



*Comisión de Comunidades Indígenas  
Congreso de la República*



**Organización de los Estados Americanos**  
Subsecretaría de Asuntos Políticos  
Departamento de Modernización del Estado y Gobernabilidad  
Programa Valores Democráticos y Gerencia Política

# Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas



*Programa Valores Democráticos  
y Gerencia Política/OEA*

Con el auspicio de:



Real Embajada de Noruega



Agencia Sueca de Cooperación  
para el Desarrollo Internacional



*Comisión de Comunidades Indígenas al Congreso*

# **Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas**



*Programa Valores Democráticos  
y Gerencia Política/OEA*

Impreso en Guatemala, Julio de 2007  
Esta edición consta de 300 ejemplares  
Impreso en: M'ks Comunicación  
E-mail: [mcomunicación@inteln.net.gt](mailto:mcomunicación@inteln.net.gt)

**II)** *“Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas”*



### **Comisión de Comunidades Indígenas al Congreso**

Matías Ajvix Locon	Presidente
Víctor Montejo Esteban	Vice-Presidente
Alfredo de León Solano	Secretario
Pedro Churrunel Quisquiná	Miembro
Clemente Samines Chali	Miembro
Víctor Manuel Sales Ortíz	Miembro
Pedro Pascual Simón Vásquez	Miembro
Marcelino Nicolás Moscut	Miembro
Aroldo Wellman Christ	Miembro
Tomas Santiago Tol	Miembro
Raymundo González Gómez	Miembro



### **Programa Valores Democráticos y Gerencia Política/OEA**

---

**Consultora:**

**Ana Gabriela Contreras García**

IV) *“Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas”*

## Contenido

I	Presentación.....	1
II	Estudio de Antecedentes.....	2
III	Exposición de Motivos.....	43
IV	Contenido de la Iniciativa de Ley.....	48
V	La Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas.....	50



# I. PRESENTACIÓN

La presente iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas tiene por objetivo llenar un vacío en la legislación del país referente a los pueblos indígenas, y busca contribuir a resolver un impasse vigente en la sociedad, cual es la validez y el alcance de las consultas a la población indígena sobre decisiones y medidas adoptadas por el Estado que pudieran perjudicar sus intereses y su integridad étnica, cultural, económica y social.

La elaboración de la misma ha tenido como sujetos a dos actores, uno público como la Comisión de Comunidades Indígenas del Congreso y uno civil como las organizaciones e instituciones civiles indígenas interesadas en el avance de la legislación indígena. El proceso y la coordinación de estos actores contaron con la facilitación del Programa de Valores Democráticos y Gerencia Política de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con el auspicio de las embajadas de Suecia y de Noruega en Guatemala.

**La elaboración de la iniciativa de ley implicó diferentes etapas:** **a)** Inventario de los anteproyectos de ley elaborados y presentados a distintas Comisiones del Congreso. **b)** Priorización del anteproyecto de ley de Consulta en función de su importancia y urgencia para el país. **c)** Inventario de los anteproyectos de ley existentes en materia de Consulta y Participación de Pueblos Indígenas con el objeto de integrarlos en uno sólo. **d)** Análisis comparado de la legislación vigente en la materia tanto en Guatemala como en otros países de América Latina. **e)** Conocimiento de las propuestas de armonización legal que ya se habían realizado entre la legislación nacional y los preceptos del Convenio 169. En el marco de una colaboración técnica, un equipo de abogados indígenas proporcionó asistencia en la formulación de la ley, en puntos álgidos de la consulta a pueblos indígenas.

Mediante una consultoría específica se integraron las diferentes iniciativas de ley preexistentes y se elaboró la versión articulada de la misma. Un borrador fue distribuido para consulta y retroalimentación sobre el contenido. Los aportes quedaron registrados en un documento que sistematizó dichas observaciones, las que se refirieron a diferentes aspectos de la ley en cuestión.

La iniciativa de Ley consta del Estudio de Antecedentes, de la Exposición de Motivos y de la Iniciativa de Ley propiamente dicha. Esta última está conformada por VI títulos, Capítulos y contiene 32 artículos.

## II. ESTUDIO DE ANTECEDENTES

### A. El derecho a la consulta

La obligatoriedad para un Estado de realizar consultas a los pueblos indígenas sobre los asuntos que directa o indirectamente afecten sus formas de vida deriva principalmente de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, instrumento en el cual, la consulta y la participación constituyen los mecanismos fundamentales, a través de los cuales se ha previsto la garantía de cumplimiento de los demás derechos reconocidos por dicho Convenio. Así lo señaló la Comisión de Expertos de la OIT en su informe sobre Paraguay del año 2003 al señalar que “...el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”.

Sin embargo más allá de ser un mecanismo que viabiliza el ejercicio de otros derechos, la consulta es instituida por el Convenio 169 de la OIT como un derecho fundamental, de cuyo ejercicio depende la vigencia de otros derechos colectivos. Este criterio, además de estar contenido en el artículo 6 del instrumento referido, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana que estableció en la Sentencia SU-039/97, correspondiente a una Acción de Tutela planteada por el Pueblo Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc., lo siguiente:

*“(...)A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que **la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental**, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente*

2) “Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas”

*a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.”<sup>1</sup> (El resaltado no es del texto original).*

La conceptualización de la consulta como derecho fundamental, reviste efectos jurídicos trascendentales puesto que permite la identificación de los sujetos y sus roles, así como el análisis las relaciones jurídicas entre los mismos, desde una perspectiva de derechos humanos y lo que permite minimizar el riesgo de legislar o reglamentar de una manera simplista y desnaturalizadora, vaciando de contenido un derecho fundamental, en vez de desarrollar mecanismos amplios para su ejercicio. Así, por ejemplo, la identificación de los roles de los actores, entendiendo la consulta como un derecho fundamental, permitirá identificar las obligaciones indelegables del Estado y las facultades de los pueblos indígenas como sujetos activos de la relación jurídica.

La obligatoriedad para los Estados de realizar una consulta a pueblos indígenas y las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de esta obligación internacional, se encuentran ilustradas en la jurisprudencia internacional. Un ejemplo es la primera sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos relacionada con los derechos de los pueblos indígenas y fue emitida por la Corte Interamericana en el caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vrs Nicaragua en el año 2001. La controversia versó en torno a la falta de demarcación de las tierras y territorio de esta comunidad indígena. Al no existir en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, normas específicas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el caso fue dirimido en el marco del derecho de la propiedad, la protección judicial y el debido proceso. Aunque la Corte en este caso no recurrió a instrumentos sobre derechos de los pueblos indígenas para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoció que el contenido

---

<sup>1</sup> Sentencia SU-039/97, Corte Constitucional de Colombia

de estos derechos debe interpretarse a la luz de las características de los pueblos indígenas, invitando a una “interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (...)” <sup>2</sup>

En septiembre de 1995, la Comunidad Mayangna (Sumo) de Awas Tingni presentó un Recurso de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua para evitar que el gobierno de Nicaragua otorgara una concesión a la empresa maderera de capital coreano Sol del Caribe S.A. (SOLCARSA). La concesión por 30 años contemplaba la explotación de 62,000 hectáreas de bosque latifoliado en las tierras comunales de Awas Tingni. Y aunque la demanda de la Comunidad pedía amparo legal contra una clara e inminente amenaza en su contra, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, se pronunció hasta un año y medio después, desestimando el caso sin darle trámite, rechazando la demanda. La Comunidad Mayangna de Awas Tingni presentó una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en octubre de 1995. La Comisión Interamericana, ante la falta de acuerdo de las partes, presentó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en junio de 1998. La comunidad alegaba que el Estado de Nicaragua había aprobado la concesión maderera en tierras indígenas **sin consultar y sin la aprobación de las comunidades afectadas**, además que el Estado de Nicaragua había omitido su obligación de dar seguridad jurídica a las tierras de las comunidades indígenas mediante la demarcación. Aunque los puntos resolutivos de la sentencia de fecha 31 de agosto de 2001 no resolvió expresamente sobre el tema de la consulta, sino más bien sobre la demarcación de las tierras indígenas, la sentencia sí refiere expresamente a que “El Estado de Nicaragua, es responsable por (violar el) derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21º de la Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos), al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras (de) Awas Tingni, trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni.”

---

<sup>2</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano.* Págs. 898 y ss.

4) “Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas”

Tanto el derecho a la consulta como el derecho a la participación de los pueblos indígenas, están íntimamente vinculados al derecho de libre acceso a la información, pues tal como lo establece el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, las consultas debe ser informadas. En este sentido, es preciso rescatar que el acceso a la información requiere ciertos presupuestos como la oportunidad, la veracidad y la transmisión en términos inteligibles para el receptor de la misma, que garanticen que toda decisión resultado de una consulta, sea producto del conocimiento sobre la forma en que una decisión administrativa o legislativa puede afectar derechos de una comunidad o pueblo indígena.

#### **A. Marco jurídico nacional e internacional que rige las consultas en Guatemala y necesidad de elaboración de una ley de consultas**

Debido a que se han realizado esfuerzos preliminares tendientes a identificar y analizar en profundidad el marco jurídico nacional e internacional que rige las consultas a pueblos indígenas en Guatemala<sup>3</sup> y que estos documentos son del conocimiento de la Comisión de Pueblos Indígenas del Congreso de la República, se hará en este apartado, una brevísima relación de los instrumentos jurídicos nacionales aplicables a la temática que se analiza.

##### **• Constitución Política de la República de Guatemala:**

Tomando en cuenta que la interpretación constitucional debe realizarse de forma integral y armónica, como ha sido señalado por la Corte de Constitucionalidad, deben considerarse los siguientes artículos de la CPRG:

**Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional.** Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

---

<sup>3</sup> Para más información ver Estudio de Interés Legislativo sobre la armonización del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo elaborado para la Comisión de Asuntos Indígenas del Congreso de la República por Legis, abril 2006; y Foro de ONG's Internacionales –FONGI- Comisión de Pueblos Indígenas, Marco Jurídico Nacional e Internacional que sustenta las consultas comunitarias de pueblos indígenas, agosto 2006.

Por virtud de este artículo, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales independientes y las disposiciones contempladas en ese instrumento con relación a la consulta, adquieren la posibilidad de una aplicación preeminente a cualquier norma jurídica de derecho interno. Esta es la interpretación que con relación al Convenio 169 de la OIT y el artículo 46, formula el constitucionalista Rodolfo Rohmoser y que fue sostenida por la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 131-95.<sup>4</sup> Según este criterio, por ser un instrumento internacional referente a derechos humanos, la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales es preeminente a cualquier disposición de derecho interno que se le oponga. Esto implica que en caso de conflicto entre las disposiciones legales del Convenio y cualquier norma de carácter nacional, serán aplicables las normas de aquél, siempre y cuando no se disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos humanos que están reconocidos por la Constitución y los que no están expresamente reconocidos, pero que son inherentes a la persona humana, según lo establece el artículo 44 de la misma.<sup>5</sup>

A este respecto es importante recordar la opinión consultiva emitida por la Corte de Constitucionalidad con relación al Convenio 169 de la OIT que estableció que “El Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional”; y que “el citado Convenio sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre los asuntos propios de su comunidad.” La opinión consultiva referida en el párrafo anterior también hizo referencia a la constitucionalidad de la consulta a los pueblos indígenas contenida en

---

<sup>4</sup> Con relación a la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la CPRG, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en las sentencias 280-90, 131-95 y 872-00.

<sup>5</sup> Rohmoser V., Rodolfo. *La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco*. Corte de Constitucionalidad (2005).

el Convenio 169 de la OIT, estableciendo que: “El artículo 6 del Convenio establece que al aplicar las disposiciones del mismo, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, al prever medidas que les afecten, permitiendo la participación libre de los integrantes de dichos pueblos, a los efectos de alcanzar consensos mediante el diálogo, la negociación y la concertación, tal como se procede en casos similares con otros sectores de la sociedad. La Constitución prevé mecanismos de participación democrática a través de los cuales los ciudadanos pueden pronunciarse en cuestiones de elección de autoridades, respecto de decisiones de especial trascendencia y en aquellos casos en que se haga necesaria su participación en planes de desarrollo urbano y rural, por lo que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena no vulnera ningún precepto constitucional, sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala.”

**Artículo 66.- 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.

Resulta de particular importancia analizar el artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que está referido a los Bienes del Estado, de la siguiente forma:

**“Artículo 121.- Bienes del Estado.** Son bienes del Estado:

- a) Los de dominio público;
- b) Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;”

La disposición constitucional sobre los bienes del Estado, al igual que los de explotación de recursos naturales no renovables y régimen de aguas, revisten especial importancia en el tema de las consultas, puesto que muchas de ellas están relacionadas con la exploración y explotación de recursos naturales que de conformidad con la Constitución pertenecen al Estado. Este argumento fue esgrimido por la postulante de la inconstitucionalidad contra la consulta de Sipacapa, en la que efectivamente, la Corte de Constitucionalidad se refirió a la propiedad de dichos bienes por parte del Estado y a la administración exclusiva de los mismos a través del Ministerio correspondiente.

Al referirse a este aspecto, la Corte de Constitucionalidad omitió hacer referencia al artículo 15 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, según el cual, *en los casos en que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales.*

De la interpretación del artículo 15 del Convenio 169 se desprende que **la propiedad de los bienes que serán objeto de exploración o explotación no es relevante para efectos de realización de una consulta a pueblos indígenas, ni condiciona su contenido ni sus efectos.** Se trate de bienes propiedad del Estado o territorios indígenas, la consulta es obligatoria según el Convenio 169 de la OIT, puesto que lo que resulta relevante es **determinar si la actividad a realizarse con los bienes o recursos atenta contra la integridad, sobrevivencia física, material o espiritual o el desarrollo de los pueblos indígenas, en términos del Convenio 169, es determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida.** En este sentido, la protección de los pueblos indígenas es un bien jurídico cuyo valor como objeto de protección y tutela es superior a la protección que pueda atribuírseles a los bienes en sí mismos y su explotación. La determinación del daño o bienestar que determinada decisión administrativa

8) “Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas”

o legislativa pueda causar a los pueblos indígenas, da lugar, según el artículo 15, numeral 2, a la participación en los beneficios de la explotación o a percibir una indemnización equitativa según el daño sufrido (artículo 15 numeral 2, Convenio 169 de la OIT).

Asimismo, la competencia de las municipalidades en la realización de las consultas comunitarias, tampoco debe ligarse directamente a la propiedad de los recursos con relación a los cuales se prevé una explotación o exploración, sino al hecho que las municipalidades, son según la definición legal, los *espacios inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos* y como tales, los espacios idóneos para determinar si dichos pueblos serían perjudicados y en qué medida.

En este sentido, se considera que no existe exceso en el ejercicio de las atribuciones de los municipios al realizar la consulta sobre la exploración y explotación minera, puesto que aún sin ser propietarios de los recursos, tienen derecho a la determinación de los daños que estas actividades les causan a las comunidades y pueblos indígenas que habitan en dichos municipios, y tienen derecho a participar en los beneficios de la explotación y en caso de daño, a percibir una indemnización equitativa (artículo 15 numeral 2 Convenio 169 de la OIT).

**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.

**Artículo 127.- Régimen de aguas.** Todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Su aprovechamiento, uso y goce, se otorgan en la forma establecida por la ley, de acuerdo con el interés social. Una ley específica regulará esta materia.

**Artículo 128.- Aprovechamiento de aguas, lagos y ríos.** El aprovechamiento de las aguas de los lagos y de los ríos, para fines agrícolas,

agropecuarios, turísticos o de cualquier otra naturaleza, que contribuya al desarrollo de la economía nacional está al servicio de la comunidad y no de persona particular alguna, pero los usuarios están obligados a reforestar las riberas y los cauces correspondientes, así como a facilitar las vías de acceso.

La referencia constitucional a la autonomía municipal, también resulta relevante para el tema de las consultas, puesto que es con base en dicha disposición y las normas del Código Municipal que se han realizado las consultas en Guatemala. Asimismo, las municipalidades son generalmente la forma de institucionalidad que permanece más cercana a la ciudadanía y por tanto a las distintas expresiones organizativas de los pueblos indígenas a través de las cuales, es posible realizar las consultas. El artículo constitucional sobre este aspecto establece:

**Artículo 253.- Autonomía Municipal.** *Los municipios de la República de Guatemala, son instituciones autónomas. Entre otras funciones les corresponde:*

- a) Elegir a sus propias autoridades;*
  - b) Obtener y disponer de sus recursos; y*
  - c) Atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios.*
- Para los efectos correspondientes emitirán las ordenanzas y reglamentos respectivos.*

La Corte de Constitucionalidad en la sentencia de apelación de amparo emitida en el caso de Sipacapa, ha interpretado esta disposición en el sentido de afirmar que “...es cierto que la Constitución (artículo 253) concede autonomía a los municipios de la República, es decir, que les reconoce capacidad para elegir a sus autoridades y de ordenar, atendiendo el principio de descentralización que recoge en su artículo 224, parte importante de lo que son asuntos públicos, pero eso, en manera alguna, significa que tengan carácter de entes independientes al margen de la organización y control estatal. De consiguiente, las municipalidades no están excluidas del acatamiento

*y cumplimiento de las leyes generales, como lo expresa el artículo 154 constitucional...<sup>6</sup>*

Con relación a este punto, es necesario aclarar que la sentencia antes citada, excluye la interpretación de las normas a la luz del Convenio 169 de la OIT, la que permitiría añadir al análisis realizado por dicho órgano, que si bien los municipios no son entes independientes al margen de la organización y control estatal, en el caso de la realización de consultas de buena fe, constituyen la institucionalidad que facilita el ejercicio del derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta y más que excederse en sus funciones, *facilitan los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población en la adopción de decisiones sobre políticas y programas que les conciernan (artículo 6 del Convenio 169) y a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales (artículo 15 del Convenio 169).*

#### **•Código Municipal**

El Código Municipal es el cuerpo legal de naturaleza ordinaria que actualmente regula las consultas comunitarias y las consultas a pueblos indígenas. En su artículo 2, esta ley establece la naturaleza del municipio como espacio inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos, caracterizado primordialmente por sus relaciones permanentes de *vecindad, multiétnicidad, pluriculturalidad, y multilingüismo, organizado para realizar el bien común de todos los habitantes de su distrito.*

Según el artículo 3 del Código Municipal, los municipios en ejercicio de su autonomía, entre otras acciones, administran sus intereses y para el cumplimiento de sus fines, *coordinará sus políticas con las políticas generales del Estado y en su caso, con la política especial del ramo al que corresponda.*

El Código Municipal reconoce a las comunidades de los pueblos indígenas como formas de cohesión social natural y les faculta a inscribirse en el registro

---

<sup>6</sup>Gaceta No. 48, expediente No. 183-97, página No. 25, sentencia: 20-05-98.

civil de la municipalidad a la que pertenezcan para el reconocimiento de su personalidad jurídica, con respeto de su organización 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. Esta disposición tiene un efecto importante en materia de consultas, porque permite la existencia de un registro municipal de comunidades indígenas en que se puedan registrar las expresiones organizativas y de autoridad de las comunidades, es decir, las *instituciones representativas* a que se refiere el Convenio 169 de la OIT.

El Código Municipal establece varias modalidades para realizar las consultas:

- a) La consulta a los vecinos, que según el artículo 63 se realiza cuando es aprobada por 2/3 partes del Consejo Municipal, es decir que la iniciativa va de la autoridad hacia los vecinos;
- b) La consulta a solicitud de los vecinos, contemplada en el artículo 64 y que requiere la solicitud del 10% de los vecinos empadronados. Esta se considerará vinculante si al menos 20% de los vecinos vota favorablemente. Estas dos opciones son viables cuando la consulta está referida a asuntos de carácter general que afecten a todos los vecinos del municipio.
- c) La consulta a comunidades o autoridades indígenas de los municipios, está establecida en el artículo 65 y es aplicable cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular derechos e intereses de las comunidades indígenas o de sus autoridades. Se lleva a cabo a solicitud de las comunidades o autoridades propias, aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

En los casos de consulta a solicitud de los vecinos y consulta a comunidades o autoridades indígenas, los resultados son vinculantes si participa en la consulta al menos el 50% de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado. En estos casos, según el Código Municipal puede utilizarse una *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; o bien se puede aplicar criterios del sistema jurídico propio de las comunidades.*

La Corte de Constitucionalidad, con relación a las normas antes citadas, ha señalado la necesidad de reforzarlas con los siguientes argumentos: *“Tanto el artículo antes transcrito como los subsiguientes del capítulo I, título IV, del código citado, hacen referencia a las convocatorias y desarrollo de consultas populares municipales; no obstante, dichos preceptos son sumamente amplios y poco precisos, al no identificar las autoridades responsables de llevar a cabo los procesos de consultas y legislación aplicable en éstos. Las imprecisiones de dicho cuerpo normativo también quedan manifiestas, al regular en el artículo 64: “...Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el veinte por ciento (20%) de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.” Y en el 66: “...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 al asunto consultado.”. De esa cuenta, se advierte que no existe claridad con relación a cuando se produciría un resultado vinculante y con respecto a quién tendrá carácter obligatorio.”*

**•Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto 11-2002**

Esta ley resulta relevante para el tema de las consultas, puesto que según el artículo 1, *“El Sistema de Consejos de Desarrollo es el medio principal de participación de la población, Maya, Xinca y Garífuna y la 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 en la nación guatemalteca”.*

Este cuerpo legal incluye la consulta a pueblos indígenas de una forma “supletoria” y reconoce la necesidad de emisión de una ley, al establecer en el artículo 26, 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 afecte directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los Consejos de Desarrollo”. Cabe hacer notar que esta disposición es aplicable a las decisiones administrativas emitidas por los Ministerios que forman parte del Organismo Ejecutivo.*

#### • **Ley Electoral y de Partidos Políticos**

Mucho se ha argumentado en función de la aplicabilidad que sobre el tema de las consultas a pueblos indígenas, tiene la Ley Electoral de Partidos Políticos y por tanto, el rol del Tribunal Supremo Electoral en éstas. En el estado actual de la legislación guatemalteca, esta ley no es aplicable al tema de las consultas a pueblos indígenas que resultan de la obligación contraída por el Estado de Guatemala en el Convenio 169 de la OIT, puesto que las consultas tienen una naturaleza diferente al procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 173 de la Constitución.

En este sentido, la Corte de Constitucionalidad, en su sentencia de fecha 8 de mayo sobre el caso , determinó que en el estado actual de la legislación **no son aplicables al procedimiento de consulta, las disposiciones de la Ley Electoral de Partidos Políticos ni es competente el Tribunal Supremo Electoral**. El Tribunal Supremo Electoral tiene la función de convocatoria y desarrollo de los procedimientos consultivos en los casos establecidos en el artículo 199 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos que incluyen: “(...) Elecciones generales que comprende: La elección de Presidente y Vicepresidente de la República, así como de los diputados al Congreso de la República y Corporaciones Municipales. B) Elección de diputados a la Asamblea Nacional Constituyente. C) Elección de diputados al Parlamento Centroamericano. D) Consulta Popular.”

Según la CC, aunque no se define qué tipo de consultas populares atenderá el TSE, en razón de que se trata de una ley que desarrolla preceptiva constitucional, debe entenderse que se refiere a las consultas reguladas en la Constitución Política de la República de Guatemala que son: a) las que

según el artículo 173 de la constitución se refieren a decisiones políticas de especial trascendencia nacional –no solamente municipal dice la CC- y que se convocan a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso y se consultan a *todos los ciudadanos*, según establece el artículo 173; b) Las ratificaciones de reformas constitucionales a que se refiere el artículo 280 de la Constitución; c) el procedimiento de consulta popular establecido en el artículo transitorio número 19 relacionado con los diferendos de Belice.

Tanto las consultas a pueblos indígenas realizadas en Guatemala durante los últimos años, como los efectos jurídicos atribuidos –o más bien no atribuidos- a las mismas, han puesto de manifiesto la necesidad de regular adecuadamente la materia. Sin embargo, la ausencia de una ley o reglamento o la regulación insuficiente sobre la materia, no excusa al Estado por el incumplimiento de la obligación internacional contraída en el Convenio 169 de consultar a los pueblos indígenas. En este sentido, en términos del Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Observación, CEACR 2006/77<sup>a</sup> reunión, mientras se aprueba una ley que regula adecuadamente la materia, el Gobierno de Guatemala deberá “(...) *continuar desplegando esfuerzos para desarrollar consultas con los pueblos interesados teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 6 del Convenio, para determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida, tal como lo determina el artículo 15, párrafo 2, del Convenio(..)*”

Con relación a la existencia de una regulación adecuada en el tema de las consultas la CEACR también señaló que “9. *Por otro lado, habiendo ya tomado nota de que se prevé a corto plazo la elaboración de una «Propuesta de Ley de Consulta a Pueblos Indígenas» y de una reforma a la Ley de Minería para incluir la consulta, la Comisión alienta al Gobierno a continuar progresando en dicha dirección a fin de contar con instrumentos adecuados que permitirán la consulta y participación, reducirán los conflictos en torno al tema de los recursos naturales y sentarán las bases para generar proyectos de desarrollo inclusivos y solicita al Gobierno que la mantenga informada sobre los progresos alcanzados o previstos respecto de estas importantes cuestiones.*”

Aunque en términos más amplios, el Informe elaborado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas en el año 2003 al referirse a Guatemala, también se refiere a la necesidad de regular las consultas cuando en sus recomendaciones y refiriéndose a la problemática que enfrentan los pueblos indígenas señala que “82. *En resumen, estos diversos aspectos podrían ser legislados en forma cabal y comprehensiva en una ley sobre derechos de los pueblos indígenas, **que incluiría los mecanismos de consulta**, tal como lo manda la Constitución en su artículo 70* (El resaltado no es del texto original).”

La misma Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha reconocido que la legislación actualmente vigente es insuficiente al referirse a lo siguiente:

*“Al advertir que la normativa que regula lo relativo a las consultas populares referidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, es bastante amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta, esta Corte estima conveniente hacer uso de la modalidad de fallos que en la Doctrina del Derecho Procesal Constitucional se conocen como “exhortativos” y que ha sido objeto de profundo estudio por el tratadista argentino Néstor Pedro Sagués. En tal sentido se 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, referido en los artículos 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo 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.”*

**B. Anteproyectos e iniciativas de ley relacionados con la consulta y participación de los pueblos indígenas.**

La recopilación de información realizada permitió identificar los anteproyectos e iniciativas de ley contenidas en la tabla posterior, que guardan relación con las consultas a pueblos indígenas. Los textos completos de los anteproyectos o iniciativas pueden consultarse en los anexos.

<b>Iniciativa de ley/Anteproyecto</b>	<b>Organización que elaboró o presentó</b>	<b>Estado</b>	<b>Objeto</b>	<b>Contenidos generales</b>
Iniciativa 3550, Ley de Participación Ciudadana	Diputado Reynabel Estrada Roca	Pendiente de dictamen en las Comisiones de Asuntos Municipales y Gobernación	La iniciativa de ley tiene por objeto reconocer, promover y establecer los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos y la gestión estatal, desarrollo de la democracia participativa y el acceso a la información, estableciendo las formas y mecanismos de gestión ciudadana en políticas públicas y su relación con los órganos del Estado.	Desarrolla tres mecanismos de participación ciudadana: a) Iniciativa en políticas públicas; b) Anteproyectos e iniciativas de ley; y c) iniciativas de ley; y c) auditoría social. La sección tercera del capítulo IV, Título II desarrolla las consultas ciudadanas, estableciendo distintos tipos: a) consulta vinculante, b) audiencias públicas y c) consultas vinculantes. Se le otorga carácter vinculante a la consulta popular establecida en la Constitución, a las consultas a vecinos

<p>Iniciativa 3169, Reformas a la Ley de Minería</p>	<p>Diputado Ottoniel Fernández</p>	<p>Diciamen negativo emitido el 12 de enero de 2006 por la Comisión de Energía y Minas del Congreso de la República</p>		<p>Municipal y a las consultas a pueblos indígenas, cuya realización y certificación de autoridades competentes y del resultado le corresponde a FODIGUA.</p> <p>Modificar el Decreto 48-97 adicionando audiencias sectoriales para grupos de las comunidades con el objeto de incorporar debilidades y fortalezas en el estudio de mitigación. Regula la consulta al Consejo Nacional de Áreas Protegidas y al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales cuando se presente un Estudio de Impacto Ambiental comprendido en los límites de un área protegida. Se establece la obligatoriedad de indemnización y de restitución o saneamiento de los recursos naturales afectados directa o indirectamente. Se establecen</p>
--	------------------------------------	---	--	--

<p>Iniciativa de ley 3413, Ley reguladora del procedimiento Consultivo o consulta popular estipulada en la Constitución Política de Guatemala.</p>	<p>Mario Taracena Díaz-Sol, Héctor Loaliza Gramajo y Compañeros.</p>	<p>Pendiente de dictamen en la Comisión Específica de Asuntos Electorales.</p>	<p>Establecer las normas y procedimientos para institucionalizar y fortalecer el ejercicio y práctica de participación y mecanismos de consulta al pueblos de Guatemala, sea en casos de especial trascendencia o en los demás mandatos que establece la Constitución Política de la República, orientada al planteamiento, discusión, definición, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas del Estado de Guatemala y sus Organismos, pero en especial cuando</p>	<p>multas y se amplían las regalias a favor del Estado a un 25%.</p> <p>Establece como órgano responsable de las consultas a nivel nacional, regional, departamental o municipal al TSE, atribuyéndole la función de revisar las preguntas y elaborar la boleta que se utilizará en la consulta, la cual debe ponerse a prueba previo a la consulta, con un segmento de la población potencialmente consultada. La votación se realiza entre la población mayor de edad empadronada, mediante una encuesta a la población afectada por la medida o política que se consulta. El TSE recuenta y hace públicos los votos. Se establecen mecanismos de impugnación de las decisiones, las cuales causarán definitividad y estado, una vez agotados</p>
--	--	--	---	---

<p>los medios de impugnación. En caso de resultado positivo, puede implementarse o ejecutarse la política pública sobre la cual se consultó y en caso de resultado negativo, debe desecharse y no puede volver a plantearse sino hasta cinco años después de consultada. La consulta tendrá validez si tiene la participación de 45% de la población afectada por la medida y será vinculante si concurre el 51% de la población afectada. La iniciativa establece que las organizaciones comunitarias y autoridades locales pueden constituirse en observadores/as del proceso, asesores o fiscalizadores sociales.</p>				
--	--	--	--	--

<p>Anteproyecto de Ley del Consejo Nacional de Lugares Sagrados. Abril 2007.</p>	<p>Comisión Paritaria de Lugares Sagrados</p>	<p>Anteproyecto presentado a organizaciones para su discusión en abril 2007</p>	<p>Crear el "Consejo Nacional de Lugares Sagrados", entidad estatal descentralizada, cuyo objeto es garantizar la práctica de la espiritualidad de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca mediante el ejercicio de la administración de los Lugares Sagrados y la Definición de los sitios, objetos y elementos sagrados de la espiritualidad.</p>	<p>Desarrolla una serie de elementos y definiciones relacionados con el ejercicio de la espiritualidad de los pueblos tales como el derecho a la práctica de la espiritualidad y la administración de lugares sagrados. Desarrolla la estructura orgánica y atribuciones del Consejo Nacional de Lugares Sagrados estableciendo dentro del mismo, un órgano denominado Consejo Regional de Consultoría y Asesoría, integrado por 52, guías espirituales. Este órgano podrá emitir dictámenes u opiniones a solicitud del Consejo de Ajq'ijab', en el entendido que sus resoluciones no son vinculantes. Este anteproyecto no hace referencia explícita a temas relacionados con el derecho a la consulta a los pueblos indígenas en materia de espiritualidad.</p>
--	---	---	--	--

<p>Anteproyecto de Ley sobre la consulta a los Pueblos Indígenas a la luz del Convenio Internacional 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Versión de fecha 19 de enero del 2006.</p>	<p>Consejo de Organizaciones Mayas, COMG. Sequén, Emilio.</p>	<p>Sin presentar al Congreso de la República</p>	<p>“Establecer y definir las instituciones propias de los pueblos y comunidades indígenas, así como institucionalizar los procedimientos adecuados a través de los cuales el Estado se obliga a llevar a cabo la consulta, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, dentro del marco de los valores y principios de la cosmovisión indígena.”</p>	<p>Desarrolla definiciones de términos relacionados con la consulta, la participación y las instituciones de los pueblos indígenas; establece principios para el desarrollo de procedimientos apropiados sobre la consulta e institucionaliza el Instituto Nacional de Consulta a pueblos indígenas como ente estatal descentralizado, encargado de coordinar, controlar, administrar y servir en las consultas a pueblos indígenas. Desarrolla su naturaleza, estructura orgánica, funciones y otros aspectos como patrimonio y recursos.</p>
---	---	--	---	--

## **C. Experiencias comparadas de regulación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas.**

### ***Tendencias generales en la legislación y la jurisprudencia constitucional latinoamericana.***

En términos generales, en América Latina se observa una tendencia acentuada hacia la regulación y reglamentación sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, que presenta un énfasis en la consulta relacionada a la exploración y explotación de recursos naturales, temas de tierra y medio ambiente. La legislación comparada hace poca referencia expresa a las consultas en materias distintas a la referida (no se habla por ejemplo de las consultas previas a la adopción de políticas sociales o de aprobación de legislación que afecte a pueblos indígenas), pero aún así, las disposiciones vigentes resultan aplicables a tales casos. En la mayoría de los países analizados, la consulta fue un tema regulado dentro de una ley más amplia y general que regula otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, mientras que en pocos casos el tema se reguló en leyes de minería, hidrocarburos. Solamente en el caso de Colombia se ubicó la creación de un reglamento específico aplicable a la temática de las consultas.

Cabe señalar que algunas de las legislaciones abajo analizadas han sido atacadas de inconstitucionalidad (Bolivia, Colombia), particularmente por los fines y efectos que persigue la consulta, por lo que en la regulación es necesario tener particular apego a los instrumentos internacionales y legislación existente. Así, en Bolivia, por citar un ejemplo, establece la constitucionalidad de las normas que se refieren a la obligatoriedad del Estado de realizar la consulta, pero declara la inconstitucionalidad de la frase que dispone que es objeto de la consulta *“lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”*, así como de la frase *“En caso de tener la consulta, reconocida en el artículo 115, un resultado negativo”*, del art. 116 de la Ley de Hidrocarburos.

La jurisprudencia constitucional analizada (Guatemala, Bolivia, Colombia, Nicaragua y Panamá) también presenta ciertos elementos comunes. Es

coincidente tanto en los planteamientos de inconstitucionalidad como en los casos de amparo planteados por las compañías transnacionales contra casos concretos de consultas a pueblos indígenas, el reconocimiento el incuestionable derecho a la consulta de los pueblos indígenas, pero sin otorgarle un carácter vinculante a sus resultados. Así, en Guatemala, Bolivia y Colombia, los tribunales constitucionales se ha referido al carácter *indicativo del resultado de las consultas, y a limitación de los derechos de los pueblos indígenas a disponer de la propiedad de los bienes del Estado o de impedir la realización de proyectos que se pueden significar beneficio a nivel nacional.*

A continuación se presenta brevemente la forma en que se regula el derecho a la consulta en la legislación latinoamericana.

### **Costa Rica**

Las consultas están reguladas en la Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas que establece el marco jurídico que regula las relaciones entre el Estado y las ocho culturas autóctonas existentes. El artículo 2 de esta ley, define como autonomía, el derecho de los pueblos indígenas de administrar sus territorios, ejercer pleno derecho de propiedad sobre ellos, elaborar su propio plan de desarrollo y tomar las decisiones que estimen convenientes para alcanzarlo.

La entidad representativa de cada comunidad indígena se denomina Consejo Directivo del Territorio, está integrada por siete personas electas por un período de tres años por la Asamblea de la Comunidad Indígena del Territorio, conformada por todas las personas indígenas mayores de 15 años que habitan permanentemente en un mismo territorio, identificadas y reconocidas como tal por la comunidad indígena a la que pertenecen según los procedimientos establecidos en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo e incluidas en el padrón electoral del Comité Electoral y que registrará en el Tribunal Supremo de Elecciones. En la Asamblea del Territorio el sufragio será universal, secreto, libre y directo.

Cada persona indígena deberá solicitarle al Comité Electoral del territorio indígena la acreditación como miembro de la comunidad o territorio y la

inclusión en el padrón electoral. Para la acreditación deberá aportar el testimonio de tres personas indígenas de la comunidad de reconocida solvencia moral y tradición y la cédula de identidad o cédula de identidad de menor de edad, según sea el caso. (artículos 40 en adelante)

La Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas de Costa Rica establece en términos generales que la modalidad de realización de la consulta es a través de los Consejos Directivos de los Territorios, quienes están en obligación de realizar la consulta interna a los habitantes de los mismos. La garantía de participación y el derecho a la información, así como el procedimiento a utilizar, son responsabilidad de los Consejos Directivos a quienes las personas interesadas deberán presentar los estudios requeridos por la legislación pertinente. En el caso de que la complejidad del asunto lo requiera, la entidad estatal que ha solicitado la consulta, debe proporcionar al Consejo los recursos económicos para que puedan contratar, directamente, a técnicos y asesores, con el fin de emitir una opinión independiente y fundamentada acerca del asunto que se les plantea.

El Ministerio del Ambiente y Energía de Costa Rica solamente recibirá solicitudes de concesión de explotación o exploración de los recursos no renovables en territorios indígenas, si el solicitante obtiene en la consulta, el consentimiento del pueblo indígena. (Artículo 31) Antes de emprender cualquier programa de prospección o explotación de recursos del subsuelo en territorios indígenas, o autorizarlo, el Poder Ejecutivo deberá consultar al Consejo Directivo de cada territorio, a fin de determinar las medidas necesarias para garantizar los intereses de los pueblos indígenas. Los permisos y las concesiones para la prospección o explotación de dichos recursos deberán especificar claramente tales medidas y requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa. (Artículo 32).

## **México**

En México el derecho a la consulta está regulado en la Ley de la Comisión Nacional para el desarrollo de los pueblos indígenas de fecha 21 de mayo de 2003. Según el artículo 1 de esta ley, La Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, es un organismo descentralizado de

la Administración Pública Federal, no sectorizado, con personalidad jurídica, con patrimonio propio, con autonomía, creado con el objeto orientar, coordinar, promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar los programas, proyectos, estrategias y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para lo que tendrá las siguientes funciones: **IX.** Diseñar y operar, en el marco del Consejo Consultivo de la Comisión, un sistema de consulta y participación indígenas, estableciendo los procedimientos técnicos y metodológicos para promover la participación de las autoridades, representantes y comunidades de los pueblos indígenas en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo (...)” Según el artículo 3 de esta ley, esta Comisión es el ente encargado de “**VI.** Consultar a pueblos y comunidades indígenas cada vez que el Ejecutivo Federal promueva reformas jurídicas y actos administrativos, programas de desarrollo o proyectos que impacten significativamente sus condiciones de vida y su entorno.”

## Venezuela

El derecho a la consulta está regulado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas emitida por la Asamblea Legislativa de la República Bolivariana de Venezuela en diciembre de 2005. Esta ley presenta un magnífico desarrollo de definiciones relacionadas con la aplicación de la ley, desarrolla de forma detallada los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y establece mecanismos de relación entre éstos, los órganos del poder público y otros sectores nacionales. Disposiciones relevantes para el ejercicio de los derechos colectivos en esta ley son el reconocimiento de la personalidad jurídica a los pueblos y comunidades indígenas.

Este cuerpo legal en su título primero relativo a las “Disposiciones Fundamentales”, destina el Capítulo II a la “Consulta previa e informada”, estableciendo en su artículo 11 que *“Toda actividad susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos y comunidades indígenas, deberá ser consultada con los pueblos y comunidades indígenas involucrados. La consulta será de buena fe, tomando en cuenta los idiomas y la espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y los sistemas de comunicación*

*e información de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas involucrados, conforme al procedimiento establecido en esta Ley. Toda actividad de aprovechamiento de recursos naturales y cualquier tipo de proyectos de desarrollo a ejecutarse en hábitat y tierras indígenas, estará sujeta al procedimiento de información y consulta previa, conforme a la presente Ley.”*

La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas prohíbe taxativamente la ejecución de actividades en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas que afecten grave o irreparablemente la integridad cultural, social, económica, ambiental o de cualquier otra índole de dichos pueblos o comunidades.

El procedimiento para la consulta según la ley venezolana inicia con la presentación del proyecto o actividad a desarrollarse o ejecutarse a los pueblos y comunidades indígenas, con por lo menos 90 días de anticipación a su inicio, para que reunidos en asamblea decidan en qué medida sus intereses pueden ser perjudicados y los mecanismos necesarios que deben adoptarse para garantizar su protección. La ley indica que la decisión se tomará conforme a sus usos y costumbres. Este procedimiento es aplicable cada vez que un proyecto o actividad desee prorrogarse o ampliarse.

La presentación de los proyectos o actividades incluye la realización de reuniones previas a la consulta con los proponentes del proyecto, la difusión de la información necesaria sobre la naturaleza, objetivos y alcance de los mismos, los beneficios y posibles daños de cualquier índole, así como las condiciones de reparación a efecto de que puedan ser evaluados y analizados previamente por el pueblo o la comunidad respectiva. Para el análisis, los pueblos y comunidades indígenas involucrados contarán con el apoyo técnico del ente ejecutor de la política indígena del país y demás instituciones del Estado al igual que de las organizaciones indígenas nacionales, regionales o locales. En las reuniones anteriores a la asamblea en que se toma la decisión, los pueblos y comunidades presentan al proponente del proyecto dudas o aclaraciones sobre el contenido y alcance de las actividades y presentan modificaciones y observaciones y pueden ser asistidos técnica y jurídicamente.

Según el artículo 16 de la ley venezolana, cuando el proyecto deba ser aprobado por dos o más comunidades indígenas, éstas podrán tomar la decisión conjunta o separadamente, no pudiéndose en ningún caso obligar a los pueblos o comunidades indígenas a implementar mecanismos de toma de decisiones distintas a los propios. La comunidad indígena involucrada puede solicitar apoyo logístico para la realización de las asambleas a los representantes del ente rector de la política indígena del país, así como de las organizaciones indígenas locales, regionales o nacionales.

La regulación venezolana no establece funciones específicas a cargo del Estado, trasladando algunas responsabilidades a “*los proponentes del proyecto*”, que podrían entenderse como entes privados pero también públicos y remitiéndose a la función estatal sólo en el caso de que los pueblos lo requieran.

El artículo 17 de la ley establece que como resultado de la consulta se establecerán de mutuo acuerdo entre los pueblos y comunidades indígenas las condiciones de ejecución del proyecto presentado. En el caso de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, el contrato de concesión deberá incluir las condiciones establecidas como producto de la consulta y participación (art. 59).

En caso de incumplimiento de estas condiciones o de ocurrir cambios no previstos en el diseño del proyecto original consultado, la ley faculta a las comunidades y pueblos indígenas a ejercer las acciones legales a que haya lugar ante los tribunales competentes, incluyendo la solicitud de nulidad de concesiones o autorizaciones otorgadas por el Estado. Este mismo artículo establece que en el caso de que los pueblos y comunidades indígenas involucrados expresen su oposición al proyecto referido, los proponentes podrán presentar las alternativas que consideren necesarias, continuando así el proceso de discusión para lograr acuerdos justos que satisfagan a las partes. La ley venezolana prohíbe expresamente la ejecución de cualquier tipo de proyecto en el hábitat y tierras indígenas por personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que no hayan sido previamente aprobados por los pueblos o comunidades indígenas involucrados y faculta a éstas a promover de inmediato la acción constitucional de amparo.

El artículo 54 de la Ley Orgánica de Comunidades y Pueblos Indígenas establece que si bien los recursos naturales son propiedad de la Nación, su aprovechamiento por parte del Estado requiere como condición necesaria para su aprovechamiento, la consulta previa. El artículo 55 prevé la participación y consulta de los pueblos indígenas en la fase de elaboración y evaluación del impacto ambiental y sociocultural.

El artículo 95 de la ley analizada contempla la obligación del Estado de garantizar el uso de los idiomas indígenas en los procedimientos de información y consulta a los pueblos indígenas, incluida la traducción y reproducción de textos y otros documentos.

El ente ejecutor de la política indígena en Venezuela, creado por la Ley Orgánica de Comunidades y Pueblos Indígenas es el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas –INPI-, que tiene entre sus funciones principales, algunas que viabilizan el procedimiento de las consultas de la siguiente forma:

- “Promover el ejercicio del derecho de consulta y participación de los pueblos y comunidades indígenas y sus organizaciones, en los asuntos locales, municipales, estatales y nacionales que puedan afectarles directa o indirectamente.” (Artículo 146, numeral 8),
- Velar por el cumplimiento del procedimiento de información y consulta previo establecido en la presente Ley.
- Otorgar los permisos a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que tengan interés en ingresar al hábitat y tierras indígenas, a fin de consultar a estos pueblos y comunidades sobre el desarrollo de actividades o proyectos de cualquier naturaleza a realizarse en los mismos, de conformidad con el procedimiento previsto en la presente Ley. Estos permisos estarán sujetos a conformación por parte de los pueblos y comunidades indígenas y sus organizaciones.

Esta ley, al entrar en vigencia, otorgó un plazo de dos años para que toda persona o entidad de carácter público o privado que realizara cualquier clase de actividad, obra, proyecto de investigación o ejecute actividades de aprovechamiento de recursos naturales propiedad de la Nación en hábitat

y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, adecuara su actividad a las disposiciones de la Ley, incluyendo el procedimiento de información y consulta.

### **Bolivia**

En Bolivia, la Ley número **332/2004-2005**, Ley de hidrocarburos, en su título VII, regula los derechos de los pueblos campesinos, indígenas y originarios. El primer capítulo del título referido se dedica expresamente a los derechos a la consulta y participación de los pueblos campesinos, indígenas y originarios, estableciendo en su artículo 109 que *“las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios, independientemente de su tipo de organización deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera prevista en la presente Ley”*.

En el caso boliviano, se establece la obligación de realizar la consulta por parte de las autoridades competentes del Gobierno boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. Esta ley establece el carácter vinculante de la consulta y refiere que la misma deberá realizarse en dos momentos:

- a) Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello, y;
- b) Previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental.

En el caso boliviano, las autoridades responsables para ejecutar el proceso de consulta son en forma conjunta el Ministerio de Energía e Hidrocarburos, el Ministerio de Desarrollo Sostenible, Ministerio de Asuntos Campesinos y Agropecuarios, Ministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios considerados autoridades competentes. Es responsabilidad de estas autoridades según el artículo 111, registrar las resoluciones y consensos de

la consulta en los dos momentos en que es procedente. En caso de resultado negativo, es responsabilidad estatal promover proceso de conciliación en el mejor interés nacional.

El financiamiento de los procesos de consulta son responsabilidad del Estado, con cargo al proyecto, obra o actividad hidrocarburífera de que se trate.

Según artículo 113 de la ley boliviana, los procesos de consulta se realizarán con las instancias representativas de las Comunidades Campesinas y los Pueblos Indígenas y Originarios, independientemente de su tipo de organización, respetando su territorialidad, sus usos y costumbres, siendo nula cualquier otro tipo de consulta .

El Tribunal Constitucional de Bolivia conoció del tema de la consulta previa por la inconstitucionalidad interpuesta contra estas normas que regulan la consulta en la Ley de Hidrocarburos. En sus considerandos, el Tribunal Constitucional estableció que el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia en 1991, forma parte del *bloque de constitucionalidad*, es decir del conjunto de normas que sin formar parte del texto de la Constitución, forman parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal, siendo por ello un parámetro para verificar la constitucionalidad o no de una ley<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> En Bolivia, la jurisdicción constitucional ha concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la SC 1420/2004-R, de 6 de septiembre, estableciendo lo siguiente: "(...) conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución (...)" Sentencia constitucional 0045/2006 del 2 de junio de 2006.  
En el caso de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, decidió en forma contraria al ejemplo de Bolivia con relación al bloque de constitucionalidad en la sentencia 12-03-97 que estableció que "Los tratados y convenios internacionales (...) no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad." Gaceta No. 43, expediente 131-95, página No. 47, sentencia del 12-03-97.

El tribunal constitucional boliviano determinó que la Ley de Hidrocarburos al establecer que dicha consulta tiene por efecto además de determinar la afectación a los intereses de los pueblos indígenas o campesinos, lograr su consentimiento, se margina de lo dispuesto por el bloque de constitucionalidad, pues según su interpretación, el referido art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT, no tiene ese objeto, máxime cuando, como ya fue expuesto, los hidrocarburos son de propiedad del Estado; por tanto, resuelve el Tribunal que *“ninguna persona, parcialidad o grupo de personas puede oponerse a la explotación de las riquezas hidrocarburíferas, lo que no implica que se prive de derechos a los grupos afectados por dicha explotación, pues producto de la consulta sobre la afectación que sufrirán deberán recibir una indemnización equitativa, que debe establecerse para cada caso, conforme dispone el art. 116 de la LH.”*

Así, la sentencia establece la constitucionalidad de las normas que se refieren a la obligatoriedad del Estado de realizar la consulta, pero declara la inconstitucionalidad de la frase que dispone que es objeto de la consulta *“lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”*, así como de la frase *“En caso de tener la consulta, reconocida en el artículo 115, un resultado negativo”*, del art. 116 de la Ley de Hidrocarburos, pues según el Tribunal Constitucional dicho resultado negativo no será posible y resulta también contrario al bloque de constitucionalidad.

#### **D. Ejes fundamentales a tomar en cuenta en la elaboración de la ley de consulta y participación a pueblos indígenas.**

La forma de desarrollar el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta, requiere un serio debate en torno a algunos ejes fundamentales, a los que posteriormente hay que darles forma jurídica para su aprobación. Como se observa de la reseña anterior, un mismo tema puede regularse de muchas formas distintas atendiendo a los contextos y circunstancias particulares de cada Estado. En este sentido, se consideró necesario enumerar los ejes fundamentales que se deben tomar en cuenta en la elaboración de una ley de consulta y participación a pueblos indígenas para posteriormente presentar una de las muchas alternativas sobre como

32) *“Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas”*

desarrollar en la legislación interna la consulta a pueblos indígenas.

#### **a) Naturaleza de la legislación sobre consultas**

Como se mencionó con anterioridad, un criterio fundamental al desarrollar la regulación sobre las consultas debe ser su conceptualización como derecho fundamental de los pueblos indígenas, descartando toda reducción a un mero trámite administrativo o burocrático o a la creación de un ente que sirva de enlace entre el Estado y la población indígena consultada. En tal sentido, la naturaleza de la legislación sobre consultas debe contribuir a facilitar *los procedimientos apropiados y establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente* en el proceso de toma de decisiones sobre políticas que les afecten directa o indirectamente.

En este sentido, la idea principal de una ley de consultas, no es darle forma jurídica ni intentar “vaciar” en un formato jurídico los mecanismos e instituciones de naturaleza consuetudinaria de las comunidades y pueblos indígenas ni intentar definirlos, sino darle por medio de la ley, validez jurídica a las decisiones emanadas de estas estructuras y obligar a las instituciones de tradición monista a incorporar en las políticas públicas, elementos de protección de la integridad de los pueblos indígenas. Esto incluye la necesidad de contemplar mecanismos de coerción de las obligaciones emanadas de la consulta, de seguimiento y garantía para las comunidades indígenas afectadas por determinada decisión administrativa o legislativa.

Así, una ley sobre consultas, en atención a las reglas básicas de la técnica legislativa, debe evitar centrarse en disposiciones no preceptivas, es decir definiciones que no impliquen mandato o regla. Esto implica evitar las definiciones doctrinarias y didácticas, utilizándolas solamente cuando las palabras tienen un alcance fuera de lo habitual. Asimismo, debe evitarse limitar la ley de consultas a una ley de naturaleza orgánica que únicamente tienda a la creación de instituciones o entidades y que no profundice en las fórmulas necesarias para el ejercicio del derecho.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca, en su sentencia de fecha 8 de mayo con relación a la consulta de Sipacapa, señaló algunos aspectos que deberían estar contemplados en la ley, entre los que destacan:

- i. cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos,*
- ii. quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta,*
- iii. quiénes podrán participar,*
- iv. el momento en que debe realizarse*
- v. efectos de los resultados obtenidos*

**b) Hechos Generadores de la Consulta:**

El convenio 169 de la OIT establece expresamente los siguientes supuestos de consultas a pueblos indígenas, los que incluyen desde la más amplia cobertura a las decisiones que les afectan, hasta aspectos específicos de las políticas sociales:

- Cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (Artículo 6 inciso a). Esto incluye actos realizados por el Organismo Legislativo en su función legisladora y actos emanados de los Ministerios y dependencias gubernamentales ejecutoras de la política nacional y que dependen del Organismo Ejecutivo.
- En el caso de explotación de recursos naturales, incluyendo aquellos que sean propiedad del Estado (Artículo 15)
- Cuando se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre tierras (Artículo 17)
- Cuando se implementen programas especiales de formación profesional dirigidos a los pueblos indígenas, que deberán ser consultados sobre la organización y funcionamiento de dichos programas (Artículo 22).
- Cuando no sea viable impartir la enseñanza a la niñez indígena en su propio idioma, para adoptar medidas que permitan alcanzar dicho objetivo (Artículo 28).

Además de las disposiciones expresas sobre consulta que incluye el Convenio, para el caso de Guatemala, la obligación de consultar ha sido vinculada a temáticas que por virtud de las recomendaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, pueden considerarse también hechos generadores de las consultas. Así, por ejemplo, el Informe del Relator sobre Pueblos Indígenas del año 2003, en el anexo sobre su visita a Guatemala señalaba que:

*“79. Considerando la especial vulnerabilidad de los niños indígenas, especialmente los huérfanos y las víctimas de la extrema pobreza, el Relator Especial recomienda que el Gobierno establezca los programas apropiados, en consulta con los pueblos indígenas, para hacer frente a estas desventajas, proporcionar alternativas a la vida en la calle para los niños indígenas y asegurar que puedan beneficiarse de la educación y los servicios sociales. Entre estos servicios deberá darse prioridad a programas de salud y atención a las madres.”*

### **c) Finalidad de las consultas**

Uno de los puntos más controversiales en términos jurídicos, tanto en cuanto a regulación, como en cuanto a revisión judicial está constituido por la finalidad de las consultas y por tanto, los efectos que las mismas tienen sobre la autorización o ejecución de los proyectos administrativos o legislativos propuestos por la autoridad que consulta. El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT ha sido claro en establecer que las consultas tienen la *“finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”* El artículo 15 numeral 2 establece que los gobiernos deben establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados *“a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida (...)”* y a esto se le atribuye la consecuencia de participación siempre que sea posible en los beneficios que reporten las actividades o a la indemnización equitativa por los daños.

En la *“Guía para la Aplicación del Convenio 169”* elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático

Montreal citado en la sentencia ST-652-98 del Tribunal Constitucional de Colombia, se hace referencia a que el efecto que se prevé de una consulta es la posibilidad de los pueblos indígenas de influir en el proceso de toma de decisiones. Esta misma sentencia establece que según la explicación de la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT *“las disposiciones señaladas implican que los gobiernos, desde un inicio, deben llevar un **proceso de consulta cuyo objetivo es la concertación con los pueblos indígenas sobre las decisiones que los impactan directamente**. Además, el proceso de consulta debe ser uno en el que los pueblos indígenas puedan participar y **ejercer influencia en todas las fases de la toma de decisiones** sobre proyectos relacionados con sus tierras, incluyendo las fases iniciales en las que se elaboran los proyectos. Según la Guía de la OIT, esto no quiere decir que los pueblos indígenas tienen el derecho a vetar las iniciativas de desarrollo impulsadas por el Estado, sino que el objetivo de la consulta deberá ser la concertación. Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado; pero si el Estado decide ir en contra de la posición indígena, deberá justificar su decisión y establecer, entre otras cosas, que el proyecto no viole la integridad cultural indígena sino que, más bien, los beneficiará.* (El subrayado no es del texto original).<sup>8</sup>

El tribunal constitucional colombiano explicó el alcance de las consultas relacionadas con minerales, recursos del subsuelo u otros recursos existentes, en los siguientes términos: *“En conclusión, lo que la norma analizada (artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT) impone es una obligación al Estado para consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de éstos; y no que dicha consulta sea con carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado, sino que más bien la norma analizada impone el deber de consultar cuál el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado; por tanto, la consulta no puede ser entendida como la solicitud de una autorización, sino como un acto efectivo de consultar a los pueblos indígenas y tribales asentados en los territorios objeto de la explotación sobre la cuantificación*

---

<sup>8</sup> Sentencia ST-652-98 del Tribunal Constitucional de Colombia.

*del daño a sus intereses, que sufrirán como efecto de dicha extracción; y mucho menos puede ser entendida como una facultad para impedir la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado, pues por encima de los intereses de grupo de cualquier índole, se encuentra el supremo interés de la mayoría, expresado por las autoridades del Estado.”*

El tribunal constitucional boliviano determinó que la Ley de Hidrocarburos al establecer que dicha consulta tiene por efecto además de determinar la afectación a los intereses de los pueblos indígenas o campesinos, lograr su consentimiento, se margina de lo dispuesto por el bloque de constitucionalidad, pues según su interpretación, el referido art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT, no tiene ese objeto, máxime cuando, como ya fue expuesto, los hidrocarburos son de propiedad del Estado; por tanto, resuelve el Tribunal que *“ninguna persona, parcialidad o grupo de personas puede oponerse a la explotación de las riquezas hidrocarburíferas, lo que no implica que se prive de derechos a los grupos afectados por dicha explotación, pues producto de la consulta sobre la afectación que sufrirán deberán recibir una indemnización equitativa, que debe establecerse para cada caso, conforme dispone el art. 116 de la LH.”* Así, la sentencia establece la constitucionalidad de las normas que se refieren a la obligatoriedad del Estado de realizar la consulta, pero declara la inconstitucionalidad de la frase que dispone que es objeto de la consulta *“lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”, así como de la frase “En caso de tener la consulta, reconocida en el artículo 115, un resultado negativo”, del art. 116 de la Ley de Hidrocarburos,* pues según el Tribunal Constitucional dicho resultado negativo no será posible y resulta también contrario al bloque de constitucionalidad.

Estos criterios determinan que una regulación relacionada con el derecho a la consulta requiere el establecimiento de mecanismos para que el resultado de la consulta permita un margen de negociación y concertación adecuado, que protegiendo el derecho de los pueblos indígenas, no limite la posibilidad de expresión a una respuesta positiva o negativa sino más bien, que permita la discusión sobre en qué circunstancias y condiciones es adecuada y respetuosa de la integridad de los pueblos indígenas, la decisión que se pretende tomar y que en todo caso, el resultado permita resguardar legalmente

y hacia el futuro, los derechos de estos pueblos. Esta regulación, debe cuidar también, de no convertir la consulta en un espacio de negociación de impactos con el gobierno, sino en un mecanismo de protección de la integridad de las comunidades indígenas.<sup>9</sup>

La sentencia del Caso U'wa SU 039/97 del Tribunal Constitucional de Colombia, también se refiere al caso en que no sea posible lograr la concertación como producto de la consulta, estableciendo que en tal caso, *“(...) la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”*

Con estos antecedentes, se puede concluir que en virtud de que la finalidad de la consulta es la concertación entre pueblos indígenas y gobierno sobre las decisiones que les afectan, los resultados de dicha consulta, no pueden ser limitantes ni obligatorios en términos de veto, pero sí deben ser vinculantes en cuanto a condiciones, circunstancias, limitaciones y alcances en que los proyectos deben ser ejecutados para garantizar la integridad de las comunidades y pueblos indígenas. Para este efecto es vital la fórmula que se establezca para documentar los resultados de las consultas que en

---

<sup>9</sup> 12/10/2006. *Ante la presencia de delegados del gobierno nacional de Colombia, los U'wa rechazaron la consulta previa para la exploración y explotación petrolera del proyecto de ECOPETROL Bloque Siriri y Catleya. Entre las razones expuestas está que la consulta previa ha sido asumida por el gobierno nacional como un espacio de negociación de impactos, lo cual supone avances en la exploración y los u'wa no quieren ser parte de esta dinámica.*  
<http://www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=4279>

algunas legislaciones, forman parte incluso de los contratos de concesión entre el Estado y las empresas que ejecutan el proyecto.

**d) Roles de los sujetos:**

- **El Estado:** El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece la obligación del Estado de realizar las consultas, obligación que no puede ser delegada en empresas de naturaleza privada por el carácter de derecho fundamental que se le atribuye a la consulta, lo que tiene como consecuencia que el Estado sea el único garante de su cumplimiento. Si por el contrario, la consulta se caracterizara como un derecho privado, podría celebrarse entre las partes –empresas/pueblos indígenas sin intervención del Estado-, pero este no es el espíritu del convenio. En tal sentido, ningún acto realizado por entidades privadas puede suplir la obligación de consultar del Estado. En este sentido, el rol fundamental de promoción y realización de las consultas, así como el cumplimiento y respeto de las condiciones en que las mismas deben realizarse y también la observancia de sus resultados, es responsabilidad del Estado.
- **Las comunidades y pueblos indígenas:** Las comunidades y pueblos indígenas tienen el rol de sujetos activos del derecho, por tanto pueden exigir el cumplimiento de su derecho a la consulta, además de informarse y participar. En esta parte es importante delimitar quiénes son los sujetos integrantes de las comunidades y pueblos indígenas que deben participar activamente en las consultas. Esto varía sustancialmente según las estructuras y formas de organización de las comunidades, por lo que su definición detallada resultaría infructuosa en una ley por correr el riesgo de dejar fuera una gran cantidad de supuestos. Sin embargo, si se pueden establecer límites cuantitativos que permitan definir qué porcentaje de participación de las comunidades y pueblos indígenas son requeridas para dar por válida una consulta.

- **Terceros interesados –empresas nacionales, multinacionales, etc-:** El rol de estos sujetos será proporcionar información veraz y en algunas legislaciones se les atribuye el financiamiento directo de las consultas, mientras que en otras se hace por intermedio del Estado. En todo caso, los terceros interesados no sustituyen como se dijo, la actividad que corresponde al Estado.

#### **e) Institucionalidad**

Sin duda alguna, la mayor dificultad en elaborar una legislación que desarrolle el derecho a la consulta estriba en determinar quién es el órgano más adecuado para realizar la consulta en sus distintas fases. En este sentido, hay varios modelos propuestos tanto en la legislación comparada como en los anteproyectos e iniciativas nacionales, a saber:

- La creación de una institución nueva que posea la atribución específica de desarrollar las consultas que por virtud del Convenio 169 deban realizarse (caso del anteproyecto de ley de consulta a pueblos indígenas a la luz del Convenio 169 elaborada por COMG y caso de la legislación venezolana y mexicana). En la legislación comparada la institución que se crea es generalmente un Instituto especializado. La creación de una nueva institucionalidad mediante una ley de consulta genera las dificultades asociadas a la asignación de un presupuesto específico y de recursos como infraestructura y personal, así como el riesgo de la resistencia a crear más burocracia estatal. En términos de implementación, debe considerarse que una ley que se apoya en estructuras institucionales existentes, puede implementarse en un plazo más corto que el que se requiere para.
- La segunda opción es la utilización y refuerzo de las estructuras institucionales existentes para desarrollar la consulta. Las posibilidades previstas en las iniciativas y anteproyectos de ley son las siguientes:

- Realizar las consultas por conducto de FODIGUA (Iniciativa 3550, Ley de Participación Ciudadana). FODIGUA es un fondo creado mediante Acuerdo Gubernativo 435-94, instrumento que le otorga características que formalmente podrían ser aptas para regir las consultas a pueblos indígenas. Sin embargo, en la práctica su naturaleza está enfocada en el financiamiento al desarrollo de los pueblos indígenas a través de proyectos productivos y cuenta con una capacidad logística limitada para asumir las consultas. Se trata de una entidad bipartita, regida por el Gobierno y las organizaciones mayas, que tiene presencia en las cuatro “esquinas” de la nación guatemalteca, como lo señala el Acuerdo Gubernativo. El instrumento legal que le sustenta es de menor jerarquía que una ley ordinaria.
- Realizar las consultas a través de Consejos Electorales Nacionales, Departamentales o Municipales supervisados por el Tribunal Supremo Electoral y conformados a solicitud del Presidente de la República, con vecinos del lugar donde la consulta debe realizarse y por lo menos un representante de las comunidades o pueblos potencialmente afectados por la medida que se pretende implementar. (Iniciativa 3413, Ley sobre el Procedimiento de Consulta Popular establecido en la Constitución).
- Realizar las consultas a través de los Consejos Municipales, tal y como está establecido en el Código Municipal, pero aclarando los aspectos señalados por la Corte de Constitucionalidad en su sentencia de fecha 8 de mayo. Como se mencionó con anterioridad, esta modalidad presenta la ventaja de que el municipio es la unidad territorial que permite el mayor grado de participación social y que facilita la discusión por parte de la comunidad sin interferencias que le son ajenas, sobre la temática objeto de la consulta.

Estos aspectos sobre la institucionalidad y otros deberán ser discutidos en profundidad por los actores competentes, aunque la propuesta que se presenta a continuación incluye ideas preliminares sobre la forma en que podría desarrollarse una ley de consultas.

### III. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### **Honorable Pleno:**

- I. El Estado de Guatemala se caracteriza por ser multiétnico, pluricultural y multilingüe y la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo 66 la existencia de los distintos grupos étnicos que la conforman, además de referirse a la promoción y respeto de los mismos y sus elementos identitarios. Esta protección de naturaleza formal fue ampliada mediante la incorporación al ordenamiento jurídico nacional del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que de conformidad con la opinión consultiva emitida por la Corte de Constitucionalidad, constituye un desarrollo y complemento de la normativa constitucional que protege a los pueblos indígenas. Por virtud del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala y según criterio emitido por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 131-95, por ser un instrumento internacional referente a derechos humanos, *la aplicación de las normas del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales es preeminente a cualquier disposición de derecho interno que se le oponga*. Esto implica que en caso de conflicto entre las disposiciones legales del Convenio y cualquier norma de carácter nacional, serán aplicables las normas de aquél, siempre y cuando no se disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos humanos que están reconocidos por la Constitución y los que no están expresamente reconocidos, pero que son inherentes a la persona humana, según lo establece el artículo 44 de la misma<sup>10</sup>. Mediante la aprobación y ratificación del Convenio 169 el Estado de Guatemala se comprometió a hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas, para cuyo efecto, entre otras medidas, debía realizar una armonización legislativa que operativizara mecanismos para su ejercicio.

<sup>10</sup>Rorhmoser V., Rodolfo. *La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco*. Corte de Constitucionalidad (2005)

**II.** Una de las piedras angulares establecidas en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes es el derecho fundamental de los pueblos indígenas a ser consultados en los casos en que una medida administrativa o legislativa a ser adoptada por el gobierno sea susceptible de afectarles. En este sentido, la jurisprudencia internacional ha señalado que el carácter de la consulta y su “(...) connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento *que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.*”<sup>11</sup> Así, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas también está directamente relacionado con la obligación constitucional contemplada en el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala que se refiere a la protección a los grupos étnicos, sino también con el artículo 44 del mismo cuerpo legal, relativo a los derechos inherentes a la persona humana que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Dentro de estos derechos inherentes se ubica la consulta a los pueblos indígenas en aquellos asuntos susceptibles de afectarles directamente.

**III.** El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, también reconoció la necesidad de incorporar a los pueblos indígenas en la toma de decisiones en la vida política del país y se refirió específicamente a la necesidad de establecer mecanismos obligatorios de consulta a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar

---

<sup>11</sup> Sentencia SU-039/97, Corte Constitucional de Colombia

a los pueblos maya, garífuna y xinca, como parte de las medidas de participación a institucionalizarse en todos los niveles. Atención especial le otorgó el Acuerdo a la necesidad de *“Obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar la subsistencia y el modo de vida de las comunidades. Las comunidades afectadas deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades”*. Es preciso recordar que estos compromisos adquirieron obligatoriedad por virtud del mandato de la Ley Marco de los Acuerdos de Paz.

- IV.** Actualmente en Guatemala, no existe una legislación adecuada y completa para facilitar a los pueblos indígenas el pleno ejercicio del derecho a la consulta, aspecto que ha sido señalado por múltiples instancias jurisdiccionales y de verificación del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas tanto nacionales como internacionales, incluyendo la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que en la sentencia emitida dentro del expediente 1179-2005 estableció que: *“Al advertir que la normativa que regula lo relativo a las consultas populares referidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, es bastante amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta, esta Corte estima conveniente hacer uso de la modalidad de fallos que en la Doctrina del Derecho Procesal Constitucional se conocen como “exhortativos” y que ha sido objeto de profundo estudio por el tratadista argentino Néstor Pedro Sagúes. En tal sentido se 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, referido en los artículos 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo 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.”*

- V.** Con relación a estos argumentos, es de destacar que la legislación actualmente existente con relación a consultas, incluyendo el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, no contemplan regulaciones suficientes para desarrollar el tipo de consulta a que hace referencia el Convenio 169 de la OIT, por lo que si bien han sido utilizados en la práctica como normas supletorias para la realización de las mismas, el espíritu y el contenido de dichas normas, atiende más a la idea de participación ciudadana en los ámbitos locales, que a la expresa protección de los derechos de los pueblos indígenas en la amplitud de los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En tal sentido, la aprobación de una ley específica sobre la materia resulta de particular importancia para garantizar las condiciones idóneas sobre el tipo de consulta específico a que se refiere dicho instrumento internacional, sin desconocer la necesidad de mantener las regulaciones existentes dentro del Código Municipal, cuyo objeto es distinto.
- VI.** Del texto del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se deriva el planteamiento de tres formas de relacionamiento entre el Estado y los pueblos indígenas: la consulta, la participación y la cooperación. El anteproyecto que se presenta desarrolla únicamente el mecanismo para hacer efectiva la posibilidad de los pueblos indígenas a ser consultados en el caso que el Gobierno esté en proceso de *tomar decisiones legislativas o administrativas que les afecten*. El derecho a la participación según las normas del Convenio, incluye mucho más que esto, refiriéndose según lo establece el artículo 33, a la participación de los pueblos indígenas en todo el ciclo de la política pública –planificación, coordinación, ejecución y evaluación de las medidas previstas en

el Convenio-. Esta disposición también se refiere a la participación en la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas por el Gobierno *en cooperación* con los pueblos indígenas. El tema de la participación también incluye la utilización administración y conservación de recursos naturales. Si bien la consulta, la participación y la cooperación, como formas de relación Estado-pueblos indígenas, podrían desarrollarse todos en una misma ley, es un esfuerzo que requiere la elaboración de diagnósticos específicos, entre los cuales figura un recuento de todas las formas de participación de pueblos indígenas ya institucionalizadas en el marco jurídico existente.

**VII.** No obstante lo anterior, las experiencias de consulta que no han resultado en una incidencia real de los pueblos indígenas en las decisiones administrativas y legislativas que les afectan, hacen necesaria y urgente la emisión de una regulación relativa a las consultas a pueblos indígenas, tomando como criterios fundamentales los parámetros establecidos en el Convenio 169 de la OIT y armonizando los mecanismos para ejercerlo, con otros derechos establecidos en el ordenamiento jurídico nacional, sin perjuicio de que esfuerzos posteriores o de más amplio alcance regulen lo relativo al tema de la participación.

## IV. CONTENIDO DE LA INICIATIVA DE LEY

El anteproyecto de ley de consulta que se presenta está dividido en VI Títulos, Capítulos y contiene 32 artículos.

El Título I contiene las disposiciones generales, dentro de las cuales se establece el objeto de la ley que consiste en facilitar la realización del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, mediante el establecimiento de los procedimientos apropiados, el reconocimiento de las instituciones representativas y la definición de las condiciones en que deben realizarse, definiendo los efectos de las consultas a los pueblos indígenas sobre las decisiones administrativas o legislativas propuestas por el Estado que afecten directamente sus derechos colectivos o su integridad física, espiritual o cultural. El Título I está referido a los hechos generadores de la consulta, tomando como base lo establecido en el Convenio 169 y contiene los principios generales y características aplicables a la consulta.

Debido a que uno de los vacíos legales que más inconvenientes prácticos presenta, el Título II se dedica a regular quiénes son los sujetos participantes en las consultas y a determinar las responsabilidades y obligaciones que les competen.

El Título III desarrolla mecanismos prácticos para hacer efectivo el derecho de acceso a la información de los pueblos indígenas frente a la consulta, considerando que la misma es condición indispensable para el ejercicio efectivo de la participación en el proceso de consultas.

El Título IV regula el procedimiento de la consulta y para el efecto está dividido en varios capítulos. El capítulo I desarrolla con detalle los mecanismos y formas de la convocatoria, definiendo las entidades responsables de la realización de la consulta según si se trata de una consulta a nivel nacional, regional o de una entidad territorial más pequeña. En el caso de la consulta a nivel nacional o regional, la competencia para realizar la convocatoria y certificar los resultados se atribuye al Tribunal Supremo Electoral, que es un órgano cuyas funciones se rigen por una ley de naturaleza constitucional como es la Ley Electoral y de Partidos Políticos. En tal sentido,

el anteproyecto de ley de consultas que se presenta, le atribuye funciones a un órgano regido por una ley constitucional, por lo que se requeriría para su aprobación, el envío previo a consulta a la Corte de Constitucionalidad y la aprobación de dos terceras partes de los diputados que integran el Congreso de la República.<sup>12</sup>

El capítulo II establece normas para el desarrollo de las consultas que involucran a más de una entidad territorial local o de una comunidad lingüística, mientras que en el capítulo III se desarrolla lo relativo a las instituciones representativas de los pueblos indígenas y a los procedimientos apropiados. El capítulo IV del mismo título regula lo relativo a los resultados y efectos jurídicos de la consulta.

El Título V se refiere al financiamiento de las consultas y el Título VI regula la participación de entidades externas en la observación y fiscalización de los procesos de consulta.

---

<sup>12</sup> Otras opciones de instituciones a las cuales podría eventualmente atribuirse la competencia de la consulta a pueblos indígenas se encuentra en el Anexo 1.

## V. LA INICIATIVA DE LEY DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_  
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

### **CONSIDERANDO**

Que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es la realización del bien común, por lo que tiene el deber de garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral.

### **CONSIDERANDO**

Que la protección a grupos étnicos está garantizada en el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece la obligación estatal de reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos, artículo que según la Corte de Constitucionalidad se desarrolla y complementa con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

### **CONSIDERANDO**

Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno y que en virtud de las obligaciones contraídas mediante dichos instrumentos internacionales, específicamente del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente, el Estado tiene la responsabilidad jurídica de 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.

### **CONSIDERANDO**

Que el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas consideró que *todos los asuntos de interés directo para los pueblos indígenas demandan ser tratados por y con ellos*, y que es compromiso de dicho Acuerdo y por ende, mandato de la Ley Marco para el cumplimiento de los Acuerdos de Paz, 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, así como establecer *mecanismos obligatorios de consulta con los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos maya, garífuna y xinca*.

### **CONSIDERANDO**

Que el mecanismo de la consulta está inserto en el marco más amplio de la participación de los pueblos indígenas y en el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

### **CONSIDERANDO**

Que la emisión de una normativa que regule adecuadamente el mecanismo de consulta a los pueblos indígenas resulta urgente y necesaria ante el alto grado de conflictividad generado por la instalación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en el interior de la República susceptibles de afectar pueblos indígenas, ante los cuales se han realizado consultas con diferentes modalidades pero cuyos efectos han sido limitados en función de la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

### **CONSIDERANDO**

Que la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha exhortó al Congreso de la República a realizar reformas legales *en el sentido de determinar con*

*precisión cuando una consulta popular municipal tendría efectos vinculantes; y (...) para efectivizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas, referido en los artículos 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo 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.”*

### **CONSIDERANDO**

Que la consulta es una práctica cotidiana e histórica de los pueblos indígenas y que su reconocimiento, respecto y ejercicio forma parte de las formas de vida y formas de organización social garantizadas por la Constitución Política de la República de Guatemala.

### **POR TANTO**

En Ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República.

### **DECRETA**

***La siguiente:***

## **LEY DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDIGENAS**

### ***Título I***

#### ***Disposiciones generales***

**Artículo 1. Objeto de la Ley.** El objeto de esta ley es desarrollar las normas que permitan el ejercicio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas establecido en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales

52) “Iniciativa de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas”

en Países Independientes, mediante el establecimiento de procedimientos y condiciones apropiadas y mediante la determinación de los efectos jurídicos de las consultas sobre las decisiones administrativas o legislativas que les afecten a los pueblos indígenas.

**Artículo 2. Definiciones.** Para efectos de la presente ley, se entenderá por:

- a. Pueblo Indígena:** Aquellos pueblos que descienden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o de la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Para efectos de esta ley, al hacer referencia a pueblos indígenas, se entenderá que se hace referencia a aquellas colectividades que deben ser consultadas por ser susceptibles de ser afectadas por una medida legislativa o administrativa.
- b. Comunidad lingüística:** Conjunto de personas que poseen, reconocen y utilizan un idioma común, ya sea en un espacio territorial, social o cultural específico.
- c. Entidad territorial:** Cada una de las unidades territoriales que corresponden a la división administrativa del Estado de Guatemala según la Constitución Política de la República de Guatemala y leyes vigentes.

**Artículo 3. Hechos generadores de consulta a los pueblos indígenas.**

Son hechos generadores de la consulta a los pueblos indígenas, los siguientes:

- a) Las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Las actividades de desarrollo que puedan tener sobre los pueblos indígenas una incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente.
- c) 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.

- d) Toda medida que considere se considere la capacidad de los pueblos indígenas de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
- e) La implementación, organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional dirigidos a los pueblos indígenas
- f) Las medidas relacionadas con la obligación del Estado de impartir la enseñanza a la niñez indígena en su propio idioma.
- g) Las políticas en materia de salud, educación, trabajo, tierra y vivienda que afecten con particular énfasis a los pueblos indígenas.

**Artículo 4. Fines de la consulta.** La consulta tiene como fin el libre ejercicio del derecho a participar de los pueblos indígenas y a decidir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. La consulta tendrá por objeto llegar a acuerdos y lograr el consentimiento de los pueblos indígenas con relación a las medidas propuestas y en particular, las circunstancias, condiciones, límites y alcances en que éstas deben autorizarse o implementarse; previa determinación de los intereses de estos pueblos que serían perjudicados y en qué medida..

**Artículo 5. Principios de la consulta.** Son principios de las consultas realizadas al amparo de esta ley: la buena fe, la veracidad, transparencia, el acceso a información, la oportunidad y el respeto a la cosmovisión indígena. Asimismo, la consulta debe ser libre, previa e informada, tomando en cuenta los idiomas y la espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y los sistemas de comunicación e información de los pueblos indígenas.

**Artículo 6. Principio de favorabilidad.** En caso de duda sobre si hay afectación o no a los pueblos indígenas, debe realizarse la consulta.

**Artículo 7. Principio de efectividad.** La consulta deberá garantizar la efectiva participación de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan su desarrollo, evitando convertir el ejercicio de este derecho en un mero trámite. Asimismo, el Estado deberá garantizar la efectividad en la observancia de los resultados de la consulta.

**Artículo 8. Principio de oportunidad.** La consulta deberá realizarse antes de que la medida administrativa o legislativa que afecta a los pueblos indígenas sea autorizada a efecto de garantizar una adecuada protección de sus derechos colectivos.

## ***Título II***

### ***De los sujetos de la consulta a pueblos indígenas y sus obligaciones***

**Artículo 9. Obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas.**

La obligación de hacer efectivo el derecho de los pueblos indígenas a la consulta corresponde al Estado mediante las instituciones que señala este título y a éstas le corresponde, bajo pena de declaratoria judicial de nulidad de la medida administrativa o legislativa adoptada:

- a) Promover la consulta en los casos establecidos en esta ley;
- b) Garantizar que la consulta se realice en forma libre, previa e informada;
- c) Realizar las acciones necesarias para lograr el fin de la consulta;
- d) Declarar y notificar legalmente el resultado de la consulta para los efectos correspondientes;
- e) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de las partes derivadas del resultado de la consulta;

La obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas no es delegable en ningún caso a terceras personas ni a entidades de derecho privado.

**Artículo 10. Instituciones obligadas a promover la consulta.** Están obligados a promover la consulta a pueblos indígenas:

- a. El Organismo Ejecutivo a través de los Ministerios encargados de autorizar una medida administrativa;
- b. Las entidades autónomas y descentralizadas a través de su Director o máximo representante en el caso de medidas administrativas;
- c. El Organismo Legislativo a través de la Comisión de Comunidades Indígenas del Congreso de la República en el caso de las medidas legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

En cualquier caso en que se consideren afectados, los pueblos indígenas podrán promover y realizar la consulta.

**Artículo 11. Instituciones competentes para convocar y certificar la consulta.** Las instituciones competentes para convocar, apoyar logísticamente y certificar los resultados de la consulta a pueblos indígenas a solicitud de las instituciones establecidas en el artículo anterior, son las siguientes:

- a) El Tribunal Supremo Electoral en el caso de las consultas sobre medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas a nivel nacional, regional y departamental.
- b) Las municipalidades en el caso de las consultas sobre medidas administrativas o legislativas a entidades territoriales locales establecidas en el Código Municipal y a comunidades lingüísticas e instituciones representativas que ocupen las mismas.

**Artículo 12. Sujetos consultados.** Serán consultados en el marco de esta ley, los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por una medida administrativa o legislativa, quienes realizarán la consulta a través de sus instituciones representativas y los procedimientos apropiados según su cosmovisión. La determinación de los sujetos a ser consultados en cada caso concreto se determinará por los pueblos indígenas de acuerdo a sus formas de organización social, atendiendo al grupo que resulta particularmente afectado por la medida. La consulta podrá realizarse dependiendo del caso a una de las siguientes entidades:

- a) Entidades territoriales regionales, departamentales, municipales o locales que resulten afectadas;
- b) Comunidades lingüísticas que resulten afectadas;
- c) Otras formas de organización social tradicional de los pueblos indígenas o instituciones representativas de los mismos que por delegación de las comunidades lingüísticas o entidades territoriales afectadas, sean designadas para tal efecto según lo establece el artículo 23 de la presente ley.

En el caso que la consulta involucre dos o más entidades territoriales o dos o más comunidades lingüísticas, deberá respetarse los mecanismos propios

de toma de decisión de cada uno de ellos, aunque el contenido de la consulta deberá ser el mismo.

**Artículo 13. Sujeto proponente de la medida o proyecto.** Para efectos de esta ley se considerará sujeto proponente de la medida o proyecto a la persona individual o jurídica que tramite ante el Organismo Ejecutivo o ante institución autónoma o descentralizada, la autorización para poner en marcha una medida o proyecto susceptible de afectar a pueblos indígenas. En el caso de medidas legislativas, se considerará proponente de la medida al Congreso de la República.

Los sujetos proponentes de la medida o proyecto tendrán a su cargo las obligaciones que les impone esta ley y las derivadas del resultado de la consulta.

### ***Título III***

#### ***Del acceso a la información sobre el objeto de la consulta***

**Artículo 14. Difusión de información sobre el objeto de la consulta.** Será obligación del Estado garantizar en cooperación con el proponente del proyecto o la medida legislativa o administrativa, la difusión de la información veraz, completa y oportuna que sea necesaria sobre la naturaleza, objetivos y alcance, así como los beneficios que percibirán los pueblos indígenas involucrados y los posibles daños ambientales, sociales, culturales o de cualquier índole y sus condiciones de reparación, a los fines de que puedan ser evaluados y analizados previamente por los pueblos indígenas que serán consultados. La información referida a los antecedentes del proponente del proyecto y los resultados de los proyectos que han ejecutado en otros contextos, también hará parte de la información a que deberán tener acceso los pueblos indígenas.

La difusión de información es responsabilidad del Estado, antes, durante y después de concluido el proceso de consulta.

**Artículo 15. Medios de información.** Para la difusión de la información sobre el objeto de la consulta, se utilizarán los medios idóneos que aseguren la efectiva comprensión de la información referida en el artículo anterior, tomando en cuenta características geográficas del país así como los aspectos lingüísticos, socio-económicos y culturales de la población interesada. Se privilegiarán los medios radiales y audiovisuales y el material mediado pedagógicamente, cuyos costos se registrarán según el artículo 28 de la presente ley.

**Artículo 16. Información obtenida por los pueblos indígenas.** Los pueblos indígenas tendrán derecho a procurar información por todos los medios posibles sobre el objeto de la consulta y su impacto, incluyendo la realización de reuniones informativas con los proponentes de las medidas, que en caso de solicitud de los pueblos indígenas afectados, estarán obligados a concurrir para difundir la información y aclarar cualquier duda con relación a la medida.

Los pueblos indígenas estarán facultados para solicitar sin formalidad alguna a las instancias gubernamentales, la emisión de dictámenes sobre el impacto de la medida que se propone, los cuales no tendrán costo para los solicitantes. El dictamen solicitado deberá notificarse a los solicitantes dentro de un plazo de quince (15) días de haber sido solicitado.

Asimismo, los pueblos indígenas podrán procurar la obtención de información o contrastar la obtenida a través de organizaciones no gubernamentales, expertos u otros medios que tengan a su alcance.

**Artículo 17. Información inexacta.** La difusión de información inexacta, falsa o incompleta sobre el objeto de la consulta, se presumirá de mala fe y dará lugar a los pueblos indígenas afectados, a impugnar mediante los procedimientos administrativos correspondientes, los resultados de la consulta y en su caso, de la autorización emitida para la ejecución del proyecto o medida consultada.

**Título IV**  
**Del procedimiento de consulta**

**Capítulo I**  
**De la convocatoria**

**Artículo 18. Ámbito temporal de la realización de la consulta.** La consulta deberá realizarse previo a la autorización de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. También será obligatoria la realización de la consulta en los casos en que las medidas o proyectos que ya han sido consultados y que se encuentran en ejecución, pretendan extender su ámbito o modifiquen las condiciones con relación a las cuales se realizó la consulta.

En el caso de medidas legislativas, la consulta deberá realizarse por la Comisión de Comunidades Indígenas del Congreso de la República, previa emisión del dictamen de la iniciativa de ley por parte de la o las Comisiones a cargo, a efecto de que los resultados de la consulta sean trasladados al Pleno del Congreso conjuntamente con el dictamen de la ley.

**Artículo 19. Plazos de la convocatoria.** La convocatoria deberá realizarse con por lo menos tres meses de anticipación a la celebración de la consulta en el ámbito nacional; dos meses cuando se trate de consulta a nivel regional o departamental; y un mes cuando se trate de consulta comunitaria o municipal. Estos plazos son mínimos y se establecen sin perjuicio de que puedan ser ampliados según el caso.

**Artículo 20. Procedimiento para la convocatoria.** Las instituciones obligadas a promover la consulta de conformidad con el artículo 10 formularán la solicitud de convocatoria al Tribunal Supremo Electoral o a la o las municipalidades según el caso.

En caso de omisión por parte del Organismo Ejecutivo o Legislativo en la solicitud de emisión de la convocatoria, las autoridades municipales y el TSE tendrán facultad de iniciar el proceso de la consulta de oficio y/o a solicitud de los pueblos indígenas, quienes sin sujeción a formalismos deberán dirigirse

a la autoridad competente, quien deberá convocar a la consulta dentro de los plazos establecidos en esta ley.

**Artículo 21. Forma de la convocatoria.** La convocatoria deberá realizarse en el o los idiomas de los pueblos o comunidades a ser consultados y deberá difundirse por los medios idóneos según la población a la que se dirige, privilegiando los medios radiales y audiovisuales y las formas y mecanismos propios de comunicación de los sujetos a ser consultados. La convocatoria deberá contener los motivos y fundamentos de la consulta, el objeto de la consulta, las preguntas a formularse, la forma en que se realizará la consulta, lugar, fecha y hora e instituciones involucradas.

## Capítulo II

### De la consulta a varias entidades territoriales o comunidades lingüísticas

**Artículo 22. Competencia territorial o lingüística.** En el caso en que deban ser consultados dos o más entes territoriales o comunidades lingüísticas, se constituirá un solo órgano de convocatoria y realización de la consulta en el que estén representadas cada una de las entidades territoriales, comunidades lingüísticas u otras instituciones representativas de los pueblos indígenas que se consideran susceptibles de ser afectados, según sea el caso y por un representante del Tribunal Supremo Electoral.

**Artículo 23. Realización de la consulta en dos o más entes territoriales locales o comunidades lingüísticas.** Tanto la convocatoria como las preguntas a dirigirse en el caso de la consulta a entes territoriales locales o comunidades lingüísticas, deberán tener el mismo contenido, aunque deberá respetarse los mecanismos propios de toma de decisión de cada uno de ellos.

En el acta que certifique los resultados, debe hacerse constar de forma separada las respuestas obtenidas en cada ente territorial o comunidad lingüística y derechos derivados de la consulta para cada uno de éstos.

### **Capítulo III**

#### **De la realización de la consulta mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas de los pueblos indígenas**

**Artículo 24. Procedimientos apropiados e instituciones representativas de los pueblos indígenas.** El proceso de consulta se realizará respetando las formas de vida y organización social de los pueblos indígenas, quienes decidirán en cada caso el mecanismo de consulta que resulte apropiado según los procedimientos tradicionales de manifestación de voluntad utilizados según su cosmovisión. La determinación del procedimiento apropiado y/o de la institución representativa a través de la cual se formulará la consulta deberá realizarse por los pueblos indígenas antes de la convocatoria, a efecto de incluir en ésta los detalles sobre el procedimiento a utilizarse.

### **Capítulo IV**

#### **De los resultados y efectos jurídicos de la consulta**

**Artículo 25. Conciliación.** En todo momento, antes, durante y después de celebrada la consulta, los pueblos indígenas, las instituciones que promueven la consulta y los proponentes del proyecto podrán reunirse a discutir las alternativas para lograr acuerdos que satisfagan a las partes. En ausencia de acuerdo, los resultados de la consulta gozan de plena vinculancia.

**Artículo 26. Declaración de resultados de la consulta.** Una vez concluido el proceso de la consulta, la institución convocante levantará el acta correspondiente, haciendo constar los detalles de la consulta, los resultados obtenidos y expresando como mínimo los siguientes puntos sustantivos:

- a) Aspectos en que los pueblos indígenas consultados se consideran afectados o beneficiados por la medida administrativa o legislativa consultada;

- b) Condiciones en que la comunidad o pueblo indígena considera que la medida debe autorizarse o implementarse, tomando en cuenta acciones concretas para la protección de sus derechos;
- c) Acuerdos logrados entre las partes de haberse realizado la conciliación.

La institución convocante certificará y notificará legalmente a la institución que promovió la consulta, a los pueblos indígenas y a los terceros interesados sobre los resultados de la consulta en un plazo que no exceda de cinco días, ordenando la publicación respectiva en el Diario Oficial.

**Artículo 27. Efectos de la consulta.** Una vez notificados legalmente los resultados a la institución que solicitó la consulta, ésta continuará con el trámite de autorización o aprobación de la medida, estableciendo como condición para el otorgamiento o realización de éste, la observancia y cumplimiento de las condiciones y medidas de protección y resguardo de los derechos de los pueblos indígenas que resulten de la consulta y que sean proporcionales a la afectación que éstos puedan sufrir.

La certificación de los resultados de la consulta hará parte del expediente de autorización o aprobación de la medida administrativa o legislativa y la resolución que definitiva que la apruebe deberá incluir las disposiciones sobre las medidas de protección y condiciones resultantes de la consulta, las cuales serán exigibles judicialmente.

Queda prohibida la ejecución de cualquier medida por persona natural o jurídica de carácter público o privado que no hayan sido previamente consultadas con los pueblos indígenas involucrados.

La inobservancia de las disposiciones de este artículo da lugar a la impugnación de la resolución que apruebe la medida administrativa o legislativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas y a la solicitud de una indemnización por parte de los sujetos afectados por violación al derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en asuntos que les afectan.

## **Capítulo V**

### **Del financiamiento de las consultas**

**Artículo 28. Financiamiento del proceso de consulta.** 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. En el caso de las consultas relacionadas con medidas legislativas, el financiamiento le corresponde directamente al Organismo Legislativo. De la misma forma se procederá con los costos relacionados con la difusión de información.

En ambos casos dentro de la solicitud de convocatoria, la institución que promueve la consulta deberá solicitar se le remita la estimación de los costos de la consulta a efecto de que sean cancelados directamente por la entidad solicitante a los proveedores de servicios o bienes sin intermediación de terceros.

### **Título V**

#### **De los órganos de fiscalización y observación de las consultas**

**Artículo 29. Participación del Procurador de los Derechos Humanos.** Para el efectivo cumplimiento de la presente ley, el Procurador de los Derechos Humanos conforme a su mandato constitucional realizará supervisión administrativa permanente de las actividades relacionadas con la consulta, participando como observador y formulando en su caso, las recomendaciones que estime pertinentes para el logro del fin de la consulta.

**Artículo 30. Observadores.** Podrán constituirse como observadores del proceso, las instituciones y organizaciones comunitarias, municipales, departamentales o nacionales y las instituciones y autoridades propias de las comunidades y pueblos indígenas que así lo deseen y que soliciten su acreditación al órgano competente para realizar la consulta, con por lo menos quince días de anticipación a la realización del proceso de consulta. La institución responsable de la convocatoria, habiendo escuchado a los pueblos indígenas a ser consultados, autorizará la participación y acreditar la

calidad de los observadores, obligándose a garantizar la no interferencia en el proceso y la inexistencia de elementos de presión externa en la toma de decisión.

**Título VI**  
**Disposiciones Finales y Transitorias**

**Artículo 31.** Derechos inherentes a los pueblos indígenas en relación con la consulta. Los derechos y garantías que otorga la presente ley en relación a la consulta, no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a los pueblos indígenas.

**Artículo 32. Vigencia.** Esta ley entrará en vigor ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Pase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo en la ciudad de Guatemala, a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del año dos mil siete.

**Anexo 1**  
**Algunas alternativas de regulación sobre el órgano competente para convocar, apoyar logísticamente y certificar el desarrollo y resultados de la consulta a pueblos indígenas.**

<b>Instituciones Existentes</b>		
<b>Institución</b>	<b>Ley que lo regula</b>	<b>Ventajas/Desventajas</b>
Tribunal Supremo Electoral (Órgano autónomo contralor del régimen electoral del Estado)	Ley Electoral y de Partidos Políticos	Requiere consulta previa a la CC y aprobación de 2/3 partes del Congreso de la República. El TSE ha fijado postura ante CC con relación a que la legislación actual no le atribuye competencia sobre las consultas establecidas en el convenio 169.
Congreso de la República (Organismo Legislativo del Estado)	Ley Orgánica del Organismo Legislativo	En el caso de consulta sobre medidas administrativas puede argumentarse interferencia de funciones de los poderes del Estado.
Academia de Lenguas Mayas (Entidad autónoma del Estado, rectora de la promoción y desarrollo de las lenguas mayas)	Ley de la Academia de Lenguas Mayas	Requiere aprobación de 2/3 partes de diputados al Congreso de la República
FODIGUA (Fondo, organismo nacional de desarrollo dedicado a proyectos productivos con estructura bipartita: Gobierno y Organizaciones Mayas)	Acuerdo 435-94 (Ver Iniciativa de ley 3550, Ley de Participación de los Pueblos Indígenas)	Su creación por Acdo. Gubernativo no le dota de estabilidad suficiente; se desempeña primordialmente en proyectos productivos; limitada capacidad logística y de despliegue.

<b>Instituciones que podrían crearse</b>		
<b>Institución</b>	<b>Ley que lo regula</b>	<b>Ventajas/Desventajas</b>
Secretaría de Asuntos Indígenas adscrita a la Presidencia de la República	Ley del Organismo Ejecutivo	Requiere para su inclusión en la Ley Organismo Ejecutivo aprobación 2/3 de diputados al Congreso
Ministerio de Asuntos Indígenas	Ley del Organismo Ejecutivo	Requiere para su inclusión en la Ley Organismo Ejecutivo aprobación 2/3 de diputados al Congreso
Entidad autónoma y descentralizada especializada en consulta a pueblos indígenas	A crearse mediante la ley de consultas (Anteproyecto elaborado por COMG)	Requeriría para su creación 2/3 partes de diputados al Congreso
Secretaría especializada adscrita al Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural	Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural	Requeriría para su creación 2/3 partes de diputados al Congreso