

OPINIÓN CONSULTIVA

EXPEDIENTE 306-2020

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, siete de julio de dos mil veinte.

I.SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

El Presidente de la República de Guatemala, Alejandro Eduardo Giammattei Falla, compareció ante este Tribunal Constitucional solicitando opinión consultiva, por medio de escrito presentado el veintiuno de enero de dos mil veinte.

II.LEGITIMACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA PARA FORMULAR LA OPINIÓN CONSULTIVA

El Presidente de la República ostenta legitimación para formular opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. La utilización de este tipo de control preceptivo requiere que se expresen concretamente motivos de dubitación sobre cuestiones que impliquen interpretación constitucional, con el objeto de que, una vez despejada la duda, el órgano consultante ajuste su proceder al conjunto de normas, principios y valores que informan la Constitución Política de la República de Guatemala y, observe el principio de supremacía constitucional. Para ello, la solicitud debe hacerse por escrito, con expresión de las razones que la motivan, debiendo el petitorio contener la o las preguntas específicas que se someten a consideración del Máximo intérprete de la Constitución y las leyes.

III. COMPETENCIA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD PARA EVACUAR LA CONSULTA



De conformidad con lo preceptuado en los Artículos 268 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, esta Corte es un Tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional y, para dicho efecto, actúa como ente colegiado, con independencia de los demás organismos del Estado, ejerciendo funciones específicas que le asignan dichos cuerpos normativos. Entre estas se encuentra prevista, las contempladas en los artículos 272 de la Ley Fundamental y 163 del citado cuerpo legal de rango constitucional, referente a emitir opinión sobre temas que le sean consultados por los sujetos legitimados para ello.

IV. RAZONES DE LA CONSULTA

El Presidente de la República de Guatemala refirió que: **a)** *“El estado de Guatemala reconoce en el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la diversidad de los pueblos étnicos, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya; así como el respeto y promoción de sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, entre otros aspectos; y, con relación a este tema, Guatemala aprobó el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, número 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, que en los artículos 6 y 15 establece lo relacionado al derecho a consulta previa de los pueblos indígenas”;* **b)** *“El derecho de consulta previa de los pueblos indígenas, ha surgido como una respuesta para involucrar a las comunidades originarias en la toma de decisiones que les afectan, es una manera de reconocer que las diferencias que existan en la población son elementales para construir un Estado Constitucional de Derecho y que se hace necesaria la participación de la población para estructurar el propio*



Estado; además, es un espacio en el que los habitantes en el área que afectará el proyecto pueden llegar a acuerdos, formular observaciones y comentarios con respecto al contenido del Estudio de Impacto Ambiental, pues como se ha señalado en sentencia que ha emitido la Corte de Constitucionalidad, no basta con el traslado e informe sobre el contenido en la forma culturalmente adecuada, es necesario, que se brinde la oportunidad para que las comunidades participen y resuelvan consideraciones con respecto a los puntos dispuestos en el instrumento de manera que sean resueltas sus dudas o se revisen los aspectos no evaluados, con el objeto de que al momento de realizarse la consulta, los pueblos tengan pleno conocimiento de las implicaciones del proyecto y estén en condiciones para dialogar". c) "por lo que, a consecuencia de lo indicado en las distintas sentencias emitidas en los expedientes diligenciados por la Corte de Constitucionalidad (entre ellos expedientes 4785-2017, sentencia de 3/9/2018, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sentencia de fecha 26/5/2017, entre otros) en las que se hace referencia a la necesidad de la existencia de una norma específica que desarrolle normativa legal atinente al derecho de consulta, y el procedimiento a seguir; de manera que se ha realizado esta propuesta a fin que la Honorable Corte de Constitucionalidad por ser un tema del cual se ha recomendado se realice el debido proceso para que se formule y se haga efectivo el derecho de consulta de los pueblos interesados, especifique si la propuesta está realizada en concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala y demás leyes del país, y del Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales número 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, así como si el procedimiento que se propone es efectivo y cumple con la protección y respeto de los pueblos interesados, para que puedan participar libremente en la



adopción de decisiones que le conciernan.”

V. OBJETO DE LA CONSULTA

El Presidente de la República de Guatemala (consultante) en escrito presentado el treinta de enero de dos mil veinte, al ampliar la consulta formulada, realizó los siguientes cuestionamientos: **“a)** *si es viable que a través del Organismo Ejecutivo, por vía del Ministerio de Energía y Minas se pueda emitir esta propuesta, por ser este Ministerio quien se encuentra involucrado en estos procedimientos que requieren la consulta a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados por algún proyecto a realizarse en sus territorios; b)* *si la propuesta está realizada en concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala y demás leyes del país, y del Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales número 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT-; c)* *si el procedimiento que se propone es efectivo y cumple con la protección y respeto a los pueblos interesados, para que puedan participar libremente en la adopción de decisiones que les conciernan; y d)* *si la propuesta cumple con los requisitos que han sido mencionados en las sentencias que se han emitido en este sentido.”*

CONSIDERANDO

-I-

Requerida la intervención de esta Corte, debe analizarse, en primer término, si quien acude al Tribunal ha observado los presupuestos necesarios a efecto de que se viabilice el conocimiento de sus cuestionamientos, así, sólo en el caso de que tales exigencias legales sean atendidas, puede accederse a emitir el pronunciamiento solicitado. Según el artículo 183 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad reclamada su intervención en forma legal en



asuntos de su competencia la Corte no podrá, sin incurrir en responsabilidad, suspender, denegar, retardar la administración de justicia. Contrario sensu, cuando su intervención no es solicitada de conformidad con la ley, se encuentra imposibilitada para conocer el asunto de que se trate.

Es inviable el planteamiento de opinión consultativa cuando el mismo tiene por objeto que este Tribunal realice un examen previo del proyecto de acuerdo gubernativo formulado por el Presidente de la República de Guatemala, en Consejo de Ministros, así como del procedimiento que regule el derecho de consulta plasmado en aquel y la aplicación del mismo, pues de conformidad con el artículos 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 163 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, este tipo de requerimiento tiene como propósito realizar un control previo de constitucionalidad de algún tratado, convenio o sobre asuntos de su competencia establecidos específicamente en la propia Constitución de la República de Guatemala.

-II-

Referente al Derecho de Consulta de los Pueblos Indígenas.

Previamente este Tribunal estima importante resaltar que la Constitución Política de la República de Guatemala consagra que las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, gozarán de especial protección del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, para asegurar a los habitantes una mejor calidad de vida. También señala que las comunidades indígenas que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial mantendrán ese sistema.



El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes consagra el derecho de participación de aquellos pueblos en la toma de decisiones estatales que puedan afectarles directamente; al respecto el artículo 6, literal a), establece que debe consultarse a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Regula también que el Estado debe establecer 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, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

Esta Corte ha afirmado en cuanto la expresión “*medidas administrativas*” que dicha expresión debe ser comprendida como *toda disposición de la administración pública enmarcada en el ámbito de la formulación y ejecución de sus políticas, así como el cumplimiento de sus funciones*”. Tomando como parámetro la normativa internacional citada, se ha sostenido también por este Tribunal que para que proceda la consulta es necesario que concurren dos circunstancias: la primera, que las acciones o decisiones del poder público encuadren en el concepto genérico de medidas administrativas o legislativas; y la segunda, que pueda razonablemente preverse que la decisión afectará en forma directa a los pueblos indígenas. Sentencia dictada dentro del expediente 4785-2017, folio 266.

Al respecto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, ha afirmado que



“La obligación de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevén medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente constituyen la ‘piedra angular del Convenio número 169 y la base de todas sus disposiciones’. Por esta razón, es importante para los jueces conocer el contenido de esta obligación y su ámbito de aplicación ya que tiene fundamental importancia al examinar casos que conciernan la consulta, así como la aplicación de distintas obligaciones previstas en el Convenio. La consulta fue un concepto clave durante la preparación del Convenio número 169 ya que cristaliza la transición de un enfoque ‘integracionista’ hacia la promoción del derecho de los pueblos indígenas a participar activamente en la formulación e implementación de decisiones que les afecte. Ya en 1986, la Oficina indicó que era necesario adoptar medidas para que los pueblos indígenas ‘sean consultados de forma adecuada, en los planos locales y nacionales, con respecto a todos los aspectos de la política estatal que puedan afectarles’. La consulta constituye un principio fundamental de gobernanza democrática y desarrollo incluyente y ‘debe ser percibida como un instrumento esencial para promover el diálogo social significativo, la comprensión mutua, así como la seguridad jurídica’. Teniendo en cuenta que los conflictos entre pueblos indígenas y el gobierno persisten en ciertos países, particularmente en relación con el uso de tierra y recursos naturales, las cuales pueden desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”[Ofician Internacional del Trabajo, Manual para Jueces y Juristas: “Entendiendo el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales”, (numero 169)]

Al respecto, en cuanto a las condiciones que deben concurrir en los procesos de consulta a los pueblos indígenas, para que estos se tengan por

válidamente realizados, es preciso resaltar los siguientes:



1)La consulta debe realizarse con carácter previo a asumir la medida gubernativa que se pretende implementar: *“El Artículo 15 del Convenio 169, en su apartado conducente, dispone: “(...) 2.En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (...)” El texto resaltado no figura en negrilla en el precepto transcrito, pero se consigna de esa manera para denotar que aquel instrumento internacional prevé que la determinación del nivel de afectación de las comunidades indígenas, respecto de proyectos mineros, debe efectuarse en forma previa. El carácter anticipado de la consulta no solo constituye una de las condiciones fundamentales de esta, sino que coadyuva positivamente a la concreción de otras como la buena fe y la transparencia en el diálogo y el propósito de arribar a acuerdos. En ese orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asentado que se debe consultar en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión, por cuanto que el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado [casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párrafo 134 y del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, párrafo 180]. Inclusive citó [en el segundo de los casos indicados, párrafo 182], la afirmación contenida en sentencia emitida por este Tribunal dentro del expediente 3878-2007, de que la consulta debe tener lugar antes de que las*



medidas de que se trate se hayan perfeccionado, en vista que es de esa manera que puede trascender eficazmente sobre ellas.”(Sentencia dictada por este Tribunal el tres de septiembre de dos mil dieciocho, dictada dentro del expediente 4785-2017)

Otra disposición que destaca el carácter previo de toda consulta es lo consagrado en el artículo 6 del Convenio 169 ya citado, el cual establece que los Gobiernos deberán: *“a) Consultar 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”*, con base en lo cual este Tribunal indicó que *“...La utilización del término “prever” –descrito en el Diccionario de la Lengua Española como “Ver con anticipación”–, no puede conllevar a otra connotación que no sea, que el proceso de consulta debe ser dispuesto en forma anticipada...”*

2)La consulta debe ser libre e informada; lo cual implica que el Estado debe proporcionar información precisa sobre la naturaleza y consecuencias de los proyectos a las comunidades indígenas, antes y durante la consulta; así como dar a conocer los posibles riesgos, incluidos los ambientales de salubridad, a fin de que acepten, con conocimiento y de forma voluntaria, el plan de desarrollo o inversión propuesto, así como los beneficios que serán percibidos por los pueblos que podrían verse afectados y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales.

En cuando a dicha pauta, esta Corte indicó en sentencia dictada dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, que *“Para satisfacer plenamente este derecho el Estado de Guatemala debe adoptar todas las*



*medidas necesarias, incluidos estudios científicos independientes para que las comunidades y sus miembros estén plenamente informadas de todos los impactos y beneficios que en sus vidas, cultura, espiritualidad, medio ambiente y su desarrollo puedan afectar la puesta en marcha de las hidroeléctricas de mérito; y, solo cuando este requisito esté satisfecho a plenitud las comunidades indígenas consultadas podrán dar su respuesta al Estado. En este sentido, la Corte Interamericana, en el caso del pueblo Saramaka Vs Surinam, ha dicho que 'puede requerirse que el Estado suministre dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas.' Asimismo, para satisfacer el derecho de consulta informada el Estado debe garantizar que el proceso de consulta se lleve a cabo conforme los valores culturales de los pueblos indígenas de las comunidades afectadas por los proyectos hidroeléctricos (**principio de consulta culturalmente adecuada**). Esto implica que el proceso de consulta y sus actores respeten como mínimo su propio idioma, sus instituciones representativas y sus decisiones conforme sus procedimientos de toma de decisiones, ya que estas obligaciones persisten de manera específica para todas las decisiones que el Estado adopte y sean susceptible de afectación a sus derechos colectivos.*

3) La consulta debe ser un verdadero diálogo en el cual prevén la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuo; al respecto el artículo 6.2 del Convenio 169 referido establece que: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.



En cuanto dicho aspecto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, indicó que: *“El principio de buena fe rige la consulta previa y tiene como objetivo garantizar que la consulta no sea simplemente unas formalidades, tal como se manifestó en la Conferencia Internacional de Trabajo de 1988, sino que realmente contribuya a la participación efectiva de los pueblos indígenas. Los órganos de supervisión de la OIT han destacado que la consulta debe producirse un ‘verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo’. Por ello ‘las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio”* [Oficina Internacional del Trabajo, Manual para Jueces y juristas: “Entendiendo el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales”, (numero 169)]

4) La consulta debe estar dirigida a arribar a acuerdos, lo cual no implica que una de las partes pueda imponerse a la otra, sino llegar a consensos para la toma de decisiones, al respecto el artículo 6.2 del Convenio 169 prevé, que uno de los criterios mínimos que los Estados deben satisfacer en los procesos de consulta, es que estas deben ser llevadas a cabo *“...con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*.

Al respecto esta Corte considero en la sentencia dictada dentro del expediente 4785-2017, folio 308, que es: *“pertinente enfatizar que el cumplimiento, por los Estados, de la consulta ‘en buena fe’ responde a la exigencia de cumplir con el fin último de dicha obligación, que es la consecución de acuerdos. Esto, en congruencia con el tono general con el cual fue concebido el Convenio 169, inspirado en el principio del diálogo como vehículo de concordia,*



tal y como lo subraya la Organización Internacional del Trabajo: '(...) El Convenio dispone el marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales. El objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo (consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados (...) les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas...' [Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para promover la política de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Ginebra, Suiza. 2003, páginas 16 y 17]. De lo expuesto se extrae que el proceso de consulta busca promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones, descartándose de esta manera que ese mecanismo pueda ser utilizado como medio para que una parte se imponga sobre la otra [Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador, junio de 2008, párrafo 34].

5) La consulta debe agotarse mediante procedimientos culturalmente adecuados, en los cuales se respeten las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas; lo cual implica que, en ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas con relación a medidas administrativas o de carácter general, deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes. Asimismo, en función de asegurar la accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tenerse



presente la variedad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no sea hablada por la mayoría, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 169, que establece el deber estatal de adoptar *“medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”*.

En cuanto a la representatividad de las instituciones por las cuales deben efectuarse las consultas, esta Corte ha indicado que esta condición no responde a una *“fórmula unívoca”*, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de su finalidad. Al respecto indicó: *“...los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, respecto a la representatividad, han afirmado que esta debe entenderse de forma flexible, porque dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa; lo más importante es que estas sean el fruto de un proceso interno propio de aquellos. Además, debe observarse que los criterios de representatividad: i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre que, como ya se apuntó, respondan a procesos internos de estos pueblos y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género..”* Sentencia dictada por esta Corte el tres de septiembre de dos mil dieciocho, dentro del expediente 4785-2017.

6)La consulta debe ser sistemática, al respecto el artículo 2 del Convenio

169 ya referido, establece que: *“los gobiernos deberán asumir la responsabilidad*



de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su dignidad"; y en cuanto a dicho aspecto esta Corte ha indicado que la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas y las consultas correspondientes, deben realizarse mediante procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes; siendo este requisito necesario para dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, en función de evitar arbitrariedades y conflictos contraproducentes.

-III-

De la Obligación del Estado de Guatemala de emitir un marco legal específico e integral sobre el derecho de consulta

Tomando en consideración el aspecto relevante que la consulta y la participación en esta, ocupa en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, esta Corte ha resaltado en diversas oportunidades la obligación primordial para el Estado de Guatemala, como parte del mencionado instrumento, de crear un cuerpo normativo que de forma específica e integral regule el derecho de consulta.

En ese sentido esta Corte ha resaltado que la regulación especial de la consulta a nivel interno es una de las obligaciones estatales esenciales que, no obstante, dimanar de la suscripción y ratificación del mencionado Convenio como ya se ha hecho notar en ocasiones precedentes, no ha sido regulada una plataforma legal, que, en el ámbito nacional, sistematice apropiada y



suficientemente la consulta a los pueblos indígenas prevista en el mencionado instrumento internacional

Resulta importante resaltar que la emisión de disposición legal interna que regule el derecho de consulta, no adquiere relevancia solamente para solventar el cumplimiento internacional adquirido al suscribir el Convenio ya citado, que como Estado parte le corresponde a Guatemala, sino obedece también a la enorme y creciente necesidad de regular legalmente los aspectos necesarios que permitan llevar a cabo la misma y la participación en esta, y de esa forma dotar de seguridad jurídica a dichas situaciones que hasta este momento han quedado desatendidas por parte del Estado de Guatemala.

Es ese contexto, es importante resaltar lo que afirmó el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, quien en el año dos mil once, al formular sus observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala con relación a los proyectos extractivos indicó: *“A pesar de las obligaciones internacionales del Estado guatemalteco y de los compromisos adquiridos en su legislación interna, no existe actualmente en Guatemala un marco jurídico e institucional adecuado para llevar a cabo el deber estatal de consulta a los pueblos indígenas (...). Muchos de los factores que explican los actuales problemas que experimentan los pueblos indígenas en relación con los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos en sus territorios tradicionales son de carácter complejo y estructural. Algunos de ellos, sin embargo, responden a deficiencias y vacíos claramente identificables dentro del marco legislativo e institucional guatemalteco, y que exigirían una serie de reformas en el corto y mediano plazos (...) también coincide con otros órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos en que se debe avanzar*



urgentemente en la regulación de la consulta con miras a dotar estos procesos de una mayor certeza y seguridad jurídica... [Observaciones del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales – 2011–, párrafos 21, 34 y 35].

Referente a la omisión de regulación sobre el derecho de consulta, este Tribunal ha efectuado exhortaciones al Organismo Legislativo mediante diferentes fallos a fin de que sea superado ese vacío normativo, al respecto es pertinente citar entre otras, las sentencias dictadas en fechas ocho de mayo de dos mil siete, nueve de abril de dos mil ocho, veintiuno de diciembre de dos mil nueve, diecinueve de enero y cinco de diciembre, ambas de dos mil doce, cinco y veintiocho de febrero, y cuatro de diciembre, todas de dos mil trece, veinticinco de marzo, diez y catorce de septiembre, todas de dos mil quince, doce de enero y treinta y uno de marzo, ambas de dos mil dieciséis, veintiséis de mayo y veintinueve de junio, ambas de dos mil diecisiete, dictadas, respectivamente, en los expedientes 1179-2005, 2376-2007, 3878-2007, acumulados 2433/2480-2011, acumulados 2432/2481-2011, 4419-2011, 1008-2012, acumulados 4639/4646-2012; acumulados 156/159-2013, 1149-2012, acumulados 4957/4958-2012, 3753-2014, 2567-2015, acumulados 90/91/92-2017 y 3120-2016.

A pesar de las múltiples exhortativas al Congreso de la República para que cumpla con el compromiso adquirido por el Estado de Guatemala de legislar en materia de consulta a pueblos indígenas, a la presente fecha aún persiste la omisión legislativa advertida en aquellos fallos, lo que ha tornado difícil la implementación y ejecución de procesos consultivos oportunos en el marco del



Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Este Tribunal, además de las exhortativas emitidas en las sentencias relacionadas, en fallo de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dictado en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, con la finalidad de evitar que continuara la omisión de desarrollar una legislación que garantice el derecho en mención, compelió a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esa sentencia, desarrollara el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se aprobara la normativa legal atinente al derecho de consulta. Para el efecto, se indicó que debería tomarse en cuenta lo apuntado por este Tribunal en cuanto a la participación coordinada, sistemática y armónica de integrantes de los pueblos indígenas en ese proceso legislativo [sentencias dictadas dentro de los expedientes 1072-2011, acumulados 4957 y 4958/2012), acumulados 156 y 159/2013, 411-2014, y 3753-2014, respectivamente].

Aunado a lo anterior, en el fallo comentado (90-2017, 91-2017 y 92-2017) este Tribunal apuntó que la omisión por parte del Congreso de la República de legislar sobre la consulta referida, y dotar de certeza jurídica el goce del derecho a la consulta, ha propiciado la falta de concreción de proyectos, y por lo tanto la afectación, tanto de las comunidades indígenas como de las empresas inversionistas de los mismos; dichas situaciones llevaron a que en el expediente relacionado se adoptara la emisión de una sentencia estructurala fin de hacer factible la creación de directrices, normativas generales para configurar el procedimiento obligatorio de consulta a los pueblos indígenas, esto con la finalidad de superar la ausencia de legislación interna que regule sobre el particular.



Así también, este Tribunal en congruencia con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido jurisprudencia en la que ha indicado que la falta de regulación específica sobre el derecho de consulta no es óbice para que se deje de observar por parte del Estado en los casos en que corresponda llevar a cabo el proceso consultivo, pues como lo ha indicado el referido órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: *“(...) los Estados que ratifiquen el Convenio 169 deben garantizar su incorporación transversal a la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas; y al mismo tiempo deben adoptar medidas para garantizar la aplicación efectiva de dicha legislación, teniendo en cuenta que la falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169(...)*[Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington, D.C., Estados Unidos: OEA/Ser.LV/II. p. 85].

Así también esta Corte ha sostenido la jurisprudencia en el sentido que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, por ser un instrumento internacional en materia de Derechos Humanos, forma parte de la Constitución material o bloque de constitucionalidad guatemalteco, que este Tribunal ha identificado como el conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, comprendiendo tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales



contenidos en la Constitución formal, garantizando así la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, consolidando la garantía de los Derechos Humanos en el país [sentencias emitida en los expedientes 3878-2007, 2906-2011, 143-2013 y 5955-2013].

En ese sentido, cabe considerar que las disposiciones contenidas en el aludido instrumento internacional como parte de la plataforma normativa aplicable en el Estado de Guatemala por vía del bloque de constitucionalidad son de obligada observancia, por lo que al no atenderse el compromiso internacional en cuanto a adoptar el mecanismo idóneo para hacer efectiva la participación de las comunidades indígenas en los temas que les afectan, como un instrumento de protección de sus intereses a fin de dotar de plena vigencia de los derechos fundamentales de tales pueblos, se incurre en contravención a las normas constitucionales referidas, así como al propio Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Así también este Tribunal ha indicado reiteradamente que la falta de una ley que regule el derecho de consulta no puede ser considerada impedimento para que sea aplicado, en los casos que proceda, pues esto equivaldría a admitir que la pasividad del poder público tuviera como resultado legítimo “vaciar de contenido a aquél”, es decir la carencia de legislación ordinaria *ad hoc* no puede significar la nulidad del derecho que asiste a las poblaciones indígenas, que debe ser respetado por el Estado.

Por lo anterior es factible afirmar, como se ha indicado en otras ocasiones, que la regulación especial sobre este derecho es una tarea pendiente del Congreso de la República para lograr su debida protección y contribuir a la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, pues



una ley específica sobre el tema permitiría impulsar decididamente la implementación de la consulta previa, debido a que clarificaría términos y establecería responsabilidades y, por ende, coadyuvaría en la reducción de conflictos que actualmente han surgido debido a la omisión de consulta respecto a la autorización de proyectos de exploración y explotación mineras, así como hidroeléctricos, entre otros.

-IV-

SOBRE LA INVIABILIDAD DE LA CONSULTA FORMULADA.

Requerida la intervención de esta Corte, debe analizarse, en primer término, si quien acude al Tribunal ha observado los presupuestos necesarios a efecto de que se viabilice el conocimiento que sus cuestionamientos, así, sólo en el caso de que tales exigencias legales sean atendidas, puede accederse a emitir el pronunciamiento solicitado. Según el artículo 183 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad reclamada su intervención en forma legal en asuntos de su competencia la Corte no podrá, sin incurrir en responsabilidad, suspender, denegar, retardar la administración de justicia. Contrario sensu, cuando su intervención no es solicitada de conformidad con la ley, se encuentra imposibilitada para conocer el asunto de que se trate

En el presente caso, para establecer la viabilidad del planteamiento procede analizar, en forma preliminar, dos cuestiones primordiales. La primera, es la relativa a determinar si el funcionario consultante posee legitimación para formular la consulta. Como se asentó en el apartado II del presente documento, la petición fue formulada por el Presidente de la República de Guatemala, Alejandro Eduardo Giammattei Falla, quien, al tenor de lo que establece el artículo 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad ostenta legitimación



para realizar la consulta. Esta circunstancia permite advertir que, en el caso particular, ese presupuesto de legitimación fue debidamente observado.

Como segunda cuestión previa, debe determinarse la competencia de esta Corte para opinar. Este extremo debe establecerse en función de los cuestionamientos respecto de los cuales se solicita el pronunciamiento. Para el efecto debe partirse de un elemento relevante que, por mandato constitucional, la función esencial de esta Corte es la defensa del orden constitucional. Para el cumplimiento de esa labor a este Tribunal le ha sido conferido el carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa que actúa con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce las atribuciones que le asignan la Constitución y la ley específica de la materia. En ese sentido, debe analizar, como cuestión previa, si es viable conocer el fondo de los planteamientos que se sometan al juzgamiento de la jurisdicción constitucional.

En el presente caso se formula petición de opinión consultiva, acerca de la propuesta de proyecto de acuerdo gubernativo que pretende aprobar el *“Reglamento que contiene las pautas para realizar toda consulta a pueblos indígenas en Guatemala según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”*; por lo que en el caso concreto, por la forma en que se formula la consulta a esta Corte deviene necesario analizar si la misma encuadra dentro las facultades de opinión o rebasa el ámbito de su competencia en esta materia.

A efecto de esclarecer lo relativo a este punto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo preceptuado en los incisos e) e i) del artículo 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad tiene facultad de:



“e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y

proyectos de ley a solicitud de cualesquiera de los organismos del Estado; (...)

i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.” (el resaltado no es parte del texto constitucional).

Derivado de lo normado en ese precepto constitucional, y específicamente de lo regulado en la literal e) citada, puede requerirse la intervención de este Tribunal, de manera preliminar, cuando, en relación a la aprobación de instrumentos internacionales, o proyectos de ley a solicitud de cualesquiera de los organismos del Estado, que se dude sobre su constitucionalidad. Este último constituye un elemento insoslayable para acceder al examen del tema y que ha posibilitado una clara expresión del control preventivo de constitucionalidad ejercido por la Corte de Constitucionalidad.

Debe tomarse en cuenta que las opiniones que emite esta Corte tienen connotación interpretativa no vinculante para el poder público -ahí radica la diferencia en lo que concierne al control preventivo que se ejerce sobre las leyes con jerarquía constitucional, pues en este último caso el dictamen emitido por esta Corte forma parte del *iter* legislativo de estas-. Pero, en cualquiera de los casos, en consonancia con aquella función esencial atribuida a la Corte como suprema intérprete del Texto Fundamental -la defensa del orden constitucional-, como ya se dijo, la duda sobre la que se solicite pronunciamiento debe surgir respecto de proyectos de ley, tratados y convenios internacionales o disposiciones normativas que deban confrontarse con el Texto Fundamental.

En congruencia con lo anterior, en el caso en particular, se aprecia que el objetivo del solicitante es que por vía de opinión consultiva se realice un examen de un proyecto de acuerdo gubernativo, lo cual esta Corte considera que es



inviabile, pues dicha solicitud no va dirigida a realizar un examen previo de constitucionalidad de algún tratado, convenio o proyecto de ley, ni sobre asuntos de su competencia establecidos específicamente en la propia Constitución de la República de Guatemala, tal como lo regulan los artículos 272 del Texto Supremo y 163 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, sino, tal como se indicó, a realizar un examen de un proyecto de acuerdo gubernativo que desarrolla el procedimiento de consulta, aspecto que como quedó ya establecido en esta opinión, debe ser regulado por el Congreso de la República por medio de una disposición legal, y no por conducto de ningún Ministerio de Estado; y, en todo caso, el Organismo Ejecutivo puede ejercer su facultad de iniciativa de ley, consagrada en el artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala, con el objeto de someter a consideración del Congreso de la República de Guatemala el proyecto de ley que contenga el procedimiento en mención, según las pautas que sobre el derecho de consulta a pueblos indígenas establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y que esta Corte ha desarrollado en diferentes fallos, los cuales quedaron plasmados en la presente resolución (considerando II) y, de esa forma, dar cumplimiento a los compromisos que como Estado de Guatemala le corresponde atender en cuanto al Convenio ya indicado; lo anteriormente referido provoca la imposibilidad de analizar el fondo del asunto sometido a consideración de esta Corte, motivo por el cual este Tribunal se abstendrá de emitir la opinión solicitada.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 268 y 272, literal i), de la Constitución Política de la República; 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 149, 163, literal i), 179 y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 7 Bis del Acuerdo 3-89 de la Corte



de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, dispone:**I.** Por ausencia temporal del Magistrado Neftaly Aldana Herrera, se integra el Tribunal con el Magistrado José Mynor Par Usen.**II.** Se abstiene de emitir la opinión consultiva solicitada por el Presidente de la República de Guatemala. **III.** Notifíquese y, en su oportunidad, archívese el expediente.

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR
PRESIDENTA

DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ
MAGISTRADA

JOSÉ FRANCISCO DE MATA VELA
MAGISTRADO

JOSÉ MYNOR PAR USEN
MAGISTRADO

BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
MAGISTRADO

RUBÉN GABRIEL RIVERA HERRERA
SECRETARIO GENERAL

