a la postre deviene inocuo–.

En resumen, bajo la forma de *consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio* [artículo 65 del Código Municipal] el DCPIT es “instado” en un momento en el que en esencia ya ha sido vulnerado o empezado a vulnerarse; es decir, ya no es el derecho en sí el que entra en acción, sino la demanda de su observancia; esto, además, obviamente desalienta de manera significativa el ánimo de dialogar de buena fe, posibilidad que, en todo caso, queda luego prácticamente anulada por la metodología empleada para el efecto; y por último, su resultado –presumiblemente negativo, dadas las condiciones de su realización– carece de valor legal.

Como consecuencia, se distorsiona de tal manera el sentido del DCPIT, que no sólo se le vacía de contenido como derecho humano, sino inclusive podría decirse que termina tornándose más bien en un factor adicional de confusión, confrontación e inconformidad [*“Las experiencias exitosas desarrolladas por las comunidades ha sido dañada, generando en la población incertidumbre y desesperación por los efectos negativos puesto que la exigencia del respeto al derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas de parte de las comunidades, organizaciones indígenas y campesinas ha sido interpretado por funcionarios de Estado y algunos empresarios como oposición al desarrollo. Lo más grave es que las luchas de las comunidades por hacer valer su derecho y buscar ser escuchados han sido asociadas con violencia, persecución política y jurídica...”*]⁵⁶; y, por ende, se genera un ciclo pernicioso que lejos de solventar la situación, la agrava. En todo caso, las “consultas” así realizadas son demostraciones legítimas de activismo ciudadano, mediante las cuales se hace patente la generalizada sensación de inconformidad que priva en los pueblos indígenas acerca del modo en que ha sido manejado el tema.

Algunos de esos casos han sido trasladados a discusión en el ámbito de la justicia constitucional. Con ocasión de un planteamiento de amparo que tuvo como antecedente la instalación de una fábrica cementera en San Juan Sacatepéquez⁵⁷, la CC asentó algunas consideraciones importantes en función de dimensionar adecuadamente el DCPIT⁵⁸:

⁵⁶ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala. *Análisis de experiencias sobre consultas a pueblos indígenas de Guatemala*. 2009. Págs. 19-20.

⁵⁷ La situación subyacente al amparo inclusive provocó el decretamiento de un estado de prevención en ese municipio, en junio de 2008.

⁵⁸ Sentencia de 21 de diciembre de 2009, dictada dentro del expediente 3878-2007.

- a) Lo reconoció como un derecho fundamental de carácter colectivo que debe entenderse inmerso en el *bloque de constitucionalidad*⁵⁹. De acuerdo a Bartolomé Clavero –miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas–, esta incorporación decidida del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas referente al DCPIT al canon de constitucionalidad como un derecho fundamental que confiere acceso al amparo en términos colectivos, reviste importancia incluso fuera de Guatemala, en el entendido de que el Derecho Interamericano de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en formación, no sólo se nutre de la jurisprudencia de la CIDH, sino también de las doctrinas emanadas de Cortes Supremas o Constitucionales de los diversos Estados.
- b) Contrastó sus rasgos propios con los procedimientos consultivos previstos en el Código Municipal, concluyendo en su inidoneidad para servirle de cauce a dicho derecho⁶⁰.
- c) Asentó que su justiciabilidad no está condicionada a su regulación *ad hoc* en la legislación interna⁶¹.
- d) Remarcó el valor igualdad como su justificación axiológica, así como su orientación democrática intrínseca⁶².

Al margen de lo anterior, podría reprochársele a la CC que soslayó establecer como efecto del otorgamiento del amparo la suspensión de la licencia de explotación que, sin respetar el derecho de

⁵⁹ “... su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna (...) El derecho de consulta de las poblaciones indígenas es, en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente...”. *Ibidem*.

⁶⁰ “... las formas procedimentales establecidas en los artículos 63 al 66 del Código Municipal no son pertinentes para viabilizar el derecho de consulta de las poblaciones indígenas cuando éste se refiera a proyectos relacionados con la extracción de minerales, habida cuenta que, pese a entrañar afectación local, ésta es una situación que está vinculada a determinaciones tomadas en el Organismo Ejecutivo, que rebasan la esfera de funciones de la administración edil (...) Asimismo, más allá de que se trate o no de medidas que emanen del gobierno central, cabe señalar que la tónica que se trasluce en dichas formas contrae la consulta a un sufragio semejante al practicado con ocasión de unos comicios electorales o una consulta popular a nivel nacional; noción que, como se evidenciará más adelante, resulta equívocadamente restrictiva en el contexto del derecho que se analiza...”. *Ibidem*.

⁶¹ “La carencia de legislación ordinaria *ad hoc* no puede significar la nulidad del derecho que asiste a las poblaciones indígenas, que debe ser respetado por el Estado. Como bien lo señala Robert Alexy [Teoría de los derechos fundamentales (traducción de Ernesto Garzón Valdés). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007. Pág. 406], los derechos fundamentales son “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”; menos aún puede estar sujeta a la potestad legislativa su eficacia misma, una vez que incluso han sido –como el que ocupa el presente estudio– objeto de reconocimiento estatal en el concierto internacional...”. *Ibidem*.

⁶² “...se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida (...) Concebido, en todo caso, en concordancia con los usos democráticos e inspirado en el principio del diálogo como vehículo de concordia...”. *Ibidem*.

consulta, había sido extendida a la empresa cementera por la dependencia administrativa correspondiente del Ministerio de Energía y Minas; sino que, imprimiendo un matiz más mesurado a la sentencia, habilitó la renovación del petitorio de consulta y ordenó trasladarlo al Consejo Departamental de Desarrollo, a efecto de que en esa instancia el Gobernador departamental y los representantes de los despachos ministeriales atinentes asumieran la responsabilidad de atenderlo.

De cualquier manera, el citado pronunciamiento vino a situarse como un precedente vital en la jurisprudencia constitucional guatemalteca acerca de la materia, siguiendo la estela de la opinión consultiva a la que ya se hizo alusión en un apartado anterior. En casos posteriores, la CC se ha apoyado en ese fallo para consolidar una tendencia jurisprudencial conteste, que se prolonga hasta la actualidad⁶³, con algunas adiciones y matizaciones.

En un caso de denuncia de inobservancia del DCPIT frente a proyectos de transporte de energía eléctrica, la CC ensayó⁶⁴ una síntesis de los elementos básicos de la consulta, de acuerdo a lo preceptuado en el C169 y el desarrollo interpretativo que sobre su normativa han efectuado la CIDH [Sentencia dictada en el caso Pueblo Saramaka vrs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo 133]; la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT [Observación General formulada sobre el C169] y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [Principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas]:

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

⁶³ Verbigracia, sentencias dictadas dentro de los expedientes 156/159-2013, 3753-2014 y 411-2014.

⁶⁴ Sentencia de 25 de marzo de 2015, dictada dentro de los expedientes acumulados 156-2013/159-2013.

IV.IV CONCLUSIONES

Después de que con la ratificación del C169, Guatemala realizó reconocimiento expreso del DCPIT ante la comunidad internacional, éste no se ha traducido aún en una respuesta plenamente eficaz por parte del Estado que garantice su respeto. Afrontar esa necesidad no ha sido un punto prioritario en la agenda de políticas públicas de los gobiernos que han ostentado el poder desde entonces y la incipiente normativización del derecho que llevó a cabo el Congreso de la República hace casi una década es exiguo e incongruente con sus rasgos esenciales. Ese déficit en la adaptación institucional y jurídica de la organización estatal guatemalteca para asegurar la observancia del DCPIT ha sido principalmente acusado en el escenario de las iniciativas de extracción de recursos naturales, en el que la utilización del Código Municipal como referente legal para viabilizar el ejercicio del derecho ha resultado un fenómeno pernicioso que ha potenciado el conflicto en lugar de resolverlo, en un claro ejemplo de ineficacia normativa e incluso, cabría decir, de lo que desde una concepción sociológica conflictualista se denomina *función negativa del Derecho*⁶⁵.

Por ello, si bien se espera que su normativización se concrete cuanto antes, para cumplir verdaderamente su propósito regulatorio resulta de capital importancia que la preceptiva de que se trate se origine de un procedimiento apropiado y que su contenido efectivamente recoja el núcleo esencial que le corresponde al DCPIT en el sistema internacional de protección de derechos humanos, coherentemente adaptado al contexto nacional.

Desplazada la problemática hacia la última frontera del ordenamiento interno –el ámbito de la justicia constitucional–, la CC ya ha asentado algunas pautas valiosas para tutelar adecuadamente el referido derecho en consonancia con el criterio apuntado al final del párrafo precedente; por lo que cabe abrigar la expectativa de que con ocasión de casos futuros sostenga y aún robustezca esa línea jurisprudencial, asumiendo una posición decididamente garantista respecto a dicho derecho.

El reto sigue, pues, vigente para el aparato estatal, por revestir al DCPIT de trascendencia real ante las situaciones que suponen alteración de las condiciones básicas de vida de los pueblos indígenas; en íntima conexión con el desafío global de la sociedad guatemalteca por transitar del Estado de Legalidad al Estado Constitucional de Derecho, de la democracia representativa a la participativa, y del integracionismo al etnodesarrollo.

⁶⁵ Ver: Atienza, Manuel. *Introducción al Derecho*. Capítulo II: Las funciones del Derecho. Editorial Barcanova. Barcelona, 1985