

Opinión sobre el proyecto de reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, presentado por el Gobierno de la República de Guatemala, a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social¹

¹ Benito Morales Laynez, Consultor.

Siglas

OIT	Organización Internacional del Trabajo
C169	Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
CPR	Constitución Política de la República
CC	Corte de Constitucionalidad
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Análisis sociológico jurídico del derecho a la consulta

a) Introducción

La presente opinión se refiere al derecho a la consulta de los pueblos indígenas dispuesto en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-. Por ser solamente uno de los derechos regulados en este instrumento internacional, es importante hacer un repaso general del instrumento en su conjunto con el fin de establecer qué es, cuál es su naturaleza, cuándo surge y en qué contexto; cuál es su espíritu, etc., todo con el fin de comprender cómo debe entenderse el concepto de consulta como punto de partida de su aplicación por parte de los Estados, puesto como se ha reiterado en múltiples informes, constituye la “piedra angular”² del Convenio 169.

El Convenio 169 fue adoptado por la OIT el 27 de julio de 1989. Para su aprobación contó con 328 votos a favor, 1 en contra y 49 abstenciones de un total de 378 representantes tripartitos: Estados, trabajadores y empleadores de todo el mundo. A la fecha son 20 Estados los que lo han ratificado -Noruega fue el primero-, entre ellos Guatemala. En tal virtud y conforme el Decreto 9-1996 del Congreso de la República, en consonancia con los artículos 44 y 46 de la CPR, es ley de la República y con preeminencia sobre el derecho interno, por lo que aplicación es obligatoria por el Estado conforme el artículo 14 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.³

En el caso de Guatemala el proceso pro-ratificación inició con el gobierno de Vinicio Cerezo Arévalo (finales). Desde el gobierno de Serrano Elías se registran varios procesos de divulgación y consulta sobre la conveniencia de su ratificación, incluyendo la solicitud de la opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad realizada por el Congreso de la República⁴, entre ellas a diversas organizaciones indígenas, lo cual dio lugar a la conformación de una delegación que se denominó “Delegación Pro Ratificación del Convenio 169. Finalmente fue ratificado por el Estado de Guatemala el 5 de marzo de 1996 y conforme el Decreto Legislativo correspondiente entró en vigencia en abril de 1996.⁵

²Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Num. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio Num. 169 de la OIT. Departamento de Normas Internacionales de Trabajo. 2009.

³El “*consentimiento en obligarse*” por un Tratado puede ser manifestado mediante la ratificación, cual acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, hecha constar mediante su depósito ante el órgano internacional de que se trate. Y como tal, entraña la intencionalidad de sujetarse a lo acordado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales.

⁴Exp. 199-95. Opinión Consultiva relativa al Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (OIT). 18 de mayo de 1995.

⁵ Decreto legislativo número 9-1996. 5 de marzo de 1996.

Al menos de manera expresa y en el aspecto formal, quizá con el Decreto respectivo se conoce la primera dificultad que enfrenta el Convenio 169 en Guatemala, puesto en su artículo 1 dispone: “... *Se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Dicha aprobación se hace bajo el entendido que las disposiciones de la Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho convenio, el cual no afecta derechos adquiridos, ni tiene efectos retroactivos*”, lo cual riñe con el artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶

b) El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales⁷

El Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional que desde el momento de su ratificación pasa a ser legalmente vinculante para el Estado que lo ratifica y adquiere la naturaleza de compromiso de Estado. En el caso de Guatemala, tal como se ha dicho, es ley y de rango supra frente al derecho interno.⁸

Existen diversas obligaciones –varían según la naturaleza del tratado internacional- que con el mero hecho de la ratificación se derivan: creación de normas adecuadas a los estándares establecidos en el tratado respectivo, adecuación de las existentes, así como la creación de instituciones y la asignación de recursos para facilitar la aplicación adecuada. En igual sentido se deben formular políticas y programas adecuados para dar cumplimiento a los compromisos y rendir informes de cumplimiento.

No obstante lo anterior y en cuanto a la ausencia de legislación interna, esto no es excusa de aplicación del instrumento internacional puesto se estaría vulnerando los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena que indican: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*”(art.26) y que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*” (art. 27). La ausencia de normativa ordinaria, no exime a los Estados a la obligación de aplicación del Convenio directamente como toda norma legal vigente.

Otro de los aspectos de suma importancia y en los que se basa el presente dictamen, es lo referente a la filosofía o espíritu que encierra el Convenio 169. El citado Convenio

⁶Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. Art. 27.1 Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

⁷El Convenio 107 de la OIT es el precedente inmediato del Convenio 169, el cual fue revisado dado su espíritu integracionista que lo inspiraba y con la intención superarla.

⁸La Corte de Constitucionalidad dentro del Exp. 3396-2008, sentencia de fecha 09-07-2009, afirma: “... el artículo 46 de la Constitución Política de la República le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, ello únicamente provoca que, ante la eventualidad de que la disposición legal ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional sobre derechos humanos, prevalecerán estas últimas...”. En igual sentido se refiere la CC dentro de los expedientes 872-2000, 131-95, 280-90, 30-2000, entre otros, aunque en materia de control de constitucionalidad muestra un rezago interpretativo al establecer que únicamente la CPR es parámetro de constitucionalidad.

“... tiene el enfoque del respeto y protección de las culturas, formas de vida y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, basándose en la presunción de la perduración y permanencia de esas culturas y de su identidad propia.”⁹ En otras palabras, el Convenio asume que los pueblos indígenas pueden hablar por sí mismos y que les asiste el derecho de ser parte de los procesos de decisión sobre asuntos susceptibles de afectarles. En ese enfoque se materializa uno de los principios fundamentales del propio Convenio: no discriminación.¹⁰

En otro sentido, defiende la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales frente a la asimilación cultural forzosa, partiendo que, no obstante las culturas son dinámicas en el tiempo y espacio, los cambios culturales son intrínsecos y voluntarios de los propios pueblos indígenas. En ese sentido el Convenio no entra a definir el concepto <<pueblos indígenas o tribales>> sino más bien establecer criterios descriptivos y con un enfoque práctico, entre los que destaca el derecho de auto-identificación.

Los elementos de los pueblos indígenas incluyen:¹¹

- Estilos tradicionales de vida;
- Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, p.ej. la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.;
- Organización social e instituciones políticas propias; y
- Vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros “invadieron” o vinieron al área.

Los elementos de los pueblos tribales incluyen:¹²

- Estilos tradicionales de vida;
- Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, p.ej. la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.; y
- Organización social y costumbres y leyes tradicionales propias.

Desde el punto de vista normativo *per se*, la auto-identificación está reflejado en el artículo 1, 2.: “**La conciencia de su identidad indígena** o tribal deberá considerarse un

⁹ Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Guía para la aplicación judicial. OACNUDH, noviembre de 2004.

¹⁰ El artículo 3 del Convenio establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Por su parte, el artículo 4 también garantiza el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía. Otro principio del Convenio atañe a la aplicación de todas sus disposiciones a las mujeres y los hombres de esos pueblos sin discriminación (artículo 3). El artículo 20 establece que se deberá evitar la discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas.

¹¹ <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>

¹² Idem

criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

En cuanto al principio de igualdad, el Convenio no promueve condiciones más favorables para los pueblos indígenas o tribales frente a los derechos de otros trabajadores;¹³ más bien promueve la necesidad de asistencia y condiciones de equidad, reconociendo aspectos culturales diferentes y la superación de la discriminación que a lo largo de historia de la humanidad, ha dado lugar al exterminio de los pueblos indígenas de diferentes maneras. Por otra parte establece la diferencia entre minoría étnica y pueblos indígenas, siguiendo de alguna manera los aportes de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías:

“... el término pueblo: a)... designa una identidad social que posee un identidad evidente y tiene características propias; b) implica una relación con un territorio, incluso si el pueblo de que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población; c) el pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüística, cuya existencia y derechos se reconocen en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”¹⁴

A groso modo, se puede inferir que el Convenio 169 está estructurado en tres secciones: a) la política general de los Estados frente a los pueblos indígenas (art. 1-12), b) los temas sustanciales como la tierra y el territorio, los recursos naturales, la salud, la educación, etc. (art. 13-32) y c) los aspectos generales y administrativos de los temas sustanciales (art. 33-44).

Se puede concluir entonces que el Convenio 169 de la OIT es un instrumento internacional que de manera básica y fundamental regula los derechos de los pueblos indígenas y tribales, reconociendo que por miles de años se han ido estructurando sistemas de opresión y exclusión en su contra, por lo que el gran desafío de la humanidad es superar ese esquema, situando a los pueblos indígenas como sujetos con derecho de decidir sus propios intereses.

c) Principios básicos del Convenio 169

Se puede concluir entonces que los principios principales sobre los que descansa el C169 son:

¹³ El único instrumento internacional que materializa acciones afirmativas es la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, al establecer en su artículo 2.2.: “Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales ...”.

¹⁴ Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. José R. Martínez Cobo, relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías. 1974.

- La auto-identificación
- La no discriminación
- Reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales
- Consulta y participación
- Derecho a decidir las prioridades para el desarrollo

d) Estado actual en materia de implementación

Sus disposiciones han incidido sobre políticas públicas y decisiones legales a nivel regional e internacional, así como en políticas y legislaciones nacionales. En América Latina el C169 ha sido referente inspirador de reformas constitucionales y reforma legal.¹⁵ Incluso su aplicación va más allá de los países que lo han ratificado. En algunos que no lo han ratificado, sí lo han utilizado como referente interpretativo.¹⁶

Sus disposiciones son compatibles con las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y su adopción ilustra la mayor aceptación del Convenio 169, más allá del número de países que lo ratificó.

Si bien se ha logrado un avance considerable en relación con la implementación del Convenio en los países que lo ratificaron, los órganos de supervisión de la OIT también han notado que existen varios desafíos en cuanto a su implementación, especialmente con relación a la acción coordinada y sistemática requerida y la necesidad de asegurar la consulta y participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que les conciernen.

e) El derecho a la consulta de los pueblos indígenas

Bajo el marco general desarrollado, el Convenio regula el derecho a la consulta desde la perspectiva de que los pueblos indígenas deben tener el control de sus intereses y de su futuro y los Estados la obligación de proveer las condiciones y los recursos para hacerlo posible. Para ello el Convenio establece diferentes vías, entre ellas la consulta y la participación, que como se ha reiterado, es la piedra angular y la base de todas sus disposiciones.¹⁷

¹⁵ Barié, Cletus Gregor. Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama, Abya-Yala. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas-Instituto Indigenista Interamericano. La Paz, 2003.

¹⁶ Caso Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros v. Procurador General de Belice y otros. Corte Suprema de Belice. Sentencia de fecha 18 de octubre de 2007. Además caso Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasuay s/acción de nulidad por inconstitucionalidad y amparo constitucional. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 6 de octubre de 1998.

¹⁷ En su 81ª. reunión celebrada en 2010, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones –CEACR- de la OIT, reitera esta observación mantenida en todas sus revisiones del Convenio 169.

En ese sentido es importante contextualizar este concepto, tanto como derecho y como mecanismo de aplicación del C169, basado en sus propias disposiciones, sus principios fundamentales y su espíritu, así como en la jurisprudencia sentada tanto por el derecho nacional de los países que lo han aplicado –derecho comparado– como por organismos regionales, principalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Existen múltiples estudios, informes, reflexiones y análisis que abordan el tema de la consulta, sin embargo no hacen referencia a la definición de consulta; más bien se centran en sus características, sus objetivos y las obligaciones de los Estados frente a ella. A pesar de ello y sobre la base del significado del vocablo consulta: “*parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo*”,¹⁸ que aplicado con enfoque de derechos, se puede deducir que consulta es un derecho sustantivo de protección de derechos fundamentales que consiste en dar nuestro parecer o dictamen sobre algo.

En un enfoque más práctico y desde la perspectiva del propio Convenio, basado en su artículo 6 e interrelacionado con sus demás disposiciones, se puede inferir que la consulta es aquel mecanismo que busca garantizar que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos, y en los procesos que les puedan afectar directa o indirectamente.

En palabras de James Anaya “[El] deber de consultar deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular”¹⁹

Por su parte la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo dice: “*Las disposiciones sobre consulta y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones. La consulta es el instrumento previsto por el Convenio 169 para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos. La consulta en los términos previstos por el Convenio intenta armonizar intereses a veces contrapuestos mediante procedimientos adecuados*”.

¹⁸ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española –RAE-. Vigésima segunda edición.

¹⁹ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos y Libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas.2009.

Según la Corte de Constitucionalidad de Guatemala la consulta es: “...en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios...corresponde caracterizarlo como derecho de prestación, que supone la actuación positiva del Estado para su plena y real vigencia” (Expediente 3778-2007).

“En esencia, la consulta es un derecho fundamental que tiene como finalidad posibilitar la plena realización como pueblo, reducir la brecha económico y social con el resto de la población, la oportunidad y posibilidad real de participación en esferas de decisión sobre la forma, el momento y la razón de medidas que inciden o incidirán directamente en sus vidas.”²⁰

Hay consenso tanto de los diferentes órganos de control del Convenio como en diversos sectores sociales, que la consulta debe concebirse como una institución jurídica especial de derechos humanos y que está orientada a frenar la discrecionalidad y arbitrariedad estatal frente a los pueblos indígenas, reparando con ello la desigual participación y discriminación de los pueblos indígenas en la decisiones políticas, legislativas y administrativas que les afectan.²¹ De esa cuenta se espera de los Estados -como una obligación fundamental- lograr la participación y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y tribales, antes de adoptar medidas legislativas, administrativas y políticas públicas que puedan afectarles.

f) Regulación de la consulta en el C169

El derecho a la consulta está dispuesto en el C 169 así:

Artículo 6.

1. 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;

Artículo 15.

1 ...

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales de los

²⁰Udiel Gonzalo Miranda Feliciano. “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Guatemala”. TxeChman, 28 de Enero de 2011.

²¹Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas -CEPPDI-. Seminario sobre la consulta a pueblos indígenas. Santiago de Chile, abril de 2009.

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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 17

1

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

Artículo 27

1

2. ...

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos.

Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1 .Siempre que sea viable deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

De los artículos transcritos se desprende que los Estados deben consultar:

- Las cuestiones legislativas o administrativas que puedan afectar directa o indirectamente a los pueblos indígenas o tribales.
- La autorización o ejecución de todos los proyectos de exploración o explotación de los recursos minerales o del subsuelo existentes en sus tierras y territorios.
- Las cuestiones relacionadas con su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
- Cuestiones específicas relacionadas con la educación.

g) Principios o requisitos del derecho a la consulta

Uno de los aspectos fundamentales del derecho a la consulta, sobre los que descansa su enfoque y su espíritu, son los principios que lo rigen. De su lectura íntegra del Convenio 169 y el análisis de los reiterados informes y recomendaciones emanadas de la Comisión de Expertos de la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, se encuentra que esos principios son:

- **Flexibilidad en la aplicación**

Este principio se basa en que la situación de los pueblos indígenas y tribales varía según el país de que se trate, por lo que la aplicación del C169 debe ser flexible atendiendo las condiciones propias de cada país. De ninguna manera este principio de flexibilidad significa discrecionalidad absoluta.

Referido a este principio encontramos en el derecho comparado una sentencia que ha considerado “ ... *el instrumento (El Convenio 169 de la OIT) otorga a los Estados partes un importante margen de discrecionalidad, para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; en la medida en que las partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones, que en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de Tratados, según la cual, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse, a los términos del Tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.²²

- **debe ser “previo a ...”**

Este principio que en términos prácticos pasa a ser uno de los requisitos determinantes de cualquier consulta que se arroge validez, significa con antelación en su sentido más exacto. En otras palabras, significa que antes de ejecutar cualquier acto estatal susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos indígenas y tribales, por mínimo e inicial que sea, debe consultárseles.

El carácter previo de la consulta, no está en tela de juicio porque aparece taxativamente en el artículo 6 del Convenio 169 y en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En esa dirección, los órganos de control de la OIT afirman que reuniones posteriores a la tramitación de las medidas legislativas y administrativas, no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169, puesto que la consulta previa implica que “*las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso.*”²³

Con ese mismo enfoque se ha pronunciado la CIDH en el caso “Saramaka V. Surinam”, que en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos afirmó: “*se debe consultar con los Pueblos Indígenas en las primeras*

²²Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Colombia. 2001

²³Comité de Reclamación en Colombia, 1989.

etapas del plan... y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad ...”²⁴

En el caso de la adopción de una medida legislativa, y dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión.

- **Información suficiente, adecuada y pertinente**

Significa que la consulta no se agota con mera información. Este aspecto – reportan los informes de los órganos de control de la OIT-, ha sido una de las reiteradas quejas recibidas, es decir, la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. De esa cuenta han reiterado estos órganos que una reunión de mera información no se puede considerar un acto conforme a lo dispuesto en el Convenio. Este es el caso de la iniciativa del Presidente de la República de Guatemala de reglamentar el derecho a la consulta, tal como se aborda con detalles y a profundidad más adelante.

Concebir y aplicar el derecho a la consulta como meros actos informativos, es distorsionar su fin, que no es otra cosa que alcanzar un diálogo genuino entre ambas partes, “... *signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común*”.²⁵

Otro aspecto a tener en cuenta para el análisis del caso Guatemala en cuanto a la iniciativa del Presidente de la República, lo cual confirma las preocupaciones de los órganos normativos de control, es el criterio de que la celebración de audiencias con representantes indígenas, no se ajusta necesariamente a las consultas exigidas por el Convenio. En esa dirección lo afirmaron en el caso de la reforma constitucional mexicana del 2001 para abordar el tema indígena: las audiencias ante el Congreso, si bien permitieron que representantes de los pueblos indígenas se expresaran, dichas audiencias no constituyeron “...*un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas, pudieran además, de ser oídas, instaurar un intercambio genuino*”.

²⁴ Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007.

²⁵ Reclamación caso Colombia.

con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos”²⁶

- **buena fe**

Significa que los pueblos indígenas deben recibir la información completa y relevante. Para ello tiene que ser inteligible y culturalmente pertinente, es decir, en su propio idioma y conforme a la realidad social del pueblo de que se trate. Además debe llevarse a cabo con la reconocida y legítima autoridad de los propios pueblos que deciden asuntos en su propia comunidad. El objetivo de la “buena fe” en este caso es generar confianza entre las partes.

El cumplimiento de la consulta de buena fe, como estipula el Convenio, responde a la exigencia de cumplir con el objeto último de dicha obligación: *establecer un diálogo entre las partes basadas en principios de confianza y respeto mutuo, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas*. En esta línea de pensamiento, los órganos de control normativo de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como: “un verdadero instrumento de participación”²⁷.

Considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el dialogo, y disminuyen las tensiones sociales, el Comité subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos, en cuanto a los procedimientos de facilitar su acceso, dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un dialogo productivo.

La generación de dicho clima de confianza es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas, dada su histórica exclusión, explotación y represión. En esa dirección lo afirma la OIT en la revisión de caso México citado al indicar: *“por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas, sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”*.²⁸

- **Debe ser adecuada y a través de sus instituciones representativas**

El C169 enfatiza que la consulta a los pueblos indígenas debe ser adecuada, y realizarse en particular, a través de las instituciones representativas. (Art. 6.1.a).

²⁶Comité Tripartito del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo.

²⁷Reclamación caso Brasil.

²⁸Reclamación caso México.

Este principio lo reitera la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en su art. 19: *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas...”*.

En aplicación concreta, así lo ha interpretado y aplicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka Vs. Surinam: *“El Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta los métodos tradicionales de los pueblos indígenas para la toma de decisiones”*.²⁹

El carácter adecuado o no de la consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, no responde a una fórmula única, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta, así como la finalidad de la misma. En este sentido lo señaló el Comité Tripartito de la OIT, en un caso relativo a Brasil: *“La expresión, procedimientos apropiados debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los Pueblos Indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, este debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta, sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera, que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes”*.³⁰

Al interpretar este aspecto, los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible, en el sentido de que el Convenio no impone un modelo de institución representativa, pero que lo importante es que *“... estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los Pueblos Indígenas”*.³¹ Asimismo, han señalado que no deben confundirse las instituciones representativas de los Pueblos Indígenas con las organizaciones más representativas de estos pueblos.

- **Accesible**

Significa que debe asegurarse la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas. Se debe tener en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes, y actuar en función de ellas para intentar

²⁹Op. Cit.

³⁰Reclamación caso Brasil.

³¹Reclamación caso México.

superarlas. Por otra parte, la accesibilidad de los procedimientos de consulta deben tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas donde el idioma oficial no sea hablado mayoritariamente. En este sentido se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del C169, que establece el deber estatal de adoptar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, interpretes u otros medios eficaces.

El carácter adecuado de las consultas tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En los términos de la OIT: *“se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país, puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera, que se adapte, a sus modelos culturales y sociales...si estos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”*.³²

- **Sistemática y transparente**

Las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes, respondiendo a la necesidad de dotar seguridad jurídica como todo acto de Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas. Este es el caso de la iniciativa del Presidente de Guatemala que más adelante se analiza.

En esta dirección también se ha pronunciado la OIT, llamando reiteradamente la atención a los Estados sobre la conveniencia de determinar *“con mayor precisión los criterios utilizados para determinar la representatividad, forma de participación en las audiencias y metodología utilizada”*³³

La necesidad de regular los procedimientos de consulta, responde asimismo a la obligación de los Estados de *“...desarrollar, con la participación de los pueblos*

³²Reclamación caso Colombia.

³³Reclamación caso Colombia.

*interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.”*³⁴

Ello conlleva, en los casos donde no existan el establecimiento de instituciones y otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas, incluyendo la proposición de medidas legislativas y de otra índole, a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados. (Art. 33.1.2).

Sobre este punto específico, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, ha señalado que: *“la consulta prevista por el convenio va mas allá de una consulta en un caso preciso, sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”*.³⁵

De nuevo, las normas internacionales no imponen criterios pre establecidos para la creación de órganos y mecanismos para llevar a cabo el proceso de consulta, puesto que éstos deben responder a las características propias y sistemas constitucionales de cada país. Sin embargo, si puede entenderse que el establecimiento gradual de dichos órganos y mecanismos es una de las obligaciones que derivan de la ratificación del Convenio 169, y de otras normas internacionales, tomando en cuenta los requisitos mínimos de buena fe, adecuación y representatividad discutidos anteriormente. En los casos en los que esos mecanismos no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena.

h) Alcances del derecho a la consulta

El Relator Especial de la Organización de Naciones Unidas para pueblos indígenas,³⁶ ha señalado, en el contexto de la reforma constitucional del Ecuador, que: *“la elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacional responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los*

³⁴ Art. 2.1. Convenio 169.

³⁵ Informe III (Parte 1ª), Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª. reunión, Ginebra 2007.

³⁶ James Anaya.

principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. Pero con este propósito los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones”.

Con ese mismo enfoque se pronunció la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: “...las consultas a que se refiere el artículo 6, numeral 1, del Convenio, no sólo tienden a exteriorizar un sentimiento acerca de asuntos de importancia comunal, sino también, con el objeto de lograr acuerdos o alcanzar consensos acerca de las medidas propuestas...”³⁷

A manera de conclusión se puede decir entonces que con el derecho a la consulta se reconoce y se espera:

- a) Que las poblaciones indígenas y tribales tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y en lo atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio ... y que les afecten directamente,
- b) Que este derecho de participación debería ser efectivo y brindarles la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas,
- c) Que, para que tal derecho sea efectivo, debe ser respaldado por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional de acuerdo con las condiciones del país,
- d) Que la aplicación de este derecho debería adaptarse a la situación de las poblaciones indígenas y tribales interesadas, a fin de conferirles en cada caso el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural

Si se cumplen los principios y los requisitos del derecho a la consulta, ampliamente analizadas, el mismo puede ser una herramienta de “diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”³⁸

2. La iniciativa del Presidente de la República del reglamentar el derecho a la consulta

³⁷Expediente 1179-2005.

³⁸ Observación general sobre el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. 81ª. Reunión. 2010.

a) Antecedentes sobre la aplicación del derecho a la consulta

Después de más de 14 años de estar vigente el Convenio 169 en Guatemala, se puede afirmar que el Estado de Guatemala ha inobservado rotundamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Paradójicamente alrededor de la fecha de entrada en vigencia del Convenio 169 en el país, el Congreso de la República decreta una nueva Ley de Minería³⁹, que en su implementación -al menos en cuanto a la explotación de minerales y construcción de hidroeléctricas-, el poder ejecutivo ha autorizado alrededor de 200 licencias sin consulta en tierras y territorios de los pueblos indígenas.⁴⁰

Los avances registrados a la fecha están concentrados en la difusión y ha sidotarea de organizaciones sociales y de pueblos indígenas con el apoyo de la comunidad internacional, teniendo alcances únicamente en términos de incidencia a través de capacitaciones y diplomados para funcionarios y empleados públicos.

Contrario sensu, es precisamente la iniciativa del Presidente de la República -que se analiza a continuación- el primer acto público y directo que se refiere al derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

b) Origen de la iniciativa

La iniciativa fue presentada el 23 de febrero de 2011 en el Palacio Nacional por el Presidente de la República y el Ministro de Trabajo y Previsión Social, mediante el documento denominado “*Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes*”,⁴¹ fechado febrero de 2011. En dicho acto se anunció la apertura de un plazo de 30 días para hacer llegar observaciones por conducto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Transcendió públicamente que dicha iniciativa fue gestada muchos meses atrás a instancia de los sectores económicos del país y transnacionales, al extremo de conformar la comisión encargada de elaborar el documento presentado. Paralelamente se conoce de una agresiva gestión de estos sectores para influir en organismos internacionales, buscando respaldo y mostrar públicamente que la iniciativa si sitúa en el marco del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Asimismo, que la intención es atacar y desarticular los procesos de auto-consulta que a la fecha más de 50 municipios, principalmente habitados por pueblos indígenas, han realizado para manifestar su parecer frente a la explotación minera y otros megaproyectos, puesto que dicho proceso está constituyendo un freno a la agresividad del sector económico en complicidad con el gobierno.

³⁹ Decreto 48-97 del Congreso de la República. Vigente desde el 18 de julio de 1997.

⁴⁰ <http://www.mem.gob.gt/Portal/Home.aspx?tabid=116>

⁴¹ Ver anexo.

Lo anterior parece tener sustento, entre otros, en una crónica de prensa, el rol de jugaron supuestos líderes indígenas vinculados con el sector privado y el gobierno y el objetivo del Foro “Encuentro Nacional Reglamento de Consulta Convenio No. 169 de la OIT, realizado el 26 de mayo de 2011 por el Sistema Nacional de Diálogo Permanente.

Días antes a la presentación pública de la iniciativa -19.02.11-, Prensa Libre publicó una entrevista realizada a Daniel de León, ejecutivo de la Agencia de Comercio e Inversión en Guatemala, en la que éste afirma: “*Analizamos reglamentar las consultas populares*”⁴². Además, ante la pregunta ¿en qué consiste el estudio de las consultas populares?, afirma: “*Ha sido una propuesta hecha por el sector privado y está siendo evaluada en la Presidencia...*”.⁴³ Esto, no obstante es el sector menos indicado, es un acto claramente contrario al espíritu, principios y requisitos del derecho a la consulta dispuesto en el Convenio 169.

También declara: “*Lo que se busca es que sean consultas populares valederas, que no venga cualquier persona hacer su consulta popular con una metodología dudosa y con gente que opina y que la fue a jalar de otro lado; ...*”.⁴⁴ Esto es una clara alusión y ataque a los pueblos indígenas, que ante la inacción del Estado y en ejercicio su derecho de libre determinación, se han pronunciado en defensa de su tierra y territorio y sus recursos naturales. En atención del C169 esto es sólo una evidencia de la mala fe del gobierno y su complicidad con el sector económico.

El otro elemento que corrobora las denuncias y la oposición de los pueblos indígenas y amplios sectores sociales, es el Foro citado. Del objetivo del mismo se deriva que la intención del gobierno, no obstante ya la CC había resuelto ordenar al Presidente la suspensión del procedimiento –amparo provisional-, era aparentar un “proceso consensuado”, dejar claro es que la obligación de consultar es del gobierno y que se debe dar certeza jurídica a la consulta.

Lo anterior configura verdaderas falacias puesto que efectivamente la obligación de consultar es de los Estados parte del Convenio y, obviamente, los actos de gobierno deben estar revestidos de certeza jurídica. Sin embargo en el contexto y los antecedentes analizados, la intención verdadera es desconocer el ejercicio de libre determinación de los pueblos indígenas que han materializado con los procesos de auto-consulta.

c) Análisis de la iniciativa

Más allá del origen y las intenciones espurias o “maquiavélicas” de la iniciativa, y para los efectos de la presente opinión, lo importante es determinar si tal iniciativa es

⁴² Prensa Libre. 26 de mayo de 2011. Versión electrónica.

⁴³ Idem

⁴⁴ Idem

procedente jurídicamente conforme al derecho a la consulta de los pueblos indígenas dispuesto en el C169, el marco normativo constitucional del país, los estándares internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia sentada por organismos internacionales convencionales y no convencionales.

Responder *prima facie* a las interrogantes que se derivan del párrafo anterior, la respuesta es no, en atención a los análisis que anteceden. La iniciativa del Presidente de la República de reglamentar el derecho a la consulta vulnera la Constitución política de la República, es contraria al derecho internacional, principalmente a la integralidad y el espíritu del propio C169.

Por qué?

El procedimiento instando por el Presidente de la República viola el Derecho de Consulta contenido en literal a) del Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT -ley vigente en virtud del Decreto 9-1996 del Congreso de la República-, porque el mismo tiene naturaleza de acto administrativo, lo cual debe ser consultado previamente con los pueblos indígenas, observando los demás requisitos establecidos en el propio Convenio y en consonancia con el deber de tutelaridad establecido en el art. 66 de la CPR.

Como se ha apuntado antes, así lo interpreta la OIT, que en un caso de reclamación contra Ecuador afirmó: “... *no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio y que las consultas deberían realizarse antes, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental.*”⁴⁵

En otras palabras, desde el momento en que el Presidente conformó una comisión para preparar el documento –en el mejor de los casos-, violentó el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, porque su obligación -en una correcta aplicación de ese derecho- es, antes de cualquier acto, consultar a los pueblos indígenas. En el caso que no ocupa, además de ello, actúa de mala fe por los evidentes intereses del sector económico y de las transnacionales en el proceso. En ese sentido el contenido del documento presentado es intrascendente, porque independientemente de sus aciertos o desaciertos, el problema que configura la violación del derecho es la forma utilizada.

Con base en ello también es procedente afirmar que por esa forma de actuar, el Presidente de la República también viola el Debido Proceso, por cuanto resulta evidente su abuso de poder, excediéndose en las facultades que le confiere el artículo 183 de la Constitución, sin observar la obligación establecida en el ya referido artículo 6 literal a) del Convenio 169 de la OIT y el deber de reconocimiento, respeto y promoción de las formas de vida,

⁴⁵ Observación general sobre el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. 81ª. Reunión. 2010. Pag 11

costumbres, tradiciones y formas de organización social de los pueblos indígenas de Guatemala, consagrado en el artículo 66 de la CPR.

Recapitulando. En atención al concepto, requisitos y características desarrolladas en el presente informe, debemos recordar que el derecho a la consulta regulado en el C169 establece claramente las situaciones en las cuáles se debe materializar este derecho: “*deben consultarse todas las medidas administrativas y legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales, así como los proyectos de prospección y explotación...*”. Como se ha apuntado, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, reiteradamente ha instado a los gobiernos a respetar el derecho cuando una medida legislativa o administrativa sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas, y ha hecho un llamado de atención a varios países que han ratificado tal instrumento por no haber consultado a las comunidades en estos eventos.

Otro aspecto importante que reafirma la violación del derecho a la consulta en el presente caso es la participación. Para que la consulta sea efectiva y cumpla con el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas, es necesario que la **consulta previa** se lleve a cabo con las comunidades afectadas, las personas que las representan legítimamente y las personas u organizaciones que ellas mismas designen para tal efecto. Para ello es importante recordar a la OIT –ya citado en este aspecto- que estableció que lo importante es que las instituciones representativas “*sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas*”. Esto quiere decir, que no puede suplantarse a las autoridades legítimas por autoridades impuestas por el Estado, por ejemplo, con los miembros del sistema de los consejos de desarrollo comunitario, municipal o departamental, porque para la designación de éstos no se sigue el sistema propio de los pueblos indígenas. Este es el caso de la conformación de la Comisión de consulta establecida en el artículo 7 de la iniciativa de reglamento.

Por otra parte se debe tener presente que otros requisitos determinantes son la información y la pertinencia, es decir que se requiere que el Estado brinde información, lo cual implica una comunicación constante con las partes. El Estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas tengan conocimiento de los posibles riesgos, la naturaleza, y los alcances de la medida a adoptarse o implementarse.

En cuanto a la pertinencia, ésta se refiere a que la consulta debe ser culturalmente adecuada, lo cual lleva implícita la necesidad de respetar costumbres, tradiciones, valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia, y lo más trascendental, que sea en el idioma materno de los pueblos indígenas. Por otro lado, el principio que la consulta es un medio para llegar a un acuerdo, consiste en que la consulta no debe ser concebida como un simple procedimiento por el cual se socializan algunas decisiones ya tomadas sobre una medida específica, sino que debe entenderse y desarrollarse como un verdadero mecanismo de

consulta, participación y conciliación. Como se ha indicado, este es un principio cuyo contenido es aceptado internacionalmente y constituye un avance del derecho a la consulta.

Finalmente, y a manera de reiteración, la consulta tiene el carácter de previo, que no es otra cosa que la concepción de que la debe realizarse ANTES de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas.

Con la iniciativa del Presidente: ¿se puede afirmar que hubo una comunicación adecuada y constante con los pueblos indígenas? No. Si no hay una comunicación adecuada conforme a los estándares establecidos por el propio C169 y la interpretación de los órganos de control de la OIT, así como la jurisprudencia internacional, la obligación de que la información debe ser culturalmente pertinente, cae por su propio peso. No se llegó a eso en el caso de la iniciativa analizada.

Por lo anterior y con base en lo expuesto ampliamente en el presente informe -¿qué es el derecho a la consulta?, ¿quiénes deben participar en la misma?, ¿cuáles son los principios que rigen la misma?, ¿cuál es la naturaleza y objeto de este derecho?-se concluye que el procedimiento iniciado por el Presidente de la República de Guatemala, señor Álvaro Colom Caballeros, el cual pretende aprobar el proyecto “*Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes*”, vulnera flagrantemente el derecho de consulta de los pueblos indígenas dispuesto en el Convenio 169 de la OIT.

Esta violación se materializó –como ya se indicó-, desde el momento en que a espaldas de los pueblos indígenas y con la influencia de sectores económicos que pretenden saquear sus recursos naturales, dieron el primer paso en el proceso, es decir, la conformación de una comisión sin representación legítima de los pueblos indígenas y sin consulta previa. Esto solamente evidencia un actuar arbitrario e ignominioso, dado que el espíritu que rige el derecho a la consulta refiere que “*es una institución jurídica especial de Derechos Humanos orientada a frenar la discrecionalidad y arbitrariedad estatal frente a los Pueblos Indígenas reparando con ello la desigual participación y discriminación de los Pueblos Indígenas en la decisiones políticas, legislativas y administrativas que les afectan*”⁴⁶

La Comisión que elaboró el proyecto no tomó en cuenta los principios básicos de la consulta, puesto que una alusión de que “*se realizó un seminario con la participación de funcionarios de la organización Internacional del Trabajo, del Relator Especial, James Anaya y de Funcionarios de Gobierno, que por la naturaleza de sus funciones tienen íntima relación con el tema*”,⁴⁷ desvirtúa totalmente el derecho a la consulta pues ese Seminario

⁴⁶ Definición adoptada por el Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas.

⁴⁷ Introducción de la presentación de la iniciativa. Pag. 1.

nunca podría suplantar la obligación de darle participación a los representantes legítimos de los pueblos indígenas y a través de sus mecanismos propios.

En la misma disposición se indica también que se hizo “*una conferencia presentando el aludido Proyecto ante Abogados y Abogadas, quienes fungen como Asesores Gubernamentales, con quienes sostuvimos una segunda reunión de trabajo*”. Esto solo muestra, nuevamente, una violación sistemática y flagrante del derecho a la consulta. Aquí vienen al caso preguntas como: ¿y la participación de los Pueblos Indígenas?, ¿y la información previa con los pueblos interesados y susceptibles de ser afectados?, ¿en dónde y cuándo se informó en el propio idioma de los pueblos? Ninguna de las condiciones y requisitos contemplados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo para materializar el derecho a la consulta se cumplió por parte del Presidente de la República.

Es más, el indicar que “*vencido el término indicado y hechas la deliberaciones correspondientes, redactaremos su versión final para la emisión del respectivo Acuerdo Gubernativo, a través del cual se emita el Reglamento para el Proceso De Consulta Del Convenio 169 De La Organización Internacional Del Trabajo (OIT) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual, una vez esté vigente se socializará entre la población guatemalteca, mediante seminarios, talleres y cualquier acción de esa naturaleza que sea menester, con el propósito de que sea del conocimiento y aplicación de los interesados*”; no es más que seguir violentando el derecho a la consulta, puesto que se afirma que únicamente se socializará, vulnerando uno de los principios fundamentales de la consulta: el carácter PREVIO que debe tener, el cual no se agota con la simple socialización de una resolución ya tomada sin la participación previa, libre e informada de los pueblos indígenas o de sus representantes legítimos designados a través de sus mecanismos propios.

3. Recomendaciones

1. Por lo analizado y considerado, se insta al Presidente de la República, no obstante está pendiente una sentencia definitiva por parte de la CC, retirar de manera pública la iniciativa, reconociendo que el proceder fue inoportuno e inadecuado y que se reconoce que el mismo viola el Convenio 169 de la OIT y particularmente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.
2. Instar al poder legislativo a incorporar en las leyes de correspondan, especialmente en la Ley de Minería, la consulta a los pueblos indígenas como requisito para la autorización de asuntos susceptibles de afectarles directa o indirectamente, conforme los principios y características especiales de este derecho.

3. Instar a la Corte de Constitucionalidad que por el estado de resolver en que se encuentra desde hace varios meses la acción de amparo presentada por representantes de los pueblos mayas de occidente, a la brevedad declare con lugar dicho amparo, reivindicando con el ello la estima, la dignidad y respeto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento del Estado de Derecho y de la democracia.

Bibliografía

1. 20 Años de Justicia Constitucional: 1989-2009. Historia, memorias y derechos fundamentales. –San José, C. R.: UNED, 2009. 920 p.
2. Autoridad, Autonomía y Derecho Indígena en la Guatemala de posguerra. - Rachel Sieder y Carlos Yuri Flores
3. Participación, derechos, inclusión:Manual para la integración de la participación y derechos de los pueblos indígenas en las políticas y cooperación al desarrollo humano. - Sistemas de las Naciones Unidas en Guatemala y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
4. Tendencias Jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de Derechos Humanos. -Rodolfo RohrmorserValdeaveñano. Naciones Unidas, Derechos Humanos (oficina de alto comisionado). Guatemala 2010.
5. Afianzando Nuestros Derechos: Para vivir realidades desde los pueblos con identidad milenaria. -Convenio 169, Mediación Pedagógica. COMG, Iximulew, noviembre 2008.
6. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR): Observación general sobre el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales. - 81ª reunión, 2010. Por PROGRAMA PARA PROMOVER EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT (PRO 169): Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.
7. Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad.
8. Corte de Constitucionalidad. Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. 25 Años, 8 de enero de 1986 - 8 de enero de 2011.
9. Diagnóstico sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta que tienen los pueblos indígenas y sus consecuencias jurídicas y políticas, a partir del caso de la explotación minera en el departamento de San Marcos. Fundación Rigoberta Menchú Tum (FRMT).
10. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. – Madre Selva, Colectivo Ecologista.
11. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – Naciones Unidas Derechos Humanos (alto comisionado para los Derechos Humanos) y Declaración Universal de Derechos Humanos, Dignidad y Justicia para todas las personas. Guatemala, abril 2008.
12. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT: Guía para la aplicación Judicial. – Proyecto de la Oficina de la Alta Comisionada de las Unidas para los Derechos Humanos. Guatemala, noviembre 2004.
13. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. - Naciones Unidas Derechos Humanos (alto comisionado para

- los Derechos Humanos) y Declaración Universal de Derechos Humanos, Dignidad y Justicia para todas las personas. Guatemala, enero 2008.
14. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. – Organización Internacional del Trabajo.
 15. Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, *una recopilación de casos*. - Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. Organización Internacional del Trabajo (OIT).
 16. Guía para leer el Convenio 169 de OIT. Para los Pueblos de Guatemala. – Mari-Claude Fournier y SimonDupuis. Madre Selva, Colectivo Ecologista.
 17. Cuadro Comparativo entre el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Noviembre 2009. – Naciones Unidas, Derechos Humanos. (Oficina de Alto Comisionado para Derechos Humanos)
 18. Derechos Humanos: Recopilación de Instrumentos Internacionales. Volumen I (Segunda parte) Instrumentos de carácter universal. – Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002. Oficina de alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra.
 19. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 11° año. Tomo I : ANUARIO 2005. – Fundación Konrad-Adenauer Stiftung, Oficina Uruguay.
 20. Opus Magma Tomo I, Constitucional Guatemalteco 2010. – Instituto de Justicia Institucional (IJC). Adscrito a la Corte de Constitucionalidad.