

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



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



Índice

Introducción.....	5
Construcción del sistema democrático en Guatemala.....	11
La consulta como instrumento para desarrollar la democracia participativa o semi-directa.....	13
Marco legal.....	17
Consulta popular o referéndum constitucional	17
Consulta a vecinos.....	23
Consulta a los Pueblos Indígenas.....	27
Impacto que han tenido las consultas en el ordenamiento jurídico guatemalteco (caso de Sipacapa)	37
Antecedentes	37
Acciones jurídicas en contra de la Consulta de Buena Fe.....	41
a. La acción constitucional de Amparo	42
b. La acción de inconstitucionalidad	43
Acciones sociales a favor de la consulta realizada en Sipacapa..	50
Otras acciones emprendidas por autoridades de Sipacapa.....	51
Conclusiones.....	53
Recomendaciones.....	57

Noviembre de 2008

Este documento ha sido realizado en el marco del proyecto "Apoyo a la lucha contra el racismo y la discriminación en Guatemala para el ejercicio pleno de los derechos de los Pueblos Indígenas y la construcción de un Estado multicultural" del Mecanismo de Apoyo a los Pueblos Indígenas, Oxlajuj Tz'ikin, y la Fundación Rigoberta Menchú Tum.

Consultores: **Lucía Inés Xiloj Cuin**
Gustavo Sebastián Porras Saénz

INTRODUCCIÓN

Los hombres y mujeres nacen iguales en libertades y derechos señala la ley, y por la naturaleza del ser humano así debe entenderse. Sin embargo, existen características físicas, culturales, idiomáticas, religiosas, de costumbres, etc., que diferencian a una persona de otra, o a un grupo de personas de otro. A lo largo de la historia mundial, estas diferencias, en vez de concebirse como una fuente de riqueza social, se han utilizado y se siguen utilizando para justificar la opresión, menosprecio y exclusión de los pueblos originarios, que si bien en algunos lugares –como el caso de Guatemala- han ido alcanzando un determinado nivel de desarrollo al margen del poder y asistencia estatal, por lo general se encuentran en una profunda desventaja con relación al resto de la sociedad, lo que genera enormes disparidades en cuanto a condiciones económicas, políticas y sociales, que abren más la brecha entre estas personas y grupos.

Por ejemplo en Guatemala, según datos publicados en el Diario de Centroamérica el 23 de abril de 2008, se señala que “En la capital, por cada Q100.00 que ganan los trabajadores no indígenas, los indígenas ganan Q50.00; los profesionales mayas alcanzan un 36% menos de salario en comparación con los ladinos; por cada 95 ladinos universitarios un 5% son mayas; de los 677 mil niños y niñas que están fuera del sistema escolar, el 62% son indígenas”.

Teniendo clara estas premisas y trayendo a colación las características intrínsecas del sistema democrático, es necesario determinar cuáles son los tipos de participación y los modelos de inclusión y representación necesarios, que permitan la potenciación en igualdad de oportunidades de estos grupos y personas iguales en derechos, pero diferentes en ciertas características y condiciones. Por esta razón, y teniendo en cuenta la composición multiétnica de la mayoría de países del mundo, se ha dicho y escrito bastante en los ámbitos nacional e internacional sobre la necesidad de reconocer y respetar derechos exclusivos de los pueblos indígenas.

Con el objeto de construir Estados que armonicen las diferencias existentes entre los miembros de una sociedad determinada, reconozcan su diversidad, protejan su riqueza, y colaboren con equiparar las condiciones de quienes han sido sometidos a exclusión, imposición y trato desigual, para que puedan desarrollar sus capacidades en igualdad de condiciones -en beneficio de ellos y de toda la sociedad-; se han elaborado normas jurídicas de carácter interno como de carácter internacional, en donde se reivindican los derechos de estos pueblos. En el caso de Guatemala, el Estado ha adoptado tratados y convenios internacionales, así como normas ordinarias que reconocen estos derechos, comprometiéndose a promover su respeto.

Sin embargo, estos compromisos se ven en peligro con el auge de corrientes políticas y económicas que colocan en un primer plano derechos individuales, anteponiéndose al bien común; las cuales son mantenidas por grupos hegemónicos que imperan en el país y en el mundo, imponiendo su voluntad, principalmente a través de la manipulación tergiversada de los derechos a la libertad, al “libre mercado” y a la protección de la propiedad privada, garantizando la perpetuación del status quo que los mantiene en una posición privilegiada, completamente desproporcionada a la de la gran mayoría de la sociedad.

Esta situación no encuentra ningún tipo de sustento en un Estado que pretende construir un sistema de gobierno democrático; en virtud de que la naturaleza de este sistema es precisamente la consecución del bien común y el respeto a la voluntad de lo que se conoce en el campo del Derecho como comunidad o sociedad jurídica, o en palabras más sencillas “la voluntad del pueblo”, que es expresada de diferentes maneras y a través de diversos mecanismos de participación.

En la actualidad, dada la crisis que atraviesa la democracia representativa -particularmente en países como Guatemala-, en donde el sistema de partidos políticos no ha logrado institucionalizarse de manera legítima, y en donde un gran número de funcionarios de diferentes organismos estatales realizan actos de corrupción que afectan a la mayoría de la población que representan, en beneficio propio y protegiendo intereses particulares, cobran importancia las corrientes que promueven el ejercicio de la democracia directa, es decir, la vinculación de la ciudadanía en la toma de decisiones de trascendental relevancia social.

En adición a lo anterior, como ya se mencionaba, en los Estados existen grupos diferentes en cultura, idioma, religión, etc.; y también tienen sus propios sistemas de toma de decisiones, ligados a su cosmovisión e idiosincrasia. En el caso de Guatemala, los pueblos indígenas guardan una relación espiritual con la tierra y los recursos naturales, por lo que existe un gran respeto hacia el uso de los mismos, y las decisiones se toman tradicionalmente en conjunto, a través del consenso, para establecer lo que es más conveniente para todos o para la gran mayoría.

A la fecha, en Guatemala, existen alrededor de 370 derechos mineros vigentes otorgados; y según registros del Ministerio de Energía y Minas, de estos, 97 corresponden a solicitudes de exploración de metálicos, que incluyen oro, plata, níquel, cromo, plomo y zinc. A éstas se suman 114 que están en fase de reconocimiento¹. No obstante la Oficina de Comunicación y Relaciones Públicas del Centro Humboldt de Nicaragua², así como muchos otros centros de investigación, señala que la explotación de minería de metálicos a cielo abierto, genera consecuencias negativas para el ambiente, tales como el desplazamiento de grandes volúmenes de tierra y roca, la destrucción de paisajes y bosques, la contaminación de tierra, agua y aire, e incluso la pérdida de ecosistemas enteros.

Además la extracción minera, en términos socioculturales, violenta el derecho a una vida sostenible, específicamente de las personas habitantes de las comunidades indígenas y particularmente de las mujeres, debido a que la realización de las actividades domésticas las exponen a la contaminación directa provocando graves daños a su salud y por ende, a la de su familia.

Los datos recién expuestos, evidencian la importancia de que el derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados sobre el manejo de los recursos naturales -especialmente cuando se trata de tierras comunales en territorio indígena y cuando su manejo implica semejantes riesgos para el ambiente y para la vida humana-, se realice antes del otorgamiento de las licencias y se respete, estableciendo los mecanismos necesarios para alcanzar el consenso en la toma de decisiones.

Este diagnóstico se realiza para entender las consecuencias jurídicas, sociales y políticas que ha generado la realización de consultas populares,

1 Ministerio de Energía y Minas, Lineamientos sobre política de minería 2007, p. 17

2 <http://www.noalamina.org/mineria-argentina-articulo1661.html>, 16 de noviembre de 2008.

específicamente a pueblos indígenas, tomando como caso paradigmático el del municipio de Sipacapa, San Marcos; en vista de que el Estado, a pesar de haberse comprometido -incluso a nivel internacional- a impulsar el ejercicio efectivo de este derecho, no lo ha hecho; en mayor medida por la ausencia de voluntad política de los gobiernos de turno que se traduce en la falta de un análisis profundo sobre cómo debe ser implementado, cuándo debe proceder, cuáles son los temas que deben ser sometidos a consulta, quién debe realizarlas, entre otros.

También es importante tener en cuenta que, dadas las características propias de este país, tales como la debilidad del aparato estatal y la consecuente fragilidad del andamiaje institucional necesario para la eficacia de cualquier sistema democrático, y una sociedad civil cuya dinámica ha sido mermada a lo largo de años de historia; ni el Estado tiene la voluntad y capacidad de garantizar este derecho, ni la sociedad civil en general la fuerza para ejercerlo, sin que se pueda poner en duda su legitimidad como práctica verdaderamente democrática.

No obstante, en Guatemala se han dado experiencias de democracia directa, principalmente y con mayor relevancia en lo local, las cuales han sido impulsadas por las propias comunidades a través de sus autoridades -tradicionales o municipales-, contando con una participación masiva de votantes y que, aún y cuando no siempre han logrado los objetivos para los que fueron realizadas, han generado procesos integradores y movilizadores a través de la concientización sobre problemáticas comunes, aportando a la construcción y práctica de valores democráticos.

La respuesta institucional que dichas experiencias han tenido, ponen en duda incluso la legitimidad del sistema democrático que se pretende construir, sugiriendo varias interrogantes acerca de qué tanto respeta el Estado la voluntad popular, qué tan dispuesto está en cumplir con los compromisos asumidos en los diferentes instrumentos jurídicos, hasta dónde está obligado por los mismos, cuáles son los mecanismos que debe utilizar para implementar consultas revestidas de las características de previa y bien informada; y sobre cuál es el papel que juega la sociedad en la exigencia a las autoridades para que se cumpla con dichos acuerdos.

Tales cuestionamientos toman una importancia significativa ante el auge de políticas y medidas administrativas que consienten la explotación inmoderada sobre los recursos naturales del Estado, en manos de corpo-

raciones multinacionales extranjeras, en donde el país en general se ve afectado, pero particular y directamente, las comunidades indígenas.

La Fundación Rigoberta Menchú Tum, en su afán por coadyuvar en la construcción de un sistema verdaderamente democrático, basado en los principios de igualdad, justicia y equidad; y particularmente, en su lucha por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en varios instrumentos internacionales, realiza este diagnóstico sobre el derecho de consulta que tienen los pueblos indígenas y sus consecuencias jurídicas, particularmente en relación a las actividades mineras -tomando como caso paradigmático la consulta realizada en el municipio de Sipacapa del departamento de San Marcos-, con el objeto de elaborar recomendaciones para ubicar el ejercicio de este derecho como un mecanismo eficaz, necesario y legítimo en una sociedad democrática.

CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO EN GUATEMALA

El tema de la relación Estado-sociedad ha sido uno de los más estudiados por la ciencia política a través del tiempo. Este debate adquiere mayor relevancia en países como Guatemala, en donde, tanto las instituciones estatales como la sociedad civil en su conjunto, por diversas causas (históricas, sociales, económicas, culturales), han experimentado un profundo debilitamiento.

Guatemala vivió durante la segunda mitad del siglo XX dos procesos definitorios para la historia reciente: el primero, la victoria y el acelerado derrocamiento (orquestado por el servicio de inteligencia de los Estados Unidos) de una revolución que, sin ser la panacea, prometía consolidar estructuras más igualitarias y equitativas en la sociedad y en el esquema económico y político. El segundo, a finales de los años sesenta, fue la gestación de otro movimiento revolucionario que, dada la perpetuación e incluso empeoramiento de las condiciones que dieron origen al levantamiento social-revolucionario que culminó con la renuncia del general Ubico, pretendía reivindicar los valores del período democrático de los gobiernos de Arévalo y Arbenz. La contraofensiva estatal fue tan desproporcionada, que causó profundos estragos en todas las estructuras (políticas, sociales, institucionales) del país, afectando principalmente a la sociedad civil indefensa, particularmente y en gran medida, al sector indígena.

La llamada contrarrevolución, diseñada también por la inteligencia estadounidense, fue ejecutada por una serie de gobiernos militares que culminó con la elección democrática en 1985 del gobierno civil de Vinicio Cerezo, cuya candidatura fue impulsada por la Democracia Cristiana

Guatemalteca, partido que alcanzó el mayor nivel de institucionalización en la historia político-partidaria de Guatemala, recientemente extinguido.

Fue durante ese gobierno que se suscribieron los Acuerdos de Esquipulas I y II, en dónde varios países del Istmo Centroamericano, que se hallaban en procesos de guerra interna, se comprometieron a impulsar un proceso de negociación y consolidación de la paz. En Guatemala, este proceso culminó en 1996 durante el gobierno de Álvaro Arzú, con la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera.

Algunos de los principales aportes de los Acuerdos de Paz fueron la relevancia del papel de la sociedad civil en la construcción de la democracia y la paz, la adecuación del papel del Ejército en este proceso, y el reconocimiento de Guatemala como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe; además de una serie de compromisos asumidos entre las partes, en temas sociales, económicos, culturales y otros propios de la transición de la guerra a la paz y de la construcción del sistema democrático. Desafortunadamente, las reformas constitucionales necesarias para la implementación de estos acuerdos fueron rechazadas en el referéndum realizado en 1999, por lo que su nivel de cumplimiento ha sido irrisoriamente bajo.

Esta serie de eventos, a partir de 1985, marcaron un abrupto rompimiento de un sistema autoritario, déspota y militarizado, para dar paso a un sistema democrático y participativo, en donde destaca el papel ciudadano de la sociedad civil en general en conjunto con una clase política renovada; aunque en la realidad estamos lejos de alcanzar tal nivel de armonía entre estos sectores.

La manifestación democrática por excelencia se da mediante la elección de los representantes del pueblo que han de asumir los cargos de gobierno y en el Organismo Legislativo. Sin embargo, en Guatemala los partidos políticos, que son las instituciones democráticas a través de las cuales se puede acceder al derecho a ser electo y a través de las cuales se ejerce el derecho de elegir, están profundamente debilitados –lo cual se evidencia en diferentes estudios que caracterizan al sistema de partidos políticos–, y por lo tanto no tienen la credibilidad necesaria de la población para cumplir efectivamente su papel de intermediación y representación.

No es difícil entender porqué este período de transición democrática ha tenido serias complejidades, ya que la acelerada puesta en marcha del

sistema y su respectivo andamiaje institucional no corresponde al lento desarrollo social, político y cultural del país; que no está a la altura de las exigencias del sistema, lo cual es absolutamente necesario para la efectividad de cualquier democracia desde su concepción sistémica. Tal contrariedad ha forzado a las clases social y política a desarrollar sobre la marcha los valores necesarios para vivir una cultura democrática, así como los mecanismos para ejercer los derechos y obligaciones que, dentro de este esquema, corresponden a cada una.

Sin menospreciar la importancia trascendental que tiene la democracia representativa y su ejercicio a través de instituciones legítimas, el presente estudio se concentra en los procesos de democracia directa o semi-directa. En este sentido, en Guatemala se han tenido experiencias a nivel nacional y con mucha mayor relevancia a nivel local.

LA CONSULTA COMO INSTRUMENTO PARA DESARROLLAR LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA O SEMI-DIRECTA.

En la Constitución Política de la República de Guatemala se reconoce como mecanismo de participación democrática directa la figura del referéndum, que consiste en la votación sobre una cuestión legislativa o constitucional. Es la manifestación de acuerdo o desacuerdo por parte del electorado de una nación, sobre decisiones respecto de asuntos públicos relevantes para toda la sociedad, a propuesta de los órganos legislativos.

El ejercicio del referéndum puede resultar en la adopción de una nueva constitución, en una enmienda constitucional, en una ley, en revocar el mandato de una autoridad elegida o simplemente en el cambio de una política de gobierno. Y en el marco del convenio 169 de la OIT, cuando los Estados quieran adoptar medidas administrativas o legislativas que involucren a los pueblos indígenas.

El resultado del mismo puede ser obligatorio (vinculante) o no (consultivo). Un referéndum consultivo deja la interpretación del voto al poder legislativo. Su obligatoriedad se basa en el coste político que supondría no obedecerlo y no en una obligación legal. Un referéndum obligatorio

es posible sólo en algunos países y sobre algunos temas, y un aforo determinado del electorado participante muchas veces es un requisito indispensable para su validez.

Las consultas a vecinos en cambio, reguladas en el Código Municipal, tratan sobre temas más específicos que afectan a determinados grupos o sectores de la sociedad, y que generalmente derivan en el consentimiento o no sobre determinada medida administrativa. El tema más recurrente este tipo de consultas a nivel local ha sido la explotación minera a cielo abierto realizada por empresas extranjeras multinacionales y utilizando técnicas cuyos daños al medio ambiente y al ser humano, han sido plenamente demostrados; como en el caso de Sipacapa –que será ampliamente analizado en los apartados siguientes–.

El referéndum y la consulta a vecinos, entonces, son dos formas distintas de participación ciudadana, en el sentido de que ambos instrumentos materializan la democracia participativa o semi-directa, pero con objetivos, requisitos y efectos claramente diferenciados.

Julio Donis, en su estudio “Experiencias de Democracia Directa”, además de las diferencias ya mencionadas, hace una importante distinción entre las consultas nacionales y las de vecinos que se han realizado. Las primeras, dice el autor, han sido utilizadas para legitimar decisiones o negociaciones previamente tomadas por élites políticas; mientras que las consultas de vecinos, reguladas en el Código Municipal, han sido respuestas por parte de las autoridades municipales, a la exigencia de la población de ser consultada sobre algún tema en específico.

Agrega que “...Sobre el análisis de dichas experiencias, un acto de dicha naturaleza en la que se aborda directamente temas de relevancia a una población específica, parece tener un efecto movilizador e integrador... especialmente cuando se trata de resolver o consultar sobre temas que atañen a derechos de los pueblos indígenas, y donde incluso el derecho internacional ampara y respalda dichos actos de participación.”³

Esta diferenciación es muy importante de tener en cuenta, puesto que de acuerdo a las experiencias vividas en Guatemala, las consultas populares a nivel nacional han servido para validar o no acuerdos políticos

³ Donis, Julio. “Experiencias de Democracia Directa”, Centro de Investigación sobre Democracia Directa (C2D), Guatemala, 2006, pág. 16

tomados con anterioridad, desde arriba; mientras que las consultas a vecinos han surgido “desde abajo”, desatando en las comunidades que las promueven, procesos sociales de participación e integración muy significativos, especialmente en una sociedad tradicionalmente fragmentada. En los últimos dos años, la consulta varias comunidades han utilizado la consulta como mecanismo de defensa y protección de su territorio y de sus recursos naturales, ante la inminente amenaza de las actividades mineras, siempre dentro de un marco legal que avala su ejercicio.

De esa cuenta tenemos que a voz popular ha habido importantes manifestaciones, en virtud que según datos proporcionados por el Tribunal Supremo Electoral desde el año 2005 al 2007, se han realizado las siguientes consultas:

No.	Municipio	Departamento	Tema	Fecha
1	Río Hondo	Zacapa	Hidroeléctricas	03.07.05
2	Comitancillo	San Marcos	Minería	18.05.05
3	Sipacapa	San Marcos	Minería	18.06.05
4	Colotenango	Huehuetenango	Minería	25.07.06
5	Concepción Huista	Huehuetenango	Minería	25.07.06
6	San Juan Atitlán	Huehuetenango	Minería	25.07.06
7	Santiago Chimaltenango	Huehuetenango	Minería	25.07.05
8	Todos Santos Cuchumatán	Huehuetenango	Minería	25.07.06
9	Santa Eulalia	Huehuetenango	Minería	30.08.06
10	Tajumulco	San Marcos	Minería	27.11.06
11	Concepción Tutuapa	San Marcos	Minería	13.02.07
12	San Pedro Nectá	Huehuetenango	Minería	30.03.07
13	Playa Grande Ixcán	Quiché	Minería	20.04.07

No.	Municipio	Departamento	Tema	Fecha
14	San Antonio Huista	Huehuetenango	Minería	12.05.07
15	San Juan Sacatepéquez	Guatemala	Minería	17.05.07
16	Ixchiguan	San Marcos	Minería	13.06.07
17	Santa Cruz Barillas	Huehuetenango	Minería	23.06.07
18	San Ildefonso Ixtahuacán	Huehuetenango	Minería	23.06.07
19	San Miguel Ixtahuacán	San Marcos	Minería	27.06.07
20	Nentón	Huehuetenango	Minería	11.08.07
21	San Sebastián	Huehuetenango	Minería	26.10.07

Hay que agregar a este listado la última consulta realizada en el mes de noviembre del presente año (2008) en el municipio de San Pedro Solomá departamento de Huehuetenango, también sobre minería.

MARCO LEGAL

En este apartado iniciaremos con hacer un análisis de la consulta en general, para pasar luego a la consulta a la que tienen derecho los pueblos indígenas; tomando en consideración la estructura que sigue el ordenamiento jurídico guatemalteco, es decir, partiendo con detallar el marco constitucional, para posteriormente referirnos a los convenios internacionales -que para este caso tienen un carácter de leyes equiparadas con las constitucionales-, y analizar luego las normas ordinarias y reglamentarias que regulan el derecho a la consulta.

CONSULTA POPULAR O REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL

a. Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala señala cuándo procede una consulta a los ciudadanos guatemaltecos en su artículo 173, que literalmente establece que *"Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos..."* que *"... La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos..."* y finalmente, que *"... La ley constitucional electoral regulará lo relativo a esta institución."* Esta norma no regula casos específicos por los cuales procede la consulta, únicamente señala que las **decisiones políticas de especial trascendencia**

deben ser consultadas a todos los ciudadanos, por lo que se entiende que deben ser trascendentes para toda la nación, y no para un grupo o sector particular.

Esta ambigüedad es superada -hasta cierto punto- en el artículo 280 que señala: *“Reformas por el Congreso y consulta popular. Para cualquier otra reforma constitucional, será necesario que el Congreso de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados. Las reformas no entrarán en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 de esta Constitución. Si el resultado de la consulta popular fuere de ratificación de la reforma, ésta entrará en vigencia sesenta días después que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta”*. Es aquí donde verdaderamente se da vida a la disposición contenida en el artículo 173, se establece la obligatoriedad de llevar a cabo una consulta y su poder legitimador. No obstante, las “decisiones políticas de especial trascendencia” dan margen a una serie de situaciones mucho más amplia y subjetiva, y por tanto, muy difícil de determinar.

La Corte de Constitucionalidad, ha analizado la regulación de la consulta popular a través del expediente No. 931-95, en donde determinó lo siguiente: la consulta popular *“denominada por la doctrina “Referéndum Consultivo”, significa las funciones de sufragio y ejercicio del voto en virtud del cual el pueblo, mediante el cuerpo electoral, decide en última instancia resoluciones que le afectan en forma directa...”*. Tampoco se resuelve satisfactoriamente la delimitación de los temas que deben ser sometidos a consulta popular fuera del caso señalado en el artículo 280 constitucional.

Continuando con el análisis de la Corte de Constitucionalidad tenemos que *“...Tiene, en general [la consulta], dos componentes: a) el órgano facultado que acepta, discute y aprueba una decisión política importante, que habrá de reflejar sus efectos en la estructura normativa del Estado y, por tanto, en la población; y, b) el pueblo, en el que radica la soberanía, que por medio del voto acepta o rechaza la propuesta aprobada, de donde deriva su voluntad de adoptar o no la decisión sobre la que se pronuncia en las urnas...”*. Este razonamiento de la Corte es muy importante, puesto que se acotan los casos en los que procede la consulta a cuando tengan efectos en la estructura normativa del Estado, dándole un carácter eminentemente vinculante, pero que solo legitima acuerdos previos alcanzados por élites políticas, puesto que en última instancia son éstas quienes convocan y no el conjunto de la sociedad que las promueven.

En cuanto a la información previa como requisito anterior a la consulta la Corte señala: *“La Consulta requiere de la previa, suficiente y comprensiva información que debe darse a la población, para que concurra al acto electoral con pleno conocimiento de su propósito. Cabe, a este respecto, la cita del profesor Antonio E. Pérez Luño, quien sobre el particular expresa: “El principio de la soberanía popular se realiza así en la praxis a través de un proceso dialéctico en el que el momento de la decisión mayoritaria no tiene por qué excluir el momento previo de la orientación de la decisión, que puede corresponder a una elite o minoría intelectual. Siempre que dicha elite se halle comprometida con la masa en la elaboración común de un determinado programa de acción. De ahí que sea falsa la tesis de que la soberanía popular está abocada a degenerar en decisionismo político, al sacralizar la suma de un conjunto de voluntades arbitrarias. Frente a ella cabe aducir que su valor como criterio de legitimación democrática del poder, estriba en que el acuerdo o consenso sobre el que se articule la decisión mayoritaria sea -a tenor de un conocido planteamiento de Jürgen Habermas- l producto de una deliberación racional alcanzada bajo condiciones formales que permitan una situación comunicativa ideal y tenga por objeto intereses generalizables o necesidades que puedan ser compartidas a través de la comunicación. La racionalidad a la que aquí se alude no consiste en un principio absoluto e inmutable, sino en un criterio abierto a una constante revisión y crítica. El consenso racional se da cuando existe una comunicación ideal, esto es, aquella que no se haya deformado por la persistencia de situaciones de dominación. Por ello, sólo puede conseguirse donde se dé una forma de vida caracterizada por los valores de verdad, libertad y justicia y donde, en suma, se haya producido una completa emancipación humana”*. (Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 3a. ed. Madrid, Tecnos, 1995. págs. 201 y 202)”

Los presupuestos descritos en el párrafo anterior son claramente inexistentes en una sociedad como la guatemalteca, en donde las disparidades sociales son profundas y extremadamente distantes, y en donde el acceso a la información es un privilegio que se limita a una abrumadora minoría del conglomerado social; situación que esperamos vaya superándose progresivamente, a raíz de la aprobación reciente de la Ley de Libre Acceso a la Información y de prácticas impulsadas por las instancias del Estado y las organizaciones de la sociedad civil, en pro de un sistema democrático legítimo.

Además la Corte de Constitucionalidad, agrega: *“De manera que, dentro de los límites jurídicos que las leyes matrices concretan, son susceptibles de acomodar exigencias normativas, sociales y políticas devenidas posteriormente, que no fue posible prever al poder constituyente originario, para mantener, sin embargo,*

su prevalencia, en la forma y fondo, de leyes fundamentales, proceso que Rudolf Smend ha caracterizado así: *“La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado; y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso.”*

b. Ley Electoral y de Partidos Políticos

Como parte del ordenamiento jurídico constitucional, también debemos tomar en cuenta lo que regula la Ley Electoral y de Partidos Políticos en relación al procedimiento de las consultas populares.

Inicialmente se marca una diferencia entre la elección y la consulta, estableciendo requisitos comunes que facultan a los ciudadanos para participar en una u otra, según señala el artículo 9: *“Anticipación necesaria. Para ejercer en determinada elección o consulta los derechos políticos a que se refiere la presente ley, se requiere estar inscrito como ciudadano con anticipación no menor de tres meses al respectivo evento, y contar con el documento facultativo correspondiente, donde debe constar el lugar de vecindad del mismo.”*

El artículo 96 es espacialmente importante, ya que trata sobre la convocatoria a la consulta, facultando al Tribunal Supremo Electoral como el encargado de realizarla, y el tiempo en que debe hacerlo: *“... la convocatoria a Consulta Popular se dictará con una anticipación no menor de noventa (90) días a la fecha de celebración”. El artículo específico que detalla el procedimiento a seguir es el 250 bis, que señala: “Convocatoria y procedimiento. De acuerdo con la Constitución Política de la República, la consulta popular será convocada en todos los casos por el Tribunal Supremo Electoral. El proceso consultivo se regirá, en lo aplicable, por las normas que para elecciones establece la presente ley y su reglamento, así como por las específicas que emita el Tribunal Supremo Electoral. La mayoría relativa será el sistema aplicable a las consultas populares”.*

En cuanto a la resolución que valide el resultado que se obtenga de la consulta popular, el Artículo 209, señala que *“El Tribunal Supremo Electoral resolverá en única instancia... consultas populares... Las consultas populares se definirán en una sola resolución... Resuelta la validez de la... consulta popular, el Tribunal Supremo Electoral formulará la correspondiente declaratoria... sobre el resultado mayoritario de la consulta”.*

b.1. Reglamento de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, Acuerdo 18-2007 del Tribunal Supremo Electoral

Con el objeto de contar con toda la normativa relacionada con las consultas, y determinar los aspectos que están regulados, vamos a indicar también lo contemplado en este reglamento.

En el Artículo 141, se regula lo relacionado con el presupuesto de elección, de la siguiente manera *“El Tribunal Supremo Electoral, acordará un presupuesto específico para cada evento electoral, que convoque conforme a las disposiciones constitucionales y legales. Las elecciones generales, se considerarán como un solo evento electoral. Las consultas populares, constituirán un evento separado, si se celebran en fechas distintas, pero si se programan para las mismas del párrafo anterior, se les incluirá dentro del mismo presupuesto.”*

En cuanto a otras elecciones no previstas, se aplicará la respectiva ley o tratado que las regule y el Tribunal Supremo Electoral, según la oportunidad en que se celebren, dispondrá si se realizarán conforme a un presupuesto específico o si se pedirá ampliación presupuestaria, al Ministerio de Finanzas Públicas”.

El reglamento dedica un Capítulo único en el Título IX para detallar el procedimiento que se debe seguir en una consulta popular. El artículo 129 establece: *“Procedimiento en General. En todo lo que sea aplicable, la consulta popular, utilizará los procedimientos establecidos en el artículo 250 bis y en los contenidos en el presente reglamento”.*

En cuanto a los requisitos que se deben cumplir en la convocatoria, el artículo 130, señala: *“Procede realizar consulta popular en los casos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, en las demás leyes y sobre los tratados o convenciones internacionales, que para ser ratificados por Guatemala, tengan como requisito previo, que se hubiere realizado consulta popular y que la misma sea afirmativa. La convocatoria a Consulta Popular, será publicada con anticipación no menor a noventa días de la fecha de su celebración. Se realizará un día domingo y contendrá la temática que se someta a consulta para aprobación o improbación de los ciudadanos guatemaltecos”. En este artículo se contempla otro motivo por el cual se debe convocar a una consulta popular, aunque siempre esté referido a un cambio dentro del ordenamiento jurídico.*

La información previa relacionada al proceso se regula en el artículo 131 señala: *“Publicidad de la consulta popular. El Tribunal Supremo Electo*

ral, deberá publicitar por los medios de comunicación social a su alcance y de preferencia *en el propio idioma* de la jurisdicción electoral, el contenido de la consulta popular y los colores o símbolos que identifican la aprobación o improbación de la misma.

Por otro lado, en este apartado se establece cómo deben ser las preguntas y otros aspectos formales del mismo: *“Artículo 132. Forma de elaborar la consulta popular. La consulta popular, deberá ser elaborada con preguntas en sentido afirmativo, que no den lugar a duda al ciudadano, sobre la intención del cuestionamiento. La respuesta a cada pregunta será SI ó NO... El procedimiento, para elaborar la papeleta electoral, de consulta popular, en lo aplicable, será el mismo de cualquier otra clase de comicio... Si fuere sometido a consulta popular, un texto que tendría carácter obligatorio para la población, el Tribunal Supremo Electoral, establecerá los procedimientos aplicables, según el caso”*.

El Artículo 133 regula sobre la calificación de la consulta popular, estableciendo que: *“En lo que fuere aplicable, para la calificación de la consulta popular, se utilizarán los procedimientos regulados en la Ley y el presente reglamento”*, y el Artículo 134 sobre la comunicación de los resultados establece lo siguiente: *“El Tribunal, elaborará la resolución que define el resultado de la consulta popular, tomando en consideración, lo estipulado en los artículos 209 y 210 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos y aplicará en lo que fuere procedente, el procedimiento para la comunicación de resultados, utilizado en las otras clases de comicios”*.

CONSULTA A VECINOS

- a. Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala

El Código Municipal actual fue emitido dentro de un paquete de leyes relativas a la descentralización del poder público, que fueron parte de los compromisos asumidos en los Acuerdos de Paz; y a pesar de sus limitaciones y las críticas que ha recibido, indiscutiblemente ha constituido un avance significativo en el sistema legislativo guatemalteco y en el empoderamiento de la población a nivel local.

En su artículo 2º explicita, al tiempo que establece, la naturaleza y el estatuto del municipio, afirmando que *“El municipio es la unidad básica de la organización territorial del Estado y espacio intermedio de participación ciudadana”... Se caracteriza por sus relaciones permanentes de vecindad, multiculturalidad, pluriculturalidad y multilingüismo organizado para realizar el bien común de todos los habitantes de su distrito”*

El artículo 3, sobre la autonomía municipal, afirma explícitamente que *“En el ejercicio de la autonomía que la Constitución de la República garantiza al municipio, éste elige a sus autoridades y ejerce, por medio de ellas, el gobierno y la administración de sus intereses, obtiene y dispone de sus recursos, atiende los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción, su fortalecimiento económico y la emisión de sus ordenanzas y reglamentos. Para el cumplimiento de los fines que le son inherentes coordinará sus políticas con las políticas generales del Estado y en su caso, con la política especial del ramo al que corresponda”*. Se trata de *“una institución autónoma de derecho público, tiene personalidad jurídica y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones”*. Se entiende que la coordinación a que hace alusión el artículo recién citado es recíproca, es decir, debe ser una doble vía: de lo local a lo nacional y viceversa.

También el artículo 20 establece el reconocimiento de las comunidades indígenas a partir de su dimensión sociopolítica y establece las condiciones de su reconocimiento jurídico: *“Las comunidades de pueblos indígenas son formas de cohesión social y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica debiendo inscribirse en el registro civil de la municipalidad correspondiente”*. El artículo reconoce también los *“procedimientos propios”* - es decir, históricos y tradicionales -, que incluyen sistemas de *“or-*

ganización y administración interna que se rige de conformidad con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado, de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales". Tales disposiciones son componentes de gran importancia en aspectos procedimentales relacionados con la consulta a pueblos indígenas, ya que se norma la existencia de un registro municipal de estas comunidades, confiriendo existencia legal a las formas organizativas y a las formas de autoridad de las mismas.

La consulta a los vecinos se establece en el artículo 63 de la siguiente manera: "Cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos, el Concejo Municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes, podrá acordar que tal consulta se celebre tomando en cuenta las modalidades indicadas en los artículos siguientes."

Los artículos siguientes, el 64 y 65, regulan lo relativo a la consulta a solicitud de los vecinos y las consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio, respectivamente. El primero de éstos artículos transfiere la iniciativa de la consulta a los vecinos, tomando en consideración las siguientes condiciones necesarias: 1) la demanda tiene que provenir de por lo menos del 10% de los vecinos empadronados para que pueda llevarse a cabo y; 2) para que el resultado de la consulta tenga carácter vinculante, es necesario que participen por lo menos el 20% de los vecinos empadronados y que la mayoría vote favorablemente al asunto consultado.

En este caso, para que los resultados puedan ser considerados como vinculantes, es necesario que hayan participado por lo menos el 50% de la población empadronada y que el voto a favor de lo consultado corresponda a lo expresado por la mayoría (artículo 66). aso". a "las instituciones representativas".

El artículo 65, sobre la consulta a pueblos indígenas (que se aborda con mayor profundidad más adelante), indica que la misma puede ser motivada institucionalmente -a requerimiento de las autoridades indígenas de un municipio- o por la población -a requerimiento de las comunidades indígenas-, en cuyo caso también serían aplicables los requisitos del artículo 64. Que procede cuando el asunto afecte directa y particularmente los derechos e intereses de las comunidades indígenas del municipio, y que se hará inclusive "... aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas."

El artículo 66 regula las modalidades que podrán aplicarse para la expresión del voto en las consultas, indicando que "podrán realizarse de la manera siguiente: 1.- Consulta en boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta. 2.- Aplicación de criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso." Y se agrega un párrafo más, que contradice lo establecido en el artículo 64 precedente, al señalar que "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". Tal confusión crea un vacío legal que es indispensable de ser subsanado por su peligrosidad en cuanto a la conflictividad social que puede desatar.

b. Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto 11-2002 del Congreso de la República de Guatemala

Esta ley representa un aporte fundamental a la participación democrática de la sociedad en su conjunto, partiendo del ámbito local a través de todo un andamiaje institucional, hasta llegar a las instancias nacionales. Este sistema es, sin duda, el instrumento fundamental de comunicación para la planificación del desarrollo local, que fortalece el poder público central. En el primer artículo, sobre la naturaleza de la ley, se afirma que *“El Sistema de Consejos de Desarrollo es el medio principal de participación de la población maya, xinca y garífuna y no indígena, en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo, tomando en cuenta principios de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas.”*

La figura de los Consejos de Desarrollo es de alguna manera la respuesta a la necesidad de un proceso de diálogo y comunicación permanente entre los diversos sectores de la sociedad civil. Tanto es así, que en el artículo 26 de la Ley se trata específicamente el tema de las “Consultas a pueblos indígenas”, situándolo como un artículo “transitorio” para llenar el vacío legal provocado por la falta de la promulgación de una ley que regule las consultas a las que está obligado el Estado en virtud del Convenio 169 de la OIT. Dicho artículo establece que *“En tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos mayas, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el organismo ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrá hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo”*. Aunque la redacción podría haber sido más clara, la importancia de este artículo reside en que esta disposición es aplicable al conjunto de las decisiones administrativas que puedan ser emitidas por las instituciones que forman parte del Ejecutivo, como lo son los Ministerios y las instituciones autónomas del Estado.

CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el tema de la consulta a los pueblos indígenas en particular, es necesario referirse también a algunos otros derechos exclusivos reconocidos por diferentes instrumentos a este sector de la población, con el objeto de crear un marco contextual que permita visualizar claramente la trascendencia de los mismos. En tal caso, fuera de los artículos de las leyes ordinarias mencionadas con anterioridad, las principales fuentes las encontraremos en instrumentos internacionales, y en menor medida, en la Constitución Política de la República de Guatemala.

a. Constitución Política de la República de Guatemala

En la Constitución encontramos dos artículos fundamentales que reivindican la existencia, reconocimiento y respeto de los pueblos indígenas. El Artículo 58 de que establece: *“Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.”* Y el Artículo 66, que indica: *“Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”*.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ahora junto con la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, constituyen los instrumentos internacionales más importantes en relación a la regulación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el mundo.

b. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

Este convenio regula de manera amplia varios derechos de los Pueblos Indígenas, y en realidad es el que ha incorporado el Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento jurídico de los Estados que lo han adoptado.

En Guatemala desde su ratificación ha generado un alto grado de controversia, razón por la cual se solicitó la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad respecto de su incorporación en el ordenamiento jurídico guatemalteco. La corte estableció, en sentencia emitida el dieciocho de mayo de 1995 dentro del expediente 199-95, sobre la constitucionalidad de las normas del Convenio 169, que *“El Convenio 169 de la OIT, en su conjunto, no contradice lo dispuesto en la Constitución, ya que no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental sino que, al contrario, trata aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria”*. Además continúa indicando que *“En lo referente a los artículos que conforman el Convenio en general, cabe resaltar el aspecto promocional o programático de algunas de sus normas, cuya concreción y desarrollo requiere de sucesivas disposiciones legislativas, administrativas y de gobierno, lo que concuerda con lo ordenado por el artículo 70 de la Constitución. Además, las normas del Convenio consideran una aplicación flexible y conforme a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional e internacional y tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”*.

Al haber obtenido esta opinión favorable por parte de la Corte, se incorporó este convenio al ordenamiento jurídico a través del Decreto 9-96 del Congreso de la República. Al respecto es oportuno indicar que, en el artículo 128 se hizo una reserva legal que enfatiza que las disposiciones de la Constitución prevalecen sobre el Convenio y se exime de responsabilidades sobre los derechos adquiridos con anterioridad, afirmando su carácter no retroactivo.

El Convenio 169 se caracteriza por ser proteccionista, como se señala en el artículo 4.1., que literalmente establece: *“Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”*.

En el siguiente párrafo del mismo artículo, el 4.2, se indica que *“Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”*. Desde los primeros artículos este Convenio regula, aunque no expresamente, el derecho de autodeterminación de los Pueblos Indígenas, es decir, ha ser consultados cuando se les afecte directamente.

De forma específica regula el Derecho a la Consulta en el Artículo 6.1 inciso a), en donde establece que es obligación del Estado: *“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...”.

Según lo que se indica en el Manual para facilitar la comprensión y el uso del Convenio 169, la consulta es un principio fundamental del Convenio y que uno de los principales problemas de los pueblos indígenas y tribales es que tienen poca o ninguna oportunidad de expresar su opinión sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas.

El Artículo 6.2 del convenio, además señala lo siguiente *“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán 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”*.

Es decir, el objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados. A pesar que los expertos en el Manual en mención, indican que los Pueblos Indígenas no tienen derecho de veto en cuanto a las decisiones que se vaya adoptar; por la forma en que se encuentra regulado podemos establecer que se debe llegar a un **acuerdo o lograr el consentimiento**, nunca que la voluntad de los consultados no va hacer tomado en cuenta.

Además indica las reglas que se deben tomar en cuenta al momento de llevar a cabo una consulta, siendo estas:

- **Pueblos interesados:** los que se verán afectados por una determinada medida. Por ejemplo, al planificar una carretera cuyo trazado atravesase aldeas indígenas, se las deberá consultar y dar la oportunidad de hacer saber a las autoridades lo que piensan al respecto. Tal vez tengan alternativas que sugerir.
- **Procedimientos adecuados:** la forma de consultar al pueblo interesado dependerá de las circunstancias. Para que sea “apropiada” deberá ajustarse a las exigencias propias de cada situación y ser útiles, sinceras y transparentes. Por ejemplo, en caso de ver alternativas al proyecto de carretera, no basta hablar con unos pocos habitantes de las aldeas. Una reunión cerrada de una selección de personas que no representan la opinión de la mayoría no es una “verdadera” consulta.

- **Instituciones representativas:** pueden ser tanto tradicionales (consejos de ancianos, consejos de aldea, etc.) como estructuras contemporáneas (parlamentos de pueblos indígenas y tribales, dirigentes locales electos y reconocidos como genuinos representantes de la comunidad o del pueblo interesado). Será diferente en cada caso.
- **Poder de negociación:** El Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a ser consultados y a expresar sus puntos de vista. Les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas. Dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos.

También el Manual amplía estos aspectos que deben tomarse en cuenta al momento de realizar una consulta:

- a. De buena fe, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, etc.), no puede considerarse como una verdadera consulta.
- b. Respetando el principio de representatividad lo cual es “un componente esencial de la obligación de consulta. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”

El Convenio 169 también regula el Derecho a la participación de los Pueblos Indígenas, de la siguiente manera:

En el Artículo 7.1, señala que *“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, 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”.

Se señala en el Manual que para poder controlar el ritmo y la amplitud de su desarrollo, los pueblos indígenas y tribales deben participar plenamente en todos los procesos que puedan afectarlos. Sólo si lo hacen desde el comienzo hasta el fin de un proyecto o programa podrán ser responsables del mismo y contribuir activamente al establecimiento y consolidación de su propia autosuficiencia socioeconómica.

El Convenio destaca la necesidad de que todo el que tenga parte o interés en cualquier empresa sea considerado como “propietario”, para asegurar así que los beneficios alcancen a los pueblos interesados.

c. Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Este cuerpo jurídico reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de que los Estados adopten decisiones que les afecten, de tal manera que puedan aportar su consentimiento libre, previo e informado. Entre las temáticas que requieren ese tipo de acuerdo y consentimiento se señalan explícitamente:

1. El traslado de sus tierras y territorios (caso potencial del desarrollo de hidroeléctricas, por ejemplo).
2. Las medidas de carácter legislativo y administrativo que les afecten,
3. La aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con “... el desarrollo, la utilización o exploración de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Pero es el artículo 19 el que estipula la obligación específica de los Estados a celebrar consultas, de la siguiente manera: *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas*

y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado". También se toca el tema de las consultas en el artículo 32, que consta de tres numerales que se transcriben a continuación: "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos... 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo... 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual."

Aquí se da una relevancia especial a los asuntos relacionados con la utilización de tierras indígenas, la explotación de recursos naturales, específicamente de recursos minerales e hídricos; por lo que se le da a la consulta la connotación que tiene como mecanismo para consensuar decisiones sobre el mejor manejo de dichos recursos, y no como un fin en sí misma.

d. Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

Si bien los Acuerdos de Paz no son una fuente normativa, si lo son en materia política, y se han llegado a consolidar como una agenda de desarrollo para el país -con un mayor o menor grado de observación dependiendo de la voluntad política del gobierno de turno, dado el fracaso del referéndum para realizar las reformas constitucionales que les darían un carácter vinculante-. De ahí la consideración de éste Acuerdo en el presente apartado, que vale la pena señalar que aún y cuando sigue siendo bajo, es de los acuerdos, el que mayor grado de cumplimiento ha alcanzado.

Reza en sus considerandos que "... los pueblos indígenas han sido particularmente sometidos a niveles de discriminación de hecho, explotación e injusticia por su origen, cultura y lengua, y que, como muchos otros sectores de la colectividad nacional, padecen de tratos y condiciones desiguales e injustas por su condición económica y social... Que esta realidad histórica ha afectado y sigue afectando profundamente a dichos pueblos, negándoles el pleno ejercicio de sus derechos y participación política y entorpeciendo la configuración de una unidad nacional que refleje, en su justa medida y con su plenitud de valores, la rica fisonomía plu-

ral de Guatemala." Y agrega en ese sentido "Que en tanto no se resuelva este problema de la sociedad guatemalteca, sus potencialidades económicas, políticas, sociales y culturales jamás podrán desenvolverse en toda su magnitud y ocupar en el concierto mundial el lugar que le corresponde por su historia milenaria y la grandeza espiritual de sus pueblos."

Más concretamente sobre la participación de los pueblos indígenas, siempre en el apartado de los considerandos, se establece que "... todos los asuntos de interés directo para los pueblos indígenas demandan ser tratados por y con ellos, y que el presente Acuerdo busca crear, ampliar y fortalecer las estructuras, condiciones, oportunidades y garantías de participación de los pueblos indígenas, en el pleno respeto de su identidad y del ejercicio de sus derechos."

Resultaría exhaustivo citar todo lo referente a la participación y consulta de los pueblos indígenas en este Acuerdo, ya que el apartado número IV trata exclusivamente sobre Derechos Civiles, Políticos, Sociales y Económicos de los pueblos indígenas. A grandes rasgos, reconoce el papel y el derecho de autodeterminación de las Comunidades y Autoridades Indígenas, incluyendo el manejo de sus territorios y la explotación de los recursos naturales que forman parte de los mismos, promueve la regionalización de servicios públicos, la participación, el reconocimiento del derecho consuetudinario, derechos relativos a la tierra, etc. Sería trascendental recoger los postulados axiológicos que se recogen en este instrumento, para formular propuestas de mecanismos viables y legítimos para ejercer el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

e. Lineamientos de política minera nacional 2008-2015

Este instrumento es también muy importante por su especificidad en el tema. Concretamente la consulta se aborda en el apartado denominado "Desarrollar actividades de diálogo y concertación durante el proceso de otorgamiento de licencias con los actores directamente involucrados" de la siguiente manera⁴:

4 Ministerio de Energía y Minas, Lineamientos de política minera nacional 2008-2015, p. 17

El Gobierno de la República establecerá, desde el momento de recibirse solicitudes de licencias para operaciones mineras, un diálogo permanente sobre la planificación de infraestructura y obras sociales y la implementación de planes para optimizar la contribución del proyecto al desarrollo sustentable de los departamentos, municipios y comunidades involucradas, a través del Sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural correspondientes.

La legislación minera estipulará las obligaciones de los solicitantes o titulares de licencias, de participar en los diálogos con los municipios pertinentes y el Sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, para efectos de coordinar sus proyectos con los planes de desarrollo de dichos Consejos.

Además, y considerando que Guatemala ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la consulta previa e informada a pueblos tribales e indígenas en países independientes sobre planes, programas o proyectos que puedan afectarlos, el Gobierno velará porque esta norma se ejecute. Dichas consultas a realizarse por parte del Gobierno de la República, tienen por objeto el llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos interesados, acerca de las medidas propuestas en proyectos de operaciones mineras existentes en sus tierras, y el determinar si sus intereses serían perjudicados y en qué medida, antes de autorizar las licencias respectivas.

- a) **Alcances.** Las consultas a efectuarse por parte del Gobierno de la República, a que se refiere el artículo anterior, a través del Sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, persiguen que los pueblos interesados reciban, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, información sobre todos los aspectos de los proyectos mineros existentes en sus tierras que les puedan afectar. Para el efecto, debe tomarse en cuenta el punto de vista que sobre el particular se manifieste y proceder a corregir aquel o aquellos aspectos que se determinen técnica y racionalmente como perjudiciales a sus intereses.
- b) **Efecto de las consultas.** La legislación minera incorporará las consultas realizadas como parte del procedimiento para el otorgamiento de las licencias para operaciones mineras y los resultados de las mismas, como parte de los compromisos y obligaciones del titular de la licencia minera.

Para facilitar el proceso de consulta, durante ésta, podrá incluirse la intervención de especialistas independientes acreditados y aceptados por las partes, y el informe que presenten será tomado en cuenta para la decisión final, de efectuar el otorgamiento de la licencia minera respectiva.

Para facilitar la labor de dialogo y concertación durante el proceso de otorgamiento de procesos, el MEM durante el 2007 estableció un nuevo Viceministerio de Desarrollo Sostenible. Este Viceministerio será el responsable de atender este tema y estructurar las acciones necesarias para que de manera sistemática y permanente se tenga presencia y comunicación en el proceso de autorización de los proyectos y se realice una labor exitosa de información sobre los mismos.

No obstante, en el ámbito jurídico, la Ley de Minería vigente no contempla ni garantiza mecanismos de inclusión, participación y consulta a las poblaciones afectadas en materia de las actividades mineras; contradiciendo también lo que dispone la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural y el Convenio 169 de la OIT. En ambos casos se requiere que las poblaciones afectadas sean informadas y otorguen su consentimiento a través de un mecanismo de consulta de buena fe.

Sobre los intereses generales, la Ley de Minería contempla que la regalía minera se paga únicamente por los minerales metálicos declarados, no así por las denominadas tierras ácidas o raras (que incluyen oro, plata, otros metales y tierras inertes, cuando todavía no son separados). Es evidente además, que el monto de las regalías no es de beneficio para el país, porque sólo le corresponde el 0.5 por ciento al municipio y el 0.5 por ciento al Estado; y además, en ninguno de los dos casos se garantiza que dichos recursos se reinviertan en desarrollo rural, mitigación y protección ambiental.

IMPACTO QUE HAN TENIDO LAS CONSULTAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO (CASO DE SIPACAPA)

Con la finalidad de establecer la influencia que han tenido estas consultas en el ámbito jurídico, vamos a realizar un análisis de la que se realizó en el municipio de Sipacapa del departamento de San Marcos.

ANTECEDENTES

En entrevista realizada al señor Mario Tema, uno de los encargados de llevar a cabo la consulta de buena fe en Sipacapa, señaló que en ningún momento se les informó acerca de la actividad minera que se había empezado ya ha ejecutar tanto en ese municipio como en San Miguel Ixtahuacán, ambos del departamento de San Marcos.

Se empezaron a escuchar rumores, y conjuntamente con autoridades locales iniciaron la búsqueda de información relacionada con la minería, ya que desconocían totalmente de este tema. En el ámbito nacional, se conoció de las actividades de Montana Exploradora, Sociedad Anónima, cuando se realizó en el año 2004 una encuesta de Prensa Libre denominada "El impacto de la minería en dos municipios de San Marcos", es decir, en San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa⁵ a través de la empresa Vox Latina. Esta encuesta arrojó los siguientes datos:

5 Prensa Libre, Guatemala, 4 de noviembre de 2004

- La mayoría de personas que participó en la encuesta considera que la explotación minera no traerá beneficios, sino que provocará daños ambientales.
- El 95.5 por ciento de los encuestados coincidió en su desacuerdo con el proyecto minero en esos municipios marquenses, el cual se encontraba en su fase de instalación. Sólo el 4.5 apoyó esa actividad.
- Ese rechazo a la minería fue expresado por el 96 por ciento de hombres, el 94 por ciento de mujeres, el 95 por ciento de indígenas y el 96 por ciento de ladinos encuestados.
- Pese a que las autoridades de Gobierno insisten en afirmar que habrá beneficios para las comunidades, los pobladores tienen una visión distinta.
- Por igual, el 85.75 por ciento consideró que la extracción de oro provocará destrucción en sus municipios, mientras que el 8.75 estimó que esa actividad creará riqueza.
- El 83.5 por ciento de los encuestados estimó que la actividad minera afectará negativamente a su municipio, mientras el 11.5 opinó que habrá beneficios para la comunidad.
- El 95.5 por ciento consideró que los dueños de la empresa minera serán quienes ganen con ese negocio; sólo el 2.75 cree que la población obtendrá algunos dividendos con esa actividad.
- Sobre si sabían que el gobierno anterior otorgó la concesión para extraer oro en Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán, el 62 por ciento dijo estar enterado, pero el 37.75 por ciento afirmó lo contrario.
- La población tampoco cree que el Ejecutivo esté pendiente de controlar la actividad minera, pues el 84 por ciento estimó que al Gobierno no le preocupa que la extracción del mineral dañe la salud de la población o los recursos naturales y sólo el 10.5 consideró que sí le preocupa.
- Además de señalar su desacuerdo en cuestiones generales, también manifestaron su preocupación por el ambiente. Dicha preocupación por la preservación de los recursos naturales es latente, pues

el 81.75 por ciento de la muestra dijo importarle más la protección del ambiente, mientras tanto que el 11.75 por ciento expresó que es más importante el desarrollo de la economía de su municipio.

- Además, el 54.75 por ciento respondió que no hay suficiente agua en esos municipios y el 45.25 opinó que hay bastante.

La visión de los pobladores en dicha encuesta, fue compartida por grupos ambientalistas como Madre Selva y el Centro de Acción Legal Ambiental, los cuales han señalado a la actividad minera como responsable del impacto visual en las montañas al degradarlas y el riesgo de contaminar fuentes hídricas al utilizar cianuro en la separación del oro de otros metales.

Estando el tema ya en el ambiente, tanto a nivel local como a nivel nacional; se intensificó la incertidumbre de los vecinos del municipio de Sipacapa, por lo que las autoridades comunitarias continuaron buscando información acerca del tema, acercándose a instituciones gubernamentales y de la sociedad civil, porque como lo señala Mario Tema en la entrevista: “no sabíamos nada acerca de la minería, qué era, quiénes eran los encargados, cómo se hacía...”.

Teniendo las autoridades locales un panorama más claro, decidieron realizar una consulta a los vecinos del municipio con la finalidad de que fueran ellos quienes decidieran si estaban de acuerdo o no con la instalación de una minera en su municipio. Esta decisión fue plasmada en el acta número 02-2005 de fecha diecinueve de enero de dos mil cinco. En la misma se puede constatar la incertidumbre acerca de la actividad de la minera Montana Exploradora, por lo que se acordó realizar una consulta popular a cargo del Consejo de Municipal de Desarrollo. Dicha acta fue signada por los 163 representantes de las comunidades que integran el municipio de Sipacapa.

Posteriormente en el acta número 04-2005 de fecha ocho de febrero del año dos mil cinco, se acordó que se haría una Consulta de Buena Fe; se designaron comisiones de trabajo y la forma en que estas se integrarían. Es importante mencionar que en esta reunión asistieron representantes de la Policía Nacional Civil, del Organismo Judicial, del Tribunal Supremo Electoral, entre otras instituciones, quienes también aceptaron

formar parte de las comisiones designadas. Tomaron como base legal de la consulta los Artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, Artículos 3, 17 literal k, 35, 53, 60 al 66 del Código Municipal, y Artículo 20 de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano Municipal.

En el acta número 05-2005, de fecha diecisiete de febrero del año dos mil cinco, se hace constar una de las reuniones de la junta de trabajo nombrada para llevar a cabo la consulta, que tenía como objeto que los representantes de todas las comunidades del municipio de Sipacapa eligieran al órgano de coordinación de esa junta de trabajo. También se nombraron personas para que realizaran las actividades de organización interna, definición del presupuesto, elaboración del plan de trabajo, definición del cronograma de actividades; y finalmente, también se designó la comisión interinstitucional de apoyo a la comisión política, que tendría la atribución de establecer los criterios para llevar a cabo la consulta.

A esta acta, le siguieron otras en donde se registra el trabajo de cada una de las comisiones, pero resalta el acta 09-2005, de fecha diecisiete de marzo, en que plasma la discusión sobre la visita que realizaría el siete de abril del año 2005 el Viceministro de Energía y Minas, en donde se acordó plantear los siguientes cuestionamientos y solicitudes:

1. Por qué no consultaron a la población para aprobar la minería.
2. Por qué las fuerzas de seguridad públicas han apoyado los procesos mineros.
3. Por qué hasta ahora los visita.
4. Cuánto durará la explotación minera.
5. Detallar la influencia de la minería sobre el manto acuífero y cuál es el compromiso si falta agua.
6. Si existe acuerdo de aprobación al proceso minera de la municipalidad
7. Que paguen impuestos directos a esta municipalidad.
8. Qué cantidad percibirá la empresa Montana por la explotación minera.
9. Cuántos trabajadores empleará la empresa Montana en total, y que de preferencia que sean marquenses.
10. Como garantiza la no contaminación química.
11. Cuál será el aporte a esta municipalidad en concepto de regalías.

12. Porque extendieron dos años la exploración minera y si existen minerales en Sipacapa.
13. El Ministro de Energía y Minas respetará la consulta popular
14. Si gobernación conoce el procedimiento minero y cuál es su opinión
15. Si se reformará la ley minera.

Podemos concluir del contenido de esta acta, que realmente las autoridades no tenían mayor conocimiento del procedimiento por medio del cuál se le otorgó la licencia de explotación a Montana Exploradora, S.A.

ACCIONES JURÍDICAS EN CONTRA DE LA CONSULTA DE BUENA FE

La consulta fue convocada formalmente a través del Acuerdo del Consejo Municipal número 04-2005 para el 18 de junio de ese mismo año. Sin embargo, antes de esa fecha se presentaron amparos, apelaciones de amparos e inconstitucionalidades, interpuestas tanto por Montana, como por las autoridades municipales, e incluso por el Procurador de los Derechos Humanos. Como se podrá apreciar, en estos procesos se evidenció la parcialidad del sistema de justicia al resolver a favor de intereses particulares y no de las mayorías, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

El señor Mario Tema indicó que “personeros de la empresa Montana, acudieron a la municipalidad de Sipacapa a solicitar certificaciones de las actas relacionadas a la convocatoria y forma de llevar la consulta”. Estos documentos sirvieron para que abogados de dichas sociedad presentaran en primer lugar un amparo y posteriormente una inconstitucionalidad total.

A. LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO

La acción constitucional de Amparo se interpuso el 13 de junio de 2005 en contra del Concejo Municipal, con el objeto de suspender la celebración de la consulta de buena fe. Sin demora, ese mismo día el Juzgado Séptimo de Primera Instancia del Ramo Civil de Guatemala, constituido en Tribunal de Amparo⁶, suspendió provisionalmente la consulta y se inhibió de conocer por razón del territorio, remitiendo las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia Civil y Económico Coactivo del departamento de San Marcos⁷.

Con esta resolución del amparo provisional, la parte actora dio por hecho que la realización de la consulta sería suspendida. Sin embargo, el Procurador de los Derechos Humanos apeló dicha resolución. La apelación fue conocida por la Corte de Constitucionalidad, cuyos magistrados revocaron la suspensión provisional argumentando que las consultas son legales y, por lo tanto, legítimas; que el Concejo Municipal tiene potestad y competencia para convocar y organizar -en su territorio- consultas a la población; y agregó que las mismas constituyen mecanismos importantes de expresión popular ya que permiten el ejercicio efectivo de derechos reconocidos constitucionalmente.

Conjuntamente con las acciones legales, la empresa Montana realizó una campaña de desinformación. Comenta el señor Mario Tema que repartieron en las comunidades varios volantes indicando que el 18 de junio no habría consulta en Sipacapa; por lo que ellos (los encargados de organizar la consulta), con fundamento en la resolución de la Corte de Constitucionalidad, también hicieron campaña, pero confirmando que la consulta si se llevaría a cabo.

Finalmente, el amparo fue declarado con lugar el 20 de julio del año 2005.

⁶ En este juzgado el amparo se identificó con el número 87-2005

⁷ En este juzgado el amparo se identificó con el número 1-2005

B. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Con el objeto de impedir que se llevara a cabo la consulta, Montana presentó también una inconstitucionalidad total contra una disposición de carácter general, y esta acción es la que tiene mayor relevancia, debido a la Corte de Constitucionalidad, en la sentencia que resuelve esta solicitud, indica que las consultas no tienen carácter vinculante.

Esta acción se interpuso el siete de junio de dos mil cinco, en contra de la convocatoria del Consejo Municipal de Sipacapa contenida en las actas 04-2005 de fecha 24 de enero de 2005, 06-2005 de fecha siete de febrero de 2005, y la 09-2005 de fecha veintiocho de qué? 2005, que contiene el reglamento de Consulta de Buena Fe.

En el escrito inicial de dicha acción de inconstitucionalidad, se indica que nunca se hizo pública la convocatoria, y que fue únicamente a través de las certificaciones obtenidas que se dieron por enterados de la misma. Por lo que señalan como efectos legales de las tres resoluciones contenidas en las actas antes descritas, los siguientes⁸:

1. La convocatoria implica el desarrollo de un evento electoral para que por medio del sufragio los vecinos de Sipacapa ejerzan su derecho político contenido en el artículo 136 b) de la Constitución Política de la República. La decisión sobre la que los vecinos de Sipacapa deben pronunciarse, implica necesariamente el ejercicio del sufragio y lo harán por medio del voto.
2. El Concejo Municipal acordó que los resultados de esta consulta sean de "observancia general y obligatoria".
3. El objeto de la convocatoria es para que los vecinos del municipio de Sipacapa se pronuncien sobre la actividad minera en su municipio, aspecto sobre el cual una municipalidad no tiene competencia, según la Constitución.
4. El "Reglamento de Consulta de Buena Fe" acordado en la resolución 09-2005 no garantiza que el voto sea secreto.

⁸ Contenidos en el escrito de interposición de la inconstitucionalidad de una disposición de carácter general, presentado por abogados de Montana. Expediente 1179-2005.

5. El “Reglamento de Consulta de Buena Fe” crea una serie de “comisiones” con funciones que son propias de las juntas electorales municipales contenidas en la Ley Electoral y de Partidos Políticos.
6. La Convocatoria no fue publicada, ni las resoluciones del Concejo Municipal ordenan su publicación.
7. El Concejo Municipal de Sipacapa no tomó en cuenta el padrón electoral y más bien pone a votar a “todos los mayores de dieciocho años”.
8. La Convocatoria no atendió las recomendaciones del Tribunal Supremo Electoral, creando el Concejo Municipal de Sipacapa su propio Reglamento y normas.

Estas argumentaciones cuestionan varios aspectos de la convocatoria y reglamentación del procedimiento para llevar a cabo la consulta, basándose únicamente en la Constitución Política de la República y la Ley Electoral y de Partidos Políticos; sin tomar en cuenta la existencia de un marco jurídico más amplio nacional e internacional, como lo son el Convenio 169 de la OIT, el Código Municipal y la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, que de manera específica lo relativo a la consulta a vecinos y Pueblos Indígenas.

Posteriormente, el 13 de junio del año 2005 se solicitó por parte de Montaña, que de urgencia se decretara la suspensión provisional de la consulta a efectuarse el 18 de ese mismo mes y año, argumentado que había flagrante inconstitucionalidad, que causaría graves perjuicios al orden constitucional y legal de Guatemala.

Esta solicitud realmente llama la atención porque invoca la preocupación en cuanto al respeto del orden constitucional cuando es realmente evidente que lo que se busca es la protección de un interés particular. Además porque inclusive se atreven a indicar que el Concejo Municipal estaría incurriendo en un delito tipificado en el Artículo 381 del Código Penal. Sin embargo, esta solicitud fue rechazada por la Corte de Constitucionalidad, en resolución de fecha 15 de junio de 2005.

Es interesante observar que en la tramitación de esta inconstitucionalidad, hubo una participación muy activa de varios órganos administrativos del Estado, poco usual en otros procesos similares. A continuación se resumen los argumentos más importantes de las partes involucradas:

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

El Ministerio de Energía y Minas, circunscribió sus argumentos en este sentido: “la función que tiene este Ministerio de otorgar autorizaciones para el aprovechamiento y explotación de los recursos mineros, no puede ser limitado o restringido a través de una consulta dispuesta por un Concejo Municipal, y que si bien es cierto el gobierno municipal tiene la facultad de iniciar un procedimiento de consulta es solo para los asuntos que la ley señala”.

Al respecto de estas argumentaciones es preciso señalar que, si bien es cierto que cada ministerio tiene competencia sobre los temas propios de su naturaleza, en ningún momento pueden ser exclusiva, sino debe armonizarse con otras instituciones estatales también vinculadas a ese tipo de decisiones, con el objeto de adoptar las mejores medidas de desarrollo para la población.

La Procuraduría General de la Nación se pronunció a favor de que se declarara la inconstitucionalidad, argumentando que “Debe de indicarse con absoluta seguridad, que el subsuelo y los minerales son propiedad del Estado, el que en ejercicio de la soberanía que le delegó el pueblo, tiene la función y obligación de establecer y propiciar las condiciones propias, técnicas y racionales, para la exploración, explotación y comercialización de los minerales, en conformidad con las disposiciones de las leyes vigentes, entre ellas la ley de minería (Decreto 48-97 del Congreso de la República), sin estar obligado, por lo tanto a realizar las consultas a que se refiere el convenio 169 de la OIT, en tanto no sea modificada dicha ley. No obstante, el gobierno no tiene ninguna limitación para llevar a cabo acciones que permitan a los ciudadanos pronunciarse sobre actividades mientras a fin de que se produzcan consensos que contribuyan a realizar el bien común y a mantener la paz social”.

Agregó que “la realización de la consulta trae consigo el irrespeto a la Constitución Política y a las leyes, que solo conduce a graves problemas de anarquía y por tanto de inestabilidad política, económica y social, haciendo más graves aún los problemas que nos agobian”

Estas argumentaciones, además de ser contradictorias, reflejan un profundo desconocimiento sobre la naturaleza de las consultas en un sistema democrático.

ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

El Ministerio Público, a través de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición, solicitó que se declarara sin lugar la inconstitucionalidad general planteada por Montana, indicando únicamente que “el examen de constitucionalidad requiere como condición ineludible y primordial, que la norma impugnada no haya cesado en su vigencia, porque ello imposibilita al tribunal constitucional a realizar el examen pertinente... debiendo declararse por esa razón, improcedente la inconstitucionalidad planteada... porque la consulta ya se ha realizado...”

Por su parte el Tribunal Supremo Electoral, al evacuar sus argumentaciones, señaló que “a ese órgano (el TSE) no le compete convocar la Consulta de Buena Fe, en virtud que la ley constitucional de la materia es explícita en señalarle que comicios debe convocar y que ciertamente, se señala que le compete organizar la consulta popular; sin embargo, cuando se trata de la consulta señalada en la Constitución Política de la República y en donde se establece que se utilizará para tomar decisiones políticas de trascendencia... Solicitándose que se declare sin lugar la inconstitucionalidad general presentada”.

El Concejo Municipal de Sipacapa se pronunció en este caso, argumentando la vigencia plena del Convenio 169 en Guatemala, trayendo a colación que la misma Corte de Constitucionalidad dictaminó que el contenido de dicho convenio en ningún momento contraviene la Constitución Política de Guatemala, y por lo tanto solicitaron que se declarara sin lugar la inconstitucionalidad planteada.

Antes de entrar a conocer los argumentos que sirvieron de fundamento para la resolución de esta acción, es necesario evidenciar que la celeridad con la que actuó el sistema de justicia para resolver las acciones promovidas por Montana, no es característica en la gran mayoría de casos sometidos a su conocimiento, aunque los involucrados sean los mismos. Esta peculiaridad surge cuando la resolución favorecerá a la empresa minera, mientras que cuando los favorecidos pudieran ser los miembros de las comunidades, entonces los procesos se caracterizan por su lentitud⁹.

⁹ Ver expediente 266-2008 en la Cámara de Amparo y Antejucio de la Corte Suprema de Justicia

La Corte de Constitucionalidad al resolver el ocho de mayo del año 2007, la solicitud de declarar inconstitucional los acuerdos municipales antes señalados, estableció que:

1. Previo a resolver la cuestión de fondo, la Corte estima conveniente aclarar que “si bien las disposiciones normativas de carácter general impugnadas se refieren a una convocatoria para realizar la Consulta de Buena Fe, programada para realizarse en el municipio de Sipacapa departamento de San Marcos, el dieciocho de junio de dos mil ocho, el hecho que haya transcurrido la fecha prevista no significa que, en el presente momento, la acción intentada haya dejado de tener materia, pues, de la lectura de tales disposiciones, se colige que los efectos pretendidos por el Concejo Municipal del citado municipio van más allá de dicha fecha”¹⁰.
2. En cuanto a la cuestión de fondo se indica que “si existe un derecho de los pueblos indígenas de ser consultados, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, y que éste es incuestionable. Sin embargo, los artículos del Convenio que regulan este derecho son imprecisos”. Aunque también advierte que por ello se estima conveniente que cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población, es permitido pero debe ser previo a que se adopte la medida.
3. Reconoce también la facultad de los consejos municipales de convocar a sus vecinos para pronunciarse sobre temas de su interés. Pero a la vez señala que las normas del Código Municipal también son imprecisas, principalmente en la vinculación y obligatoriedad de respetar los resultados.
4. En cuanto a que si el Concejo Municipal de Sipacapa se arrogó funciones que le corresponden únicamente el Tribunal Supremo Electoral, la Corte señaló que no fue así, debido a que la ley de la

¹⁰ Corte de Constitucionalidad, expediente 1179-2005, p. 15

materia señala expresamente qué comicios son los que debe convocar dicho órgano, por lo tanto no hubo violación del Artículo 223 de la Constitución Política de la República¹¹.

5. La cuestión más importante de esta sentencia, es la que señala la existencia de violación del artículo 125¹² de la Constitución Política de la República de Guatemala, a través del artículo 27 del Reglamento de la Consulta de Buena Fe, contenido en la cuestionada acta 09-2005, en donde se señala: "Interpretación de resultados: Los resultados de la Consulta de Buena Fe son una decisión soberana de la voluntad de la población indígena y no indígena, mayores de 18 años avecindados en el Municipio de Sipacapa, San Marcos; la cual será de observancia general y obligatoria en el territorio del municipio de Sipacapa", puesto que, según la Corte, colisiona con el espíritu del precepto constitucional y porque "pretende darle carácter obligatorio dentro de la circunscripción municipal de Sipacapa -repercutiendo sobre intereses nacionales-, a la decisión que se tome sobre un asunto ajeno a la competencia de las autoridades convocantes y de las comunidades consultadas".

El Estado entendido en su sentido estricto, hace referencia a sus elementos constitutivos (población y territorio) y a sus elementos derivados (poder público, ordenamiento jurídico y soberanía). Por lo que se debe entender que ninguna persona particular se debe arrogar el derecho o conceder el derecho a un tercero de explotar los recursos que le pertenecen a todos. Y como bien se señala en el artículo esa exploración, explotación y comercialización es de utilidad y necesidad públicas, o sea, en clara atención al bien común, fin supremo de el Estado. Lastimosamente, estas

¹¹ Artículo 223 de la Constitución Política de la República de Guatemala "Libertad de formación y funcionamiento de las organizaciones políticas. El Estado garantiza la libre formación y funcionamiento de las organizaciones políticas y sólo tendrán las limitaciones que esta Constitución y la ley determinen. Todo lo relativo al ejercicio del sufragio, los derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades y órganos electorales y proceso electoral, será regulado por la ley constitucional de la materia. Una vez hecha la convocatoria a elecciones, queda prohibido al Presidente de la República, a los funcionarios de Organismo Ejecutivo, a los alcaldes y a los funcionarios municipales hacer propaganda respecto de las obras y actividades realizadas".

¹² Artículo 125 de la Constitución Política de la República de Guatemala "Artículo 125.- Explotación de recursos naturales no renovables. Se declara de utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables. El Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización."

disposiciones son flagrantemente inobservadas, puesto que en la normativa ordinaria, sobre la materia, se contemplan pocos e insuficientes beneficios para el Estado de Guatemala en este tipo de actividades.

En cuanto a los otros argumentos que señalan normas constitucionales violentadas, la Corte estimó que no son inconstitucionales, por lo que no amerita profundizar en su análisis.

No obstante, es necesario resaltar el numeral sexto de los considerandos de la sentencia, en donde se indica de forma literal que "Este tribunal destaca que las consultas populares constituyen mecanismos importantes de expresión popular, por medio de los cuales se efectivizan varios derechos reconocidos constitucionalmente, como los de libertad de acción y de emisión del pensamiento, así como el derecho de manifestación, pero tales procedimientos consultivos deben contar con los marcos jurídicos adecuados que establezcan con precisión: las autoridades encargadas de convocar y desarrollar las consultas, el momento en que deban efectuarse y los efectos de las mismas, entendiéndose que los resultados que se obtengan reflejarán el parecer de la comunidad consultada sobre un tema determinado; pero que a estos no se les puede dar el carácter regulatorio o decisorio sobre materias que no sean de competencia de las autoridades convocantes o de dichas comunidades...", por lo que "exhorta al Congreso de la República de Guatemala a lo siguiente: a) proceda a realizar la reforma legal correspondiente, a efecto de armonizar el contenido de los artículos 64 y 66 del Código Municipal, en el sentido de determinar con precisión cuando una consulta popular municipal tendría efectos vinculantes y; b) para efectivizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas, referidos en los artículos 15 del Convenio 169 de la OIT y 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, se legisle sobre la forma cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos, quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos".

De esta manera se evidencia cómo es que se utiliza como argumento la falta de armonización de la legislación existente y de la existencia de una ley específica que desarrolle en forma particular la consulta para que ésta sea efectuada por el Estado -lo cual es una deficiencia normativa y procedimental del aparato estatal, en incumplimiento de compromisos adquiridos en diversos instrumentos políticos y jurídicos-, para justificar la inobservancia de la voluntad popular legalmente manifestada, a pesar

que como reiteradamente se ha mencionado, existe un amplio ordenamiento jurídico nacional e internacional que fundamenta este derecho.

De aquí la importancia de seguir ejercitando este derecho, con el objeto de hacer evidente que el marco legal no siempre se adecua a las dinámicas sociales, legitimadas tanto en la doctrina como en diferentes instrumentos. Surge entonces la falta de legitimidad o de suficiencia de las normas o de las jurídicas, que desembocan en resoluciones que desconocen la voz popular, no obstante sean procesos que cuentan con la participación de autoridades propias de los pueblos indígenas, del gobierno municipal y, primordialmente, con la participación de la mayoría de la población que determina su decisión sobre temas fundamentales a través de la consulta.

Como dato final, a pesar de todas estas acciones jurídicas, se llevo a cabo la Consulta de Buena Fe, cuyos resultados fueron: de las 13 comunidades de Sipacapa, 11 votaron contra la minería, 1 a favor y 1 se abstuvo de participar.

ACCIONES SOCIALES A FAVOR DE LA CONSULTA REALIZADA EN SIPACAPA

El apoyo a la Consulta de Buena Fe en Sipacapa, ante la evidente parcialidad de los órganos jurisdiccionales, se concretó más bien en el ámbito social, con la solidaridad de otras comunidades. Es así que varias organizaciones de Sololá, Quiché, Totonicapán y Chimaltenango, interpusieron denuncias ante la PDH conjuntamente y organizaron diversas formas de resistencia.

OTRAS ACCIONES EMPRENDIDAS POR AUTORIDADES DE SIPACAPA

Por información proporcionada por el señor Mario Tema, se sabe que el 6 de diciembre de año 2007 se presentó una denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra del Estado de Guatemala por no cumplir con la obligación de consultar a las comunidades indígenas antes de tomar medidas de desarrollo para las mismas.

CONCLUSIONES

- El ejercicio de la democracia –representativa y participativa- ha encontrado serias complicaciones en Guatemala, en donde de un momento a otro se pasó de un autoritarismo vertical extremo, a un sistema democrático, participativo e incluyente; sin que la evolución cultural y política de la sociedad en general correspondiera a dicha transición. No obstante, ha quedado demostrado que los ejercicios de democracia directa que se han llevado a cabo en los contextos locales –impulsados por la propia sociedad civil-, en donde se han experimentado procesos integradores y movilizadores muy significativos, han contribuido en gran medida a desarrollar una serie de valores que enriquecen el sistema democrático.
- La democracia representativa, en particular, atraviesa una severa crisis, con instituciones democráticas deslegitimadas y falta de credibilidad en el sistema en general; por lo que el ejercicio de la democracia directa se convierte en una alternativa para atenuar la conflictividad social.
- El ejercicio de la democracia directa requiere de ciertos presupuestos, como la previa, suficiente y comprensiva información, y esto sólo puede conseguirse donde exista una forma de vida caracterizada por los valores de verdad, libertad y justicia y donde, en suma, se haya producido una completa emancipación humana.

- La consulta popular es talvez el mecanismo por excelencia para ejercer la democracia participativa. La expresión de la voluntad popular manifestada en las mismas es un indicador de hacia dónde deben orientarse ciertas decisiones en la administración pública, legitimando así su representatividad.
- Hay diferentes tipos de consultas, a saber: los referéndums o consultas populares a nivel nacional, que tratan sobre temas de relevancia para toda la sociedad; las consultas a vecinos, que afectan a pobladores de una localidad determinada y; las consultas a pueblos indígenas, que afectan directamente a este sector de la población, y que tienen un carácter reivindicativo y de reconocimiento de derechos exclusivos de los mismos.
- El derecho a la consulta de los pueblos indígenas adquiere aún mayor relevancia -dada la exclusión a la que han sido sometidos a lo largo de la historia-, como parte de las acciones afirmativas que ayuden a equiparar sus condiciones económicas, políticas y sociales, con las del resto del país. Además de que estos pueblos, tienen sus propias formas de organización, de decisión y de relación con la tierra y los recursos naturales.
- La existencia de grupos hegemónicos que promueven corrientes políticas y económicas que se contraponen al interés de las mayorías, y de un contexto mundial de globalización y de "apertura de los mercados", se ha convertido en un factor determinante para que el Estado incumpla con su obligación de consultar y de respetar los resultados de las consultas a los pueblos indígenas, y a la sociedad en general.
- El sistema en general se encuentra profundamente contaminado. Tanto las instancias del Ejecutivo, como del Legislativo y del Judicial, actúan en contra de los intereses y del bienestar de la sociedad en general, protegiendo intereses particulares, y peor aún, extranjeros.
- La actividad minera a cielo abierto causa serios daños al medio ambiente y a la salud humana, por lo que su práctica transgrede varios de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política; además de que por la forma y las condiciones en que se han concesionado estos derechos de explotación, ni siquiera representan una ventaja económica para el país, sino por el contrario, implican el hurto descarado de los recursos con los que contamos.

- Independientemente del debate sobre si las consultas tienen o no carácter vinculante, no existen criterios ni mecanismos legales en la actualidad para reaccionar ante una consulta popular; y lo que es claro, es que la realización y posterior desacato de las mismas, ponen en entredicho la veracidad del sistema democrático en su conjunto.
- El Estado no ha cumplido con el compromiso de adoptar las medidas legales necesarias para hacer aplicable el ejercicio a la consulta popular, y particularmente el ejercicio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.
- Existen vacíos y contradicciones legales que son precisos resolver, para garantizar el derecho a la consulta, sin que se convierta en un elemento más de conflictividad social, particularmente las contradicciones contenidas en el Código Municipal.
- Los consejos de desarrollo son las instituciones por excelencia para canalizar las demandas y necesidades sentidas de la población, constituyéndose en un factor de fortalecimiento del poder local, en el contexto del fortalecimiento del poder público en general.
- La no realización de las consultas populares, y la realización y posterior desacato o indiferencia hacia las mismas, constituye la violación de un derecho humano en el caso de los pueblos indígenas; por lo que dicha situación legitima a estos pueblos a actuar legalmente en contra del Estado, incluso en cortes internacionales.

RECOMENDACIONES

- La democracia participativa debe ser un ejercicio constante y no que responda emergentemente a momentos o decisiones coyunturales, y debe ubicarse en un contexto de amplio acceso a la información, de formación ciudadana y política, de elevación de los niveles educativos, y de un profundo respeto y entendimiento mutuo.
- El Estado debe profundizar en el tema de las consultas, para acotar los temas en que proceden, quienes deben ser consultados de acuerdo a qué temas, y cuáles son los procedimientos mediante los cuales se debe reaccionar ante los resultados de una consulta. Cuál es su grado de vinculancia, si es que la hay, y si no, de qué otra forma se puede respetar la voluntad popular, cómo se deben alcanzar los consensos.
- Es necesario que los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el de autodeterminación y por ende, el derecho a la consulta, sean respetados por el Estado. De otra manera, Guatemala nunca podrá llegar a ser una nación unificada que promueva y respete su diversidad y la riqueza que de ella emana.
- El Estado no puede seguir justificando su falta de reacción ante las consultas populares en la inexistencia de mecanismos legales o de una ley que armonice las ya existentes, puesto que esta es una debilidad precisamente del aparato estatal y no de las comunidades que cuentan con este derecho. Se corre el grave riesgo que ante esta actitud, se pase de una actitud proactiva a la adopción de medidas de hecho -como ya ha ocurrido en algunos casos-.

- Debe declararse de urgencia nacional la aprobación de una ley en materia de consulta, consensuada con la más amplia representación de la sociedad civil, que verdaderamente satisfaga las exigencias de los tratados internacionales ratificados por el Estado en la materia, y las necesidades particulares de la sociedad guatemalteca y específicamente de los pueblos indígenas; dado que las consultas ya se están llevando a cabo como una exigencia de comunidades organizadas, y mientras esta práctica persista en un contexto de absoluta indiferencia, lejos de atenuarse, la conflictividad alrededor del tema, seguirá aumentando.
- Deben aprovecharse las instituciones existentes y fortalecerse (como consejos de desarrollo, cabildos abiertos, partidos políticos), para llevar a cabo esta práctica cotidiana, que es la única manera en que se pueden desarrollar los valores democráticos necesarios para tener una participación constante, legítima y que se haga respetar por sí misma.
- Es necesario intensificar la lucha por el saneamiento y fortalecimiento institucional de los órganos estatales, puesto que su deslegitimación tiene serias repercusiones sobre el sistema democrático y sobre la cultura en general, puesto que la tendencia natural es a prescindir de dichas instituciones, con el grave peligro de degenerar en una total anarquía.
- Deben establecerse sanciones severas a los funcionarios o entidades administrativas que incumplan con la obligación de realizar una consulta, cuando esta proceda, o cuando después de haberla realizado, actúen en contra de la voluntad popular, sin establecer mecanismos de diálogo para alcanzar acuerdos y consensos.
- Deben agotarse todos los recursos existentes para hacer valer las consultas populares. En el caso de la consulta a los pueblos indígenas, su desacato, indiferencia o no realización, constituyen una violación a derechos humanos de los pueblos indígenas; por lo que debe acudir a las cortes competentes, nacionales e internacionales, para deducir responsabilidades al Estado.

- Así mismo, en el tema específico de la minería, es procedente plantear un amparo ante la Corte Suprema de Justicia, así como los recursos que procedan ante las instancias internacionales, dada la cantidad de derechos fundamentales que se violan mediante la práctica de la minería a cielo abierto, tales como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano y, eventualmente, el derecho a la vida.

