

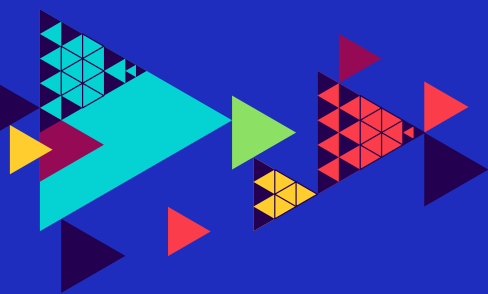
Nota técnica

► **Perspectiva empresarial sobre la consulta
previa del C169 en América Latina**

Guatemala

Septiembre, 2021





Índice

Resumen ejecutivo	3
Guatemala	3
1. Contexto	4
2. Dimensión Regulatoria	5
Guía Operativa para la Implementación de la Consulta a Pueblos Indígenas	6
Iniciativas de Ley sobre Consulta a Pueblos Indígenas	9
3. Dimensión Judicial	10
Caso OXEC, Mayo de 2017	11
Solicitud de Opinión Consultiva, Julio de 2020	12
4. Dimensión Operativa	13
5. Hallazgos Principales	14
6. Recomendaciones	15
Emitir desde el Ejecutivo la regulación necesaria a nivel operativo para la implementación de la Consulta Previa según el Convenio 169	15

Resumen ejecutivo

En Guatemala, país sujeto del presente estudio, se identifica una problemática derivada principalmente de que no se cuenta con una legislación a nivel nacional que regule la aplicación de los procesos de Consulta Previa conforme al Convenio 169, lo cual ha llevado a la judicialización de los proyectos de inversión. Las sentencias del Poder Judicial han sido disímboles y contradictorias entre sí, incluyendo criterios derivados de otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que exceden la aplicación de los principios señalados en Convenio 169, principalmente en lo relativo a la obtención del consentimiento.

Guatemala

En junio de 1996 Guatemala ratifica el Convenio 169 pero es a partir de principios de este siglo cuando inicia la discusión sobre la Consulta Previa.

En 2002 se expide la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural que establece el Sistema de Consejos de Desarrollo como el medio principal de participación de la población indígena, garífuna y no indígena en la planificación democrática del desarrollo; señalando que en tanto no se emita una ley que regule la Consulta a los pueblos indígenas y garífuna, las consultas sobre proyectos de desarrollo podrán hacerse a través de sus representantes en los Consejos de Desarrollo.

Algunas de las Consultas realizadas al amparo de los Consejos de Desarrollo se han llegado a interpretar por la Corte de Constitucionalidad con un resultado vinculante, aun cuando el contenido de la consulta exceda las atribuciones de los Municipios sobre asuntos que no son de su competencia, como es el caso de proyectos de inversión en sectores como el hidroeléctrico y el minero.

Aunado a ello, se han dado fallos judiciales que han suspendido proyectos de inversión que ya contaban con todas las autorizaciones, con lo que, a decir del Sector Empleador, la falta de certeza jurídica estaría ahuyentando la inversión en Guatemala. En otras ocasiones se ha resuelto la necesidad de llevar a cabo Consultas para realizar estudios de factibilidad, trabajos de gabinete o actividades de exploración que no tendrían impactos sobre comunidades indígenas. También se han otorgado funciones y facultades a entidades gubernamentales diferentes de caso a caso, lo que en su conjunto habría ocasionado fuga de capitales y el inicio de arbitrajes de inversión derivados del agotamiento de las instancias internas.

El Sector Empleador reporta la existencia de una oposición sistémica a cualquier inversión privada de importancia en el país; lo cual aunado a la composición étnica de Guatemala, donde la población indígena es mayoritaria y está diseminada en todo el territorio nacional, habría hecho prácticamente imposible la aplicación del Convenio 169.

Actualmente se encuentran al menos 4 proyectos de Ley de Consulta en el Congreso de la República, aunque algunos de ellos han sido declarados como inconstitucionales por la Corte de Constitucionalidad sobre la base de que no habrían sido suficiente o adecuadamente consultados. Sin embargo, la propia Corte ha emitido al menos 14 Sentencias en las que se exhorta al Congreso a que se legisle en materia de Consulta Previa.

En julio de 2020, el Presidente de la República de Guatemala acudió a la Corte de Constitucionalidad solicitando opinión consultiva respecto a la emisión de un proyecto de acuerdo gubernativo que pretende aprobar el "Reglamento que contiene las pautas para realizar toda consulta a pueblos indígenas



En junio de 1996 Guatemala ratifica el Convenio 169 pero es a partir de principios de este siglo cuando inicia la discusión sobre la Consulta Previa.

en Guatemala según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, lo cual fue rechazado por la Corte pues la Consulta debería de ser regulada únicamente por el Congreso de la República por medio de una disposición legal.

Al no contarse con la normatividad necesaria para llevar a cabo los procesos de Consulta conforme al C.169 las sentencias de la Corte de Constitucionalidad han sido contradictorias, lo cual ha generado una alta conflictividad social llevando a la cancelación de proyectos de inversión y el inicio de procesos de arbitraje de inversión en instancias internacionales, por lo que se recomienda fortalecer la gobernanza a través del diálogo incluyente con las agrupaciones de los pueblos indígenas interesadas en llegar a acuerdos respecto a la regulación e implementación de la Consulta de conformidad con lo establecido en el C.169.

De igual manera, y en virtud de que los intentos de contar con una legislación a nivel nacional en la materia no han sido exitosos, se recomienda que para evitar la parálisis en la que se encuentran los proyectos de inversión en Guatemala, el Ejecutivo emita normatividad a nivel operativo para implementar los procesos de Consulta Previa según el Convenio 169 garantizando el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados por parte del Estado y otorgando certeza jurídica al desarrollo de los proyectos de inversión; integrando un padrón de pueblos indígenas y sus representantes, delimitando sus territorios, y creando instituciones encargadas de los procesos de Consulta que cuenten con los recursos materiales y las capacidades necesarias para el buen desempeño de sus funciones.

1. Contexto

De conformidad con el XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2018 realizado por el Instituto Nacional de Estadística de Guatemala, el 43.56% de la población se autoidentifica como perteneciente a alguno de los pueblos indígenas reconocidos en Guatemala; siendo mayoritaria su presencia en los Departamentos de Alta Verapaz, Quiché y Huehuetenango.

▶ **Tabla 1.** Indicadores de población Indígena en Guatemala

XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2018			
Departamento	Población Total	Personas que se autoidentifican como indígenas	Porcentaje
Alta Verapaz	1,215,038	1,130,652	93%
Quiché	949,261	847,115	89.2%
Huehuetenango	1,170,669	761,799	65%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística de Guatemala (2018). XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2018. Guatemala¹.

En lo que respecta a afrodescendientes, también conocidos como pueblo garífuna, éstos corresponden al 0.19% de la población total del país; contando con mayor presencia en los Departamentos de Guatemala, Suchitepéquez, y Quiché.

¹ Disponible en: <https://www.censopoblacion.gt/explorador>



▶ **Tabla 2.** Indicadores de población Afrodescendiente en Guatemala

XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2018			
Departamento	Población Total	Personas que se autoidentifican como afrodescendientes	Porcentaje
Guatemala	3,015,081	410,341	13.6%
Suchitepéquez	554,695	211,952	38.2%
Quché	949,261	847,115	89.2%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística de Guatemala (2018). XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2018. Guatemala².

De acuerdo con el Atlas Lingüístico de Guatemala se identifican más de 24 lenguas indígenas habladas a lo largo del territorio guatemalteco, las más importantes están relacionadas con el pueblo Maya, que agrupa 22 variantes lingüísticas; la lengua del pueblo Xinka, que tiene familiaridad con el náhuatl hablado en México; y la lengua del pueblo Garífuna, que es una lengua que cuenta con rasgos de varios idiomas africanos³. Es importante mencionar que la cobertura territorial del habla de lengua indígena en Guatemala abarca aproximadamente el 54% de la totalidad del territorio nacional.

Es importante mencionar que no existe una representación de los Pueblos Indígenas en Guatemala gestada desde los mismos pueblos y reunida en alguna Institución Nacional que facilite el diálogo y los consensos entre los pueblos, el Gobierno y otros sectores, como el empresarial. Para el Sector Empleador esto habría contribuido a que no exista diálogo real y a que grupos con intereses ajenos a las propias comunidades ocupen espacios de representación sin tener el empoderamiento y la representación legítima de los pueblos indígenas.

2. Dimensión Regulatoria

El 31 de marzo de 1995 se firma en México el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Guatemalteca, en el que se reconoce la identidad de los pueblos indígenas guatemaltecos; los derechos culturales de los pueblos maya, garífuna y xinca; y sus derechos civiles, políticos, sociales y económicos; acordando el establecimiento de comisiones integradas por igual número de representantes del Gobierno y de las organizaciones indígenas sobre educación, participación, y derechos relativos a la tierra. Posteriormente, en junio de 1996, Guatemala ratifica el Convenio 169 de la OIT.

Posteriormente, tras 36 años de conflicto armado, en diciembre de 1996 se lleva a cabo la firma de los Acuerdos de Paz entre la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca y el Estado de Guatemala. Si bien la firma de estos Acuerdos pone sobre la mesa el tema indígena, a decir del Sector Empleador es a partir de la primera década de este siglo cuando una agenda internacional de cuestionamiento a las inversiones estratégicas en áreas rurales, como electrificación y minería, produce la discusión con relación a las Consultas Previas y si éstas se han efectuado o no.

En 2002 se expide la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural que establece el Sistema de Consejos de Desarrollo como *“el medio principal de participación de la población maya, xinca y garífuna*

² Idem.

³ Atlas Lingüístico de Guatemala (pag.4). Guatemala. Disponible en: <https://www.url.edu.gt/publicacionesurl/FileCS.aspx?Id=40413>

y la no indígena en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo⁴.

El Artículo 26 de esta Ley señala que *“En tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo”*⁵.

En marzo de 2014, el Ex Presidente Otto Pérez Molina instala el Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad como órgano consultivo que depende de la Presidencia de la República, y cuyo objeto sería *“la coordinación del diseño y gestión de acciones y políticas a ser presentadas al Presidente de la República”* y *“discutir y formular propuestas de reformas políticas, legales, administrativas, presupuestarias y la división político administrativa”*,⁶ entre otras.

Como se verá más adelante, tras la resolución de una Sentencia de la Corte Constitucional dictada en 2015, dicho Gabinete estaría llevando a cabo desde 2016 la Consulta al pueblo Maya Ixil sobre Línea de Transmisión Uspantan Chixoy II en el Municipio de San Juan Cotzal, cuando fue desintegrado por el Ex Presidente Jimmy Morales.

Guía Operativa para la Implementación de la Consulta a Pueblos Indígenas

En octubre de 2016, el Ex Presidente Jimmy Morales, con la participación del Gabinete de los Pueblos Indígenas, y conjuntamente con los Presidentes del Organismo Judicial y del Congreso de la República inician un proceso de construcción participativa de una “Guía Operativa para la Implementación de la Consulta a Pueblos Indígenas”, llevando a cabo diálogos territoriales en diferentes regiones del país; e incluyendo la participación del Sector Empleador. Fruto de este trabajo, en julio de 2017 el Ministerio de Trabajo y Previsión Social emite la citada Guía como una *“herramienta para el funcionario obligado a llevar a cabo una consulta dentro del Convenio 169 de la OIT, a efecto de activar la institucionalidad del Estado, promover la participación activa de los pueblos indígenas y cumplir con las disposiciones contenidas en el Convenio”*⁷.

Dicha Guía establece como principios de la consulta que ésta debe de ser Previa, Libre, Informada, De buena fe, Culturalmente adecuada, y Flexible; siendo la Entidad Encargada de la Consulta aquella que habrá de tomar la decisión sobre la medida administrativa, y designando como Entidad Asesora al Ministerio del Trabajo y Previsión Social.



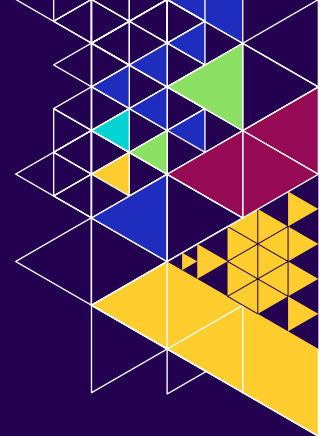
Es importante mencionar que no existe una representación de los Pueblos Indígenas en Guatemala gestada desde los mismos pueblos y reunida en alguna Institución Nacional que facilite el diálogo y los consensos entre los pueblos, el Gobierno y otros sectores, como el empresarial.

4 Decreto Número 11-2002 del Congreso. Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Artículo 1 Naturaleza Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/gtm_res67.pdf

5 Idem. Artículo 26.

6 Acuerdo Gubernativo No. 117-2014 Publicado en el Diario de Centro América el 28 de marzo de 2014. Artículo 2 Objeto. Disponible en <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/95660/112707/F-1938934763/GTM95660.pdf>

7 Guía Operativa para la Implementación de la Consulta a Pueblos Indígenas. Gobierno de Guatemala. Pag 5 Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GTM/INT_CERD_ADR_GTM_29808_S.pdf



El Procedimiento Consultivo se divide en 8 Etapas:



Es relevante señalar que conforme a lo indicado en el Paso 7 sobre los Acuerdos, la entidad encargada, *“conforme los resultados y acuerdos de la consulta, la legislación vigente y el Convenio 169 de la OIT, tomará la decisión correspondiente sobre la medida administrativa, proporcionando los fundamentos correspondientes y la comunicará oportunamente a las partes involucradas”*⁸; con lo cual se estaría

8 Idem. Paso 7. Acuerdos. Procedimiento. Página 14.



reservando al Estado la decisión final sobre la ejecución de la medida en cuestión, evitando que la Consulta pudiera ser interpretada como un derecho de veto.

La aplicación de la Guía habría de darse en tres situaciones⁹:

**1**

.....
Cuando la Consulta es de carácter previo a ser aprobada la decisión administrativa por la autoridad competente;

**2**

.....
Cuando la consulta es ordenada por un órgano jurisdiccional, la misma se sujeta a lo resuelto y solo en la medida que sea compatible se aplicarán complementariamente los principios de esta Guía;

**3**

.....
En los casos en que ya se haya emitido la medida administrativa y se deba llevar a cabo la consulta a pueblos indígenas.

Aunque la emisión de esta Guía fue rechazada por diversas organizaciones sociales, indígenas y ambientales señalando que su objetivo sería legalizar proyectos empresariales y que no sería necesario ningún reglamento más allá del Convenio 169; su contenido fue implementado durante la Consulta realizada por el Ministerio de Energía y Minas a la comunidad maya q'eqchi respecto a las Hidroeléctricas Oxec y Oxec II en 2017, en cumplimiento de una Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad.

Posteriormente, en enero de 2019, el Ex Presidente Jimmy Morales deroga el Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad para crear el Gabinete Específico de Desarrollo Social que tiene por objeto *“coordinar, articular y gestionar en el marco del Plan nacional de Desarrollo K'atun Nuestra Guatemala 2032 las políticas relativas al desarrollo, la protección social y prevención de la violencia, para reducir las brechas de inequidad y desigualdad de la población en condiciones de vulnerabilidad, tales como niñez, juventud, mujeres. Pueblos indígenas, adultos mayores, personas con discapacidad y del área rural”*¹⁰. Dentro de las Atribuciones de este nuevo Gabinete, destacan las de *“Coordinar el diseño y gestión del Plan de Acción de Pueblos Indígenas e Interculturalidad”*¹¹, y *“Apoyar en las gestiones que se realicen con las instituciones públicas y actores sociales, para los procesos de consulta de carácter territorial y organizacional para la construcción de una propuesta que conozca la institucionalidad indígena del Estado”*¹².

9 Idem. Aplicación de la Guía. Página 15.

10 Acuerdo Gubernativo No. 11-2019 Publicado en el Diario de Centro América el 15 de enero de 2019. Artículo 2 Objeto. Disponible en https://www.minfin.gob.gt/images/downloads/leyes_acuerdos/acuerdogub11_170119.pdf

11 Idem. Artículo 6 Atribuciones. Inciso j.

12 Idem. Artículo 6 Atribuciones. Inciso k.

La derogación del Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad dejó un vacío legal al poner en manos de una nueva Institución la Consulta que se encontraba en curso sobre Línea de Transmisión Uspantan Chixoy II, generando la inconformidad del pueblo Ixil de San Juan Cotzal contra esta decisión, y abonando a la incertidumbre jurídica de las inversiones en curso.

Iniciativas de Ley sobre Consulta a Pueblos Indígenas

A la fecha se han presentado en el Congreso de la República las siguientes Iniciativas de Ley sobre Consulta a Pueblos Indígenas:

▶ **Tabla 3.** Iniciativas de Ley sobre Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas

Iniciativa	Temas relevantes
<p>2007</p> <p>Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas Diputado Víctor Dionicio Montenjo, Vicepresidente de la Comisión de Comunidades Indígenas</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ El Artículo 3 señala como hechos generadores de consulta a los pueblos indígenas, entre otros, la autorización de licencias de prospección o explotación de recursos naturales, incluyendo los casos en que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras donde se prevé la autorización; así como las actividades de desarrollo que puedan tener sobre los pueblos indígenas una incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente. ▶ El Artículo 4 indica que la Consulta tendrá por objeto llegar a acuerdos y lograr el consentimiento, estableciendo en el Artículo 7 el Principio de Efectividad, es decir que <i>“el Estado deberá garantizar la efectividad en la observancia de los resultados de la consulta”</i>. ▶ El Artículo 28 señala que <i>“En el caso de las consultas sobre medidas administrativas, la consulta será financiada por la institución que promueve la consulta, con cargo al proponente del proyecto”</i>.
<p>2009</p> <p>Ley de Consulta a Pueblos Indígenas Diputado Moises Castañón Fuentes, Presidente de la Comisión de Pueblos Indígenas</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ El artículo 4 señala que se consideran actos generadores de consulta a aquellas medidas legislativas o administrativas que afecten o sean susceptibles de afectar a los pueblos, comunidades y autoridades indígenas en su desarrollo; hábitat tierras, territorios y recursos naturales; formación profesional, discriminación y racismo; relaciones interpueblos; sistema jurídico propio de los pueblos indígenas; niñez y juventud indígena; y salud, trabajo y vivienda. ▶ El artículo 5 señala que <i>“La consulta tiene como fin mantener el control por parte de los Pueblos Indígenas sobre medidas administrativas y legislativas, que afecten o sean susceptibles de afectar, directa o indirectamente a los Pueblos, comunidades y autoridades indígenas (...)”</i> ▶ De conformidad con el Artículo 55, el Presidente de la República habría de emitir el Reglamento de esta Ley.
<p>2018</p> <p>Ley que garantiza el derecho de consulta de buena fe, libre, previa e informada a pueblos indígenas. Diputado Amilcar Pop Ac, Jefe de Bloque bancada WINAQ</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Esta Iniciativa únicamente cuenta con 8 artículos. ▶ El Artículo 4 señala como requisitos esenciales que la Consulta deberá de realizarse previo a la toma de cualquier decisión administrativa o legislativa que pretenda implementar cualquier institución del Estado. ▶ Deberá de realizarse bajo principios de buena fe, previa, consulta libre e informada; y hasta que el sujeto a consultar este plenamente informado del asunto. ▶ El Artículo 6 señala que todo resultado de la consulta <i>“podrá revisarse siempre y cuando se demuestre que no se cumplió con alguno o cualquiera de los requisitos esenciales del derecho administrativo vigente”</i>.

▶ Continúa...

Iniciativa	Temas relevantes
<p>2018</p> <p>Ley de Consulta a Pueblos Indígenas conforme el Convenio 169 de la OIT.</p> <p>Diputado Oliverio García Rodas</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ El Artículo 3 señala sobre el Ámbito de aplicación de la consulta que <i>“el derecho de consulta previa establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo no se refiere a los aspectos generales que afectan a toda la población. Sino que se refiere a la necesidad de la consulta previa para aquellos casos de afectaciones directas y especiales de los pueblos indígenas que se deriven de una medida legislativa o administrativa y que no son afectaciones comunes para la población en general de Guatemala”.</i> ▶ El artículo 7 establece como principios rectores la buena fe, el carácter previo, la representatividad, la transparencia, la publicidad, la objetividad, la pertinencia cultural, la información oportuna, la flexibilidad, la unicidad, y la obligatoriedad de los acuerdos alcanzados. ▶ El Artículo 19 reserva la decisión del Estado posterior al proceso de consulta previa, señalando que <i>“el proceso de consulta no limita la facultad del Estado en la toma de decisiones que son de su competencia. El resultado de la consulta respecto a los acuerdos alcanzados o la falta de acuerdos sobre la medida consultada, deberá ser considerado al momento de tomar la decisión correspondiente.”</i> ▶ El Artículo 28 señala que el Estado deberá de realizar una asignación presupuestaria anual para realizar los procesos de consulta a pueblos indígenas.

Fuente: Elaboración propia¹³.

Algunas iniciativas señaladas en la tabla anterior reflejan adecuadamente el C169, mientras que otras lo exceden y desatienden el compromiso del Estado Guatemalteco ante la OIT al haber ratificado el Convenio hace más de 30 años; siendo que lo que más preocupa al Sector Empleador es que la propia Corte de Constitucionalidad haya declarado la inconstitucionalidad de algunos de proyectos de legislación sobre la base que no fueron suficiente o adecuadamente consultados. Esto ha generado un clima de mucha confusión sobre cómo deberían de consultarse los proyectos de reglamentación; cuestionando de base el principio de la rectoría de los asuntos públicos por parte del Estado.

3. Dimensión Judicial

La Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural regula la Consulta Vecinal, la cual ha sido erróneamente interpretada haciendo las veces de la Consulta regulada por el Convenio 169, llegando a interpretarse por la Corte en algunas ocasiones con un resultado vinculante aun cuando el contenido de la consulta exceda las atribuciones de los Municipios sobre asuntos que no son de su competencia, como es el caso de proyectos de inversión en sectores como el hidroeléctrico y el minero.

Aunado a ello, se han dado fallos judiciales que han suspendido proyectos de inversión que ya contaban con todas las autorizaciones, con lo que, a decir del Sector Empleador, la falta de certeza jurídica estaría ahuyentando la inversión en Guatemala. En otras ocasiones los fallos han excedido el alcance del Convenio y han puesto condicionamientos para llevar a cabo la Consulta que son prácticamente imposibles de cumplir tratándose de proyectos de inversión, como el hacer una Consulta para procesos que no tienen impactos en las comunidades como lo son estudios de factibilidad, trabajos de gabinete, o actividades de exploración. También se han otorgado funciones y facultades a entidades

13 Iniciativas de Ley disponibles en https://www.congreso.gob.gt/buscador_iniciativas/consulta#gsc.tab=0



gubernamentales diferentes de caso a caso, lo que en su conjunto habría ocasionado fuga de capitales y el inicio de arbitrajes de inversión derivados del agotamiento de las instancias internas.

Caso OXEC, Mayo de 2017

A continuación se analizará la Sentencia¹⁴ emitida en mayo de 2017 por la Corte de Constitucionalidad sobre el “Caso Oxec” derivada de una acción constitucional promovida contra el Ministro de Energía y Minas por el otorgamiento de licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón para la implementación de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II en el municipio de Santa María Cahabón, Departamento de Alta Verapaz, las cuales habrían sido otorgadas sin consultar a la comunidad indígena q’eqchi aduciendo violaciones a su derecho a la vida, la salud, el medio ambiente y equilibrio ecológico, al agua, a la consulta a los pueblos indígenas, y al principio jurídico de legalidad.

La Corte de Constitucionalidad resuelve ordenando al Ministro de Energía y Minas realizar la consulta establecida en el Convenio 169, concediendo para ello un plazo de doce meses durante los cuales se podrían continuar las operaciones de las hidroeléctricas.

Es importante mencionar que esta Sentencia hace referencia a *“la ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno”*¹⁵ y señala que la Corte *“ha efectuado exhortaciones al Organismo Legislativo para cumplir con la responsabilidad institucional que le corresponde, en función del debido acatamiento por parte del Estado de Guatemala de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y así superar el vacío que implica no contar con la normativa que internamente rija lo relativo a la consulta”*¹⁶, y hace referencia a al menos 14 sentencias emitidas en este mismo sentido, siendo la primera en 2007. Es así que *“en aras de evitar que continúe la omisión de desarrollar una legislación que garantice el derecho en mención, se opta por compeler a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, se produzca el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta”*¹⁷; lo cual a noviembre de 2020 no la sucedido.



Es importante mencionar que esta Sentencia [sobre el "Caso Oxec"] hace referencia a *“la ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno”* [...].

De igual manera, dicha Sentencia señala que:

*“La omisión por parte del Congreso de la República de legislar sobre la consulta referida, ha propiciado en el país un clima de desconfianza para las comunidades indígenas que pueden verse perjudicadas por proyectos encaminados al desarrollo social y las empresas inversionistas de tales proyectos, al no existir reglas claras que doten de certeza jurídica el goce del derecho a la consulta de las comunidades mencionadas y de otros derechos que pueden verse afectados por operaciones o actividades de exploración o explotación de los recursos naturales en sus territorios, así como los de las entidades referidas que aportan su capital para poner en marcha los proyectos aludidos con el riesgo inminente de que su inversión pueda verse mermada o perderse ante la inexistencia de aquellas reglas”*¹⁸.

14 Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017.

15 Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 Corte de Constitucionalidad. 26 de mayo de 2017. Considerando XIV: La ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno Pag 102.

16 Idem. Considerando XIV: La ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno Pag 107.

17 Idem. Considerando XIV: La ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno Pag 108.

18 Idem. Considerando XIV: La ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno Pag 109.

En virtud de ello, la Corte establece en esta sentencia las pautas de procedimiento que debe de observar el Ministerio de Energía y Minas para realizar toda Consulta a pueblos indígenas en Guatemala en tanto no exista una legislación específica:

La Consulta debe ser Previa.- Que antes de cualquier autorización estatal las comunidades potencialmente afectadas por estas decisiones estén plenamente informadas con la suficiente antelación de sus derechos que les asisten como sujetos de derecho, así como de todos los alcances que las medidas, tanto positivas como negativas, puedan tener sobre sus territorios y derechos¹⁹

La Consulta debe ser Informada.- Para satisfacer plenamente este derecho el Estado de Guatemala debe adoptar todas las medidas necesarias, incluidos estudios científicos independientes para que las comunidades y sus miembros estén plenamente informadas de todos los impactos y beneficios que en sus vidas, cultura, espiritualidad, medio ambiente y su desarrollo puedan afectar la puesta en marcha de las hidroeléctricas de mérito, y sólo cuando este requisito esté satisfecho a plenitud las comunidades indígenas consultadas podrían dar su respuesta al Estado(...) El Estado debe garantizar que el proceso de consulta se lleve conforme los valores culturales de los pueblos indígenas de las comunidades afectadas.²⁰

La Consulta debe ser de buena fe.- Para que el proceso de consulta cumpla con el criterio y estándar de buena fe es necesario que a) El Estado de Guatemala cumpla con todos los criterios y estándares aplicables a la materia de consulta b) El Estado logre y establezca un clima de confianza mutua entre las partes c) El proceso de consulta sea absolutamente transparente. d) Se asegure que antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo, los Pueblos Indígenas tomaron su decisión y eventual consentimiento de manera libre, informada y sin ningún tipo de presión. e) Se eviten de manera clara acciones como intentos o desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas y negociaciones secretas y paralelas con líderes o personas individuales de la comunidad”.²¹

Solicitud de Opinión Consultiva, Julio de 2020

Posteriormente, y en virtud de que no se habría cumplido la obligación del Congreso de emitir una Ley, en julio de 2020, siete días después de haber tomado protesta como Presidente de la República de Guatemala, Alejandro Eduardo Giammattei Falla acude a la Corte de Constitucionalidad solicitando opinión consultiva sobre la interpretación constitucional respecto a un proyecto de acuerdo gubernativo que pretende aprobar el “Reglamento que contiene las pautas para realizar toda consulta a pueblos indígenas en Guatemala según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, solicitando que la Corte especifique i) si es viable que el Organismo Ejecutivo a través del Ministerio de Energía y Minas emita dicho Reglamento, ii) si éste da cumplimiento a la Constitución y al Convenio 169, iii) si el procedimiento que se propone cumple con la protección de los pueblos interesados, y iv) si cumple con los requisitos que se han señalado en las sentencias de la Corte.

En julio de 2020 la Corte de Constitucionalidad emite sentencia en la que señala que es inviable pronunciarse por vía de Opinión Consultiva respecto a un proyecto de acuerdo gubernativo, ya que ello excede las facultades de la Corte, “pues dicha solicitud no va dirigida a realizar un examen previo de constitucionalidad de algún tratado, convenio o proyecto de ley, ni sobre asuntos de su competencia establecidos específicamente en la propia Constitución de la República de Guatemala (...) sino, tal como se indicó, a realizar un examen de un proyecto de acuerdo gubernativo que desarrolla el procedimiento de

19 Idem. Considerando XII: Pautas para realizar toda Consulta a pueblos indígenas en Guatemala. La Consulta debe ser previa. Pag 85.

20 Idem. Considerando XII: Pautas para realizar toda Consulta a pueblos indígenas en Guatemala. La Consulta debe ser informada. Pag 88.

21 Idem. Considerando XII: Pautas para realizar toda Consulta a pueblos indígenas en Guatemala. La Consulta debe ser de buena fe. Pag 90, 91.

consulta, aspecto que como quedó ya establecido en esta opinión, debe de ser regulado por el Congreso de la República por medio de una disposición legal”²².

Siendo que el Convenio forma parte del bloque legal nacional, atendiendo a la técnica jurídica, aun cuando la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en contra, el Sector Empleador ve necesario que haya una normativa a nivel reglamentario que desarrolle el procedimiento de Consulta Previa; es decir que un reglamento o un protocolo emanado del Organismo Ejecutivo sería lo más idóneo para dar certeza jurídica a las inversiones que se pretendan realizar. El Sector Empleador ha insistido a los tres Poderes del Estado y a la Corte de Constitucionalidad sobre esta necesidad desde hace más de una década, a lo largo de cuatro administraciones, instando a que se tomen como referencia las mejores prácticas internacionales y particularmente el caso peruano.

Desde la perspectiva de las autoridades que representan a los pueblos indígenas o de quienes se han atribuido tal representación (incluyendo a algunas organizaciones de la sociedad civil con intereses en el tema), la relación con el gobierno y el Sector Empleador ha sido de desconfianza y en ocasiones de tensión, lo que ha influido negativamente en que exista una regulación del derecho de consulta. El que no exista una legislación adecuada sobre el derecho de consulta se ha convertido en la práctica en un derecho de veto que el C.169 no otorga, lo cual se ha convertido en un incentivo perverso para que no exista tal regulación por quienes se benefician de tal estado de cosas.

4. Dimensión Operativa

La Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural regula la Consulta Vecinal, la cual ha sido erróneamente interpretada haciendo las veces de la Consulta regulada por el C.169, llegando a interpretarse por la Corte en algunas ocasiones con un resultado vinculante aun cuando el contenido de la consulta exceda las atribuciones de los Municipios sobre asuntos que no son de su competencia, como es el caso de proyectos de inversión en sectores como el hidroeléctrico y el minero. La única Consulta que se habría realizado a la fecha en cumplimiento del C.169 es la de la hidroeléctrica Oxec, cuya sentencia fue analizada anteriormente.

El Sector Empleador reporta la existencia de una oposición sistémica a cualquier inversión privada de importancia en el país; lo cual aunado a la composición étnica de Guatemala, donde la población indígena es mayoritaria y está diseminada en todo el territorio nacional, habría hecho muy difícil sino imposible la aplicación del Convenio 169; llevando a la politización de un asunto que debiera ser meramente técnico, y abonando con ello más al caos que a la resolución de la conflictividad.

Ante la falta de una regulación expresa de la Consulta del C.169 y los fallos contradictorios de la Corte de Constitucionalidad, las empresas han llegado a suplantar la obligación del Estado realizando procesos asimilados de la Consulta Previa atendiendo a buenas prácticas y protocolos internacionales, lo cual aun



Ante la falta de una regulación expresa de la Consulta del C.169 y los fallos contradictorios de la Corte de Constitucionalidad, las empresas han llegado a suplantar la obligación del Estado realizando procesos asimilados de la Consulta Previa atendiendo a buenas prácticas y protocolos internacionales [...].

22 Expediente 306-2020 Corte de Constitucionalidad. 7 de julio de 2020. Considerando IV. Sobre la inviabilidad de la consulta formulada. Pagina 22.

cuando les ha llevado a tener una buena relación con las comunidades, no evita la posibilidad de pasar por procesos de judicialización de los proyectos de inversión, puesto que el Estado no estaría cumpliendo su función como encargado de la aplicación de la Consulta del C.169.

5. Hallazgos Principales

- Las Consultas Vecinales reguladas en la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural realizadas por las Municipalidades han sido erróneamente interpretadas como asimilables a la Consulta del C.169, entendiéndose en algunos casos con resultados vinculantes aun cuando las materias consultadas hayan excedido la competencia de los propios Municipios, como es el caso de proyectos de inversión en sectores como el hidroeléctrico y el minero.
- Guatemala cuenta con una Guía Operativa para la Implementación de la Consulta a Pueblos Indígenas, la cual establece las 8 etapas en las que se debe de implementar el proceso de Consulta, señalando que su objetivo es llegar a acuerdos u obtener el consentimiento, reservando la decisión final sobre la medida administrativa a la entidad encargada del proceso.
- En 2018 se presentó en el Congreso de Guatemala una Ley de Consulta a Pueblos Indígenas conforme el Convenio 169 de la OIT, que en principio daría cumplimiento a lo establecido en el Convenio 169.
- La derogación del Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad en enero de 2019 dejó un vacío legal que generó la inconformidad de algunos pueblos indígenas, en tanto que había sido la instancia encargada de llevar a cabo los procesos de Consulta.
- Se han emitido al menos 14 Sentencias por parte de la Corte de Constitucionalidad en las que se exhorta al Congreso que se legisle en materia de Consulta Previa; otorgando en mayo de 2017 un plazo de un año para emitir dicha legislación, lo cual no ha sido acatado por el Legislativo.
- Muchas de las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad en materia de Consulta han sido contradictorias excediendo lo señalado en el Convenio 169; ya sea poniendo condicionamientos imposibles de cumplir para los proyectos de inversión, cancelando proyectos que ya contaban con todas las autorizaciones, y otorgando diferentes funciones y atribuciones a los órganos de gobierno que estaría encargados de llevar los procesos; con lo que a decir del Sector Empleador se habría ocasionado la fuga de capitales, la cancelación de proyectos de inversión, y el inicio de arbitrajes de inversión.
- La Corte de Constitucionalidad se pronunció recientemente en contra de la emisión de un Reglamento de Consulta Previa por parte del Ejecutivo por considerar que la obligación de normar en materia de Consulta Previa es únicamente atribución del Congreso de la República a través de la emisión de una Ley de Consulta. Sin embargo, debido a que los proyectos de Ley han fracasado en repetidas veces por no haberse definido cómo habría de consultarse una Ley que norme el derecho a la Consulta, para el Sector Empleador es absolutamente necesario que se emita un Reglamento de Consulta Previa por parte del Ejecutivo que fije claramente los casos en los que aplicaría, los procedimientos y las autoridades responsables.
- Ante la falta de una regulación expresa de la Consulta del C.169 y los fallos contradictorios de la Corte de Constitucionalidad, las empresas han llegado a suplantar la obligación del Estado realizando procesos asimilados la Consulta Previa.
- Al no existir una normatividad adecuada sobre los alcances del derecho a la consulta, ésta se ha convertido en la práctica en un derecho de veto que el C.169 no otorga, generando un incentivo perverso para que no exista tal regulación por quienes se benefician de tal estado de cosas.

6. Recomendaciones

Al no contarse con la normatividad necesaria para llevar a cabo los procesos de Consulta conforme al C.169 las sentencias de la Corte de Constitucionalidad han sido contradictorias, lo cual ha generado una alta conflictividad social llevando a la cancelación de proyectos de inversión y el inicio de procesos de arbitraje de inversión en instancias internacionales, por lo que se recomienda fortalecer la gobernanza a través del diálogo incluyente con las agrupaciones de los pueblos indígenas interesadas en llegar a acuerdos respecto a la regulación e implementación de la Consulta de conformidad con lo establecido en el C.169.

De igual manera, y en virtud de que los intentos de contar con una legislación a nivel nacional en la materia no han sido exitosos, se recomienda que para evitar la parálisis en la que se encuentran los proyectos de inversión en Guatemala, el Ejecutivo emita normatividad a nivel operativo para implementar los procesos de Consulta Previa según el Convenio 169 garantizando el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados por parte del Estado y otorgando certeza jurídica al desarrollo de los proyectos de inversión.



[...] se recomienda fortalecer la gobernanza a través del diálogo incluyente con las agrupaciones de los pueblos indígenas interesadas en llegar a acuerdos respecto a la regulación e implementación de la Consulta de conformidad con lo establecido en el C.169.

Emitir desde el Ejecutivo la regulación necesaria a nivel operativo para la implementación de la Consulta Previa según el Convenio 169

- ▶ Generar las condiciones para que puedan darse procesos de diálogo entre el Gobierno, los Pueblos Indígenas y los Sectores Productivos para que se establezcan los principios e institucionalidad que observen las mejores prácticas internacionales y generar un Reglamento u otro Instrumento Normativo de obligatorio cumplimiento para regular la Consulta acorde con el Convenio 169, que de certeza a las inversiones que se realizarán en pueblos y comunidades indígenas y que desarrolle al menos los siguientes conceptos básicos:
 - a) Determinar un padrón de los pueblos indígenas guatemaltecos y sus legítimos representantes.
 - b) Definir el territorio y la población indígena del país.
 - c) Establecer los pasos, procesos y tiempos en los que debe de llevarse a cabo una Consulta.
 - d) Establecer los criterios de afectación directa cuando deberá de aplicar un proceso de consulta; diferenciando claramente entre lo que debe de ser consultado y lo que no.
 - e) Establecer los criterios para determinar la buena fe de quien consulta y de quien es consultado.
 - f) Fijar el carácter no vinculante de la consulta, y reservar el imperio del estado para la decisión sobre la realización del proyecto de inversión sujeto a consulta.
 - g) Crear la institucionalidad necesaria para el desarrollo de los procesos de Consulta, señalando las entidades gubernamentales que estarán a cargo, y adjudicándoles los recursos materiales y las capacidades necesarias para el buen desempeño de sus funciones.

Países de la serie

Brasil ▶ Chile ▶ Colombia ▶ Guatemala
Honduras ▶ México ▶ Paraguay ▶ Perú



Organización
Internacional
del Trabajo

ACT/EMP

La Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT (ACT/EMP) agradece a quienes colaboraron con la elaboración de esta Nota Técnica, en particular a los líderes de las organizaciones empresariales que nos dieron su tiempo para la creación colectiva del documento. De igual manera, se agradece a **María de las Nieves García-Manzano**, quien lideró el trabajo de investigación, y al equipo de ACT/EMP implicado en el proceso de producción integrado por Roberto Villamil y Andrés Yurén.