

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"OBLIGACIONES DEL ESTADO DE GUATEMALA FRENTE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS"
TESIS DE GRADO

AJARIK LUIS EMANUEL RIVERA MUÑOZ
CARNET 11687-03

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, FEBRERO DE 2016
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"OBLIGACIONES DEL ESTADO DE GUATEMALA FRENTE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
AJARIK LUIS EMANUEL RIVERA MUÑOZ

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, FEBRERO DE 2016
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. GILDEGARD NOEMI GRAMAJO GRAMAJO DE ROSALES

Ana Belén Puertas Corro
Abogada y Notaria

Guatemala, 21 de octubre de 2015

Señores
**Consejo de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad Rafael Landívar**
Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, para hacer de su conocimiento que por designación del Honorable Consejo de Facultad tuve a bien realizar la labor de asesoría de la investigación de graduación del estudiante **Ajarik Luis Manuel Rivera Muñoz** carné número 1168703.

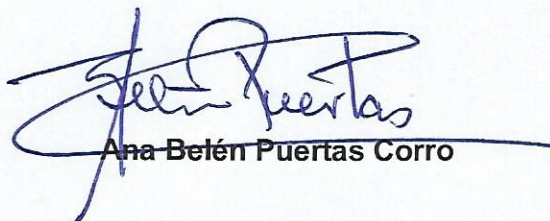
El estudiante **Rivera Muñoz**, desarrolló la tesis "**Obligaciones del Estado de Guatemala frente a los Pueblos Indígenas**", la cual forma parte del Manual de Pueblos Indígenas. La tesis a juicio de la suscrita reúne todos los requerimientos metodológicos y sustantivos que la Universidad Rafael Landívar demanda como parte de la formación con excelencia académica.

El informe final de investigación de **Ajarik Luis Manuel Rivera Muñoz**, considero, constituye una invitación al conocimiento a profundidad del tema específico de la misma.

En virtud de lo anterior, por medio de la presente, y en cumplimiento del mandato que el Consejo de Facultad me encarga, tengo el placer de emitir **dictamen favorable** a la tesis del estudiante **Ajarik Luis Manuel Rivera Muñoz**.

Sin otro particular, me suscribo de Usted.

Atentamente,


Ana Belén Puertas Corro

Guatemala, 26 de Febrero de 2016.

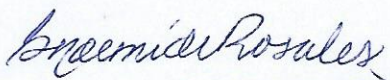
Lic. Enrique Sánchez Usera.
Director de Ejes Transversales
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Presente.

Estimado Señor Director:

Me es grato saludarlo cordialmente, e informarle en mi calidad de Revisora de forma y fondo de la Tesis del estudiante AJARIK LUIS EMANUEL RIVERA MUÑOZ carné 11687-03 que se intitula: OBLIGACIONES DEL ESTADO DE GUATEMALA FRENTE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS; que a la misma, el alumno ha incorporado las modificaciones sugeridas, las cuales han sido presentadas conforme al Instructivo de Tesis.

Y para los efectos correspondientes, le comunico esta circunstancia trasladándole el presente dictamen, confirmando que el estudiante ha cumplido con lo que se le ha solicitado por lo que procede otorgar la orden de impresión previo a acreditar la aprobación de la evaluación comprensiva, y se hace constar el visto bueno respectivo.

Atentamente,



Mgr. G. Noemi Gramajo de Rosales.
Académico Docente I



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 07890-2016

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante AJARIK LUIS EMANUEL RIVERA MUÑOZ, Carnet 11687-03 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07113-2016 de fecha 26 de febrero de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"OBLIGACIONES DEL ESTADO DE GUATEMALA FRENTE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS"

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 29 días del mes de febrero del año 2016.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Dedicatoria:

A Dios.

A mis Padres.

A mis hermanas.

A mis sobrinos.

Responsabilidad: El autor es el único responsable de los contenidos y conclusiones de la presente tesis.

Listado de abreviaturas

Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas	AIDPI
Administración de Tierras de Honduras	PATH
Aplicación de Convenios y Recomendaciones	CEACR
Asamblea de la Sociedad Civil	ASC
Asociación de Autoridades Saramaka	ASS
Asociación de Estudiantes Universitarios	AEU
Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku	Tayjasaruta
Centro de Derechos Económicos y Sociales	CDES
Centro por la Justicia y el Derecho Internacional	CEJIL
Comité de Emergencia de los Trabajadores	CETE
Comité de Unidad Campesina en adelante	CUC
Compañía General de Combustibles S.A.	CGC
Comunidades de Población en Resistencia	CPR
Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador	CONAIE
Confederación de Pueblos Autóctonos de Honduras	CONPAH
Consejo Supremo Electoral	CSE
Consejos Comunitarios de Desarrollo	COCODES
Consejos de Desarrollo Urbano y Rural	CODEUR
Consejos Municipales de Desarrollo	COMUDES
Constitución Nacional	C.N.
Constitución Política	CP
Constitución Política de Bolivia	CPB
Constitución Política de la República de Ecuador	CPE
Constitución Política de la República de Guatemala	CPRG

Coordinadora de Estudiantes de Educación Media	CEEM
Corte de Constitucionalidad	CC
Corte Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Derechos de los Pueblos Indígenas	DDPI
Derechos Económicos, Sociales y Culturales	DESC
Despachos de Pueblos Indígenas y Afrohondureños	SEDINAFROH
Estado de Derecho Constitucional	EDC
Estatad de Petróleos del Ecuador	PETROECUADOR
Estudios de Impacto Ambiental y Social	EIAS
Frente Estudiantil Robin García	FERG
Gobierno Central	GC
Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	SIDH
Organización Mundial del Trabajo	OIT
Organización Panamericana de la Salud	OPS
Organizaciones No Gubernamentales	ONGs
Partido de los Pueblos Costeños	PPC
Partido Indígena Multiétnico	PIM
Partido Revolucionario	PR
Patrullas de Auto-Defensa Civil	PAC
Pluralismo Jurídico	PJ
Programa Nacional de Educación para las Etnias Autóctonas y Afroantillanas de Honduras	PRONEEAAH
Regiones del Atlántico Norte	RAAN
Regiones del Atlántico Sur	RAAS
Sistemas Normativos Indígenas	SNI

Tribunal Constitucional Plurinacional

TCP

Unión Revolucionara Nacional Guatemalteca

URNG

Yapti Tasba Masrak Nanih Asla Takanka

YATAMA

ÍNDICE

“Obligaciones del Estado de Guatemala frente a los Pueblos Indígenas.”

RESUMEN

INTRODUCCIÓN.....i

CAPÍTULO 1

Las obligaciones actuales del Estado de Guatemala

1.1 La contextualización: antecedentes históricos recientes.....	1
1.2 Orden constitucional y derecho internacional de los Derechos Humanos.....	26
1.3 Derechos humanos.....	37
1.4 Marco legal constitucional sobre los pueblos indígenas en Guatemala.....	42
1.4.1 Constitución de 1945.....	43
1.4.2 Constitución de 1956.....	50
1.4.3 Constitución de 1965.....	53
1.4.4 Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.....	56
1.5 Derecho Internacional en Derechos Humanos (y legislación guatemalteca).....	61

CAPÍTULO 2

Fuentes interpretativas del Marco Jurídico Constitucional.....79

2.1 Principios de interpretación y Constitución Política de la República de Guatemala.....	79
2.1.1 Interpretación jurídica.....	93
2.1.2 Interpretación constitucional.....	101
2.2 Fundamentos derivados de convenios y pacto de las Naciones Unidas del Convenio 169 de la OIT e interpretación del mismo por parte de la Corte de Constitucionalidad.....	118

2.2.1 Fundamentos derivados de convenios y pactos de las Naciones Unidas del Convenio 169 de la OIT.....	118
2.2.2 Análisis interpretativo de la Corte de Constitucionalidad.....	123

CAPÍTULO 3

Legislación, jurisprudencia y casos paradigmáticos en el ámbito de los Pueblos Indígenas.....130

3.1 Realidad de Guatemala y legislación vigente.....	130
3.2 Del derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas.....	162
3.3 Estudio y análisis de casos paradigmáticos.....	194
Expediente 1179-2005 Corte de Constitucionalidad.....	194
Expediente 4419-2011 Corte de Constitucionalidad.....	197
Expediente 2376-2007 Corte de Constitucionalidad.....	199
Caso Yatama Vs. Nicaragua Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	205
Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	208
Caso del Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	211

CAPÍTULO 4

Derecho Comparado.....	216
4.1 Bolivia.....	216
4.2 Colombia.....	229
4.3 Ecuador.....	246
4.4 Honduras.....	255
4.5 México.....	268
4.6 Nicaragua.....	275

CAPÍTULO 5

Consulta previa, libre e informada.....	292
--	------------

CAPÍTULO 6

Presentación, análisis y discusión de resultados.....	346
--	------------

Cuadro de cotejo: Obligaciones constitucionales de los Estados hacia los Pueblos Indígenas.....	361
--	-----

CONCLUSIONES.....	363
--------------------------	------------

RECOMENDACIONES.....	366
-----------------------------	------------

REFERENCIAS

1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	369
2. REFERENCIAS NORMATIVAS.....	370
3. REFERENCIAS ELECTRONICAS.....	371
4. OTRAS REFERENCIAS.....	373

ANEXOS

Cuadro de Cotejo. Obligaciones constitucionales de los Estados hacia los Pueblos Indígenas.....	379
--	-----

Resumen ejecutivo.

El presente trabajo forma parte del “Manual de Derecho de los pueblos indígenas”. En él se desarrollan las obligaciones del Estado de Guatemala frente a los pueblos indígenas. Éstas consisten en garantizar, proteger y respetar los derechos colectivos de esos pueblos. El objetivo general del trabajo fue analizar el Marco Jurídico a nivel nacional y latinoamericano en cuanto a las obligaciones del Estado en este ámbito.

Se utilizó el método analítico, para comparar el marco jurídico nacional y latinoamericano con respecto a las obligaciones del Estado hacia los pueblos indígenas. Los tipos de investigación utilizados fueron el jurídico descriptivo y el jurídico comparativo. Asimismo se caracterizó la situación de los pueblos indígenas a nivel nacional. Además, dado que en Guatemala la legislación es poco desarrollada en materia de derechos y obligaciones del Estado frente a los pueblos indígenas, se estudió y comparó con legislaciones de otros países.

La pregunta principal de la investigación se resolvió mediante el estudio, análisis y comparación de la doctrina y la legislación internacional en materia de derechos humanos. Se elaboró, finalmente, un cuadro de cotejo en donde se comparan las unidades de análisis y se determinó la existencia o no de los indicadores, permitiendo analizar la falta de regulación constitucional de los pueblos indígenas en Guatemala y por ende de sus obligaciones en ese ámbito.

Introducción

El presente trabajo, titulado “Obligaciones del Estado de Guatemala frente a los pueblos indígenas”, forma parte de las líneas de investigación desarrollada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. Se trata específicamente del “Manual de Derecho de los Pueblos Indígenas”, que será publicado por esta facultad. El propósito es que el manual sirva, en el futuro, como fuente de consulta formal de quienes estén interesados en el Derecho Indígena.

Para contextualizar el tema a continuación se indican razones por las que se puede calificar de trascendente para Guatemala. La primera razón proviene del hecho de que en Guatemala existe una muy significativa población indígena. No se trata, como en otros países, de minorías. En Guatemala los pueblos indígenas de diferentes etnias y culturas constituyen más del cuarenta por ciento de la población del país.

La segunda razón, consiste en que durante los siglos XVI, XVII y XVIII (período colonial), el Reino de España no se preocupó de las poblaciones conquistadas; a partir del siglo XIX (período independiente), se pudo haber pensado, en lógica formal, que el nuevo Estado de Guatemala, atendería la situación de los indígenas que habitaban en el territorio nacional. Esto no fue así. Se tuvo que esperar hasta mediados del siglo XX para que el Estado guatemalteco empezara oficial y formalmente a tomar en cuenta a los “grupos indígenas”. La Constitución de 1945, en contraste con las anteriores constituciones, considera a los indígenas ciudadanos y específicamente establece “el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas” (Artículo 83). Ese fue un paso considerable en ese ámbito. En las siguientes constituciones no se vio un avance en la materia. Fue hasta en la Constitución vigente que se dieron otros avances, sin embargo el Estado no ha cumplido con sus obligaciones hacia los indígenas.

La tercera razón, se deriva del hecho de que el Estado de Guatemala ha adquirido compromisos nacionales e internacionales, al firmar los Acuerdos de Paz y convenios internacionales en esta materia, que son vinculantes, es decir, constituyen obligaciones

del Estado hacia los indígenas. Se puede, ahora sí, tratar el tema, antes inexistente, de las obligaciones del Estado con los pueblos indígenas.

La cuarta razón, es que la dinámica de los movimientos indígenas en América Latina y en Guatemala permite visualizar, cada vez con mayor claridad, que es impostergable que el Estado cumpla con las obligaciones adquiridas, de forma efectiva. Lo que se ha venido observando en los últimos años en ciertas regiones del país (Totonicapán, Huehuetenango y Quiché, entre otros departamentos) y lo que se ha venido desarrollando a partir del segundo trimestre del año 2015, hace pensar que los movimientos ciudadanos, sociales y políticos (urbanos y rurales), van a ser más exigentes en torno a los derechos ciudadanos y en particular los de las poblaciones indígenas. Además el cumplimiento con las obligaciones tiene efectos positivos para Guatemala desde el punto de vista económico, político y social.

Por las anteriores razones el presente trabajo puede tener relevancia y generar ideas, reflexiones y decisiones en torno al cumplimiento efectivo de las obligaciones del Estado frente a los “pueblos indígenas”.

En este orden de ideas la pregunta clave de la investigación consiste en dilucidar, ¿De qué manera el Estado de Guatemala garantiza y respeta las obligaciones ya establecidas tanto en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, como en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y en la legislación nacional?

El objetivo general consiste en analizar el Marco Jurídico a nivel nacional y latinoamericano en cuanto a las obligaciones del Estado con respecto a los Pueblos Indígenas.

Asimismo, se plantean los siguientes objetivos específicos: a) contextualizar históricamente la situación de los pueblos indígenas durante los gobiernos autoritarios y el conflicto armado; b) delimitar el marco doctrinal, su relación con el marco legal existente sobre las obligaciones de los Estados y los alcances de su aplicación; c) identificar y examinar los casos jurídicos paradigmáticos en el ámbito de las

obligaciones con los Pueblos Indígenas; d) explicar el derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas.

Para alcanzar los objetivos del presente trabajo se conceptualizan doctrinariamente los siguientes elementos de estudio: constitución, obligaciones del Estado, interpretación constitucional, derecho consuetudinario, derechos humanos y consulta previa.

Para Juan Manuel Terán y Contreras la Constitución material: “tiene su sustento en el paradigma kelseniano de que el Derecho rige su propia creación integrando un sistema de normas que regulan la formación de otras normas y así sucesivamente, hasta los últimos actos de ejecución que conforme a la teoría pura del Derecho ya no dan origen a ninguna norma; de esa manera se distingue la jerarquía de cada norma del sistema: una norma será de mayor jerarquía que otra; si regula o contribuye a regular la creación de esta última y viceversa, una norma será inferior jerarquía que otra, si está última regula o contribuye a regular su creación”.¹

Terán y Contreras agrega que la constitución formal: “es el cuerpo o conjunto normativo denominado generalmente “Constitución” y cuyo texto requiere un procedimiento legislativo especial, tanto para ser establecido como para ser modificado mediante reformas, adiciones o supresiones”.²

Las obligaciones del Estado para Andrés González Serrano y Jesús Eduardo Sanabria Moyano: “son respetar los derechos y libertades, la cual le impone al Estado el deber de abstenerse de cometer acciones que interfieran en el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. Además agregan que representan para el Estado el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público –rama ejecutiva, legislativa y judicial– de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”³

¹ Terán y Contreras, Juan Manuel. “El concepto de constitución material y la jerarquización normativa.” *Alegatos. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*. Publicación N° 83. México. Ene-abr. 2013. Pág. 16.

² *Ibíd.* Pág. 17.

³ González Serrano, Andrés y Jesús Eduardo Sanabria Moyano. “Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana. *Saber, Ciencia y Libertas*. Vol. 8. Publicación N° 2. Colombia. 2013. Págs. 46-47

Interpretación constitucional aclaran Andrés Felipe Zuluaga Jaramillo y Jefferson Bedoya Atehortúa que es: “aquella actividad que procura determinar el sentido de las disposiciones jurídicas constitucionales, y a partir de allí de los textos normativos de inferior jerarquía o de comportamientos conformes o no con la Constitución, con pretensiones de corrección.”⁴

Guisela Mayén citada por Rachel Sieder señala que el derecho consuetudinario: “son normas y prácticas que deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad en cuestión (que sean socialmente aceptadas, respetadas y cumplidas; y que deben haber sido practicadas por generaciones.)”⁵

Derechos Humanos, explica Mariana Blengio Valdés, son: “facultades y atribuciones que emergen de la esencia de la persona, cuya condición se erige en el valor de la dignidad, siendo reconocidos paulatinamente a través de la historia en los diferentes ordenamientos jurídicos, por diversas fuentes del ámbito nacional e internacional.”⁶

Consulta Previa, de acuerdo a Gloria Amparo Rodríguez: “es un derecho fundamental, que se convierte en un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo con los usos y costumbres de cada etnia, cada vez que se pretendan tomar decisiones que afecten a las comunidades.”⁷

El alcance de la presente investigación es tener una noción objetiva del contexto histórico reciente de los pueblos indígenas en Guatemala. Se tratará de establecer las causas actuales de la vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas con relación a otros sectores de la población. Se analizarán casos concretos en Guatemala en relación con el derecho a la consulta previa. Para poder determinar cómo está

⁴ Zuluaga Jaramillo, Andrés Felipe y Jefferson Bedoya Atehortúa. “Análisis crítico de las directivas de interpretación constitucional creadas por la dogmática jurídica.” *Revista de Derecho Público*. N° 33. Colombia. Julio-diciembre 2014. Universidad de los Andes. Pág. 5.

⁵ Sieder, Rachel. *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*. Guatemala. FLACSO. 1997. Pág. 9

⁶ fd. Blengio Valdés, Mariana. *Manual de derechos humanos*. Uruguay. Disponible en: http://www.fder.edu.uy/material/blengio-mariana_manual-derechos-humanos.pdf Fecha de consulta 10/6/2015

⁷ Universidad del Rosario. Rodríguez, Gloria Amparo. *La consulta previa, un derecho fundamental de los Pueblos Indígenas y grupos étnicos de Colombia*. Colombia. Disponible en: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/Investigacion-en-Derecho-Ambiental/ur/Catedra-Viva-Intercultural/Consulta-Previa/> Fecha de consulta: 10/6/2015.

Guatemala en relación a otros países que tienen pueblos indígenas, se hará una comparación con la legislación de; Bolivia, Colombia, Ecuador, Honduras, México y Nicaragua. Finalmente se estudiará y analizará el Convenio 169 de la OIT, específicamente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Al momento de realizar esta investigación se encontró que el límite consistió en que la temática siempre es abordada con mucha carga ideológica, particularmente en la historiografía. Podría no ser así en los textos legislativos. Es por eso que se ha sido muy cuidadoso en la escogencia de los textos consultados.

El aporte para el país del presente trabajo de investigación es establecer que dentro de las obligaciones del Estado de Guatemala no solamente se reconozcan los derechos de los pueblos indígenas sino que también, se cumplan con las obligaciones contenidas específicamente en el Convenio 169 de la OIT. Indirectamente se puede asimismo, al integrar en la toma de decisiones, a los pueblos mayas, garífunas y xincas, lograr un desarrollo más equitativo y acercarse al fin supremo del Estado, el Bien Común.

Las unidades de análisis del presente trabajo sobre las obligaciones del Estado fueron: la Constitución Política de la República de Guatemala, Constitución Política de la República de Honduras, Constitución Política de la República de Nicaragua, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución de la República del Ecuador, Constitución Política de Colombia y Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

El instrumento utilizado fue un cuadro de cotejo que constituye una guía matricial en las que se examinaron las unidades de análisis descritas en el párrafo anterior para evidenciar cualitativamente la existencia o no de los indicadores sobre: Derecho a la identidad, derecho a la libre determinación o autodeterminación, consulta previa, tierras y territorios, derecho al desarrollo, educación y principio de solidaridad.

Con este trabajo de investigación se resuelve la pregunta principal poniendo en evidencia que las obligaciones del Estado de Guatemala frente a los pueblos indígenas, a pesar de que los Convenios internacionales en materia de Derechos

Humanos son de cumplimiento obligatorio para los Estados signatarios como es el caso del Convenio 169 de la OIT, Guatemala no ha cumplido con dicho compromiso. Se observa asimismo que las organizaciones indígenas siguen exigiendo el derecho de poder decidir de forma participativa sobre asuntos que perjudican directamente sus derechos colectivos. En cuanto a la organización y autodeterminación de los pueblos indígenas para lograr dicha obligación, es necesario que Guatemala se reconozca como un Estado intercultural. Finalmente se determina que el Estado de Guatemala debe tener más iniciativas y voluntad política para cumplir efectivamente con sus obligaciones tanto de derecho interno como internacional.

Capítulo 1

Las obligaciones actuales del Estado de Guatemala.

No se puede abordar la temática de las obligaciones actuales del Estado de Guatemala sin antes visualizar con perspectiva histórica cuando han surgido y cuáles son puntualmente estas obligaciones. Sobre todo por el hecho que Guatemala, no hay que olvidarlo, fue un país conquistado y colonizado. Es decir que hubo vencedores y vencidos; conquistadores y conquistados. Los antepasados de los pueblos indígenas fueron sometidos por la fuerza de las armas a la servidumbre. Esta situación histórica es la que explica que durante siglos los indígenas fueron considerados habitantes de segundo orden.

Aún a partir de la independencia, a la luz de los hechos históricos y de las constituciones que estuvieron vigentes, los indígenas no fueron considerados ciudadanos. No fue sino hasta la Constitución de 1945, producto de la Revolución democrática de 1944, que se reconoció la ciudadanía de los indígenas.

Este trabajo no entrará a analizar la evolución histórica desde la independencia. El análisis parte del período posterior a la Revolución de 1944 para contrastar las Constituciones de 1956 y 1965 con la Constitución de 1945 y finaliza con la actual Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, así como el análisis de los compromisos adquiridos en el ámbito nacional e internacional por parte del Estado de Guatemala.

1.1 La contextualización de antecedentes históricos recientes

Para describir la contextualización histórica del período antes indicado se tomarán extractos de textos de autores que tratan el tema a partir de finales de 1954 hasta inicios de 1996, año de la firma de los Acuerdos de Paz. Se han tomado diferentes autores de diferente orientación para poder tener una visión balanceada de la contextualización.

El hilo conductor es cronológico. Se escoge 1954 pues se considera que es interesante contrastar la visión de los gobiernos liberacionistas y los gobiernos posteriores con la

visión de los dos gobiernos revolucionarios de 1944. El contraste se da también en las Constituciones, salvo la de 1985.

Está claro que con la llegada del gobierno de la liberación se rompe con la tendencia de otorgar no solo garantías individuales sino sociales. Durante el primer gobierno de la Revolución se estableció el Código de Trabajo y durante el segundo gobierno de la Revolución se promulgó la ley de Reforma Agraria que distribuyó tierras a los campesinos y favoreció también a poblaciones indígenas. El gobierno liberacionista eliminó la reforma agraria y recuperó gran parte de las tierras que habían sido distribuidas, además consideró que la mayoría de obreros y campesinos que reclamaban derechos eran comunistas.

Mario Solórzano Martínez apunta que Guatemala, a partir de 1954, ha tenido un proceso que está marcado fundamentalmente por un sistema político... eminentemente represivo, que responde a la Doctrina del anticomunismo a ultranza, en donde es “comunista”, todo aquel que no piensa igual que los grupos dominantes.¹

Además hay que señalar que en Guatemala, siendo en aquel momento un país eminentemente agrícola, poseer tierras para cultivarlas y sobrevivir era una necesidad. Las poblaciones que más requerían de ellas eran las indígenas. Después de 1954 la exigencia de tierras por parte de los indígenas fue considerada como comunista de parte del gobierno. Más tarde ya no eran considerados comunistas sino subversivos. Era una época en que se utilizaba el terror para excluir a los ciudadanos que pretendían participar en la toma de decisiones.

Fernando González Davison informa que en julio de 1954 fueron detenidos alrededor de “dos mil comunistas” tras la disolución del Congreso, incluyendo líderes campesinos (que la CIA pensaba serían utilizados según técnicas de Mao para hacer la Revolución).²

El autor utiliza las comillas en este párrafo al referirse a los comunistas. Para el gobierno todo aquel que luchaba por sus derechos se le calificaba de esta manera.

¹ Solórzano Martínez, Mario. Guatemala: autoritarismo y democracia. Costa Rica. EDUCA-FLACSO. 1987. Pág. 73

² González Davison, Fernando. Guatemala 1500-1970 (reflexiones sobre su desarrollo histórico). Pág. 85

Guatemala vivió una época muy tensa, debe acotarse que la intervención de Estados Unidos más que en función de la política interna, se hizo en función de la guerra fría. Por consiguiente, no tomaron en cuenta los problemas que podían derivarse de la suspensión de la Reforma Agraria que de cierta manera había favorecido a las poblaciones indígenas.

Para Solórzano Martínez en el plano internacional Estados Unidos ha jugado un papel trascendental con su respaldo abierto a dicha visión del mundo. El peso del respaldo norteamericano ha sido decisivo en la estructuración del modelo dominación autoritario y en su sostenimiento.³

Los pueblos indígenas han sufrido a lo largo de la historia y este período histórico no fue la excepción. La explotación laboral de los campesinos vuelve a surgir después de la caída de Arbenz. Lo que causó una fragilidad en la dinámica social de los pueblos indígenas, y posiblemente, una pérdida de identidad al tener que desplazarse a la costa para sobrevivir.

Carlos Guzmán Böckler indica que luego de la caída de Arbenz en el área rural las relaciones entre los gobernantes “anticomunistas” y la población campesina fueron muy tensas. También la coacción ejercida sobre la población “indígena” del altiplano para que fuera a levantar las cosechas en la costa sur se acentuó, puesto que el café se había añadido a la caña y al algodón.⁴

La escasez de la tierra vuelve a ser un punto trascendental dentro de la población rural guatemalteca. El trabajo realizado durante el gobierno de Arbenz para eliminar tierras ociosas de los terratenientes, fue anulado: Luego de su caída, se vuelven a recuperar las tierras expropiadas. Algo que a todas luces es una forma de mantener a toda la población debilitada y evitar que algún sector de la población exigiera sus derechos adquiridos durante la reforma agraria.

³ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.* Pág. 65

⁴ Guzmán Böckler, Carlos. *Colonialismo y Revolución.* México, Argentina, España. Editorial Siglo XXI editores, S.A. 1975.P. 222

Explica González Davison que el nuevo gobierno otorga Q 6.8 millones a los “libertadores”. Suspende la Reforma Agraria y entrega la tierra a sus dueños anteriores (incluso retorna algunas fincas nacionales a ciertos alemanes, expropiadas en 1944, por cierta presión de Bonn, condicionando así la importación de café). Se expulsa a los campesinos beneficiarios quienes, acosados, buscarían refugio, incluso en México. Algunos morirían en el camino. A cambio, el gobierno decreta el Estatuto Agrario, mediante el cual se proseguirá perpetuando el control de la tierra a favor de los terratenientes. La entrega de parcelas a campesinos sería simplemente una fachada para proseguir otorgando tierra a los nuevos advenedizos del gobierno, incluyendo 17 fincas nacionales hasta 1960.⁵

La sociedad se encuentra dividida, fundamentalmente, entre dos ideologías. Unos que buscan el bienestar de la mayoría de la población, a los cuales se les denomina “comunistas” y otros que buscan solamente su propio bienestar, y no les interesa la población mayoritaria ni los pobres, “los anticomunistas”. Éstos últimos son los que sustraen las tierras de manos de los agricultores. Los “anticomunistas” tenían conocimiento que el que tuviera la propiedad de la tierra en Guatemala adquiriría una gran parte del poder de decisión en una sociedad donde hay poco trabajo.

Dos autores, abordan ese tema:

Para Julio Castellanos Cambranes en 1954 Guatemala atravesó un largo período de conflictividad social, el cual se acrecentó en la medida que las fuerzas populares se reorganizaron para luchar por los derechos abatidos. Por otra parte, la oligarquía clásica traumatizada por la reforma agraria producto de la Revolución gestionó la recuperación de cada centímetro de la tierra expropiada, desatando una campaña anticomunista inspirada por un obsesivo resentimiento revanchista.⁶

René Poitevin enuncia que se comenzó el enfrentamiento entre comunistas y anticomunistas como dos visiones distintas sobre el poder político y con ello sobre el destino del país. El comunismo tenía la visión de construir una sociedad con un modelo

⁵ González Davison, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 85-86

⁶ Castellanos Cambranes, Julio. *Guatemala: sobre la recuperación de la memoria histórica. Entrevista a dos voces. Guatemala. Editora Cultural de Centroamerica.2008. Pág. 338*

socialista planificado y supuestamente igualitario, tomando como inspiración la Revolución Rusa.⁷

Diversos autores concuerdan en que el objetivo fue eliminar de raíz la reforma agraria. Lo que se buscaba era recuperar las tierras ya que esto permitía mantener la hegemonía con relación al trabajador agrícola ya que sin tierra, los pueblos indígenas eran presa fácil de explotación laboral y eran mantenidos en total sumisión.

Determina Solórzano Martínez que es lógico suponer que, al ser la burguesía terrateniente, un elemento fundamental de la alianza, su primera exigencia estuviese dirigida a la reimplantación del sistema anterior a la revolución; en otras palabras, que se acabara con el proyecto de reforma agraria. De igual manera, una de las exigencias del imperialismo era la devolución de las tierras expropiadas a la United Fruit Company, por el Decreto 900.⁸

Dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas no se hallaba arraigado el sentimiento de posesión individual sobre la propiedad, pues para ellos, ni la tierra ni la naturaleza se encontraban sujetas a individualismos, más bien era algo comunal de lo cual todos podían beneficiarse, por lo cual no necesitaban de un título que lo garantizara. En ese orden de ideas es pertinente señalar lo que plantea Jean-Loup Herbert, quién resalta las siguientes características en cuanto a la situación de Guatemala en este momento:

- a) La concentración de la tierra para Herbert dio comienzo con la colonia y no se ha detenido,...⁹
- b) Alude también que la concentración es el sistema mercantilista en materia de tierra; desde la colonia la tierra está sometida a un proceso de venta que favorece al que tiene el poder de compra y acceso a los medios jurídicos y políticos de apropiación, incluso utilizar la violencia para acumular tierra.¹⁰

⁷ Poitevin, René y otros. Compendio de Historia de Guatemala 1944-2000. Guatemala Asies. 2005. Pág. 18

⁸ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.* Págs. 129

⁹ Guzmán Böckler, Carlos y Herbert, Jean-Loup. Guatemala: una interpretación histórico-social. México. Siglo veintiuno editores. 1970. Págs. 73,76.

¹⁰ *Loc. Cit.*

- c) Las dos tendencias anteriores según Herbert, ponen al español, al extranjero y al ladino en posición ventajosa frente al “indígena”, expropiado de su tierra antes de conocer el pleno sentido de la propiedad privada.¹¹
- d) Además sostiene que geográficamente, durante todo este período se va reforzando la polarización espacial, proyección rigurosa de la polarización económica.¹²

Sin ahondar en las intrincadas ideologías políticas, se consideró a los pueblos indígenas como izquierdistas, en el entendido de tener como meta prioritaria la igualdad social, lo cual podía reflejarse en la concepción del acceso a la tierra ya abordado. Sin embargo, como es propio de esta ideología, esta igualdad social suele consignarse a costa de algunos derechos individuales, tales como la tierra misma. Como es presumible esta situación originó que los pueblos indígenas fueran objeto constante de represión, resultando gravemente damnificados.

Jorge Luján Muñoz afirma que se creó un cuerpo de investigación y represión contra los comunistas e izquierdistas llamado Comité de Defensa Nacional contra el Comunismo, en el cual se centralizó toda la información de personas y grupos que se suponían comunistas,...

La tierra constituyó el medio de sobrevivencia de la población indígena, por lo que al momento en que se les expropiaron éstas, no tenían ninguna posibilidad de desarrollo. A lo anterior, hay que agregar que las tierras, originariamente pertenecientes a los pueblos indígenas, no tenían por razones históricas, títulos individuales de propiedad, ya que éstas no se adquirían, al ser de uso colectivo.

Es por eso que Solórzano Martínez plantea que la crisis que se vivió en 1954 respondió a un intento por detener un proceso históricamente irrefrenable, por lo que el problema de la tierra que había empezado a resolverse en la Revolución, quedó truncado. En este sentido, no se había podido canalizar y resolver las contradicciones económicas

¹¹ *Loc. Cit.*

¹² *Loc. Cit.*

¹³ Luján Muñoz, Jorge. Breve historia contemporánea de Guatemala. México. Editorial Fondo de cultura económica. 1998. Pág. 298

que se derivaban de esta problemática. Se esbozó como solución ecléctica el impulso de desarrollo industrial, pero sin una solución tajante al problema agrario, este era y continuaría siendo, la esencia del problema socio-político que aquejaba Guatemala.¹⁴

Quedó demostrado que en este punto histórico el poder terrateniente ejercía el dominio, si bien hubo expropiaciones, la entrega de las tierras expropiadas no era para los más necesitados, sino para los que tenía más ansia de poder. La extensión territorial era proporcional a la cantidad de mano de obra para explotarla, igual a salarios ínfimos y condiciones de trabajo deplorables.

Poitevin comenta que Castillo Armas se comprometió a no intentar tan siquiera un proceso de reforma agraria. Para refrendar ese compromiso, se eliminó la figura conocida como propiedad en función social, circunstancia que definió la desaceleración del ritmo y la dirección de las expropiaciones. Incluso, se promulgó el Decreto 31 donde se ordena al Estado la devolución de tierras expropiadas, dejando a merced de los finqueros a cientos de campesinos que no tardaron en ser expulsados violentamente de las tierras que trabajaban.¹⁵

Habiendo caracterizado algunos elementos claves del cambio histórico entre los gobiernos de los revolucionarios y de los liberacionistas contrarrevolucionarios, es pertinente describir brevemente la evolución posterior para determinar el camino de Guatemala, especialmente referente a los pueblos indígenas.

Según Guzmán Böckler el asesinato de Castillo Armas en 1957 provocó una ruptura significativa en las filas de la derecha, enfrentando a los seguidores de Castillo Armas contra los resabios del "Ubiquismo" representados en el General Miguel Ydígoras Fuentes, quien llegó a la presidencia en 1958. Dos años después se produjo un levantamiento militar contra el gobierno, que si bien, fracasó en sus fines inmediatos, constituyó un punto de partida para la guerra. El terreno inicial de operaciones fue

¹⁴ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.* Pág. 90-91

¹⁵ Poitevin, René y otros. *Op. Cit.* Pág. 22

Sierra de las Minas y las montañas aledañas al valle del Río Motagua, en la región nororiente del país.¹⁶

Para el mismo autor, los denominados “poderes reales” buscaban presidentes que siguieran la misma corriente, después del asesinato del caudillo de la “liberación”. Esto significaría para los pueblos indígenas seguir con los mismos escenarios de los gobiernos anteriores, a lo cual los años venideros se ciñeron.

Posteriormente y a través de un golpe de Estado, se llega al primer gobierno militar, comenzando con ello la opresión y represión ante lo cual no se visualizaban caminos políticos ni diálogo. Para algunos la única forma de poder exigir cambios al sistema político y económico, fue la opción de las armas. Fue tanto el miedo al comunismo que los gobiernos no tomaron iniciativas que buscaran el desarrollo de un país golpeado por injusticia social y subdesarrollo. Tampoco se adoptaron políticas que incluyeran, apoyaran y mejoraran a las poblaciones indígenas; en consecuencia, éstos continuaron sufriendo la misma explotación bajo la cual fueron sometidos desde la época de la conquista. Por lo anterior la respuesta de muchos fue sumarse a la insurgencia, con la finalidad de poder expresarse en relación a la satisfacción de sus necesidades, esto les valió ser considerados como comunistas aún cuando no lo fueran.

Solórzano Martínez hace ver que en el ámbito político, el régimen que se estableció devendría nuevamente en formas autoritarias, sobre todo a partir de 1963, cuando los militares asumen el control del gobierno y se convierten en el componente fundamental del régimen político.¹⁷

En el mismo sentido escribe González Davison que el General Ydígoras estableció un gabinete ministerial militar, con lo cual el ejército influye plenamente en el gobierno para tratar de restablecer el orden en plena crisis económica y social.¹⁸

En ese contexto es interesante lo que exterioriza José Antonio Móbil, que durante los gobiernos liberacionistas y de Ydígoras Fuentes, los Estados Unidos inmerso en los

¹⁶ Guzmán Böckler, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 223

¹⁷ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.* Pág. 45

¹⁸ González Davison, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 93

términos de la guerra fría y un anticomunismo delirante inició la depuración de los ejércitos latinoamericanos, entre ellos el guatemalteco, esto para aplicar a fondo la doctrina llamada posteriormente: de la seguridad nacional. La nación en su conjunto sufrió los rigores de la represión indiscriminada y la militarización paulatina. Para ello, el gobierno emitió el Decreto 1424 de fecha 21 de febrero de 1961, denominado Ley de Defensa de las Instituciones Democráticas, reafirmando la ilegalidad del comunismo e imponiendo penas de cárcel a quienes fueren acusados de tal afiliación, esta represión se dirigió especialmente contra la universidad y sindicatos.¹⁹

El régimen militar que se instala consolida los cambios que los gobiernos anteriores hicieron en contra de los avances de los gobiernos revolucionarios de Arévalo y de Arbenz. Está claro que se trata de la primera avanzada de los gobiernos militares autoritarios que se instalaron después del gobierno civil de Méndez Montenegro. No se trata de gobiernos formalmente democráticos, sino de gobiernos autoritarios que anularon la oposición y reprimieron cualquier manifestación de demandas políticas y sociales.

Carlos Guzmán Böckler amplía el panorama social de la época al puntualizar que la acción cívica, utilizada por estadounidenses en Vietnam durante la guerra, intentaba cubrir algunas necesidades materiales de los poblados pequeños en áreas rurales, en las cuales se desarrollan o se esperaba el desarrollo de guerra entre guerrillas. Esta práctica por ende consistía en procurar determinados alimentos, servicios de salud o recreaciones como paleativo, con la finalidad de neutralizar a la población por una parte, y obtener información, por la otra.²⁰

A este respecto, Jorge Luján Muñoz menciona que como parte de la estrategia de lucha antissubversiva, el ejército, con apoyo de Estados Unidos, organizó el programa de acción cívica, con la finalidad de obtener respaldo popular. Se implementaron “jornadas” de tipo médico, dental y sanitario en comunidades rurales seleccionadas, sobre las cuales recaía un especial interés en obtener su respaldo. Además, se amplió

¹⁹ Móbil, José Antonio. Guatemala, el lado oscuro de la historia, tomo II. Guatemala. SERVIPRENSA, 2012. Pág. 236-237.

²⁰ Guzmán Böckler, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 247.

ostensiblemente el número de comisionados militares y sus responsabilidades, para brindar un falso sentimiento de seguridad en la población.²¹

En las regiones mayormente indígenas, el objetivo fue de cierto modo “comprar” a los más necesitados, lo cual se presumiría que lejos de lograr su objetivo tendría efectos negativos debido a que confrontaría a quienes fueron favorecidos por estas estrategias con quienes no lo fueron. Sin embargo, lo que buscaban era posibles informantes, una vez obtenida la información dividirían las fuerzas e interés de las áreas rurales manteniendo así el control en plena crisis política.

Anota Solórzano Martínez en cuanto al proceso electoral, que se realizaban cada cuatro años y al reflejar resultados desfavorables a los intereses de los poderosos, dichas elecciones quedaban sin efecto, en consecuencia, se imponían a candidatos militares previamente seleccionados, lo cual constituyó evidentes fraudes electorales.²²

Es por ello que los regímenes imperantes en ese momento histórico no constituían una democracia real sino un autoritarismo disfrazado, en el cual la toma de decisiones correspondía a los poderes facticos, no favorables a los pueblos indígenas, quienes se encontraban excluidos de cualquier toma de decisión a nivel nacional.

Refiere González Davison que el ejército logró cohesionar a su bloque en el poder (Gobierno de Ydígoras Fuentes y sus aliados), en una comunidad de intereses frente a los desordenes populares y esencialmente contra la guerrilla. Este bloque dominante sin legitimidad, toma la vía de la ilegalidad, de la exclusión y de la negación de otros sectores en la vida social para logra así –por medio del nuevo Jefe de Estado, coronel Enrique Peralta Azurdia– estructurar una base política relativamente sólida, que no había podido concretarse desde 1954. Ya en el año 1963 la cohesión ideológica del bloque en el poder se realiza bajo el mismo argumento utilizado nueve años atrás: el anticomunismo.²³

²¹Luján Muñoz, Jorge. *Breve historia contemporánea de Guatemala*. Op. Cit. Pág. 315-316

²²Solórzano Martínez, Mario. Op. Cit. Pág. 46

²³González Davison, Fernando. Op. Cit. Pág. 94

La fórmula de coacción utilizada por los gobiernos liberacionistas para persuadir a la sociedad civil, es retomada bajo el pretexto de lucha contra el comunismo, lo cual no impidió el surgimiento de movimientos guerrilleros. Estos mismos movimientos fueron posteriormente la justificación a la que se recurrió para continuar con la represión a la población en general y en los territorios indígenas en particular.

Para González Davison, el golpe militar de marzo de 1963 tuvo un doble efecto: Por una parte fue una medida para ahogar un posible cambio de régimen o de estructura política, y por otro lado frustró las expectativas ciudadanas de lograr una democracia real.²⁴

Sin una democracia real, la participación de los pueblos indígenas se mantiene reducida a nada, consolidando su exclusión política y con ello coartando sus derechos tanto en la esfera individual como en la colectiva.

Señala Solórzano Martínez en relación al intervencionismo estadounidense la siguiente cronología: Los unionistas y los liberales negociaron en 1920 frente al embajador norteamericano, la salida del dictador Estrada Cabrera; en 1944 frente al mismo embajador, sólo que con otro nombre, se realizaron acuerdos entre los revolucionarios y los representantes de la dictadura poncista; en 1954 es también en la embajada norteamericana que se tomó la decisión de la salida del gobierno revolucionario. Aunado a lo cual se encuentra la participación de Estados Unidos en el golpe de 1963 y en la entrega del gobierno a Julio César Méndez Montenegro en 1966.²⁵

Estados Unidos como un factor determinante en la política nacional y extranjera, ha influenciando la toma de decisiones políticas y económicas, al tener un enfrentamiento mundial directo contra el comunismo. Esta potencia en protección a sus intereses y en atención a su política estatal decide intervenir en los países centroamericanos quienes desplegaban políticas internas para mejorar las condiciones de vida de su población; esto en respuesta a la necesidad de control que ha caracterizado a Estados Unidos.

²⁴ *Ibíd.* Pág. 95

²⁵ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.* Pág. 69

En la misma orientación, Castellanos Cambranes apunta que el golpe de Estado dado a Ydígoras y el gobierno del coronel Enrique Peralta Azurdía, dio inicio a un período de sangrientas dictaduras militares y de gobiernos civiles títeres. A partir de ello y hasta la actualidad los gobiernos de tinte liberacionista, militar o civil no han sido capaces de solucionar los problema sociales que aquejan a Guatemala, dentro de los cuales se encuentra la distribución de la propiedad de la tierra.²⁶

Puede inferirse hasta acá la falta de observancia de las obligaciones estatales con toda la población, especialmente con la población indígena.

Continúa González Davison apuntando que los indígenas del altiplano buscaron la costa sur (donde empezó a prosperar el algodón, el azúcar, la citronela, el caucho), un poco el norte (El Petén) y aún menos, la capital. En efecto, si la agricultura en términos generales había decaído de 1957 a 1963, los años venideros serían de auge: La nueva frontera agrícola de la costa sur sería el motor novedoso del capitalismo del agro. Ello motivó una tendencia hacia la concentración de tierras y la expropiación de grandes finqueros sobre los pequeños. Por añadidura, en las escasas zonas de colonización, oficiales eran beneficiados ampliando así los privilegios de una oficialidad que empezó a gustar de aquel reinado.²⁷

Las labores de agricultura siempre han sido la fuente de trabajo y desarrollo de los pueblos indígenas, sin embargo al no poseer tierras propias tenían que trasladarse de un lugar a otro para trabajar tierras ajenas que anteriormente pertenecieron a sus antepasados.

Para el mismo autor las acusaciones externas contra el gobierno militar derivaron de razones que iban desde la ilegitimidad del mismo, hasta la violación a los derechos humanos; ello en un ambiente de estado de sitio, de larga duración. Los sectores moderados democráticos están en el exilio, ante la persecución que fue sistemática. Se recuerda a los veintiocho comunistas lanzados al océano en el preciso momento que el gobierno llamaba al “retorno a la constitucionalidad” para celebrar elecciones a la

²⁶ Castellanos Cambranes Julio. *Op. Cit.* Pág. 346

²⁷ González Davison, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 98

presidencia, esto influenciado por el intervencionismo estadounidense. Existió optimismo en aquel gobierno que abrió las puertas a la tecnocracia, la cual fue cooptada políticamente. Se realiza un censo nacional, que revela en el agro el mantenimiento de una estructura arcaica.²⁸

La exigencia de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos y con ello de los pueblos indígenas era inexistente. La distribución de la tierra como tema intrínsecamente atado a los pueblos indígenas se encontraba asimismo ligada con la antojadiza clasificación de comunismo y subversión, ante lo cual los pueblos indígenas debieron continuar con un perfil sumiso.

Afirma González Davison que la embajada norteamericana consideró que un gobierno civil constituiría una mejor estrategia contra la guerrilla, esto debido a que en ese sentido se permitiría un mayor acceso ante la posibilidad de asesoría militar norteamericana en materia contrainsurgente. Los militares entregarían el gobierno bajo la condición de un posible golpe si interfería en los límites de su “autonomía”; asimismo bajo la consideración de ser únicamente un gobierno “interino”.²⁹

Este nuevo gobierno debió mostrar su fuerza contrainsurgente, para lo cual no le importaba si los reprimidos formaban parte de grupos insurgentes o no; o si su lucha era intelectual y en pro de derechos humanos: Todos eran considerados enemigos por igual. Ninguna persona podía ir en contra del sistema, los órganos de inteligencia estaban en todos lados y si había una sospecha de ideología izquierdista era reprimida. No existía por parte del Ejecutivo ninguna protección a los derechos humanos, menos entonces los derechos específicos de los pueblos indígenas.

Para Castellanos Cambranes el sector económico tradicional preserva a toda costa el orden establecido, manteniendo con ello la explotación, pobreza e injusticia social característicos de la sociedad rural de los siglos XIX y XX. Lo único nuevo de la dominación tradicional, es la estrecha alianza que existe entre la oligarquía agraria y la burguesía financiera, mercantil e industrial, surgida a partir de la segunda mitad del

²⁸ *Ibíd.* Pág. 99

²⁹ González Davison, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 100

siglo XX en Guatemala. Estos sectores nuevos son los vástagos de los finqueros tradicionales, los hijos de papá, que han tenido una sólida formación profesional en universidades norteamericanas, introduciendo en el país los valores típicos del capitalismo monopolista de Estado, que caracterizan al Imperio.³⁰

Ese orden afecta significativamente a los pueblos indígenas. Se mantiene la pobreza e injusticia social, que vienen desde la colonia y que se manifiesta principalmente en las áreas rurales y entre estas las de occidente de mayoría indígena.

Solórzano Martínez describe que en el curso de los últimos treinta años la relación campo-ciudad ha cambiado en el país. El espejismo del desarrollo industrial, la carencia de medios para el auto-sostenimiento de la familia campesina y el proceso de proletarización que se ha dado en el campo y la ciudad, han conducido a que emerjan grupos sociales considerables que han sido marginados. ... Este conglomerado no sólo reivindica respuestas por parte del Estado a sus demandas inmediatas, sino al mismo tiempo, amplían éstas, exigiendo una mayor participación en la decisión política.³¹

En algún momento se tenía que empezar. El autor Mario Solórzano Martínez, lo plantea de forma clara: Los pueblos indígenas fueron los grupos sociales más marginados. En Guatemala, en aquel período, todavía no se visualizan obligaciones del Estado con relación a esas poblaciones indígenas.

Menciona Solórzano Martínez que en este sentido y superior a cualquier ideología, los objetivos fundamentales a alcanzar eran: Un sistema democrático real, la defensa radical de los derechos humanos y el cese del terror y la represión, con lo cual se ampliaría el espacio de participación políticas de los diferentes grupos sociales.³²

Se tenían las ideas definidas; los intelectuales progresistas sabían lo que se tenía que hacer, sin embargo, no era fácil materializarlo. La protección de los derechos humanos es fundamental. Que se tengan ideologías distintas no implica ni justifica la violación de los derechos que son inherentes al ser humano. Ahora bien en la realidad, para un

³⁰ Castellanos Cambranes, Julio. *Op. Cit.* Pág. 330

³¹ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.*, Pág. 49-50

³² *Ibid.* Pág. 67

Estado autoritario y represivo, los derechos humanos no existen; estos Estados vulneran, generalmente, la integridad y las garantías de las personas. Si estos derechos no existían para estos Estados, menos podía pensarse de los derechos propios de los pueblos indígenas.

En este punto de los antecedentes históricos se mencionarán brevemente ciertos aspectos del fenómeno social de los movimientos subversivos.

Carlos Guzmán Böckler manifiesta que, por una parte, las inconformidades de los sectores urbanos y ladinos surgidas de la oclusión de los caminos democráticos para solucionar los problemas políticos y, por la otra parte, los resentimientos dejados en el campo por las persecuciones a los campesinos beneficiados por la normativa adoptada en la reforma agraria, ligadas a la creciente toma de conciencia de la ineluctabilidad de los sistemas de explotación económica, desembocaron brotes de inconformidad que, primero en forma separada, y más tarde conjuntamente, condujeron al país a una guerra civil no declarada en la que el bando gubernamental estuvo asistido financieramente por el gobierno de los Estados Unidos de América, quien –además- le proporcionó asistencia técnica y soporte internacional.³³

Históricamente la reforma agraria fue la acción política que desató el derrocamiento del gobierno de Arbenz y posteriormente, las acciones contra los campesinos que en su mayoría eran indígenas. Estas acciones, no habiendo formas pacíficas de solucionar la problemática, ni diálogo, condujeron a un camino diferente, el de las armas. Las personas que más habían sido afectadas fueron las de las áreas rurales. En ese contexto, encontrar gente para luchar contra ese tipo de gobiernos y a favor de la justicia y de los derechos humanos, no fue difícil.

Sugiere Solórzano Martínez que el parto prematuro que significó el inicio de la lucha guerrillera en Guatemala, como producto de la radicalización de grupos medios entusiasmados por el triunfo de la revolución cubana, le dio el toque final a la formación de una cultura autoritaria y terminó de consolidar el pensamiento reaccionario de los

³³ “El medio ambiente en la memoria histórica, en el presente y en la construcción del porvenir”. *Temas de nuestra América #35*. Costa Rica. 2003. Siglo XXI editores. Pág. 196.

grupos dominantes, que convirtieron la contrainsurgencia en la política pública número 1 del Estado guatemalteco.³⁴

La guerra fría estaba en el momento más tenso. Estados Unidos no podía permitir que Centroamérica se perdiera. Esto se debía impedir a toda costa. La solución que encontraron fue manipular las elecciones y un método de guerra antisubversiva estructurada y territorialmente localizada.

Solórzano Martínez expone que se aplicará una línea altamente represiva que se enmarca dentro de una concepción ideológica contrainsurgente. En momentos históricos determinados, tal el caso del período 1970-1974, aplicarán dicha línea política a pesar de que la insurgencia había sido totalmente derrotada: Contrainsurgente sin insurgencia. Esta visión política los conducirá a ver como enemigos a todos aquellos grupos o personas que se oponen al modelo de dominación, sin importar que sean o no subvertores del orden público y que luchen pacífica o violentamente. Esta política de represión indiscriminada deviene en una permanente violación a los derechos humanos.³⁵

Poitevin explica que las reivindicaciones indígenas no abarcaban el campo de los derechos humanos, concretamente el derecho al respeto de la diversidad cultural. Sus peticiones eran de índole económica: Tierras, crédito agrícola, mejores precios para sus productos y aumento de salarios en el campo. No obstante, alrededor de estas reivindicaciones, se estaba conformando lo que más adelante sería el movimiento maya. En ese sentido, entre 1974 y 1976 se organizaron tres seminarios sobre la realidad indígena y la necesidad de la unificación del pueblo maya a partir de la riqueza de sus comunidades lingüísticas. Estos seminarios, que permitieron que emergiera un nuevo liderazgo político, fueron convocados por la Coordinadora Nacional Indígena.³⁶

La población indígena tenía que empezar por algo, no fue el respeto a la diversidad cultural lo que exigieron principalmente, pero si el respeto de los derechos humanos, así como la posesión de tierra y derecho a un salario digno, que puede que no sean

³⁴ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.* Pág. 32

³⁵ *Ibíd.* Pág. 46

³⁶ Poitevin, René. *Op. Cit.* Pág. 52-53

específicamente derechos humanos de los pueblos indígenas, sin embargo su goce permite que los mismos vivan en condiciones dignas.

Asimismo, Guzmán Böckler hace ver que durante los treinta y seis años (1960-1996) que duró la guerra civil en Guatemala, el deterioro de los recursos naturales fue ostensible. Por una parte, porque desde mediados del siglo XX la tasa de crecimiento de la población global pasó de 1.3% a 3.1%. Este fenómeno no fue exclusivo de Guatemala sino aconteció en todo el Tercer Mundo a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, durante la cual se pusieron a punto muchas técnicas de combate a enfermedades tropicales que hasta entonces segaban a las poblaciones desnutridas. La consecuencia fue una disminución de las tasas de mortalidad, un crecimiento en la esperanza de vida y un aumento en las tasas de natalidad. Por consiguiente, las demandas de alimentos, empleos y tierras aumentaron sin que se pusieran a punto políticas que encararan el problema en su globalidad.³⁷

Son informaciones y datos que se deben tener en cuenta para analizar la situación de los pueblos indígenas en ese período. Al haber mayor población, existe mayor necesidad de recursos y por consiguiente de tierra como bien lo establece Guzmán Böckler. La población indígena³⁸ estaba en la pobreza como desde hacía siglos pero se empobrecían más al ser más numerosos. Las poblaciones indígenas seguían pues siendo perjudicados de sobremanera en los ámbitos políticos, económicos y sociales.

Explica Solórzano Martínez que el desarrollo histórico de la sociedad guatemalteca presenta como rasgo distintivo un tipo de relación, entre dominantes y dominados, de carácter autoritario, que desde la instauración del régimen político liberal u oligárquico ha tratado de dar la apariencia de una sociedad democrática, fundamentada en la existencia de constituciones, juego de partidos políticos y elecciones. Todos los dictadores oligárquicos reformaron constituciones para prorrogar sus períodos presidenciales o realizaron consultas electorales para los mismos fines.³⁹

³⁷ “El medio ambiente en la memoria histórica, en el presente y en la construcción del porvenir”. *Op. Cit.* Pág. 197

³⁸ Indígena en el sentido de maya pues a partir de la Constitución de 1985 se consideran indígenas, los mayas, garífunas y xincas.

³⁹ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.* Pág. 29.

Se está ante democracias formales. Aunque estén fundamentadas en constituciones, no regía un Estado de derecho, ni el respeto a los derechos humanos. Los partidos políticos han sido aparatos electorales que no persiguen el bien común de los ciudadanos ni el desarrollo del país.

Jorge Luján Muñoz menciona que al llegar el cambio de gobierno de Arana a Laugerud, la guerrilla se encontraba en una etapa de readaptación, luego de sus sucesivos fracasos en el “foco” rural oriental y en el frente urbano. Entonces se estaban estableciendo los primeros cimientos de su organización en varias partes del altiplano, en donde los indígenas son mayoría. Además, escogieron hacerlo a lo largo de la frontera con México, a fin de tener la posibilidad de comunicación y de entrar y sacar personal y armamento.⁴⁰

No había ningún apoyo por parte de los gobiernos a los pueblos indígenas. Por consiguiente la guerrilla estableció sus bases cerca de poblaciones indígenas ya que conociendo su situación podían reclutar personas que engrosaran sus filas. Los pueblos indígenas se encontraban en medio de dos planteamientos ideológicos que no eran suyos. Se menciona lo anterior porque, con visión del presente, puede decirse que las ideologías que compartían los pueblos indígenas no eran la de ninguna de los dos bandos. Lo que buscaban, pragmáticamente los pueblos indígenas, era la satisfacción de necesidades vitales y medios para sobrevivir, particularmente acceso a la tierra.

Aclara Luján Muñoz que en cambio, después de reconocer a los ganadores, ocurrieron dos hechos significativos de lo que sucedería en el nuevo gobierno: Una ola de protestas populares por la subida de precios, encabezadas en la Capital por el Comité de Emergencia de los Trabajadores (CETE) y otros grupos estudiantiles (Asociación de Estudiantes Universitarios (AEU), Frente Estudiantil Robin García, (FERG) Coordinadora de Estudiantes de Educación Media (CEEM); y en mayo la muerte de más de 100 campesinos q'eqchi'és en Panzós, Alta Verapaz, cuando presentaban sus reivindicaciones de tierras en forma pacífica y sin armas. El destacamento militar

⁴⁰ Luján Muñoz, Jorge. *Op.Cit.* Pág. 333.

disparó y a pesar de las protestas posteriores de muchos grupos nunca se investigó lo sucedido ni se castigó a los responsables.⁴¹

El año 1978 fue representativo del terror en que se vivía. La represión de las manifestaciones obligaba a los necesitados, a no reclamar en lo absoluto. No les quedaba más que no manifestar públicamente, o bien, optar por la lucha armada para que se hicieran realidad los derechos que exigían y sus necesidades fueran satisfechas.

Indica Solórzano Martínez que el año de 1979, significó para la sociedad guatemalteca el inicio de una de las etapas más críticas de su historia política, particularmente, por la respuesta violenta del Estado, para contener la eclosión de una protesta generalizada, frente a los viejos y nuevos problemas que se presentaron. La ceguera estatal irrumpió en contra de todos aquéllos que se encontraban dentro del amplio abanico de la oposición. Fueron perseguidos estudiantes, obreros, campesinos, intelectuales y dirigentes de los partidos políticos democráticos. La miopía ideológica colocó a todos, sin esclarecer los planteamientos, como enemigos del sistema, dando lugar a una violencia indiscriminada que acabó con el liderazgo popular en el país.⁴²

Efectivamente existía un amplio abanico de oposiciones. La mayoría de las personas estaban en desacuerdo con las políticas del gobierno que iban en contra del bien común de la inmensa mayoría de ciudadanos de la que formaban parte las poblaciones indígenas. El bienestar para una minoría, el empobrecimiento para las mayorías. A lo anterior se añade el hecho que los comportamientos y actitudes que ciertos sectores arrastran desde la colonia, no sólo, no disminuyeron sino que se intensificaron contra las comunidades indígenas, por ser sospechosos de colaborar con la subversión y por ser discriminados dada su diferente cultura, idioma y etnia. Para estos sectores estas diferencias no deberían de existir pues se oponen a la cultura occidental que es la que debe ser dominante.

⁴¹ Luján Muñoz, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 338-339

⁴² Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.* Pág. 16

Explica Solórzano Martínez que el gobierno encabezado por Romeo Lucas García prácticamente dejó de considerar la variable internacional dentro de su propia política nacional; ahí, que adoptara una actitud de ignorancia frente a la crítica externa, tanto del gobierno norteamericano, que llegó incluso a suspender la ayuda militar, como de los organismos encargados de velar por los derechos humanos, así como de gobiernos democráticos.⁴³

Con el seguimiento internacional, como lo menciona el autor, se podían sentir más protegidos los guatemaltecos; sin embargo, sin monitoreo externo la situación se puso peor. Obviamente también, el Estado dejó de cumplir, ni siquiera mínimamente, con sus obligaciones. Si con cierto seguimiento internacional en derechos humanos se asesinó a ciudadanos inocentes, al no participar organismos especializados en derechos humanos, Guatemala entró en una situación de extrema gravedad y de incumplimiento de los derechos humanos.

Refiere Luján Martínez que el centro y la izquierda moderada tenían esperanzas de que el gobierno Lucas-Villagrán supondría mantener la apertura que se había dado al principio del cuatrienio de Laugerud, y que se harían algunas reformas sociales con el apoyo de la socialdemocracia. Nada de ello se materializó. Al producirse las primeras protestas populares, el gobierno pareció tolerarlas, pero en cuanto se hizo evidente quiénes las dirigían, la fuerza pública actuó sin contemplaciones y demostró cuál sería la tónica en los siguientes cuatro años.⁴⁴

Continuó pues, la misma política de no dejar actuar a personas que tuvieran otros intereses que no fueran los del sistema establecido. No se podía hacer nada al respecto y un pueblo pasivo era lo que buscaba el gobierno de turno al igual que todos los que se habían sucedido hasta esa fecha.

En ese contexto, los pueblos indígenas optaron por esperar, para tener posiblemente en el futuro y en mejores condiciones, más posibilidades de exigir sus derechos,

⁴³ *Ibíd.* Pág. 57

⁴⁴ Luján Muñoz, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 340.

mantener ilusiones para recuperar sus tierras y preservar lo que les es propio, su cultura, arraigada desde hace siglos.

Para Solórzano Martínez el grado de violencia que alcanzó la lucha política y la irracionalidad en la aplicación de la represión condujo a una desvalorización total de la sociedad. Este fenómeno es percibido por los diferentes componentes sociales y políticos del país. Hay un sentimiento que se expresa en la condena a la violación de los derechos humanos, en el reclamo de las viudas y de los familiares de los desaparecidos, en la protesta al crimen social y en la forma como se conduce la relación política. En este punto, se establece una convergencia entre todas las fuerzas políticas que plantean la renovación de la sociedad: Desde la intelectualidad universitaria, la iglesia en sus diferentes expresiones y los partidos y organizaciones políticas.⁴⁵

Desborda toda capacidad de entendimiento, el desprecio humano de ese gobierno. Era desproporcionada la fuerza que utilizaba para detener a seres humanos que luchaban por sus derechos. Más bien se necesitaban iniciativas de gobierno que favorecieran a la población; esas acciones hubieran alejado a las poblaciones de las ideas subversivas. En esa forma se hubiera defendido mejor el sistema reinante. El gobierno estaba en una encrucijada porque la gente ya no toleraba más masacres pero tenía temor a reaccionar. A los intelectuales y políticos serios correspondió visualizar los medios para lograr una verdadera democracia y un estado de derecho donde gobernantes y gobernados cumplieran con un Estado de derecho.

Ampliando la visión, señala Solórzano Martínez que se reimplanta el viejo modelo de desarrollo capitalista, sustentado en latifundio, que el período revolucionario había pretendido superar; de este modo, el desarrollo económico del país avanzó con un paso mucho más lento y en condiciones de total dependencia.

Pasan los años y sigue existiendo el mismo problema de la concentración de la propiedad de la tierra en un reducido grupo de personas. Los campesinos, en su

⁴⁵ Solórzano Martínez, Mario. *Op. Cit.*, Pág. 66

mayoría indígenas, trabajan las tierras de los latifundistas. Trabajan en condiciones laborales injustas e insalubres. El bajo ritmo de crecimiento económico se mantiene y los problemas de las tierras están presentes en las peticiones de muchos pueblos indígenas. Puede plantearse que buscar una solución razonable a este estado de cosas, era posible con democracia, con la inclusión, en la toma de decisiones, de todos los sectores de la sociedad guatemalteca.

En ese orden de ideas, plantea Solórzano Martínez que el proyecto económico de la nueva alianza se resume en dos grandes políticas: La reimplantación de la vía de desarrollo capitalista, basada en el latifundio, que significó la supresión de la reforma agraria; y la profundización de la dependencia, como consecuencia del rompimiento de la política nacionalista.⁴⁶

El concepto de latifundio es clave en este extracto. Se infiere lo que buscaba la oligarquía del país: disponer del trabajo de los campesinos sin tierra, en su mayoría indígenas; requerir sus servicios en el momento que se deseara, pues teniendo siempre los trabajadores agrícolas necesidades básicas por satisfacer, éstos en cualquier momento podían ser contratados. Esta situación empeoró en ciertas áreas de poblaciones indígenas donde se arrasaron tierras. ¿Dónde estaban sus derechos? ¿Dónde las obligaciones del Estado?

Estas dudas se responden indirectamente. Detalla Luján Muñoz que el 31 de enero de 1980 un grupo de campesinos k'iche's del *Comité de Unidad Campesina en adelante (CUC)*, acompañados por algunos estudiantes universitarios insurgentes, ocuparon la embajada aparentemente con el deseo de forzar al gobierno a que les escuchara y aceptara sus condiciones. El hecho fue inmediatamente conocido por las autoridades policíacas, que rodearon la misión y luego ingresaron al jardín, a pesar de las advertencias en contra (telefónicas y de viva voz del embajador, que indicaba que no lo autorizaba y que se debía respetar la extraterritorialidad diplomática). El hecho culminó con el ingreso violento de la policía al edificio, y su incendio, en el que murieron todos los ocupantes (invasores, empleados, diplomáticos de la embajada y visitantes que se

⁴⁶ *Ibíd.* Págs. 128

encontraban al momento de la toma), con excepción de uno de los visitantes que pudo esconderse y salir antes del incendio, y de un campesino y el propio embajador, que con quemaduras fueron conducidos a un hospital privado y alojados en habitaciones vecinas.⁴⁷

Se evidencia pues que, en esa época oscura y trágica, no se respetaban derechos ni existían obligaciones. Las autoridades del momento no respetaron el convenio internacional que protege el territorio de embajadas y consulados. Se hace referencia a ese evento en especial para hacer ver que Guatemala estaba pasando por un momento en que no se respetaban el derecho internacional ni mucho menos los derechos humanos. En este evento trágico, lo que deseaban los campesinos quichés era ser escuchados y exigir sus derechos.

También ilustra esta situación Ricardo Bendaña Perdomo cuando indica que en la víspera del terremoto hay una primera masacre de campesinos en Chisec, luego sin que nunca se aclarara, en 1976 es asesinado el primer sacerdote católico, el P. Guillermo Woods, un misionero norteamericano de Maryknoll, antiguo piloto de la II guerra mundial, quien estaba promoviendo y financiando un proyecto de cooperativas agrícolas con mayas de occidente, en el norte del Quiché y Huehuetenango.⁴⁸

La vida humana no se respetaba ni valía nada en los momentos en que se dio el conflicto armado interno. Además siendo todos guatemaltecos, no se podía visualizar que pudieran darse vencedores ni vencidos. Parece que no se entendía que el objetivo de los mal llamados subversivos era ayudar a que cambiara la situación de las poblaciones más necesitadas. Aún los religiosos que crearon en esas zonas indígenas cooperativas, lo que no era una reforma agraria, en lo absoluto, sino que constituían una ayuda para que las personas más pobres, en su mayoría indígenas, mejoraran su actividad productiva y comercial fueron considerados subversivos y, como tales, eliminados violentamente. El objetivo del sacerdote Woods era hacer producir las tierras y dividir las en parcelas, para que los pobladores pudieran tener incentivo

⁴⁷ Luján Muñoz, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 341.

⁴⁸ Bendaña Perdomo, Ricardo. *Una historia repensada y desafiante 1500-2000. Guatemala. Artemis Edinter. 2012.* Pág. 297

económico. Las perspectivas de mejora de los mayas al poner en producción tierras cooperativas se vieron truncadas por el asesinato del sacerdote Woods. No era un subversivo pero así fue considerado.

Para Bendaña Perdomo se sigue la tradición de un sistema militar-democrático muy sui generis, el 1 de julio de 1978 se da el cambio de presidente, siempre entre generales. Asume la presidencia el general Romeo Lucas García. ...En el campo cientos de miles de personas, especialmente indígenas, emigran a las ciudades y a la capital o se van a las montañas y selvas formando comunidades de población en resistencia (CPR) o pasan al otro lado de la frontera con México. Es tal la atrocidad que en 1980 el Vice-Presidente de la República, Dr. Francisco Villagrán Kramer, presenta su renuncia irrevocable por no avalar lo que estaba haciendo el Gobierno de turno. En esos años Guatemala es reconocida como uno de los más grandes violadores de los derechos humanos.⁴⁹

Ya no podían más las poblaciones indígenas; sin tierra y con la necesidad de luchar por su sobrevivencia, toman decisiones; una era luchar por lo que querían, la otra que era salir del país y sobrevivir en paz del otro lado de la frontera. No era justo pero por esos acontecimientos los pueblos indígenas vieron cómo se desvanecía toda capacidad de buscar una solución a los problemas que los perjudicaban. Por un lado, al luchar contra los antisubversivos se perdieron vidas de personas que posiblemente tenían liderazgo que en estos días hace falta. Por el otro los expatriados se desarraigaban de la realidad nacional pero no implicaba que se olvidaran de sus raíces. Al retornar, pudieron exigir sus derechos y la defensa de sus intereses como pueblos mayas.

Apunta Bendaña Perdomo que se obliga a los campesinos de las zonas en conflicto a incorporarse a las Patrullas de Auto-Defensa Civil (PAC), dirigidas por el Ejército, para enfrentar a campesinos con campesinos, como se hizo desde La Conquista.⁵⁰

La frase célebre de Nicolás Maquiavelo: “Divide y vencerás” es exactamente lo que trataba de hacer el régimen militar de la época. Era la mejor forma para afectar a los

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 298

⁵⁰ Bendaña Perdomo, Ricardo. *Op. Cit.* Pág. 299

pueblos indígenas: que el propio indígena arrasará a su mismo pueblo. Esto causó mucho daño.

Es muy penoso describir todo lo que ha pasado en Guatemala en cincuenta años. Se puede plantear que el Estado de Guatemala no se ha enfocado en responder eficazmente a las necesidades de la mayoría sus ciudadanos en general y de los indígenas. Lamentablemente los eventos y las tendencias del pasado han tenido secuelas. La obsesión de eliminar el “anticomunismo” causó un daño que todavía sigue incidiendo negativamente en el pueblo de Guatemala y afectando el desarrollo económico y social.

Fue necesario hacer esta breve descripción de la historia reciente, para que se pueda entender objetivamente la situación actual de los pueblos indígenas. Por ideologías impuestas por otro país y apoyadas internamente por grupos poderosos interesados, los gobiernos intentaron eliminar como si fuera una enfermedad grave y contagiosa, el propósito que perseguían los gobiernos revolucionarios a partir de 1944: un Estado democrático capaz de diseñar e implementar políticas públicas para promover el desarrollo económico y social de Guatemala y para solucionar los problemas, de todo tipo, que afectaban a la gran mayoría de guatemaltecos y sobre todo a los indígenas.

La actual coyuntura es propicia para que el Estado diseñe, implemente y avance en el ámbito de sus obligaciones con respecto a los pueblos indígenas. Estados de nuestro continente han avanzado significativamente con respecto los pueblos indígenas, tanto en su legislación como en la aplicación de la misma.

En ese ámbito y teniendo en mente lo que se ha podido lograr en algunos países latinoamericanos, el siguiente numeral, después de un breve análisis sobre el orden constitucional, aborda las constituciones y compromisos que en Guatemala han tenido vigencia de 1954 a finales de 1996, explica la importancia de tener una Constitución de avanzada y trata el meollo de este trabajo: las obligaciones del Estado de Guatemala frente a los pueblos indígenas.

1.2 Orden constitucional.

El Estado se organiza con base a la Constitución. Es por esta razón que el presente apartado buscará con diferentes autores explicar lo que es el orden Constitucional y visualizarlo desde una perspectiva de Guatemala en lo que respecta el tema de este trabajo.

Indica Patricio Peña Romero que (...) la constitución política reglamenta las bases de la vida estatal y social. Sus disposiciones no se limitan a los principios sobre la estructura y la función de la organización estatal. La carta política es más bien un ordenamiento de valor fijo que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana como base jurídica suprema. (...) ⁵¹ La explicación anterior es para poder determinar que para que exista un orden constitucional debe haber una Constitución. Además de la organización del Estado en la Constitución se determinan los derechos y principios que deben velar los gobernantes y gobernados para buscar un Estado de derecho.

Los Estados están constituidos bajo un orden constitucional y en ese marco se protegen las libertades y derechos fundamentales que aseguran la vida social; los Estados está obligados a garantizar y proteger esos derechos.

En este sentido explica Franz Thedieck que “los elementos básicos de una Constitución son el Estado de derecho y el Estado social. El Estado de derecho es un principio tradicional de todas las constituciones que se enmarcan en las declaraciones sobre los derechos humanos... Se puede afirmar que, en primer lugar, el Estado de derecho abre la posibilidad a las personas para gozar de la libertad, que es la base democrática de todo. Segundo, comporta la visión de una sociedad abierta y no cerrada, que integra a todos los elementos de la sociedad y primordialmente a los deprimidos, a aquellos que fueron excluidos por su raza, color de piel, género, etc”. ⁵²

El Estado de derecho, como principio fundamental de una democracia, permite la libertad y por ende el desenvolvimiento social de todos los ciudadanos. Cabe señalar

⁵¹ Peña Romero, Patricio y otros. El Tribunal de Garantías Constitucionales: conflictos y jurisprudencia, periodo 1980/1990. Ecuador: ILDIS: Fundación Friedrich Ebert. 1990. Pág. 63

⁵² Thedieck, Franz. Desafíos y nuevos paradigmas constitucionales. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS). Ecuador. 2008. Pág. 21

que en el caso de Guatemala el Estado de derecho durante mucho tiempo no aseguro a los pueblos indígenas esos derechos. A lo largo de la historia han sufrido grandes ataques hacia sus libertades. La sociedad guatemalteca no ha sabido valorar las diferencias étnicas. La crueldad que ha sido utilizada para occidentalizar su cultura y evitar por ende proteger su identidad como pueblos indígenas. Los gobiernos los han mantenido en el olvido para poder moldearlos a sus intereses y que se olvidaran de sus derechos especiales. Pero lo esencial es que se han mantenido unidos en ciertos momentos más activos que otros pero siempre buscando las formas para mejorar su situación en un Estado constitucional que debe velar por las necesidades de todos los ciudadanos. Lo que se busca es que con el Estado de derecho se logre una sociedad abierta que incluya a todas las personas que habitan el país. En las constituciones guatemaltecas, salvo la vigente, no han sido considerados como tales.

Refiere Thedieck que pensar en el fundamento del Estado social quiere decir recapacitar, además de los derechos humanos, en la responsabilidad del Estado y de la sociedad para apoyar a la gente. En realidad, los derechos humanos son muy formales y no ayudan a los pobres. Ayudan sobre todo a la gente que está bien situada, que tiene propiedad (el derecho de propiedad, que es muy importante). Con el Estado de derecho se tiene el derecho de igualdad, pero una igualdad escrita en la ley no significa igualdad real.⁵³

Desde el punto de vista del poder político, en Guatemala se respeta el Estado de Derecho; las relaciones entre gobernados y gobernantes, se rigen por la Constitución; la intención de los constituyentes es el respeto a la constitución y las leyes. Sin embargo, el Estado social tiene otros propósitos: buscando no solamente respetar los derechos humanos, sino el compromiso del Estado para cumplir las obligaciones contenidas en la constitución. Es relevante indicar que el autor determina que: “los derechos humanos son muy formales y no ayudan a los pobres”. Desde la realidad nacional podría considerarse que no está equivocado. Se ha logrado con dificultad que se les otorguen ciertos reconocimientos estableciendo en leyes y ciertos acuerdos gubernativos normas que buscan la protección de los pueblos indígenas. Sin embargo

⁵³ *Ibíd. Pág. 23*

surgen, al momento de hacerlos valer, complicaciones porque primero la protección existente es mínima, y segundo el Estado no cumple con sus obligaciones. Indica el autor Thedieck que una igualdad escrita en ley no es una igualdad real. Esta afirmación conduce a la reflexión en el sentido que tiene que existir voluntad e iniciativas tanto del Estado como de la sociedad para que lo que está escrito en las leyes se cumpla efectivamente en todos sus aspectos. Esto, como se verá más adelante, en Guatemala se aplica en lo que concierne a los pueblos indígenas a la constitución vigente, ya que en las anteriores nada se contemplaba en ese ámbito. No hay que dejar de lado que hace falta profundizar más los temas relacionados con los pueblos indígenas, pero los movimientos pro mayas ya están buscando soluciones.

Menciona Peña Romero que los derechos fundamentales son directamente derecho vigente; todos los órganos estatales están obligados en su actuación a observar las disposiciones de la norma suprema. Algunos derechos fundamentales son restringibles por leyes dentro de ciertos límites estrechos; pero nunca debe atentarse contra la base de la garantía constitucional. Según el principio del Estado de derecho, toda actuación por parte del Estado, está supeditada a la ley y al derecho. En virtud del principio de separación de los poderes, las funciones estatales son ejercidas por órganos de la legislación, del Poder Ejecutivo y Jurisdiccional, independientes unos de otros.⁵⁴

Los derechos fundamentales son derecho vigente; de lo que se infiere que si hay derechos humanos reconocidos en la legislación guatemalteca éstos deben ser respetados por todos. Por consiguiente, lo que busca el Estado derecho es que los poderes del Estado se hagan responsables y cumplan con sus obligaciones.

Menciona asimismo Thedieck, que el Estado de derecho es un marco resuelto en las constituciones tradicionales. Usualmente se afirma que se refiere a la democracia formal y es cierto, pero —en una primera reflexión—hay que señalar que a pesar de ser formal establece a los derechos humanos que fundamentan la paz que se necesita para vivir en sociedad. Entonces, es un marco importantísimo. Un Estado de derecho

⁵⁴ Peña Romero, Patricio y otros. *Op. Cit.* Pág. 63

quiere preservar la integridad y la libertad de las personas frente al Estado, porque el Estado es poder y fuerza, es peligroso. Por ello, esta tradición es importante.⁵⁵

Guatemala, a lo largo de la historia reciente, ha sido un Estado Constitucional. Pero lo que hay que subrayar es que en las constituciones no existían obligaciones que cumplir por parte del Estado en relación a los pueblos indígenas. No fue sino a partir de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 que esto sucedió. Los derechos humanos son fundamento de la paz. Se deben respetar todos los derechos humanos incluyendo, obviamente, aquellos que son específicos para los pueblos indígenas. En ese ámbito, reconocer los derechos de los pueblos indígenas implica y amplía necesariamente el ejercicio de esos derechos políticos, sociales y culturales a todos los ciudadanos indígenas.

Para Rolando Tamayo y Salmorán se entiende por Constitución: “el conjunto de reglas, disposiciones o mandatos que funcionan como el primer acto condicionante de un sistema jurídico nacional. Con ello se utiliza una definición totalmente neutra que permite incluir en ella todos los tipos de constitución que existen y que puedan existir. Asimismo incluye la modalidad de la constitución escrita como la no escrita. Sea pues, que conste por escrito, sea pues de tradición no escrita, será constitución aquel grupo de disposiciones, reglas o mandatos que funcionan como el primer acto condicionante (acto originario) de un orden jurídico nacional.”⁵⁶

Guatemala como país de democracia formal ha tenido constituciones, pero no ha existido la voluntad política por hacer valer lo establecido en las Constituciones sobre todo en materia de derechos humanos. Si bien es cierto que esta afirmación se aplica más a las constituciones anteriores a la de 1985, también concierne a ésta última a pesar de las expectativas que generó su promulgación y del respaldo que recibió de parte de la sociedad y de los profesionales del derecho, particularmente en lo relativo las iniciativas de protección y garantía de los derechos específicos de los pueblos indígenas. Existiendo una estructura más sólida en relación a los derechos humanos

⁵⁵ Thedieck, Franz. *Op. Cit.* Pág. 22

⁵⁶ Universidad Nacional Autónoma de México. Tamayo y Salmorán, Rolando. El derecho consuetudinario y la constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1977. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/847/9.pdf> Fecha de consulta 27/4/2015.

tanto a nivel nacional como internacional se espera que el Estado de Guatemala cumpla efectivamente con sus obligaciones, en congruencia con la realidad nacional y los compromisos adquiridos en el plano internacional.

Popper citado por Thedieck (...) afirma también que no se debe definir el destino de las generaciones futuras pero sí se puede abrir la oportunidad para que lo definan ellas mismas. De modo que el objetivo de una Constitución no consiste tanto en definir la política de futuro sino en abrir puertas, oportunidades, para dar a otros la posibilidad de definir su destino. (...) ⁵⁷ Al analizar el párrafo anterior, está claro que la constitución no lo puede prever todo, por consiguiente se deben establecer las bases de la nación y es por ese motivo que se deben conocer las necesidades actuales para poder hacer una planificación global de la dirección que se debe tomar como República.

Interesante la acotación: No se debe definir el destino de las generaciones futuras, se debe abrir la oportunidad para que la definan ellos mismos. En Guatemala hay un porcentaje elevado de población indígena. No obstante lo anterior, los indígenas prácticamente nunca han tenido la oportunidad, no sólo de expresar lo que sienten sino de participar en la formulación de las leyes y en la toma de decisiones en lo que les atañe. Las constituciones han sido muy generales y además no se les ha dado esa libertad para hacer ver e implementar sus intereses. Las constituciones han sido elaboradas por grupos de personas que desconocen la realidad y la cultura de los indígenas; grupos que no han incluido representantes genuinos de las etnias indígenas.

Tamayo y Salmorán infiere que siempre que haya un sistema de normas, dicho sistema tendrá, forzosamente, una constitución, puesto que todo sistema posee, necesariamente, un conjunto de disposiciones, reglas o mandatos que funcionan como el primer acto condicionante del sistema. Se puede afirmar, por tanto, que todo orden jurídico del tipo que sea, con el régimen político que abrigue, de la ideología que sustente, tendrá siempre necesariamente, una constitución. De todo lo anterior se entiende que: Sólo será constitución, el conjunto de disposiciones, reglas o mandatos que funcionen como el primer acto condicionante del sistema. Aquello que no sean

⁵⁷ Thedieck, Franz. *Op. Cit.* Pág. 22

mandatos, reglas o disposiciones que originen un orden jurídico histórico son meras prédicas sociales, idearios políticos, palabras de un texto, etcétera, pero no una constitución.⁵⁸

Se deduce que hay fallas en las constituciones cuando no contienen sistemas de normas específicas que originen un orden jurídico para pueblos y culturas que no sólo son diferentes a otros grupos de ciudadanos sino que tienen, demográficamente, peso significativo con respecto a la población total. Es lo que ha logrado establecer la nueva constitución de Bolivia.

Partiendo de la constitución boliviana, cabe entonces preguntarse dónde se sitúa la Constitución actual de Guatemala. El contexto en el que fue formulada fue diferente a las de las anteriores constituciones. Se avanzó pero no lo suficiente. La constitución de 1985 no contiene específicamente obligaciones del Estado hacia los pueblos indígenas. En las anteriores constituciones (salvo la de 1945), a los indígenas ni se les tomaba en cuenta.

Según las ideas de Thediek el Estado Social sugiere mecanismos para alcanzar la igualdad material, real, y la integra en la Constitución. Cuando se estudian los fundamentos constitucionales de la Revolución francesa se aprecia cómo se puede utilizar el cuarto poder, el de los más pobres, para luchar por sus derechos y amparar la igualdad material. El Estado social recupera esta situación para abrir el mundo entre los ricos y los marginalizados y definir la obligación del Estado de procurar más igualdad entre los distintos grupos sociales. De esta manera, el Estado social tiene que ver con la dignidad de la vida humana de todos los ciudadanos.⁵⁹

Se enfatiza, de todos los ciudadanos. Lo que se busca es precisamente que no haya ciudadanos de primera o de segunda categoría o bien ciudadanos ignorados o invisibilizados.

En el entorno contemporáneo, que es el que interesa para el análisis de las obligaciones del Estado de Guatemala frente a los pueblos indígenas, es indudable que

⁵⁸ Universidad Nacional Autónoma de México. Tamayo y Salmorán, Rolando. *Op. Cit.* Fecha de consulta 27/4/2015.

⁵⁹ Thedieck, Franz. *Op.Cit.* Pág. 23

éstos siguen siendo sectores marginados social y políticamente y afectados económicamente.

En la Constitución Política de la República de Guatemala en relación a los pueblos indígenas no hay igualdad formal, se está cada vez más cerca de lograrla pero aún falta mucho por hacer. Tal es el caso por ejemplo que las leyes no están escritas en idiomas que los pueblos indígenas puedan entender y también al momento de ser juzgados los mayas, garífunas y xincas necesitan de un intérprete ya que no hablan el idioma oficial ya no se diga en cuanto a la igualdad material que es mucho más compleja y complicada; su logro es, de lejos, más costoso en múltiples ámbitos y niveles. El ejercicio de poder por parte de los “pobres y de los marginalizados”, para luchar por sus derechos, y por cambiar y mejorar la situación en que se vive en el país, es un evento que tarde o temprano puede suceder en Guatemala. A la luz de los eventos y manifestaciones ciudadanas del 2015, se visualizan nuevas perspectivas. “Abrir el mundo” en relación a los pueblos indígenas, lo que debe hacer el Estado de Guatemala es a abrirse hacia esos pueblos, incluirlos, hacerlos partícipes, respetando su identidad, su cultura, su organización política y social. Finalmente hay que añadir que Guatemala es un Estado de múltiples pueblos; por ese motivo la igualdad debe ir dirigida a una mayor participación indígena y lograr el objetivo de avanzar, aunque con grandes obstáculos, hacia un Estado plurinacional.

José de Jesús Orozco Henríquez expone que el derecho se concibe como un conjunto de normas relacionadas entre sí y estructuradas jerárquicamente de tal manera que la producción de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior. La relación entre las normas de una grada superior y las de una grada inferior del orden jurídico –por ejemplo, entre lo que se conoce como constitución y una ley, o entre la ley y una sentencia judicial– es una relación de determinación o vinculación: la norma de grado superior regula el acto por el cual es producida la norma de nivel inferior (o el acto de ejecución, según el caso): así pues, aquella no sólo determina el

procedimiento bajo el cual debe producirse la norma que la aplica, sino que, eventualmente establece también –hasta cierto grado– cuál ha de ser su contenido.⁶⁰

Si la constitución determina orientación y el contenido de una ley específica, ésta debe de regular una conducta o acción específica en función de la orientación y el contenido constitucional. El apartado sobre los pueblos indígenas, en la Constitución Política de la República de Guatemala vigente, debe de profundizar muchos temas que no han sido analizados. Deben ser mencionados en general pero también es necesario que se extiendan más y con mayor profundidad sobre los derechos y obligaciones que tiene el Estado frente a los pueblos indígenas. La Constitución en un momento dado tendrá que velar de forma más congruente los derechos de los pueblos indígenas actuales.

Thedieck determina que el Estado de derecho puede definir muy claramente, de modo muy detallado, los derechos humanos. Pero los derechos humanos de una Constitución no sirven para mucho sino tienen una institucionalización. En Alemania se han tenido, en todas las constituciones, conquistas de derechos, pero no siempre se ha tenido una instancia para reclamar estos derechos. Y no se podía reclamar los derechos humanos al Estado, porque no existían tribunales administrativos ni constitucionales abiertos al pueblo. Entonces, en todo Estado de derecho son necesarias instituciones ante las cuales los ciudadanos puedan reclamar sus derechos.⁶¹

El inconveniente con las obligaciones del Estado de Guatemala frente a los pueblos indígenas es que nunca se habían conquistado derechos específicos de los pueblos indígenas hasta que se promulga la Constitución de 1985, que sigue siendo muy escueta en relación a ese tema. La institucionalización es un factor necesario para la protección de los derechos humanos. Guatemala en este sentido debe mejorar este aspecto. A los pueblos indígenas les cuesta el procedimiento de denunciar o reclamar sus derechos en los órganos del Estado. No están muy al tanto de las instancias y también hay problemas de comprensión derivados del idioma; Guatemala ha ido

⁶⁰ Universidad Nacional Autónoma de México. Orozco Henríquez, José de Jesús. El derecho constitucional consuetudinario. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1993. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/862/4.pdf> Fecha de consulta: 27/4/2015.

⁶¹ Thedieck, Franz. *Op. Cit.* Pág. 24

implementado paso a paso medidas para ser un país mucho más incluyente en cuanto a las instituciones del Estado.

Pero también puede considerarse la alternativa de poder reclamar sus derechos colectivos ante sus propias instituciones, si el Estado las reconoce como válidas para intermediar con el Estado y si se les proporcionan los recursos necesarios. Esto le permitiría cumplir mejor con sus obligaciones.

El ordenamiento jurídico forma un todo, desde la Constitución que es la ley fundamental hasta sus sentencias. Por consiguiente todo debe estar bien visualizado y bien estructurado para evitar incongruencias entre lo establecido desde la Constitución hasta llegar a las sentencias. En este orden de ideas al enfocarse especialmente en los pueblos indígenas existen ciertos derechos e inclusive instituciones que no se han reconocido en la Constitución vigente por lo que, para evitar lagunas jurídicas, sería necesario establecerlas en la Constitución. No hay que olvidar que siempre se ha postergado el tema de los pueblos indígenas; en Guatemala, los gobiernos no han tenido la intención de ampliar el derecho de los pueblos indígenas. Si la Constitución es la estructura que determina los temas que se desarrollaran en las leyes específicas, deben ser más claras y precisas las estipulaciones constitucionales en cuanto a determinar hacia qué rumbo debe ir Guatemala en materia de protección de los derechos indígenas.

Sintetizando, la Constitución Política de la República de Guatemala sí explica algunos de los derechos de los pueblos indígenas, pero éstos no han sido desarrollados. Lo anterior contrasta con otros países debido a que el derecho internacional y las exigencias de los pueblos indígenas en otras latitudes, han logrado evoluciones positivas en este ámbito de los derechos de los pueblos indígenas.

Thedieck explica la diferencia entre el tema de la igualdad material, en correspondencia con la igualdad frente a la ley de una forma muy directa. La igualdad frente a la ley es algo castrado porque la gente que ha monopolizado el poder no quiere que el progreso vaya más lejos, puesto que eso implica compartir su riqueza con los pobres. La noción de igualdad material va más allá: quiere repartir la riqueza de toda la gente de un país y

la justicia y el legislativo tienen que ver en ello, pero de un modo diferente cada uno. Es preciso definir claramente si es o no es posible reclamar todos los derechos sociales por los tribunales. Si se define afirmativamente, esto va a despolitizar la sociedad, pero a politizar los tribunales. De ninguna manera es encargo de un juez de definir como debe estar repartida la riqueza del país, éste es un encargo político que necesita del legislativo, de los políticos y de las instituciones.⁶²

Lo analizado por Thedieck tal vez puede explicar, además de las causas históricas, por qué en Guatemala, los pueblos indígenas, viven en pobreza extrema como consecuencia de que las leyes que buscan el progreso de los pueblos indígenas se entrampan sistemáticamente. Es un tema polémico. En este contexto de elaboración de leyes, se ha corroborado, con los sucesos que se dieron en el segundo trimestre del 2015, que los diputados son fácil y ampliamente corruptibles. Así que, desafortunadamente, el Organismo Legislativo no siempre legisla para solucionar los problemas de la sociedad guatemalteca sino velar para promover y defender intereses propios y de poderes económicos ilícitos y lícitos, sobre todo si el progreso y los territorios de los pueblos indígenas afectan el beneficio de los que han monopolizado el poder. Lo que se necesita es una institucionalidad consistente, sólida, pertinente y honesta tanto por parte del poder legislativo como del judicial.

Una recomendación de Thedieck es no definir todo en la Constitución, la acción del legislativo debe tener legitimidad para distinguir la situación actual y la futura y buenas formas de solución en cada caso. Por tanto, que además de establecer subsidios mínimos para una vida humana digna, no se normen de modo tan específico otros derechos sociales aunque sí se necesita distinguirlos claramente de los derechos humanos tradicionales, de los derechos civiles.⁶³

Como se ha mencionado anteriormente se debe estructurar la Constitución con visión de futuro. Es bueno tener una visión de los escenarios que puedan darse en cuanto a los pueblos indígenas.

⁶² Thedieck, Franz. *Op. Cit.* Pág. 26

⁶³ *Ibíd.* Pág. 27

Otro concepto que puede dar luz con respecto al tema que se está tratando es el de constitucionalismo.

Alvaro Castellanos Howell entiende por Constitucionalismo: “al régimen político y jurídico que sustenta como principio máximo, la LIBERTAD Y DIGNIDAD DEL SER HUMANO. Mediante la proclamación de la Constitución, como la ley fundamental y suprema, se RECONOCEN y afirman los derechos humanos (individuales, sociales y políticos) y se establece la limitación del poder del Estado, mediante su distribución entre varios órganos, que tienen no sólo delimitados expresamente el ejercicio de sus funciones sino que, además, se encuentran sujetos a controles recíprocos. Esto último es lo que en ciencia constitucional se conoce como el principio de separación de poderes.”⁶⁴

Sigue manifestando Castellanos Howell que cabe resaltar de las ideas iniciales anteriores dos aspectos importantes: el primero, que una ley fundamental normalmente conocida como Constitución no OTORGA derechos esenciales a los seres humanos. Todo lo contrario, lo que hace es RECONOCER los mismos, ya que el individuo tiene esos derechos desde que es individuo, derivado de un derecho superior, que es el Derecho Natural. Por otra parte, la esencia del Constitucionalismo es limitar el ejercicio del poder que le ha sido delegado a los gobernantes, precisamente, por medio de las normas fundamentales contenidas en la Constitución.⁶⁵

Lo planteado por Castellanos Howell es sumamente importante porque distingue el hecho que el ser humano, como individuo, podría decirse desde que nace, posee, tiene derechos inherentes a su condición humana. La constitución no le otorga derechos sino reconoce sus derechos. Se puede mencionar entonces que los derechos de los indígenas son inherentes a su dignidad de seres humanos. El Estado debe, por consiguiente, reconocer sus derechos, todos los derechos que les corresponden y les son inherentes. Los derechos no se los otorga el Estado, se los reconoce.

⁶⁴ Castellanos Howell, Alvaro. Derecho Constitucional, la técnica de la libertad. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 1998. Pág. 8

⁶⁵ *Loc. Cit.*

Es un enfoque que fortalece los derechos de los pueblos indígenas; también el constitucionalismo obliga al Estado a reconocer las obligaciones que se derivan de esos derechos. Constituye un imperativo que se reconozcan los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución, ya que por ser inherentes a dichos pueblos, deben de ser protegidos por los Órganos del Estado y deben cumplirse. Se constituyen en obligaciones del Estado.

También se puede ir más allá y decir que esos derechos propios a ellos, a su identidad, a su cultura también los tienen las comunidades a las que pertenecen. Es un punto que se abordará más adelante.

Luego de haber trabajado en torno a las constituciones de los Estados y comentado en relación al orden constitucional vigente en Guatemala, se proseguirá conceptualizando los derechos fundamentales que se reconoce a la persona humana.

1.3 Derechos humanos

Para poder sustentar por qué los pueblos indígenas tienen derechos colectivos que les son propios y que deben establecerse en la Constitución y transformar así esos derechos humanos en derechos fundamentales, se considera pertinente comenzar por definir lo que se entiende por derechos humanos, derechos del hombre.

Rafael de Pina Vara conceptualiza a los Derechos del hombre como: “aquellos derechos que corresponden al hombre por su propia naturaleza, como fundamentales e innatos, tales como los de propiedad, libertad, seguridad y resistencia a la opresión, formulados en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y los llamados derechos sociales. Estos derechos se afirman como anteriores y superiores al Estado, por lo que los gobernantes se encuentran en absoluto, obligados a mantenerlos, respetarlos y garantizarlos.”⁶⁶

A partir de esa conceptualización, los pueblos originarios tienen, desde su nacimiento, los derechos que les corresponden por su naturaleza de humanos. Para los objetivos

⁶⁶ Derechos del hombre. Diccionario de derecho. México. Editorial Porrúa. 1998. Vigésimoquinta edición. Pág. 242

del trabajo, se comentan algunos de los derechos mencionados por el autor: el de propiedad, el de libertad y el de resistencia a la opresión.

En cuanto al primero, objetivamente puede decirse que los pueblos originarios fueron desposeídos de sus tierras, por medio de la violencia, de la fuerza de las armas. Los vencedores se apropiaron de las tierras de los vencidos. Éstos últimos son los antepasados de los que ahora demandan tierras. El derecho de conquista versus el derecho natural. Un problema muy difícil de resolver utilizando únicamente la vía jurídica.

La libertad implica la capacidad de tomar decisiones por su propia voluntad pero también la libertad religiosa, de pensamiento, de opinión, de expresión y de manifestación. Todo lo que le ha sido restringido y limitado a los pueblos indígenas.

En cuanto al derecho de resistencia a la opresión, puede decirse, para no profundizar pues no es el caso, que explica los comportamientos recurrentes de los pueblos indígenas desde los tiempos de la colonia.

Siguiendo al autor, también están los derechos sociales. Estos son los que la humanidad se ha ganado a lo largo de la historia y que se potencializan en el siglo XX, después de la segunda guerra mundial.

Es conveniente tener presente otras aproximaciones al tema.

Pérez Luño referido por Germán J. Bidart Campos divide la definición en una de los derechos humanos, y otra de los derechos fundamentales; los derechos humanos son un: “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”; en cambio, los derechos fundamentales son: “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.”⁶⁷

⁶⁷ Bidart Campos, Germán J. Teoría general de los derechos humanos. Editorial Astrea. Argentina. 1991. Págs. 227-228.

Con respecto a esa división, y en el contexto de los pueblos indígenas, cabe señalar que los primeros (los derechos humanos) han tenido una trayectoria positiva en el ámbito internacional. El fortalecimiento de estos derechos, ha dado mayor fundamento a las peticiones para garantizarlos en el ámbito nacional. No es el caso, en lo interno, de los segundos (los derechos fundamentales) que deben estar garantizados en la Constitución y en la legislación. Su evolución ha sido diferente. No ha habido estímulo para que avancen dentro de la sociedad guatemalteca.

Otra aproximación conceptual interesante es la de Peces-Barba.

Peces-Barba citado por Bidart Campos intenta una definición de lo que llama “derechos subjetivos fundamentales” como “conjunción de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación en un derecho positivo vigente”; la presenta así : “Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.”⁶⁸

Los derechos humanos son garantizados para que así sean fundamentales. A los pueblos indígenas, no se les ha protegido, como se debe, su vida, su libertad, su cultura e igualdad. Los órganos del Estado no cumplen sus obligaciones respecto a los pueblos indígenas. No se entiende por qué, ya que el Estado ha ratificado convenios internacionales en la materia. Para su protección efectiva, por consiguiente, se deben establecer los derechos humanos en la Constitución para que así tengan los pueblos indígenas un mayor respaldo y, al positivarlos, sean derechos fundamentales. En este sentido el Estado debe de garantizarlos y protegerlos como los demás derechos fundamentales inherentes a las persona humana. Los pueblos indígenas necesitan una protección, no individual sino desde una perspectiva colectiva, se debe velar por el conjunto de todos los derechos de forma global. No se busca proteger individualmente a los indígenas cuando se promueven y se demandan los derechos humanos de los

⁶⁸ *Loc. Cit.*

pueblos indígenas. En consecuencia, cuando se habla de derechos humanos de los pueblos indígenas se debe de considerar todos los derechos fundamentales en lo individual (como seres humanos) y como comunidades y pueblos por sus características específicas, diferentes a otros grupos sociales.

Los derechos humanos también tienen otro componente: la dignidad.

Pedro Nikken explica que la noción de derechos humanos corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer.⁶⁹

En relación al tema que se desarrolla, se trata de la dignidad de los pueblos indígenas que han sido permanentemente excluidos tanto en la participación política y social así como en el reconocimiento de sus derechos específicos. En pleno siglo XXI el problema es complejo: los derechos humanos son inherentes al ser humano; los tienen todos los seres humanos sin distinción alguna; el conflicto surge cuando se persigue, además, establecer los derechos que les corresponde, por el hecho de ser indígenas, habitantes originarios del territorio que fue conquistado y después colonizado. El Estado está en el deber y la obligación de respetar, garantizar y satisfacer esos derechos específicos que les corresponden. Es irrefutable que esos derechos sí deben ser establecidos y protegidos por el Estado.

El jurista guatemalteco Edgar Alfredo Balsells Tojo define los derechos humanos como: “un medio de defensa del individuo y de la propia sociedad contra los abusos del Estado. Aceptando que los derechos humanos son inherentes a la naturaleza de la persona humana, parte esencial de la dignidad del hombre (equivalente al ser humano, hombre o mujer), no son una concesión sino un reconocimiento obligatorio de ellos por

⁶⁹ Cerdas Cruz, Rodolfo y Rafael Nieto Loaiza. (Comp.). Estudios básicos de derechos humanos I. Costa Rica. IIDH. 1994. Pág. 15

parte del Estado para con los habitantes. En consecuencia, tampoco pueden ser derogados.”⁷⁰

Los mayas, xincas y garífunas buscan por medio de los derechos humanos un medio de defensa pero no solo individual sino que también colectivo. Al ser reconocidos en la Constitución los derechos específicos tendrían ese respaldo, que buscan los pueblos arriba mencionados para obtener la seguridad y dignidad que nunca han tenido a lo largo de la historia de Guatemala.

Con otra perspectiva, Eusebio Fernández mencionado por Bidart Campos propone que: “los derechos humanos son algo (ideas, exigencias, derechos) que se considera deseable, importante y bueno para el desarrollo de la vida humana.”⁷¹

Es importante, dentro de esta conceptualización, el término ideas, ya que permite entender el porqué de las demandas de los pueblos indígenas. Al tener diferentes etnias, idiomas y culturas, sus ideas y por ende sus exigencias tendrán un enfoque específico diferente. Esto último no implica que los pueblos indígenas no demanden también los otros derechos humanos universales.

Con visión planetaria y yendo más allá de lo individual, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos determina que los derechos humanos son: “garantías universales con valores jurídicos y morales, interdependientes entre sí e indivisibles. Como son inherentes a todas las personas por su condición de seres humanos, protegen tanto a individuos como grupos individuales contra cualquier acción que afecte sus libertades fundamentales y su dignidad humana. A los Estados corresponde trabajar porque se respeten, protejan y promuevan los derechos humanos.”⁷²

Las acciones que afectan a los pueblos indígenas son generalmente las que provienen del Estado. El Estado, ha sido en Guatemala, violador de los derechos humanos

⁷⁰ Balsells Tojo, Edgar Alfredo. *Manual de nuestros derechos humanos. Guatemala. Editorial Óscar De León Palacios. 2000. Pág. 22*

⁷¹ Bidart Campos, Germán J. *Op. Cit. Pág. 228*

⁷² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Conceptos básicos de derechos humanos. Guatemala. Disponible en: http://www.ohchr.org.gt/conceptos_basicos.asp. Fecha de consulta: 17/11/14

especialmente los de los pueblos indígenas. El no reconocimiento de sus derechos específicos afecta a los pueblos indígenas directamente. Es difícil determinar y establecer todas las garantías fundamentales en la Constitución ya que estas son inherentes a la persona, pero es por esto que la próxima Asamblea Nacional Constituyente debe tener la inteligencia y la capacidad de visualizar sistémicamente los escenarios que puedan darse en Guatemala dentro de unas décadas y actuar en consecuencia, al formular una nueva constitución. Se evitará así que se den continuamente en el futuro reformas parciales, forzadas por las circunstancias, que afecten el conjunto del sistema jurídico. Si al Estado corresponde la función y la responsabilidad del respeto, protección y promoción de los derechos humanos, es necesario que, en sus políticas de Estado y en su actuar, se tomen en cuenta los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas.

A guisa de síntesis en materia de derechos humanos, para Balsells Tojo la primera generación está significada por los derechos civiles y políticos; la segunda generación queda constituida por los derechos económicos, sociales y culturales; en tanto que los de la tercera generación la forman los incipientes derechos de los pueblos o también derechos de solidaridad.⁷³

Es importante apuntar que esta clasificación de los derechos humanos por generaciones, es poco utilizada en la actualidad, ya que provocaba confusión, pues los números de las generaciones (primera, segunda, tercera, etc.) se tomaban como nivel de importancia entre unos y otros. A nivel internacional los derechos humanos de la tercera generación han adquirido fuerza. Constatando que no hay apoyo por parte de los Estados, los Organismos internacionales han tomado iniciativas que han permitido a los pueblos indígenas plantear y fundamentar argumentos para debilitar y hacer desaparecer la indiferencia Estatal.

1.4 Marco legal constitucional sobre los pueblos indígenas en Guatemala.

Se abordan ahora, aproximaciones al tema de los pueblos indígenas desde la perspectiva de las diferentes constituciones que han tenido vigencia desde 1945.

⁷³ Balsells Tojo, Edgar Alfredo. *Manual Op. Cit.* Págs. 33-34

Se inicia con la Constitución de 1945 ya que es la única Constitución desde el inicio de la República (Constitución de 1879)⁷⁴ que considera a los indígenas. Es el primer momento histórico-constitucional en el que son tomados en cuenta rompiendo así con la permanente tradición racista y discriminatoria.

1.4.1 Constitución de 1945

El hecho significativo y trascendente fue que, por primera vez en la historia constitucional, la Constitución de la República de Guatemala de 1945, en contraste con las anteriores constituciones, estableció como único requisito para ser ciudadano, ser mayor de 18 años (numero 1º, Art.9º). A partir del 11 de marzo de 1945, por mandato constitucional, todos los indígenas varones, mayores de 18 años, fueron ciudadanos guatemaltecos; estatuto que nunca antes habían tenido pues para ser ciudadanos como requisitos iniciales, se tenían que tener rentas, oficio, industria o profesión; más adelante en el tiempo, haber servido en el ejército y posteriormente, saber leer y escribir.

Los campesinos indígenas de las áreas rurales se convierten en ciudadanos, no por ser indígenas, sino por cumplir 18 años.

La Constitución también les permite acceder al derecho de votar y elegir.

Luis Mariñas Otero afirma que a los analfabetos, el decreto de la Junta les limitaba el sufragio a las elecciones municipales, y en el mismo sentido se pronunció el anteproyecto de la Asociación de Abogados. Pero se produjo una fuerte presión de los sindicatos, partidos obreros y Universidad en favor de la concesión del voto al analfabeto. Lo aceptó la Asamblea, reconociéndolo con carácter público y voluntario; lo reglamentó extensamente en el articulado de la Constitución. Para evitar abusos y coacciones, establece penas corporales, pecuniarias e inhabilitación para cargos públicos de aquellos que intenten violentar el sufragio del analfabeto.⁷⁵

⁷⁴ La Declaración de la Asamblea Nacional Constituyente del 5 de diciembre de 1839, consignada en el Acta Constitutiva de la República de Guatemala de 1851, si hace mención de los indígenas. (art. 3º, Sección 2 de la Declaración de la Asamblea Nacional Constituyente).

⁷⁵ Mariñas Otero, Luis. Las Constituciones de Guatemala. España. Instituto de estudios políticos. 1958. Pág. 203.

Fue un giro de ciento ochenta grados que cambió la situación del campesinado en el país. De no tener voz a tener la oportunidad de poder emitir voto para elegir a quienes van a tomar las decisiones políticas y legislativas. De sufrir vejámenes y represión por medio de la fuerza bruta a poder manifestar públicamente sus opiniones y puntos de vista. El sufragio que antes era censitario, a partir de ese momento es universal. El analfabeta tiene entonces el derecho a votar. Es pertinente señalar que la inmensa mayoría de indígenas eran analfabetas. Es decir que a partir de la Constitución de 1945, el indígena tiene el derecho de elegir. Un avance enorme y significativo.

Por primera vez también, la Constitución establece diferenciándolas, las garantías individuales y las garantías sociales.

Entre las garantías individuales (Título III, Capítulo I, art. 21), cabe destacar para el tema principal de este trabajo, que “se declara ilegal y punible cualquier discriminación por motivo de filiación, sexo, raza, color, clase, creencias religiosas o ideas políticas”.

En lo que respecta a las garantías sociales (Título III, Capítulo II, Secciones 1ª. a 4ª.), la Constitución incluye las relativas al trabajo, empleado público, familia y cultura. Es en esta sección (4ª, Art. 83) es en donde, por primera vez se mencionan los indígenas:

“Se declara de utilidad e interés nacionales el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas. A este efecto pueden dictarse leyes, reglamentos y disposiciones especiales para los grupos indígenas, contemplando sus necesidades, condiciones, prácticas, usos y costumbres.”

Se está en presencia del primer paso formal para el mejoramiento de los pueblos indígenas. Formal, pues al ver de cerca el texto, se observa, en primer lugar, que se trata de una declaración; aunque constitucional no deja de ser declaración de principios. En segundo lugar, indica que “pueden dictarse leyes...”. Dado que el período revolucionario duró poco tiempo, tal vez no se pudieron “dictar” ese tipo de leyes.

No obstante el comentario anterior, el artículo 83 de la Constitución de 1945, abrió e inició el camino que puede conducir a la mejora de las condiciones de los indígenas y al reconocimiento de sus derechos específicos.

En ese orden de ideas, según Mariñas Otero la Constituyente estudió la incorporación del indígena, cultural y socialmente apartado de la corriente general del país, a la vida colectiva de Guatemala. Dos soluciones se ofrecieron; una el tratar de resolverlo por organismos e instituciones especiales tales como la creación de un fuero indígena independiente de la legislación general, o por la creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas. Y otra, que a la postre fue la que triunfó, de considerar el problema indígena como un problema más de tipo general y que debería resolverse por los organismos y legislación común, teniendo en cuenta, en los casos concretos en que fuere necesario, las peculiaridades del mismo. A fin de asegurar al indígena una base económica, declaran “imprescriptibles, inexpropiables e indivisibles” las propiedades de las comunidades indígenas (artículo 96).⁷⁶

Una de las dos opciones iba más acorde a las necesidades de los pueblos indígenas ya que es lo que han venido buscando a lo largo de la reciente democracia guatemalteca. Es interesante la profesionalidad y objetividad con las que trató el tema de los indígenas en la Constitución de 1945. Se buscaba, por el bienestar común de la sociedad, alternativas para solucionar conflictos de los pueblos indígenas. Además también se tenía interés en proteger las propiedades de las comunidades indígenas declarándolas imprescriptibles, inexpropiables e indivisibles. Por consiguiente sí se podría establecer las propiedades que pertenecen a los pueblos indígenas. Es evidente que no es un problema de carácter general ya que tienen elementos dentro de su cultura que no se pueden resolver de la forma en que está acostumbrado el Estado sino que deben de tomar en cuenta sus instituciones y costumbres para poder solucionarlo de forma armoniosa. Un ministerio puede ayudar pero siempre se les debe dar esa autonomía que buscan.

⁷⁶ *Ibíd.* Págs. 204-205

Alejandro Maldonado Aguirre describe que el 11 de marzo de 1945 fue promulgada la Constitución. Como era de esperarse, por las motivaciones que justificaron la rebelión cívico militar del 20 de octubre de 1944, la Constitución enfatizó la protección de las garantías individuales. Entre ellas una disposición contra la llamada “ley fuga”, penalizando a los custodios que hicieran uso de sus armas contra los reos”.⁷⁷

Con esa disposición se buscaba eliminar cualquier resabio de la dictadura. Se necesitaban cambios evidentes. Era lo que la Revolución de 1944 se propuso. Eliminar toda esa represión y violencia contra el ser humano no era tarea fácil pero se tenía que empezar con algo. Al eliminar la ley fuga, se pudo respirar un aire de esperanza; ya no se podía violentar a las personas inclusive aquellos que no gozaban de libertad.

Explica también Mariñas Otero, que la Constitución estableció la enseñanza obligatoria, declaró de utilidad pública la campaña de alfabetización y enumeró como una de las facultades del Presidente dirigir la lucha contra el analfabetismo.⁷⁸

Precisamente las políticas que necesitaba Guatemala. Un país con letrados tiene menos posibilidades de caer en tiranías y puede promover el desarrollo integral. El objetivo fue pertinente. Lo sigue siendo; el país sigue teniendo un alto índice de analfabetismo; si se hubiese continuado en esta dirección, con voluntad política, asignando los recursos necesarios, ese índice ya hubiese disminuido. Sin embargo surge un comentario. Guatemala siempre ha sido un país multiétnico, multilingüe y pluricultural. El alfabetizar no implica solamente la lengua castellana. Tal vez, si se hubiera alfabetizado en las lenguas indígenas, respetando la cultura de cada pueblo, ya no habría analfabetas, o existirían muy pocos. Posiblemente se pensó (todavía hay algunos que así piensan) que siendo el español el idioma oficial este era el que se debía impulsar, descartando así los veintitrés idiomas que tiene Guatemala.

Señala Alberto Pereira-Orozco que el constitucionalismo social encuentra plena acogida en la Constitución de 1945. El Estado se organiza y basa en el principio de la división de poderes, quedando estructurado así: a) Organismo Legislativo; b)

⁷⁷ Maldonado Aguirre, Alejandro. Las Constituciones de Guatemala. Guatemala. Editorial Piedra Santa. 1984. Pág.

41

⁷⁸ Mariñas Otero, Luis. *Op.Cit.* Pág. 204

Organismo Ejecutivo; c) Organismo Judicial. Además reconoce como garantías sociales el derecho al trabajo, salario mínimo, jornadas, descansos y vacaciones, sindicalización libre, huelga y paro, trabajo de mujeres y menores, indemnización por despido, jurisdicción privativa, seguridad social, la autonomía estatal, regula que el Ejército es apolítico y regula un catálogo de derechos electorales.⁷⁹

Para Flores Juárez la revolución de 1944 posibilitó la inserción de Guatemala en el marco del “Constitucionalismo Social”, tendencia que propendía a la ampliación de funciones estatales implicándolas en diversos campos de la actividad societaria. Esta posición sustenta que el ente estatal no debe limitarse a garantizar la libertad e igualdad de los individuos, sino debe concretar cierto control en la vida económica del país, a fin de evitar la marginalidad de los grupos ajenos al poder económico. La Constitución de 1945 se adscribió a tal esquema y racionalizó la vida pública en los aspectos administrativos, legislativos, judiciales y hacendarios, produjo la ampliación de los derechos individuales y la constitucionalización de los derechos sociales; modernizó el aparato político y extendió la democracia mediante el reconocimiento de los partidos políticos.⁸⁰

Efectivamente es lo que se busca luego de épocas dictatoriales y convulsionadas: ayudar a las poblaciones que han sido sometidas y que económicamente débiles y vulnerables. En efecto la intención era mejorar la condición de vida de los más necesitados, las personas que trabajaban las tierras, en su mayoría indígenas. Y, al reconocer a los partidos políticos y el voto a los analfabetas, se daba la facilidad a los poblaciones rurales mayas, xincas y garífunas de tener participación en las elecciones de autoridades de los departamentos y municipios donde son demográficamente mayoritarios, ámbitos previos al nacional.

Mariñas Otero menciona que los elementos extremistas de la Asamblea se opusieron a la concesión del voto a la mujer, por considerarla “instrumento de influencias extrañas”, y se concedió el voto, con carácter voluntario y secreto, a las que supiesen leer y

⁷⁹ Pereira-Orozco, Alberto. Órganos de control y defensa del orden constitucional del Estado de Guatemala. Guatemala. Ediciones EDP de Pereira. 2009. Pág.14.

⁸⁰ Flores Juárez, Juan Francisco. *Op. Cit.* Págs. 64-65

escribir, no sin derrotar una moción de la extrema izquierda, que deseaba establecer en uno de los artículos adicionales la suspensión de este derecho por cinco años.”⁸¹

Al suspender el voto para mujeres que no supieran leer y escribir, se afectó obviamente a las mujeres indígenas analfabetas que eran mayoría.

Indica Luján Muñoz que merece especial mención la labor de la Constituyente, que en pocos meses desarrolló un esfuerzo ejemplar para dar fundamento a un régimen legal y democrático. La nueva carta magna incorporó importantes novedades. Por primera vez se incluyeron regulaciones sobre las garantías sociales (título III, capítulo II), sentando las bases para la regulación del trabajo, que luego se desarrollaría en un código específico. En el artículo 91 quedaron “prohibidos los latifundios”, la base de la ulterior reforma agraria; también se dio apoyo a las colectividades y cooperativas agrícolas” y de producción (artículos 94 y 100), a la vez que se obligaba al Estado a prestar apoyo a las comunidades indígenas y organizar en ellas “el trabajo a los yacimientos de hidrocarburos, se reservaba su explotación al Estado (artículo 95).⁸²

Se trata de una época en que el Estado, por primera, vez velaba por los intereses sociales de la nación. Se tenía la intención de buscar iniciativas para desarrollar una actividad industrial y económica que ayudara a los necesitados aprobando cooperativas agrícolas y eliminando los latifundios para que las grandes extensiones de tierra fueran aprovechadas. La explotación de hidrocarburos como lo fue en México y ahora en Bolivia, hubiese sido algo rentable para el Estado

Es indudable que la revolución del cuarenta y cuatro constituyó una evolución positiva y progresista en sus decisiones, políticas, programas y acciones. El pueblo estaba cansado de tanta tiranía y de tantas desigualdades. Se buscó hacer un cambio total dirigido hacia libertad política, social, económica y jurídica. Desde ese momento se sabía que, si se quería salir adelante, era necesario una distribución de las tierras, de forma más equitativa sin consolidarla solo en ciertos grupos de personas; los terratenientes latifundistas sufrieron un revés al eliminar la explotación, casi

⁸¹ Mariñas Otero, Luis. Op. Cit. Pág. 203

⁸² Muñoz Luján, Jorge. Op. Cit. Pág. 254-255

servidumbre de los indígenas. Al desmilitarizar las instituciones gubernamentales también se logró debilitar el poder de jefes militares a subordinados.

Francisco Villagrán Kramer afirma que las garantías individuales acentuaban el respeto a los derechos ciudadanos, entre otros, los de las personas y a la propiedad, previendo un sistema de imposición fiscal para el latifundio, la libre profesión de todas las religiones y el ejercicio de todos los cultos, pero "en el interior de los templos"; el fuero indígena y el derecho de amparo, sin posibilidades de restringirse determinadas garantías individuales. En las garantías sociales se proponían derechos fundamentales previstos en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, la libre sindicalización, la negociación colectiva, los derechos de huelga y paro, los seguros sociales con carácter obligatorio y el sometimiento de los conflictos de trabajo ante Tribunales de Trabajo con jurisdicción privativa.⁸³

Todo giraba en torno a la protección del ser humano, de su propiedad y de su cultura. Se enfocó en buscar soluciones que venían afectado a la nación desde hace muchos años. La gente no aguantaba más desigualdades arraigadas desde la colonia. El pueblo indígena soportaba la servidumbre de los terratenientes algo que ya no podía continuar, además se empezó a dar el lugar que se merecían los sectores más desarticulados y vulnerables de Guatemala.

Poitevin describe que en las comunidades se vivió un cambio cuando, en lugar de los intendentes nombrados por el Presidente de la República como se acostumbraba en el régimen anterior, se eligieron alcaldes y miembros de los concejos y, en algunas comunidades, alcaldes indígenas, iniciando así un proceso que más tarde tomaría mayor fuerza.⁸⁴

Unas elecciones democráticas sin acontecimientos extraños, como manipulación de votos. Al permitir el voto para alcaldes de los pueblos indígenas se evidenció que una democracia incluyente sí producía cambios que favorecían a las personas que no fueron incluidas en participaciones políticas anteriores ni, posiblemente, posteriores.

⁸³ Villagrán Kramer, Francisco. Biografía política de Guatemala, los pactos políticos de 1944 a 1970. Guatemala. FLACSO. 1993. Pág. 33

⁸⁴ Poitevin, René y otros. *Op.Cit.* Pág. 7

1.4.2 Constitución 1956

Esta constitución no elimina los avances logrados en la anterior, pero los matiza. No se diferencian, por ejemplo, las garantías sociales: no hay un capítulo específico para éstas.

Explica Mariñas Otero que el primer problema que se plantearon los constituyentes fue el ejercicio del sufragio por los analfabetos, que el Plan de Tegucigalpa propuso restringir a las elecciones municipales. Sin embargo, se produjo un fuerte movimiento de opinión opuesto a la restricción, por lo que el texto constitucional conservó este derecho con igual alcance que en 1945, es decir a los que supiesen leer y escribir con carácter obligatorio, y a los analfabetos varones con carácter voluntario; sin embargo para garantizar la independencia del voto del analfabeto se le da, por primera vez en Guatemala, carácter secreto.⁸⁵

Se mantuvo la participación del analfabeto. El voto era voluntario pero era un paso hacia la democracia que nunca fue material. Esto permitía que existiera más participación en las elecciones del país sin embargo las manipulaciones electorales no daban certeza de que el presidente electo fuera el elegido por el voto del pueblo. Se buscaba tener la tranquilidad del analfabeto por eso se da el carácter secreto del voto para que no se tuviera presión al momento de ejercer el voto.

Pereira-Orozco hace referencia a la parte dogmática de la Constitución de 1956 en la cual se denomina acertadamente el Título IV Derechos Humanos, el cual se divide en siete capítulos, dentro de los cuales se encuentran derechos individuales y sociales,... Se regula la libertad religiosa, autorizándose el culto privado y público, estableciéndose también la libertad religiosa en las escuelas oficiales, el derecho de asociación con fines religiosos.⁸⁶

Se mantenían garantizados los derechos humanos; se seguía con la misma orientación de la Constitución de 1945 pero al derrocar a Arbenz se sabía que sus intenciones iban a ser contrarias a las escritas en la Constitución vigente. Por consiguiente ya se veía un

⁸⁵ Mariñas Otero, Luis. *Op. Cit.* Pág. 224

⁸⁶ Pereira-Orozco, Alberto. *Op. Cit.* Pág. 15

cambio. Era la forma de redactar. Se trataba más bien una autorización de hacer las actividades, no un reconocimiento. Se distingue un tono condescendiente hacia la persona humana. Existe una religión o una visión espiritual de los pueblos indígenas pero no se hace eco sobre estos temas sino que se les imponía una evangelización; como en la época de la colonia no les reconocían su religión ya que muchos cristianos se encargaban de evangelizarlos.

Indica Mariñas Otero que se suprime también la cláusula de la Constitución de 1945 que prohibía los latifundios; limitándose el nuevo texto a autorizar la expropiación o gravamen de las tierras laborables y no cultivadas. Las tierras expropiadas en tales condiciones se adjudicarán, necesariamente, en propiedad privada.⁸⁷

Se permiten de nuevo los latifundios, el conflicto de las tierras vuelve a surgir doce años después; no se permitiría que se trabajaran las tierras de carácter público como los ejidos o las cooperativas por los indígenas. Se utiliza de nuevo el término de propiedad privada lo que hace referencia a que la propiedad pertenecería a una persona individual y no a la colectividad lo que perjudica a la mayoría campesina que no tiene tierras de carácter público que puedan trabajar.

Mariñas Otero indica que también se suprime, en la nueva Constitución el carácter de inalienable que el texto de 1945 otorgaba a las tierras nacionales y ejidales; permitiendo su enajenación a particulares, de conformidad con la ley.⁸⁸

El Estado ya no permite que se cultiven las tierras que de hecho les pertenecían a los pueblos originarios. Al permitirse la enajenación de esas tierras favorecían a las personas con más poder adquisitivo y perjudicado a la clase trabajadora por la que tanto se habían luchado del año cuarenta y cuatro al cincuenta y cuatro.

González Davison alude que la nueva legislación –en especial la contenida en la Constitución de 1956–, elimina la protección nacional de la riqueza del país y borra el concepto de propiedad privada “en función social” (de la Constitución de 1945). Cierra el paso a una verdadera reforma agraria y protege a la inversión foránea en forma

⁸⁷ Mariñas Otero, Luis. *Op. Cit.* Pág. 227-228

⁸⁸ *Loc. Cit.*

global. Sobre lo último, Guatemala firmaría un acuerdo de garantía contra posibles nacionalizaciones con los Estados Unidos.⁸⁹

Además Mariñas Otero aduce que en lo relativo a las concesiones de servicios públicos, maderas y minerales se mantiene sustancialmente el régimen de la Constitución de 1945, pero al regular las concesiones para la explotación de hidrocarburos que se declaran “de utilidad y necesidad pública” se suprime la limitación establecida en la Constitución anterior, de que la explotación sólo podría realizarse por el Estado o empresas guatemaltecas.⁹⁰

Aunado a lo anterior, se elimina la política de Estado que buscaba incentivos para los ciudadanos Guatemaltecos. Las concesiones para la explotación de hidrocarburos solo favorecía a las compañías extranjeras. Siendo extranjeras tenían menos cuidado de los efectos, en la salud de los habitantes de los pueblos aledaños donde se llevaría a cabo la explotación. Cabe señalar que los territorios donde se explotaban y se explotan recursos del subsuelo, son casi siempre territorios de poblaciones indígenas (San Marcos, Huehuetenango, Alta Verapaz, Izabal).

Mariñas Otero refiere que la incorporación del indígena a la nacionalidad se declara de interés para el desarrollo de una política integral que tienda a su mejoramiento económico y social. Correspondiendo al Presidente de la República el crear y mantener las instituciones necesarias para resolver los problemas indígenas.⁹¹

Es correcto indicar que se tenía que resolver los problemas indígenas. Pero ¿cuáles eran? Primero se debía reconocer cuales eran esos problemas, serían los mismos problemas que exigían los pueblos indígenas o eran problemas contextualizados desde un país monoétnico, monocultural y monolingüe. Definitivamente se debía preparar una mesa de diálogo e incorporar a las políticas públicas una visión de expertos sobre el tema de derechos de pueblos originarios. El hecho es que el presidente, en ese momento de tensiones políticas, era un puesto al que se llegaba por indicaciones-sugerencias de los Estados Unidos de América, por consiguiente, en función de los

⁸⁹ González Davison. Fernando. *Op. Cit.* Pág. 86

⁹⁰ Mariñas Otero, Luis. *Op. Cit.* Pág. 228

⁹¹ *Ibíd.* Pág. 230.

intereses estadounidenses. ¿Era políticamente correcto, en aquellos tiempos, resolver problemas de los indígenas?

Se perdió en esta época todo interés por parte del Estado cumplir con sus obligaciones; en el fondo no existía ningún compromiso por favorecer las condiciones de vida de los pueblos indígenas.

1.4.3 Constitución de 1965

En esta constitución se retoma el camino para respetar los derechos humanos. Hay avances dignos de ser señalados.

En primer lugar lo relacionado a la ciudadanía. Son ciudadanos y ciudadanas, los guatemaltecos, varones y mujeres, mayores de 18 años. (Capítulo III, Art. 13) Es avance con relación a la constitución de 1945, que no consideraba a las mujeres que no supieran leer y escribir. Todas las mujeres indígenas analfabetas mayores de 18 años son ciudadanas guatemaltecas, gracias a la Constitución de la República de Guatemala de 1965.

En segundo lugar se establece también, el sufragio universal y secreto para todos los ciudadanos y ciudadanas guatemalteca. Es obligatorio para los electores que sepan leer y escribir y optativo para los electores analfabetos (Cap. IV, Art. 19).

En tercer lugar se restablecen las garantías sociales. Estas son caracterizadas en los cinco capítulos del Título III, “Garantías Sociales”.

Es interesante plantear, con relación al capítulo II, la garantía social “Cultura”, que se mantiene lo referente al mejoramiento socio-económico de los grupos indígenas, pero añade: “...para su integración a la cultura nacional”. Desde la perspectiva indígena, un retroceso con relación a la Constitución de 1956 y un gran retroceso con relación a la de 1945, en la medida que el objetivo del mejoramiento es para que se integren a la “cultura nacional”. Se trata de una visión monocultural: no hay más cultura que la occidental... Una visión no sólo obsoleta (si alguna vez fue pertinente), sino que incongruente con la realidad de Guatemala.

Explica Flores Juárez que Peralta Azurdia convocó a una Asamblea Nacional Constituyente para promulgar una Constitución, pero el proceso para su elaboración también careció de legitimidad; los diputados constituyentes fueron electos en base a candidaturas establecidas por el gobierno y en la elección sólo participaron dos partidos: El Movimiento de Liberación Nacional y el Partido Revolucionario, organizaciones a las que se atribuyó conciliábulos con las autoridades, postulando cada una de ellas a diez candidatos. La elección fue caracterizada por una notoria abstención que afectó casi el 70% de los votantes posibles.⁹²

Los diputados de la constituyente no representaban en nada la voz del pueblo. La integración de la Asamblea Constituyente solo fue un acto de trámite, sin trascendencia jurídica, ya que la finalidad era promulgar la Constitución que no sería tomada en cuenta para organizar el Estado. Un acto para enfatizar que se establecía un Estado formalmente democrático”.

Anota Bendaña Perdomo que la Constitución de 1965 se hace en una línea liberal en la que predominan los derechos de los propietarios privados sobre los intereses sociales. Anula “*la función social de la propiedad*”... Garantiza un sistema económico fundado en las agro-exportaciones tradicionales (café, algodón, banano, carne, etc.) y en las industrias de transformación para el Mercado Común Centroamericano. Da amplias garantías a la iniciativa privada e inversionistas extranjeros. Bloquea toda posible reforma social seria y asegura el absoluto control del poder militar y su hegemonía sobre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.⁹³

Existen clases predominantes. Guatemala no es la excepción. Siempre, en todo el mundo y a lo largo de la historia, han existido grupos dominantes y grupos dominados. Al igual que en la Constitución de 1956, en la de 1965, los dominantes la posibilidad de distribución amplia de tierras por parte del Estado, para beneficiar a las familias campesinas sin tierra. En el siglo XIX, las tierras ejidales que pertenecían a los indígenas, fueron expropiadas y distribuidas a los integrantes de los grupos gobernantes. Se “privatizaron” como se dice en la época contemporánea. Esa

⁹² Flores Juárez, Juan Francisco. *Op. Cit.* Pág. 66

⁹³ Bendaña Perdomo, Ricardo. *Op. Cit.* Págs. 287-288

privatización fue el factor determinante para el surgimiento de la concentración de la tierra y de los monopolios agroindustriales. Durante el último gobierno de la revolución del 44 se distribuyeron, a pequeños campesinos, tierras “compradas” a grandes y medianos finqueros latifundistas, con el objetivo de ponerlas en producción y promover un desarrollo económico equilibrado y justo. Esto fue inconcebible e inaceptable para los grupos dominantes, por eso se redujo al mínimo la posibilidad de distribución de tierras por parte del Estado.

La Constitución de 1965 no fue muy positiva para los indígenas pues se establece que:

“La propiedad y la administración de los bienes de comunidades y grupos indígenas, así como la de otras comunidades rurales, serán normadas por leyes especiales de carácter tutelar”. (Art. 133).

Dado el contexto de ese período se puede imaginar cual podía ser el contenido de esas leyes de carácter tutelar.

Móbil reitera que a pesar de que la Constitución emitida en 1965 permitió acceso pleno de la mujer a la ciudadanía ampliando el voto universal y secreto a hombres y mujeres, ha sido considerada la carta magna más antidemocrática de la historia constitucional del país, tomando en consideración que reiteró el carácter anticomunista del Estado guatemalteco y constituyó el marco legal contrainsurgente basado en la doctrina de seguridad nacional, consolidado posteriormente durante el gobierno de Julio César Montenegro (1966-1970) y los subsiguientes gobiernos hasta la firma de la paz en 1996.⁹⁴

Se estableció que, por seguridad nacional, se podían afectar los derechos humanos de aquellos que buscaran una solución a sus problemas, por vías no aceptables para el sistema: desde sanciones drásticas hasta secuestros y eliminaciones físicas. Así se actuó durante varios gobiernos.

⁹⁴ José Antonio Móbil. *Op. Cit.* Pág. 266-267

1.4.4 Constitución Política de la República de Guatemala 1985.

En los años finales del período 1965-1985 de la historia de Guatemala, se llegó a situaciones límite y a una crisis política y social, que genera eventos que conducen a una nueva Constitución Política de la República de Guatemala en adelante (CPRG). Esta, en materia de obligaciones del Estado hacia los pueblos indígenas contiene avances con relación a las anteriores constituciones.

Ya no se trata de quienes son ciudadanos y del derecho de elegir y ser electo a través del voto. Se reafirma lo alcanzado.

En el ámbito de las garantías individuales y sociales, se amplía el espectro y se caracterizan más detenidamente lo que garantiza la Constitución. El título II trata de los “Derechos Humanos” y comprende el Capítulo I, Derechos Individuales y el Capítulo II, Derechos Sociales.

Habría que aclarar si el concepto “garantía” es más amplio y de mayor contenido que “derecho” o si es lo contrario. En todo caso, se utilizará el término utilizado por la Constitución Política de la República de Guatemala.

En lo que concierne a los derechos sociales, en lo referente a la “cultura” se da un salto cualitativo:

Primeramente, se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su Identidad Cultural, de acuerdo a sus valores, su lengua, y a sus costumbres (Art. 58).

En segundo lugar se dedica una sección completa que contiene cinco artículos, a “Comunidades Indígenas” (Sección tercera; Art. 66, Protección a grupos étnicos; Art. 67, Protección a las tierras y las cooperativas indígenas; Art. 68, Tierras para comunidades indígenas; Art.69, Traslación de trabajadores y su protección; Art.70, Ley Específica).

La Constitución de 1985, claramente perfila una orientación positiva hacia los derechos humanos y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Ramiro de León Carpio citado por Alberto Pereira Orozco explica que la orientación personalista se evidencia porque: “nuestra Constitución y todas las leyes giran alrededor de las persona humana en forma individual que habita en nuestro país y de la familia guatemalteca y de todos sus habitantes que forman nuestra sociedad. Nuestra Constitución Política en su primer artículo protege a la persona al establecer claramente que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; y que el fin supremo del Estado es la realización del Bien Común. De tal manera que la razón fundamental del Estado guatemalteco, es lograr el bienestar de todos los guatemaltecos.”⁹⁵

El adjetivo “todos” está claro que se refiere a toda la población que se encuentra en la República de Guatemala sin excepción. Para que el Estado logre el bienestar de los pueblos indígenas se les deben garantizar, además de sus derechos individuales que son los mismos que todos los seres humanos, sus derechos colectivos y específicos.

Jorge Mario Castillo González explica lo relacionado con la sección de comunidades indígenas: (...) el artículo 66, contiene el reconocimiento de los diversos grupos étnicos que forman el Estado de Guatemala, aceptando con este reconocimiento la “diversidad” de la población, la cual, básicamente está integrada por los pueblos maya, ladino, garífuna y xinca. A efecto de preservar la personalidad de cada pueblo, la Constitución Política declara que el Estado de Guatemala “reconoce, respeta y promueve” las características propias de cada pueblo, debiéndose interpretar que el medio para alcanzar tales propósitos será la emisión de una “legislación adecuada”, capaz de apoyar proyectos, programas y acciones suficientes y necesarias para impedir la extinción de los aspectos previstos en el artículo 66. (...).⁹⁶

Precisamente porque Guatemala tiene una diversidad cultural se comparte la idea que una legislación adecuada impida la extinción de los aspectos del artículo 66. Pero no solo se trata de la legislación, sino que ésta se cumpla. Por ejemplo Guatemala ratificó

⁹⁵ Pereira, Alberto y Marcelo Richter. La constitución –Su concepto y aspectos generales relacionados al tema-. Guatemala. Ediciones EDP de Pereira. 2012. Pág. 46

⁹⁶ Castillo González, Jorge Mario. Constitución Política de la República de Guatemala, comentarios, explicaciones, interpretación jurídica, documentos de apoyo opiniones y sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Sexta edición. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas. 2007 Pág. 169.

el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en adelante en el año de 1996, y lamentablemente, el Estado de Guatemala no ha asumido las obligaciones de dicho convenio. Se infiere ausencia de compromiso por parte del Estado para cumplir con los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas. Se trata por consiguiente de inexistencia de voluntad política.

Móbil determina que la nueva Constitución promulgada el 31 de mayo de 1985 fue producto de una negociación permanente, cuyos 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales reflejan falta de sistematización y de unidad y en la inclusión de muchos asuntos de carácter reglamentario, a tal grado que para que funcionara adecuadamente fue necesaria la emisión de más de cuarenta leyes complementarias.⁹⁷

Se emitieron más de cuarenta leyes pero ninguna que normara los derechos de los pueblos indígenas en la ley específica que indica la Constitución Política de la República de Guatemala. Han habido avances, por ejemplo, la tipificación del delito de discriminación. Otras leyes, si bien buscan la protección de los pueblos indígenas, no profundizan suficientemente sobre los temas. Constituye, como se dijo antes, un gran avance a nivel nacional que se introduzca dentro de los derechos sociales una sección específica de comunidades indígenas. Pero también es cierto que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales se ratificó hasta mil novecientos noventa y seis. En todo caso esta ratificación determina algunos derechos de los pueblos indígenas que necesitaban ser protegidos.

El primer párrafo del artículo 67 según Castillo González referente a las tierras declara que hay: “una protección especial del Estado de Guatemala” [o sea, a través de decisiones y medidas administrativas], a las tierras de los indígenas, especialmente “su forma de organización”, resaltando el cooperativismo, la comunidad y el patrimonio familiar. La Constitución señala, en forma concreta, en apoyo de la “protección especial”, la asistencia crediticia y la asistencia técnica. La primera, supone la organización de un banco estatal o de un fideicomiso público, destinado a conceder créditos y financiamientos para explotaciones ganaderas, agrícolas y forestales,

⁹⁷ Móbil, José Antonio. *Op. Cit.* Pág. 380

incluyendo adquisiciones de tierras e insumos, subsidios y seguros agrícolas, con períodos de gracia y tasas de interés no comerciales. La segunda, supone la organización de un instituto de educación, orientación, negociación y capacitación.⁹⁸

Es bueno que se den créditos a los pueblos para trabajar las tierras, pero el problema es que se privatizó un gran porcentaje de tierras durante los regímenes militares y es difícil explotar tierras privadas, ya que se necesitaría una autorización del propietario para arrendar tierra por un tiempo determinado. No todos aceptarían esa opción. Otro inconveniente es que no se puede determinar qué tierras son de los indígenas, y que no existe viabilidad para una reforma agraria.

Flores Juárez explica que este texto fue producto de una intensa negociación, lo cual se hace evidente en su carácter cuasi reglamentario, en la cantidad excesiva de reservas legales y en la carencia de unidad definitoria, defectos que constituyen el costo del consenso nacional; debe remarcarse que es el resultado de un consenso y no la consecuencia de una necesidad formal encaminada a legitimar un gobierno; no es una Constitución ideologizada, sino la resultante de un reacomodo en las fuerzas públicas, concretado luego de un período histórico marcado por el autoritarismo, la ilegalidad y la falta de libertad; es rígida porque su modificación está sujeta a ciertas normas.⁹⁹

Era el momento de hacer un cambio y el carácter reglamentario ayuda a tener una noción más clara de lo que se necesitaba en el momento. No se podía desentender de las privaciones de todos los guatemaltecos, era necesario enfocarse en la organización del Estado y que realmente esta vez la Constitución no fuera un mero texto sin fuerza y fácil de deslegitimar.

El último párrafo del artículo 67 según Jorge Mario Castillo González: se refiere a la reivindicación de la “propiedad histórica”, presenta obstáculos insuperables, tanto así que se ha encontrado como solución, impulsar un nuevo concepto: la “propiedad pública”. La “propiedad histórica”, ante sí, tiene un obstáculo insuperable: la propiedad

⁹⁸Castillo González, Jorge Mario. *Op. Cit.* Pág. 170

⁹⁹ Flores Juárez, Juan Francisco. *Op. Cit.* Pág. 68

privada, debidamente legalizada y registrada, que la Constitución Política incluye entre sus garantías fundamentales. Tanto así, que el artículo 68 dispone que se “provea de tierras estatales” a las comunidades indígenas. Los gobiernos han malinterpretado el mandato constitucional, propiciando programas para la adjudicación de tierras.¹⁰⁰

El concepto “propiedad histórica” da entender que por ser poblaciones originarias, que ya se encontraban en el territorio antes de la conquista, tienen un derecho específico sobre la propiedad de ellas; pero, como existe la propiedad privada y muchas de las tierras que por sus características específicas podrían pertenecerles ya están inscritas en el Registro de la Propiedad, se deduce que no hay forma de oponerse o cambiar esta situación. Es diferente lo que se refiere a la adjudicación de tierras.

Pedro Bal Cumes afirma que la estructura política del Estado Republicano, necesariamente requiere de una reforma substancial, porque los acuerdos de paz y su diversidad cultural y lingüística, es un primer paso, también la composición de poblaciones mayas, garífunas, xincas y ladinos, en las mismas condiciones ciudadanas deben tener derechos y obligaciones, debe desarrollarse como condición para democratizar las estructuras del Estado, tomando en cuenta la equidad social y política entre pueblos, para efectos de iniciar un proceso de eliminación, en la esfera política de la discriminación sociocultural e iniciar nuevas y mejores relaciones entre sociedad y Estado.¹⁰¹

Se puede indicar que todas las constituciones a partir de 1945 han incorporado iniciativas para incluir los derechos de los pueblos indígenas dentro de los principios constitucionales y en la cultura guatemalteca y así formar parte una Nación multiétnica, plurilingüe y multicultural. Es importante que estén plasmados los derechos de los pueblos indígenas en la Carta Magna ya que constituye el texto superior de la legislación nacional; nadie es superior a ella y se debe respetar y cumplir. Y en este acaso se convertirían en obligaciones del Estado. Sin embargo lo que se dificulta en Guatemala es el paso siguiente que consiste en respetar y hacer que se respeten los

¹⁰⁰Castillo González, Jorge Mario. *Op. Cit. Pág. 170.*

¹⁰¹Dary, Claudia (Comp.) *La construcción de la nación y la representación ciudadana en México, Guatemala, Perú, Ecuador y Bolivia.* Guatemala. FLACSO. 1998. Pág.227

derechos humanos que son reconocidos por el Estado de Guatemala. Pero al no existir voluntad ni políticas públicas de Estado, cada cuatro años, se sigue incumpliendo con los mandatos constitucionales.

1.5 Derecho Internacional en Derechos Humanos (y legislación guatemalteca).

Para tener una idea de lo importante que es el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos y su relación con las obligaciones del Estado, se plantearán las falencias del Estado de Guatemala a la luz de las garantías que el derecho internacional plantea para los pueblos indígenas.

Explica Mireya Castillo que al asumir la Organización de las Naciones Unidas la obligación de promover el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos y, por parte de sus Estados miembros, la obligación de cooperar con ella en la promoción de tales derechos y libertades, ha hecho posible que la Organización emprendiera la tarea de definir y codificar esos derechos. De esta forma, con el transcurso del tiempo, los esfuerzos de la Organización y de sus Estados miembros han hecho posible la adopción de numerosos convenios internacionales cuyo objeto es la protección de los derechos humanos, y la creación de instituciones internacionales destinadas a garantizar su respeto.¹⁰²

El derecho internacional de los derechos humanos constituye un gran paso para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En base a estos convenios, que han sido ratificados por la mayoría de los Estados, se ha proporcionado argumentos, más conocimientos y conceptos para exigir garantías tanto para personas individuales como colectivas a favor de los pueblos indígenas. Las instituciones se caracterizan por su participación en el conocimiento de casos que perjudican a pueblos indígenas y así crear precedentes para poder utilizarlos en situaciones determinadas y así resolverlos en la misma línea.

Carlos Villán Durán alude que está, pues fuera, de toda duda que el derecho internacional positivo de derechos humanos encuentra su fundamento en la dignidad

¹⁰² Castillo, Mireya. Derecho internacional de los derechos humanos. España. Tirant Lo Blanch. 2003. Pág. 49

de la persona humana. Pues bien, ello acarrea dos consecuencias: la primera es el carácter universal e indivisible de los derechos humanos, siendo éstos el atributo necesario de toda persona humana, pues son inherentes a su dignidad.¹⁰³

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos es una herramienta que da fortaleza a las personas que han sido olvidadas por el Estado para exigir sus derechos. Se han elaborado estudios significativos que permiten a las personas en general usar sus argumentos para sentirse respaldados al momento de demandar obligaciones de parte del Estado.

Antonio Cassese para explicar históricamente la evolución universal de los derechos humanos indica que la naturaleza y las razones de aquel gran choque (Segunda Guerra Mundial) fueron claramente percibidas por varios estadistas y, en especial F.D Roosevelt y W. Churchill. El primero de ambos fue quien tomó la iniciativa de proponer al mundo la inclusión, en plano de las relaciones internacionales, de algunas grandes libertades. Este vasto y generoso programa fue continuado por otros hombres políticos y, poco a poco, terminó por traducirse en normas e instituciones internacionales.¹⁰⁴

La visión global que tuvieron estos protagonistas fue un gran suceso para la humanidad. Establecer libertades a nivel mundial tuvo un gran papel para la protección global. Además con instituciones no políticas se pueden vigilar más los casos violatorios de los Estados. Se trata de un gran paso para resolver los conflictos jurídicos que tienen los Estados con sus conciudadanos.

Castillo señala en relación al derecho internacional, específicamente en materia de protección a los Derechos Humanos que éstos han sido objeto de regulación internacional desde el antiguo derecho romano bajo la figura del *Ius Gentium* o Derecho de Gentes. Históricamente las referencias más importantes en este sentido van desde la intervención humanitaria en razón de Guerra, la inclusión en tratados internacionales de disposiciones proteccionistas de derechos humanos, los mandatos

¹⁰³ Villán Durán, Carlos. Curso de derecho internacional de los derechos humanos. España. Editorial Trotta.2002. Pág.93.

¹⁰⁴ Cassese, Antonio. Los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Traducción de Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga. España. Editorial Ariel. 1991. Pág. 28

de la antigua Sociedad de Naciones, las normas internacionales de trabajo reconocidas por la Organización Internacional del Trabajo, las normas proteccionistas en materia de protección de minorías, hasta las reglas relativas a la protección de extranjeros.¹⁰⁵

Por medio del derecho internacional de los derechos humanos se busca impedir y erradicar los vejámenes que sufren los pueblos originarios del planeta tierra. Es un gran aporte ya que implica, según sus análisis de campo y estudios jurídicos, aplicar de forma global los tratados internacionales y así mismo ir sumando argumentos para poder convencer a los Estados que en ciertas ocasiones no cumplen con obligaciones que les competen y así evitar que se sigan violando los derechos de las poblaciones indígenas.

Bidart Campos en este sentido aduce que con múltiple variedad de calificativos se ha acuñado la serie de locuciones simbólicas –derechos del hombre, derechos naturales del hombre, derechos de la persona humana, etc. –que se consideran innatos o inherentes a la naturaleza del hombre, o primarios o fundamentales. Y de inmediato se dijo, para realzarlos aún más, que son inmutables, eternos, supratemporales, universales. Es como si se hubiera querido, fundamentalmente, asignarles una consistencia y una definitividad que los sustrajera de toda discusión futura, y los resguardara para siempre, a favor de todos, en todas partes, y nada más que por la sencilla –pero trascendente– razón de pertenecer al hombre.¹⁰⁶

Si se consolidaran definitivamente, pero también si se respetaran realmente, nadie en ningún lugar del mundo podrá violentar los derechos humanos. Es indiscutible que tuvieron que suceder muchos acontecimientos para llegar a algo tan decisivo para las personas. Un imperativo debe ser mejorar y buscar medidas para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos.

Un tema que no puede dejarse de lado es el que se refiere a las posiciones monista y dualista clásica.

¹⁰⁵ Castillo, Mireya. *Op. Cit.* Pág. 35.

¹⁰⁶ Bidart Campos, Germán J. *Op. Cit.* Pág. 29-30

A este respecto, Antônio Augusto Cançado Trindade aborda el antagonismo clásico entre las teorías monista y dualista que confrontó al derecho internacional con el derecho interno en materia de Derechos Humanos. La distinción irreconciliable radica en considerar la competencia nacional exclusiva de un Estado en cuanto a los derechos humanos de los individuos en su territorio; en contraposición de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional que si bien, benefician a la universalidad se cuestiona si son directamente aplicables en superioridad al derecho interno propio de cada Estado.¹⁰⁷

En este sentido el derecho interno y el derecho internacional provienen de un sistema único ya que el propósito es buscar el bienestar de todos los seres humanos. En el momento que algo no se encuentra bien regulado dentro del sistema jurídico interno, se puede aplicar el derecho internacional y en este sentido no existirían lagunas jurídicas, no impidiendo, claro está, que el Estado regule a futuro la situación jurídica. Lo anteriormente planteado no se podría realizar en la teoría dualista ya que son normas independientes. El Estado en base a la teoría monista está obligado a cumplir con las obligaciones a las cuales se comprometió al momento de ratificar convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Villán Durán apunta que el moderno derecho Internacional de los derechos humanos lleva el principio de libertad más lejos, cubriendo dimensiones que exigen del Estado un comportamiento activo para que esas libertades no sólo sean reconocidas, sino también debidamente protegidas. Para ello, será necesario contar con los mecanismos que aseguren una tutela judicial adecuada, en el contexto de una administración de justicia eficaz e independiente, cuya construcción demandará al Estado importantes esfuerzos políticos y financieros.¹⁰⁸

La división de poderes es uno de los principios de la democracia. Es justo que sean protegidos los derechos de los pueblos indígenas. La aplicación de los mismos y el

¹⁰⁷ Cançado Trindade, Antônio Augusto. Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos. Guatemala. Colección de cuadernos de Derechos Humanos (PDH). 1995. Pág. 8.

¹⁰⁸ Villán Durán, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 95

cumplimiento y administración de las obligaciones, como bien lo explica el autor, debe de ser eficaz e independiente. Aquí hay una mezcla de obligaciones que deben cumplirse. Por ejemplo, el conocimiento jurídico por parte de los traductores de idiomas mayas y el conocimiento de su cultura, para poder explicar de forma adecuada lo que acontecerá paso por paso en un proceso dado. Esto implica voluntad política y esfuerzos presupuestarios para lograrlo. Una voluntad que solo puede ser alcanzada por los gobernantes apoyados por las demandas de los gobernados.

Thomas Buergenthal explica que el resultado es que a los seres humanos de todo el mundo se les ha hecho creer que los Estados y la comunidad internacional tienen la obligación de proteger sus derechos humanos. La expectativa que esto provoca hace que políticamente sea cada vez más difícil, para un creciente número de Estados, negar que, en efecto, tienen tal obligación, lo cual, por supuesto, facilita los esfuerzos de quienes promueven la protección internacional de los derechos humanos. En otras palabras, lo que en estos momentos se presencia es una revolución de los derechos humanos en plena marcha. Se ha ganado mucho, pero aún hace falta consolidar las ganancias.¹⁰⁹

A través de la cobertura de los medios de comunicación, la información está a la disposición de la población. La información que antes tardaban horas para llegar a los noticieros, ahora llega inmediatamente. Y ahora con las redes sociales, es más difícil engañar a la gente. Los sujetos de derechos saben cuáles son sus derechos y necesidades, también están al corriente de las obligaciones de los Estados frente a sus exigencias. La información es clave para poder lograr sus objetivos y que no se ignoren sus peticiones. Falta consolidar los beneficios en este ámbito, pero lo interesante es que es más común, ahora, ver movimientos que solicitan mayor actividad del Estado frente a ciertos planteamientos que no parecen resolverse. Esa presión es la que hace que se logren las metas trazadas.

En este mismo orden de ideas, Cassese refiere que el pueblo viene a ponerse como un intruso entre las relaciones bilaterales “sinalagmáticas” de los Estados. El pueblo no

¹⁰⁹ Buergenthal, Thomas. Derechos humanos internacionales. México. Editorial Gernika. 1991. Pág. 45-46

tiene nada para dar y en cambio puede exigir algo: liberarse de la potencia extranjera u opresora. Como se puede observar, el derecho de los terceros Estados a ayudar al pueblo oprimido e “intervenir” en su favor, así como el derecho mismo de ese pueblo, corresponden a una lógica nueva: los *intereses comunitarios*, que trascienden las ópticas nacionales de cada poderoso y reflejan exigencias colectivas y humanitarias de progreso social.¹¹⁰

La idea es que si un sector de la población se ve afectada por un Estado opresor debe un tercer Estado ofrecer su ayuda e inclusive se pueden respaldar en sus derechos. Así es como ha sucedido en los últimos años: las tribus o pueblos ya no dejan que se les violen sus derechos sin utilizar los medios legales para defenderse. Todo esto por el conocimiento adquirido por las instituciones internacionales que protegen los derechos humanos. Ya no se pueden quedar de brazos cruzados para atender un pueblo oprimido; existen los medios para que organismos nacionales de otros países pueda criticar la situación existente en otro Estado y así tomar iniciativas para solucionar el conflicto.

Para Cançado Trindade las Constituciones latinoamericanas reconocen así la relevancia de la protección internacional de los derechos humanos y dispensan atención y tratamiento especiales a la materia. Reconociendo que su enumeración de derechos no es exhaustiva o supresiva de otros, descartan de este modo el principio de interpretación de las leyes *inclusio unius est exclusio alterius*. Es alentador que las conquistas del derecho internacional a favor de la protección del ser humano vengán a proyectarse en el derecho constitucional, enriqueciéndolo, y demostrando que la búsqueda de protección cada vez más eficaz de las persona humana encuentra guarida en las raíces del pensamiento tanto internacionalista como constitucionalista.¹¹¹

Sí es alentador que Guatemala también haya tomado esta orientación. El reconocimiento de derechos humanos no es exhaustivo, sin embargo sí debe elaborarse un documento para que exista un reconocimiento legítimo y no quedar en un simple reconocimiento verbal. Es lo que hace falta en Guatemala, porque el artículo

¹¹⁰ Cassese, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 233

¹¹¹ Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Op.Cit.* Pág. 14-15.

70 de la Constitución Política de la República establece que debería desarrollarse una ley para garantizar la protección de los pueblos indígenas.

Erick Mauricio Maldonado Ríos expone que independientemente del debate judicial, académico y hasta político que ha surgido a partir de la interpretación del artículo 46 constitucional y la situación jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto a la Constitución, lo cierto es que dichos tratados poseen una naturaleza supralegal, al haberles reconocido los constituyentes carácter preeminente sobre el derecho interno.¹¹²

Este enfoque permite que, el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de ahora en adelante Convenio 169 de la OIT posea una naturaleza supralegal ya que cumple con todos los requisitos que la Constitución Política de la República instituye.

Karin Paola Wagner Mota señala en este sentido que el Estado de Guatemala, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones sobre derechos humanos, como resultado de la aceptación y ratificación de tratados internacionales en esta materia, así como del reconocimiento de tales derechos en la propia Constitución Política de la República. Cabe notar que Guatemala ha ratificado la mayoría de los tratados internacionales adoptados tanto por el sistema universal de protección de los derechos humanos como por el sistema interamericano.¹¹³

Queda claro que Guatemala al haber aceptado y ratificado el Convenio 169 de la OIT adquiere voluntariamente una serie de obligaciones específicamente en relación a los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo no se han adoptado medidas especiales para resguardarlos.

En este sentido Cançado Trindade afirma que con el paso de los años, hubo un avance, en el sentido de, al menos, distinguir entre los países en que ciertas normas de

¹¹² Maldonado Ríos, Erick Mauricio. Derecho guatemalteco de los tratados internacionales. Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013. Pág. 25

¹¹³ Warner Mota, Karin Wagner. Interpretación normativa de la Corte de Constitucionalidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Guatemala. Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ/URL) (Cuaderno de estudio 109) Pág.2

los instrumentos internacionales de derechos humanos pasaron a tener aplicabilidad directa, y los países en que estas necesitaban ser “transformadas” en leyes o disposiciones de derecho interno para ser aplicadas por los tribunales y autoridades administrativas.¹¹⁴

Guatemala, al ratificar el convenio, da paso para tener aplicabilidad directa; por consiguiente debe cumplirse y el Estado debe verificar que las disposiciones del Convenio 169 de la OIT se lleven a cabo.

Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano agrega que la mayoría de las Constituciones de los países ofrecen un orden jerarquizado de normas en el que aparecen no únicamente aquéllas pertenecientes al orden interno, sino también al orden internacional. Ese orden, conocido como el *principio de supremacía o suprallegalidad constitucional* asegura a la Constitución la categoría de *norma prima o suprema*, a partir de la cual se nutren las otras fuentes de la legalidad, tanto de derecho interno como de derecho internacional.¹¹⁵

Los tratados y convenios internacionales en materia derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala pertenecen a la categoría de norma suprallegal, por lo que es en definitiva, superior al derecho interno. En efecto siguiendo la idea del autor, las leyes de carácter ordinarias deberían nutrirse por el convenio.

Clarifica Cançado Trindade que los fundamentos de la protección de los derechos humanos trascienden el derecho estatal, y el consenso generalizado formado hoy en torno de la necesidad de la internacionalización de su protección corresponde a una manifestación cultural de nuestros tiempos, jurídicamente viabilizada por la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en lo que concierne a la protección de la persona humana. Además a un Estado no le es permitido dejar de cumplir sus obligaciones convencionales bajo el pretexto de supuestas dificultades de orden constitucional o interno, con mayor razón aún no habrá disculpa para un Estado de no conformarse a un tratado de derechos humanos en el

¹¹⁴ Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Op.Cit.* Pág. 8

¹¹⁵ Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. *Revista Jurídica /Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ).* Guatemala: Universidad Rafael Landívar. 1ª. Época, No.6 (enero-junio 2003). Pág. 3

cual es parte por el simple hecho de que sus tribunales interpreten, en el plano del derecho interno, el tratado de un modo diferente del que se impone en el plano del derecho internacional.¹¹⁶

Es tajante la doctrina, no hay excusas para no cumplir a lo que el Estado se ha comprometido. No puede haber diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, pues ambos buscan el mismo fin: Reconocer los derechos humanos respetarlos y protegerlos.

Roberto Lavalle Valdés, apunta que hablar de derecho internacional tiene sentido solamente en la medida en que se admita que su observancia es jurídicamente obligatoria para los Estados, sujetos primarios de esa rama, tan *sui generis*, del derecho.¹¹⁷

Lo que se trata de enfocar en esta apartado es que el derecho internacional no se puede ignorar. Para este autor, la teoría monista es la que se debe de aplicar. El derecho es uno solo no se puede dividir. Si lo que se busca es que el ser humano viva en condiciones de vida digna se debe de buscar la norma que cumpla con este objetivo, no se puede argumentar que hay dos derechos si lo que se busca es el mismo resultado.

Asimismo Cassese señala que más demoledora aún es la “doctrina” de los derechos humanos (en sentido estricto). Proclamar que cada Estado ha de respetar en su propio interior ciertos preceptos fundamentales sobre el ordenamiento de su aparato de gobierno y sobre la esfera de libertad que pueden disfrutar todos los individuos que viven en su territorio, significa una cosa muy importante: de ahora en adelante –por lo menos en ciertos aspectos fundamentales de la dignidad humana– cada Estado ha de rendir cuentas a los demás países y a ciertos organismos internacionales, sobre qué

¹¹⁶ Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Op. Cit. Pág. 15*

¹¹⁷ Lavalle Valdés, Roberto. Apuntes sobre la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales, con particular referencia al caso de Guatemala. Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Pág. 3

trato da, en su interior, a los extranjeros, y no sólo a ellos, sino también a sus propios ciudadanos.¹¹⁸

Es deber del Estado garantizar el estricto cumplimiento de los derechos humanos ya que debe rendir cuentas de la forma en la que vela por éstos. En relación con esta investigación, si los pueblos indígenas están conformes con la forma con la que han resuelto sus exigencias o si al menos han tomado iniciativas positivas para mejorar su forma de vida.

Es importante indicar que los abogados guatemaltecos invocan el derecho internacional, ya que como se indicó anteriormente, es el mismo derecho y busca lo mejor para la protección de los hombres, inclusive principios de jurisdicción para cuando tengan dudas. Eso corrobora el argumento de que el derecho internacional se puede invocar en el derecho interno a modo de sustentar lagunas en la legislación guatemalteca. Lo mismo sucede en el derecho internacional de derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional. Los convenios internacionales en materia de derechos humanos que han sido aceptados y ratificados por Guatemala son leyes internas de Guatemala y su cumplimiento es obligatorio. En caso exista laguna en la ley, el órgano jurisdiccional debe utilizar los tratados internacionales, ley vigente de Guatemala.

Wagner Mota infiere que el derecho internacional de los derechos humanos tiene como propósito la protección de la persona y su dignidad humana. De manera que, a diferencia del derecho internacional general, el derecho internacional de los derechos humanos persigue el establecimiento de un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos.¹¹⁹

La clave en el derecho internacional de los derechos humanos, son los seres humanos. Por ende, los pueblos indígenas con base en ese fundamento solicitan la protección tanto de sus derechos humanos individuales como de sus derechos humanos colectivos. Este es el meollo del asunto. El Estado de Guatemala, al haber ratificado el

¹¹⁸ Cassese, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 233

¹¹⁹ Wagner Mota, Karin Paola. El derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados. Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ/URL), 2013. Pág. 1

Convenio 169 de la OIT, que es un convenio internacional en derechos humanos, debe cumplir con todo su contenido, sin ni siquiera dudarlo sin aducir excusas o pretextos.

Para profundizar más esta idea José de Jesús Becerra Ramírez y Adrián Joaquín Miranda Camarena explican la existencia de un desarrollo intenso en los últimos años respecto a la internacionalización de los derechos humanos, debido a la labor de los organismos internacionales, las organizaciones no gubernamentales en adelante (ONGs) y la correspondiente participación de los Estados;... tal escenario obliga a analizar el papel que los Estados asumen para la protección de los derechos, pues existe una nueva forma de concebir las relaciones de cooperación entre ordenamientos jurídicos que, al tiempo que reconoce una competencia primigenia y directa del Estado para establecer mecanismos propios de protección y promoción, define la competencia de la comunidad internacional para adoptar normas en dicho ámbito.¹²⁰

Es decir que el Estado debe de cumplir un rol más activo dentro de la protección de los derechos humanos, sobre todo en materia de los pueblos indígenas donde falta mucho por hacer. Siguen habiendo violaciones a sus derechos y también falta crear instituciones que sean propias de los pueblos indígenas.

Asimismo, Wagner Mota indica, que el Estado de Guatemala tiene el deber de respetar y garantizar los derechos humanos. Por un lado, la obligación de respeto implica que el Estado debe abstenerse de cometer abusos en el ejercicio de sus funciones; por otro lado, la obligación de garantía exige el establecimiento de medidas concretas para que las personas puedan gozar plenamente de sus derechos, incluyendo aquellas de carácter administrativo, legislativo y judicial. En tal sentido, la obligación de garantía también corresponde a los órganos jurisdiccionales, incluyendo a la Corte de Constitucionalidad, mediante la aplicación e interpretación de las normas que aseguren una efectiva protección y el goce de los derechos humanos.¹²¹

¹²⁰ “El uso del canon internacional de los derechos humanos. *Opinión Jurídica* .Vol.12. N° 24. Colombia. (julio-diciembre 2013).Pág. 20-21

¹²¹ Wagner Mota, Karin Paola. *Interpretación normativa de la Corte de Constitucionalidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ/URL). (cuaderno de estudio; 109). Págs. 2-3*

El Estado tiene dos obligaciones clarísimas. La primera la de respetar, la cual consiste en abstenerse de cometer abusos en el ejercicio de sus funciones; en relación con los pueblos indígenas no lo ha logrado en su totalidad. Este tema se desarrollará más adelante. La segunda, la obligación de garantía, consiste en instituir medidas concretas para gozar de sus derechos. En esta obligación, al igual que en la anterior, obligación, el Estado no ha cumplido y no se visualiza su intención de querer cumplirlas. Las dos obligaciones en relación con los pueblos indígenas van de la mano: si no se cumple una tampoco se cumple la otra.

Cassese explica que: “las nuevas “doctrinas” han tenido una incidencia muy relevante en otra área: la de los sujetos. Ya se ha dicho antes que, tradicionalmente, en la comunidad mundial “los centros de poder” dotados de derechos y obligaciones jurídicas eran única y exclusivamente los Estados soberanos. Eran ellos quienes administraban sus respectivas comunidades humanas y “tenían la sartén por el mango”. Ahora emergen poco a poco los pueblos (o, por los menos, cierta categoría de pueblos: la de los que están sometidos a una potencia extranjera o un régimen autoritario y racista) y, junto a ellos, los individuos.”¹²²

Analiza Cassese que los Estados soberanos han variado porque al momento en que los derechos humanos son inherentes al ser humano, el Estado está obligado a cumplirlos. Se entiende que ya no solo los Estados tienen derechos y obligaciones han surgido pueblos que por tener una historia trágica se les ha dado la facultad a través del derecho internacional de los derechos humanos, de exigir que se cumplan sus derechos específicos.

Thomas Buergenthal afirma que la diferencia más significativa entre la legislación moderna de los derechos humanos internacionales y sus antecedentes históricos estriba en que se supone que en la actualidad los seres humanos poseen derechos internacionalmente garantizados como individuos y no como ciudadanos de algún Estado en particular. En la actualidad existe también un número creciente de instituciones internacionales con jurisdicción para proteger a los individuos contra las

¹²² Cassese, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 234

violaciones de sus derechos humanos cometidos por el Estado de su nacionalidad o por cualquier otro Estado.¹²³

Se deduce, como se ha especificado a lo largo de este primer capítulo, que los derechos humanos son inherentes a la persona humana y por eso son universales; no importa el lugar en el que se encuentre el individuo: deben de ser respetados. Los derechos específicos de los pueblos indígenas son inherentes a las personas indígenas porque solo a través de su cumplimiento se respetará su dignidad de personas y de miembros de una comunidad indígenas.

Sigue exponiendo con relación a la misma idea, Cassese, que es evidente que esta rama del derecho relativamente nueva, la cual desprovista de prejuicios, ha roto la lógica de la reciprocidad. En base a aquella lógica, los terceros Estados no habrían tenido legitimidad alguna para ocuparse de los pueblos oprimidos, salvo el caso – verdaderamente excepcional– en que dicha legitimidad se hubiese establecido en un tratado internacional.¹²⁴

Se trata de la intervención de un Estado con respecto a pueblos oprimidos en otro Estado. El planteamiento es válido. Se explica porque el ser humano es digno y adquiere sus derechos fundamentales con el simple hecho de nacer. Se trata de obligaciones que un Estado (A) asume, por convenio internacional de derechos humanos ratificado, hacia personas o comunidades de personas que han sido oprimidas en otro Estado (B). Es un compromiso formal, en virtud de convenio, tratado o ley que obliga al Estado (A), como Estado, hacia personas individuales y comunidades indígenas, en este caso hipotético, del Estado (B). No hay reciprocidad en este caso porque no hay reciprocidad entre personas y Estado y no la hay entre el Estado A y el Estado B si no hay obligaciones que se hayan convenido entre los dos Estados.

Juan Carlos Hitters exterioriza que una de las características fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, es la posibilidad de que el individuo, el

¹²³ Buergenthal, Thomas. *Op. Cit.* Pág. 45

¹²⁴ Cassese, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 233

hombre, pueda peticionar directamente antes los organismos internacionales, pues es sabido en el sistema tradicional sólo los Estados gozaban de tal legitimización. Ello significa un notorio avance, una verdadera revolución como dicen algunos autores, ya que la persona se convierte en “sujeto” – y no solamente “objeto” – del derecho internacional.¹²⁵

Las iniciativas que han tomado las instituciones para que el individuo logre exigir sus derechos han alcanzado parámetros insoslayables. Esto mismo sucede con las personas que, además de derechos humanos individuales, también tienen derechos humanos colectivos, como es el caso de los pueblos indígenas. Sus peticiones han permitido que haya precedentes jurídicos y así haya jurisprudencia al respecto para ayudar a los sujetos con los mismos problemas.

En este sentido, Castillo concisamente, indica que en tanto una materia es objeto de regulación convencional, se convierte internacional y deja de formar parte de los asuntos que integran la jurisdicción exclusiva del Estado que se vincula por el tratado, limitando así su soberanía.¹²⁶

Hitters señala que según el artículo 31.1 de la Convención de Viena, los tratados deben interpretarse de buena fe teniendo en consideración su objeto fin,... No obstante ello la progresividad de la protección de los derechos humanos, y el constante desarrollo habido en este campo, hace necesaria una interpretación evolutiva (o mutativa), en el sentido de que debe ajustarse a la época de la aplicación del instrumento internacional. Desde otra perspectiva, y partiendo de la base del objeto de los tratados sobre derechos humanos, y el bien jurídico protegido –el hombre– se impone una orientación teleológica, que se ha enunciado como, interpretación humanitaria.¹²⁷

Los contextos societales cambian, como lo establece el autor mencionado previamente; siempre hay una evolución. Desde esa perspectiva se debe analizar el entorno social vigente para iluminar la aplicación del instrumento internacional. El tratado debe

¹²⁵ Hitters, Juan Carlos. Derecho Internacional de los derechos humanos Tomo 1. Argentina. Editorial EDIAR. 1991. Pág.193

¹²⁶ Castillo, Mireya. *Op. Cit.* Pág. 36

¹²⁷ Hitters, Juan Carlos. *Op. Cit.* Pág. 187

aplicarse en función de las circunstancias en las que se encuentra la persona, ya que es al ser humano al que se debe proteger. Por consiguiente se debe de reconocer el relacionamiento de la persona con su entorno y en función de esa interrelación, aplicar el derecho, sin perder la visión teleológica, es decir el propósito que se persigue.

Apunta Cançado Trindade que el deber de los Estados Partes de proveer recursos internos eficaces, impuesto por los tratados de derechos humanos, constituye el necesario fundamento en el derecho interno del deber correspondiente de los individuos reclamantes de hacer uso de tales recursos antes de llevar el caso a los órganos internacionales. En efecto, es precisamente porque los tratados de derechos humanos imponen a los Estados Partes el deber de asegurar a las supuestas víctimas recursos eficaces ante las instancias nacionales contra violaciones de sus derechos reconocidos.¹²⁸

Cumplir con los recursos del sistema judicial nacional es importante, ya que, al darle participación a los órganos propios del Estado, permite interpretar a las instituciones internacionales si se cumple con el debido proceso y la argumentación que utilizaron para fallar de cierta manera, y así poder determinar de forma documentada por qué están inconformes con la sentencia al reclamante.

En general todos los tratados internacionales sobre derechos humanos al ser aceptados y ratificados por un Estado acarrear obligaciones hacia el Estado. Estas obligaciones pueden caracterizarse de la forma siguiente:

Héctor Gros Espiell, citado en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comentado, define el “respeto” como la: “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención.”¹²⁹

¹²⁸ Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Op.Cit.* Pág. 30

¹²⁹ Steiner, Christian. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario. Bolivia. Konrad Adenauer Stiftung. 2014. Pág. 47

Así mismo sobre este particular en el mismo texto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que: “la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.”¹³⁰

Es evidente que el Estado no puede vulnerar los derechos humanos de los pueblos indígenas pero al no haber un reconocimiento tácito ni expreso en la legislación ordinaria de Guatemala, implícitamente se están violando los derechos colectivos de los pueblos indígenas, más aún por el hecho que Guatemala ya ratificó el Convenio 169 de la OIT, que indica los mecanismos que se deben implementar por parte del Estado así como la necesaria proactividad en la materia.

Claudio Nash Rojas referido en el texto de la Convención Americana agrega que entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas o negativas y estarán determinadas por cada derecho o libertad.¹³¹

Luiz Flávio Gomes y Valerio de Oliveira Mazzuoli mencionado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos añade que la obligación de “respeto” a los derechos humanos previsto en este artículo, excluye la aplicación del principio de reciprocidad consagrado en el Derecho Internacional clásico, toda vez que los Estados parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde

¹³⁰ *Loc. Cit.*

¹³¹ *Loc. Cit.*

deriva la naturaleza objetiva de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos.¹³²

El Estado por ende no debe violar los derechos humanos de ninguna persona ya que van más allá de la voluntad del Estado, se adquieren desde la naturaleza misma del individuo, se adquieren por ser personas. Asimismo los pueblos indígenas se ven beneficiados por el respeto de sus derechos colectivos.

Gros Espiell nombrado en el texto de la Convención Americana explica que, la Convención Americana no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹³³

El fin es el mismo: Buscar el bien común.

Gros Espiell indica que esta garantía de obligación “supone” el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.¹³⁴

Juan Diego Castrillón Orrego referido en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comentado refiere que a través de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta incluso lo dispuesto en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, la Corte IDH, consideró que el artículo 21 del Pacto de San José no sólo protegía la propiedad individual, sino el derecho a la propiedad en un sentido que comprende los

¹³² *Ibíd.* Pág. 48

¹³³ *Loc. Cit.*

¹³⁴ *Ibíd.* Pág. 49

derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.¹³⁵

Guatemala ha formado parte del derecho internacional de los derechos humanos. Los convenios internacionales son de cumplimiento obligatorio para el Estado, por consiguiente lo obligan internacional y nacionalmente a cumplir con los compromisos, éstos incluyen los derechos que le son propios a los pueblos indígenas.

¹³⁵ *Ibíd.* Pág. 63

Capítulo 2

Fuentes Interpretativas del Marco Jurídico Constitucional.

En el capítulo 1, se hizo un resumen histórico de los eventos acontecidos desde 1954, un breve análisis de las constituciones que han estado vigentes, así como una síntesis de las obligaciones del Estado derivadas tanto de la legislación interna como de convenios internacionales ratificados. En este capítulo se indicará reiteradamente la importancia de desarrollar en la Constitución normas fundamentales para los pueblos indígenas que permitan utilizar principios de interpretación en ese ámbito.

2.1 Principios de interpretación y Constitución Política de la República de Guatemala.

El propósito de este tema es hacer ver la debilidad o inexistencia de normas básicas que orienten, en la Constitución Política de la República de Guatemala, la interpretación de lo establecido en la misma para los pueblos indígenas. Para lograr el propósito se analizarán autores que serán comentados desde la perspectiva de las obligaciones del Estado con respecto a los derechos de los indígenas.

Dante Paiva Goyburu transcribe la acepción de principios, del Diccionario de la Real Academia Española, como: “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”, y también como “Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”. Dentro de nuestra especialidad, la Ciencia Jurídica, se cuenta con la presencia de los denominados principios generales del derecho, lo cual, como puede advertirse, tienen un rol esencial dentro del sistema jurídico. Rubio Correa citado por Paiva Goyburu se refiere a ellos como: “conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos y del propio Derecho como totalidad”.¹³⁶

¹³⁶ Paiva Goyburu, Dante. “El impacto de los principios constitucionales Gaditanos en el Perú”. *UNED. Revista de Derecho Político*. N° 84. España, mayo-agosto, 2012. *Derecho Político*. N° 84. España, mayo-agosto, 2012. Pág. 327. Pág. 328.

De acuerdo al autor, se piensa que es necesario, introducir en la CPRG, normas e ideas fundamentales que orienten los derechos humanos propios de los pueblos indígenas y el actuar de las instituciones del Estado. Por ende, al regir la Constitución la conducta del Estado frente a los pueblos arriba identificados, los pueblos maya, garífuna y xinca tendrían fundamentación constitucional para a sus demandas y sus exigencias.

Paiva Goyburu cita a García Toma quien determina los principios constitucionales en sentido estricto como aquellos que: “aluden a la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tales, constituyen parte del núcleo central del sistema constitucional... están destinados a asegurar la proyección normativa de los valores o postulados ético políticos, así como las proposiciones de carácter técnico-jurídico”.¹³⁷

La Constitución Política de la República de Guatemala esta estructurada en varios títulos, los cuales se subdividen en capítulos y, estos a su vez se fraccionan en ciertas secciones; en este sentido, los derechos y garantías de las comunidades indígenas se ubican dentro del título II (Derechos Humanos); capítulo II (Derechos Sociales) Sección Tercera(Comunidades Indígenas) contenidos en los Artículos 66 al 70 de dicha Carta Magna. A pesar que esos derechos y garantías se encuentran regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala, todavía se requiere un largo camino para que en esta Nación se desarrolle de forma integral una protección de los derechos específicos de estos pueblos. Naturalmente lo esencial es la voluntad política y su materialización. Pero se requiere también de imaginación y de creatividad en el ámbito jurídico para que se logre una sociedad más incluyente que integre realmente a los pueblos indígenas. El acuerdo sobre identidad y derechos de pueblos indígenas y otros acuerdos de paz solo establecen instituciones y términos de forma muy desorganizada. Se puede inferir que solo se quería cumplir con ciertos puntos de la agenda para lograr la paz, y no se profundizó lo suficiente. Es una situación que debe superarse. La coyuntura reciente y la evolución de los últimos años hacen pensar que

¹³⁷ *Loc. Cit.*

ya es hora de regular de forma legítima y pertinente la dinámica de los pueblos indígenas guatemaltecos.

Asimismo Paiva Goyburu infiere que se ha considerado, a los principios constitucionales, como: “las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico”.¹³⁸

Se infiere del autor que al ser Guatemala un Estado multicultural plurilingüe y multiétnico, se debería tener un total ordenamiento jurídico (constitucional) que tome efectivamente en consideración la característica antes mencionada de Guatemala. Se debe partir de ideas fundamentales que tomen en cuenta todas las etnias del país.

Si bien el artículo 66 de la CPRG en su sección tercera establece: “que 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,” no parte, por ejemplo, de lo que es cada institución o cómo se debe de organizar.

Es difícil interpretar algo que no da los parámetros necesarios para que ésta se lleve a cabo. En el ámbito de los pueblos indígenas, la Constitución no encauza al Estado para cumplir con sus obligaciones por la falta de normas orientadoras.

Manuel Aragón indica que al margen de las diferencias de razonamiento, la admisión de los “principios jurídicos” será, pues, un lugar común en la ciencia del derecho, incluidos los diversos sectores del positivismo jurídico con la sola excepción del normativismo kelseniano. La “jurisprudencia del concepto”, la “jurisprudencia de intereses”, la “jurisprudencia sociológica”, la “jurisprudencia valorativa”, a lo largo del siglo XIX y el primer tercio del XX, y por vías más elaboradas que las del simple “iusnaturalismo” (al que no puede atribuirse la menor paternidad teórica del

¹³⁸ *Loc. Cit.*

principialismo jurídico, salvo que ese principialismo se degrade), aceptan que los “principios” forman parte del derecho.¹³⁹

Los principios, por consiguiente, sí forman parte del derecho ya que son los que encausan en parte toda la organización de un Estado. Dan las pautas para esclarecer las dudas cuando éstas surgen. El principialismo da las nociones de cómo dilucidar las dudas en caso de divergencia dentro de un conflicto jurídico.

Enrique Uribe Arzate advierte que la Constitución debe ser comprendida como el documento formal y solemne sancionado por el constituyente originario que contiene principios fundamentales y fines que el Estado debe cumplir. En esta misma vertiente, el constitucionalismo, que es un producto relativamente reciente, representa una orientación teórica que permite explicar el desarrollo del Estado a la luz del marco jurídico delineado por la Constitución; todos los temas en los que el Estado incide –y primordialmente el de los derechos fundamentales– tienen en el constitucionalismo su mejor explicación histórica. El constitucionalismo es así, la historia de la defensa de los derechos humanos y un constante compromiso con el ejercicio racional del poder.¹⁴⁰

Guatemala es un Estado relativamente joven que ha sufrido muchos conflictos. Los seguirá recibiendo si no logra su fin supremo, que consiste en la realización del bien común. Sin embargo la Constitución Política de la República representa la orientación que una democracia necesita pero falta perfeccionarla, estableciendo los derechos que requieren los pueblos indígenas. Incorporando estos derechos, los pueblos y comunidades indígenas tendrían base legal para demandar el cumplimiento efectivo de los mismos. Lo que lo induciría a cumplirlos; además de las obligaciones adquiridas internacionalmente.

Se podría pensar que las obligaciones adquiridas en lo internacional podrían ser suficientes para obligar al Estado a cumplir.

¹³⁹ Aragón, Manuel. Constitución, democracia y control. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002. Págs. 36-37.

¹⁴⁰ Uribe Arzate, Enrique. “Principios constitucionales y reforma de la Constitución”. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, vol. XXXIX, Núm. 115, México. Enero-abril. UNAM. Pág. 240.

Pero, como se ha visto en el capítulo 1, generalmente, el Estado no cumple con sus obligaciones. El Convenio 169 de la OIT lleva 19 años ratificado en Guatemala; el Estado sólo ha cumplido lo mínimo (idioma, tipificación de la discriminación, reconocimiento de sus trajes...). Es decir lo cultural, que obviamente es importante, pero no lo relacionado con sus instituciones, la participación política, condiciones de vida y trabajo, salud, educación, sus territorios, el medio ambiente...

Desde otra perspectiva, también se puede pensar que los convenios internacionales son generales y que se requiere que el país tenga derechos específicamente diseñados para la realidad de Guatemala, en este caso tomando en cuenta la diversidad que existe.

Es obvio que lo que se requiere es la voluntad política de aplicarlos efectivamente en la realidad cotidiana.

Paiva Goyburu indica que los principios en el Derecho ocupan un lugar elemental. Por un lado como criterios esenciales que sirven para interpretar y aplicar las normas de forma adecuada, pero también como la base en las que se sostiene el sistema jurídico en general, muchas veces son ubicados en los títulos preliminares de los códigos y leyes. A nivel constitucional, los principios tienen una importancia fundamental, considerando que es la Constitución el pilar del ordenamiento jurídico del Estado, los principios que en ésta se contengan influyen trascendentalmente.¹⁴¹

Los principios son una guía de interpretación que debe observar todo jurista que desee cumplir con los términos de las normas y reglamentos de un Estado. Además constituyen el punto de apoyo de los expertos en materia del derecho al momento de emitir una opinión en función de su real saber y entender. Además la Constitución es la base del ordenamiento jurídico; de ella surgen las demás leyes internas a las que deben regirse los ciudadanos de un Estado. Pero, ¿qué pasa cuando la Constitución no incorpora dentro de su ordenamiento ciertas instituciones que hacen falta para regular acciones y derechos de los pueblos indígenas? Si la Constitución influye trascendentalmente en un Estado es necesario tomar conciencia, sensibilizar e

¹⁴¹ Paiva Goyburu, Dante. *Op. Cit.* Pág. 327.

introducir contenidos acordes a la realidad nacional y a la falta de integración de los pueblos indígenas en Guatemala. Está claro que hay ausencia y lagunas en la legislación que debería derivarse de las obligaciones constitucionales. Lo que se plantea es que deben generarse orientaciones para tener propuestas concretas en esta materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Así las lagunas desaparecerían progresivamente para mejorar el clima societal.

Francisco Serra Giménez escribe que el extraordinario Norberto Bobbio (para el propio Hart, el filósofo del Derecho más brillante de su generación) resumió en tres grandes principios las características de los ordenamientos jurídicos actuales: unidad, coherencia y plenitud. Todas las normas tendrían en último extremo: i) un mismo fundamento de validez (derivando de una norma fundamental o regla de reconocimiento, si se prefiere adoptar el punto de vista de Hart, que entiende esa “regla maestra” de forma algo diferente, ...); ii) no existirían contradicciones sustanciales entre las diferentes normas (o al menos se establecerían procedimientos para resolver esas antinomias jurídicas) y iii) no habría lagunas (o al menos habría formas de subsanar los posibles vacíos legales que pudieran producirse).¹⁴²

Lo pertinente para el tema que se desarrolla, es lo relacionado a que no deberían haber lagunas y, en ese sentido formas de subsanar los posibles vacíos legales. Y esto es precisamente lo que se propone: que se establezcan principios para interpretar la realidad guatemalteca, en la que no se puede obviar la presencia, desde siempre, de los pueblos indígenas.

Este es un tema que se ha rezagado a pesar de eventos históricos que han demostrado la necesidad de orientaciones en este ámbito. Puede considerarse, dados los acontecimientos que se han sucedido en el año 2015, que es un momento propicio para que se concreten cambios y que se ahonde más sobre las demandas que provienen de los indígenas.

¹⁴² Serra Giménez, Francisco. El derecho en la época constitucional: un ensayo de interpretación. España. Clásica Dykinson. 2013 Pág. 64

Aunando el tema Antonio D'Atena demuestra que el “género literario” Constitución presenta una característica estilística peculiar. Se refiere al hecho de que, en los documentos constitucionales, junto a las disposiciones “completas” (o self-executing) — es decir, a las disposiciones inmediatamente capaces de producir todos los efectos en vista de los cuales han sido adoptadas— existen, con muy notable frecuencia, disposiciones no autosuficientes que, para desplegar toda su potencialidad, necesitan de la intermediación del legislador. Las normas de ejecución adoptadas por éste tienen, en efecto, la función de completar su contenido con el fin de alcanzar los objetivos indicados por aquéllas.¹⁴³

El autor hace ver la necesidad de la intermediación del legislador para que disposiciones “no autosuficientes” desplieguen su potencialidad. Podría decirse que un claro ejemplo es lo relacionado al capítulo de los pueblos indígenas en la Constitución Política de la República de Guatemala. Hay que tomar en cuenta que hasta el día de hoy no se ha promulgado la ley específica.

Robert Alexy describe que: “Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse.”¹⁴⁴

Las normas se deben orientar, en el caso de los pueblos indígenas, a satisfacer determinadas necesidades históricas que hasta la fecha no se han satisfecho. Pero es indispensable, por ser derechos humanos específicos, que el Estado vele porque sean normas categóricas y que se cumpla con lo que estipulan.

¹⁴³ D'Atena, Antonio. “Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional”. *UNED. Revista de Derecho Político*. N° 74, enero-abril. España 2009. Pág. 455

¹⁴⁴ Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ecuador. 2008. Pág. 14

José Julián Suárez Rodríguez analiza de la siguiente manera el trabajo de Dworkin: “En *El modelo de las normas (I)*, Dworkin establece lo siguiente: la primera “diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas, es una distinción lógica, las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”.¹⁴⁵

Con relación al tema que se está analizando, podría decirse que en Guatemala necesitan de las dos acepciones. En primer lugar porque no se establecen las condiciones o como indica el autor, las consecuencias jurídicas, es decir no se determinan los parámetros que se deben regular con las normas ordinarias y en segundo lugar los hechos estipulados deben mencionar preceptos concretos, por este motivo es que la Constitución debe contener la línea directriz de lo que deba desarrollarse.

D’Atena plantea las disposiciones mediante las cuales el constitucionalismo liberal ha respondido a la crítica de las, así llamadas, libertades «burguesas», efectuada por el pensamiento marxista. Se refiere a las cláusulas sobre los derechos sociales. Estas cláusulas han hecho su primera aparición en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919. Mediante ellas se reconocen derechos —como el derecho a la salud, el derecho a la igualdad de tratamiento de la mujer trabajadora y de los menores,...— a los cuales no se adapta la configuración eminentemente negativa de las clásicas libertades decimonónicas del cuyo catálogo forman parte. Tales derechos, en efecto, se presentan como derechos a prestaciones, cuyo goce está o se encuentra subordinado a intervenciones positivas, la mayor parte de las veces, entregadas a los poderes públicos.¹⁴⁶

Los derechos sociales son aquellos parámetros legales que permiten al ser humano desarrollarse plenamente dentro de una sociedad y lograr sus objetivos como persona. En este sentido a los pueblos indígenas se les garantizan los mismos derechos

¹⁴⁵ Suárez Rodríguez, José Julián. “El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista”. *CIVILIZAR*. Vol. 12, N° 22. Colombia, enero-junio 2012. Pág. 67.

¹⁴⁶ D’Atena, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 457.

sociales pero existe una dilema puesto que buscan una igualdad de tratamiento, por supuesto, pero con sus propias características ya que ellos al tener una cultura diferente buscan además de las individuales, otras demandas sociales, que persiguen además el bienestar de la colectividad.

Uribe Arzate puntualiza que [hay] principios que la teoría constitucional asigna a todas las Constituciones por tratarse del documento jurídico de mayor jerarquía dentro de cada universo jurídico. Otra cosa son los grandes lineamientos contenidos de manera exclusiva en cada texto constitucional que definen a un pueblo y a un Estado. En este orden de ideas, los principios constitucionales son las prescripciones esenciales que están contenidas en la Constitución.¹⁴⁷

Estos principios constitucionales permiten sustentar argumentaciones jurídicas en casos concretos. Lamentablemente estos lineamientos que menciona el autor, con relación al abordaje de las comunidades indígenas por parte de la Constitución Política de la República de Guatemala, no son evidentes; hace falta un enfoque pertinente y preciso para poder desarrollar los derechos de los pueblos indígenas a partir de un mayor conocimiento de sus culturas, de sus sociedades, su idiosincrasia, el funcionamiento de sus instituciones y de sus organizaciones jurídicas y sociales. En este contexto y sentido es necesaria la participación activa en la formulación de esos lineamientos y orientaciones de los grupos indígenas para que las leyes tengan contenido y perspectiva indígena.

Aragón apunta que no se trata que el derecho sólo esté expresado en principios o en normas positivadas, sino que el derecho es “principalista”, es decir, está dirigido por principios que le dan sentido (principios generales). No hay “ordenamiento” (categoría que será fundamental para el principalismo) sin unos principios generales, o dicho, de otro modo, justamente porque todo derecho contiene unos principios generales que lo identifican, todo derecho es un “ordenamiento jurídico”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Uribe Arzate, Enrique. *Op. Cit.* Pág. 246.

¹⁴⁸ Aragón, Manuel. *Op. Cit.* Pág. 37.

El derecho en general consiste en organizar la institucionalidad y la actividad humana dentro de la sociedad. Todo el derecho contiene principios generales pero esto implica que primero se regule la actividad determinada. Por este motivo es necesario que se ahonden sobre los conceptos jurídicos de los pueblos indígenas para que los principios orienten la institucionalidad, derechos y así finalmente tengan un ordenamiento jurídico pertinente a Guatemala.

De igual forma Serra Giménez señala que un gran número de juristas, han destacado después de la II Guerra Mundial, el inconveniente de reducir el Derecho a normas reglamentarias y han puesto de manifiesto la importancia de sobreponer los principios jurídicos, que actúan de manera diferente a las normas, sirviendo muchas veces para modular la aplicación de estas. No se trata solo de que muchas normas (como la propia Constitución) incorporen principios y valores, sino que, con independencia de lo que establezcan los propios sistemas jurídicos y los operadores encargados de hacerlos efectivos, aquellos llegan a determinar en muchos casos la forma de resolver los casos que se plantean.¹⁴⁹

El objetivo de los principios es dirigir la forma de aplicar la ley. El inconveniente surge cuando la constitución no determina, de forma precisa, los parámetros que permiten resolver los vacíos legales de las organizaciones políticas, jurídicas y sociales de los pueblos indígenas.

Además Aragón asevera que la postura contraria al normativismo kelseniano, es bien conocida: el derecho es un sistema normativo, un conjunto de normas completo, sin lagunas, que se basta a sí mismo, de tal manera no existen otros principios jurídicos que los positivados en las propias normas, esto es, no hay derecho fuera de la norma positiva. Admitir lo contrario, se dirá, sería abjurar de la concepción científica del derecho y caer en un subjetivismo sin rigor, es decir, sería diluir el derecho en la moral o en la sociología. Sin embargo sucede que la realidad del derecho no corresponde exactamente con esa concepción normativista, asentada, en el fondo, en un voluntarismo de la lógica o, como se ha dicho sagazmente, en un “romanticismo

¹⁴⁹ Serra Giménez, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 66

cartesiano”. De ahí que parezca muy difícil negar que el derecho es algo más que las normas, y ese algo más son los principios tanto parciales (o sectoriales) como generales.¹⁵⁰

Se está de acuerdo con lo que plantea el autor citado en cuanto a que es imposible normar todo. Pero también está claro que deben desarrollarse esfuerzos concretos para que se norme de la manera más amplia y profunda, en la medida de lo posible, toda norma y garantía que tienda a la protección de los pueblos indígenas. Se requiere de una visión jurídica, pertinente, con contenido, en lo concerniente a los pueblos indígenas y, de esa manera orientar, a los legisladores. No para que regulen todas las conductas posibles, o circunstancias, lo que es imposible, sino para que concreta y claramente orienten las disposiciones en la materia.

Para Aragón el significado de principios constitucionales puede plantearse en un doble nivel.

Según Aragón en primer lugar, la relación con el carácter principialista del ordenamiento constitucional. Ese ordenamiento, como el ordenamiento jurídico en su conjunto, se nutre no sólo de normas escritas (el texto constitucional), sino también de principios generales no positivados en ellas (generales-globales respecto de toda la materia constitucional, y generales-sectoriales respecto de instituciones constitucionales concretas), cuya conformación se produce mediante la labor de la doctrina y la jurisprudencia. Hasta aquí (y sólo en este punto) no cabe señalar distinción cualitativa alguna entre los principios constitucionales y el resto de los principios jurídicos.¹⁵¹

Se entiende que los principios, generales o constitucionales, no siempre aparecerán en la Constitución. Se pueden explicar también en textos doctrinales, jurisprudenciales y en la doctrina legal, pero lo principal es que se determine una conducta o acción para luego poder analizarla dentro del contexto nacional. En lo concerniente a este trabajo, no se trataría de “principios generales–globales” sino de principios “generales

¹⁵⁰ Aragón, Manuel. Constitución, democracia y control. *Op. Cit.* Pág. 37

¹⁵¹ Aragón, Manuel. *Op. Cit.* Pág. 40

sectoriales”. Desde este punto de vista, podría considerarse todo lo relacionado con el ámbito de los pueblos indígenas en un país como Guatemala. A partir de esos principios generales sectoriales se pueden formular doctrina que oriente e ilustre la formulación de leyes por parte de los legisladores, así como la interpretación y la aplicación de la legislación por parte de los funcionarios del Estado.

Es interesante lo que explica Aragón. Le interesa resaltar un efecto menos subrayado generalmente por la doctrina. Dada la importancia, crucial, que en el ordenamiento tienen los principios constitucionales: su positivación en el texto constitucional reduce ciertamente los riesgos del subjetivismo en su conformación, poniendo coto a un excesivo activismo judicial o doctrinal.¹⁵²

Al positivizar orientaciones específicas sobre los temas cultural, económico, social, político e institucional de las poblaciones mayas, garífunas y xincas, se ampliaría la visión de la temática. Tanto más cuanto la sociedad guatemalteca, tiene una perspectiva poco amplia. Puede ser que haya sido acotada por la estrechez de mente de los gobernantes o por el desconocimiento, por parte de la sociedad, de la historia y la temática. La visión parcial surge desde el momento en que existen en Guatemala los términos de indio y ladino. Esto perjudica la cohesión de la sociedad impide que se desarrollen objetivos comunes e imposibilita que el país supere conflictos raciales y sociales que se derivan de esa división. El hacer desaparecer esta situación compete al Estado a través de su legislación.

L. Prieto Sanchís, citado por Aragón, determina que la ley fundamental es una Constitución de principios y valores... No cree que estas características propicien necesariamente la aparición de un activismo judicial, sino que, al contrario, suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían –entonces sí– que ser creados por los órganos de aplicación del derecho... Los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces... La obligada

¹⁵² *Ibíd.* Pág. 42

observancia de los valores superiores no propicia el libre decisionismo, sino que fortalece el papel de la Constitución.¹⁵³

Es indispensable que la Constitución determine principios y valores. Si bien, en la sección citada anteriormente de la Constitución Política de la República de Guatemala, correspondiente a los derechos y garantías de las comunidades indígenas, aparece un reconocimiento y protección a estos grupos étnicos, no se percibe que existan suficientes elementos que orienten a los juzgadores en la toma de decisiones acerca de estos grupos; los principios no se establecen específicamente en función de realidad nacional, ni en función a los antecedentes socio-culturales de estos grupos; esta laguna hace posible que los jueces desarrollen criterios e interpretaciones propias, personales, en el momento de aplicar derecho.

Aragón interpreta que es cierto que la conformación jurisprudencial de los principios generales no es, en rigor una actividad de libre creación y que mediante ella, como expresa R. Dworkin en frase feliz, el derecho se “descubre, pero no se inventa”, mas también lo es que la necesidad y la capacidad de “descubrimiento” doctrinal se reduce si el derecho escrito deja menos territorios incógnitos. Ello no significa la erradicación (completamente imposible) de la labor integradora, recreadora, que desempeña la doctrina y la jurisprudencia, sino sólo la conveniencia de acrecentar su objetivación normativa, disminuyendo el campo de la discrecionalidad.¹⁵⁴

Lo que se requiere es disminuir la discrecionalidad por medio de las normas. En Guatemala es necesario que se establezcan esas normas para orientar el proceder en cuanto a los pueblos indígenas y tengan su reconocimiento dentro de la legislación constitucional y ordinaria acorde a la realidad nacional.

Comenta Suárez Rodríguez el estudio de Dworkin, indicando que la primera diferencia viene dada por el diverso modo en que, según su estructura lógica diversa, principios y reglas determinan la decisión: unas, las reglas, la determinan de manera directa, ofreciendo una solución determinada como jurídicamente correcta, mientras que un

¹⁵³ Aragón, Manuel. *Op. Cit.* Pág. 42

¹⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 43.

principio “no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección (que las determina a inclinarse en uno u otro sentido), pero que no exige una decisión particular”. Los principios, en este sentido, son definidos por Dworkin como aquellas normas que no operan como reglas en la aplicación a los casos concretos.¹⁵⁵

La legislación sobre los pueblos indígenas necesita principios y reglas. Principios para fundamentar los razonamientos y conceptos básicos que explican el por qué se establece la regla. Reglas para que se puedan buscar soluciones a los conflictos que surgen por situaciones culturales, económicas y políticas. En ese orden de ideas los principios caracterizarían los elementos que se necesitan para desarrollar los derechos humanos de los pueblos indígenas y determinarían los motivos sociales que llevan a proteger o establecer esos derechos en la Constitución.

Asimismo Suárez Rodríguez explica que el segundo criterio de distinción para Dworkin es que [l]os principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. ... Cuando se dan conflictos entre las reglas este llevará a que una de las dos normas sea considerada válida y la que ordena lo contrario sea expulsada del ordenamiento jurídico: dos reglas que señalan consecuencias legales distintas no pueden convivir de manera armónica en el mismo ordenamiento jurídico. En cambio, cuando se presenta un conflicto entre dos principios, su dimensión de peso le permite al operador jurídico “sopesar” o ponderar las razones que ofrece cada uno de ellos para determinar una solución al caso. Esta será, la única discrecionalidad que Dworkin aceptará al operador jurídico. Dworkin no aceptará una discreción derivada de las lagunas jurídicas, pues para él, debido a la presencia de principios, estas son imposibles”.¹⁵⁶

Se deduce del autor que los principios evitan la discrecionalidad. Por ende, la introducción de principios relativos a pueblos indígenas en la Constitución Política de la República de Guatemala facilitaría una aplicación pertinente para casos concretos, como el caso de las violaciones a sus derechos.

¹⁵⁵ Suárez Rodríguez, José Julián. *Op. Cit.* Pág. 67

¹⁵⁶ *Loc. Cit.*

Explica Pérez Luño citado por Aragón que los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas... De igual modo que los valores tienden a concretarse en principios que explicitan su contenido, los principios, a su vez, se incorporan en disposiciones específicas o casuísticas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión.¹⁵⁷

En el caso concreto de los pueblos indígenas, se considera necesario que se desarrollen principios y garantías constitucionales para que se reconozcan y se respeten los derechos de los pueblos mayas, garífunas y xincas a partir de una concepción global de la sociedad guatemalteca, que es diversa, y con esa visión estructurar un Estado plurinacional.

2.1.1 Interpretación jurídica.

Después de los principios, es pertinente pasar a tratar la interpretación jurídica.

Rodolfo Luís Vigo explica que la tarea interpretativa tiene asignado como objeto específico desentrañar “el” sentido que estaba en la norma legal en donde se subsumía el caso individual. Por eso —reitera— no se trata de “crear” Derecho sino de aplicarlo, y a tales fines la interpretación del mismo. Para llevar adelante ese cometido, solo se necesitaba conocer las normas en donde el jurista encontraría la respuesta que debía brindarle al problema jurídico que lo convocaba, y ese conocimiento era absolutamente dogmático o acrítico, por eso las innumerables y elocuentes enseñanzas de la exégesis.¹⁵⁸

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, sobre los pueblos indígenas, no se tienen esas normas que podrían dar respuesta y ayudar a encontrar salidas a problemas jurídicos que se deriven de casos concretos.

¹⁵⁷ *Loc. Cit.*

¹⁵⁸ Vigo, Rodolfo Luís. “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías, y valoración.” *Dikaion*, Vol. 21, núm. 1, Colombia, junio 2012, Universidad de la Sabana. Pág. 196

Hoy en día ya no es suficiente conocer las normas internas de un país en relación a los derechos de los pueblos indígenas, sino también se deben conocer las normas de carácter internacional sobre derechos humanos que amparan a estos grupos, ya que estas sí fueron creadas exclusivamente y se enfocan ampliamente en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Cabe recordar que lo regulado de este tema en la Constitución Política de la República de Guatemala únicamente está contenido en cinco Artículos (66 al 70) que, como ya se ha mencionado abundantemente, no desarrollan ni profundizan ampliamente en el tema. La poca existencia de fundamento constitucional en este tema sensibilizado no se presta por consiguiente a problemas de interpretación, más bien a problemas de vacíos legales, de ausencia o insuficiencia de contenido para ser interpretado.

Ese no es el caso de las obligaciones derivadas de convenios internacionales que si son, se puede decir, amplias y profundas. Se pueden plantear por consiguiente problemas de interpretación, tanto más cuanto no son leyes que han sido redactadas por constituyentes o legisladores guatemaltecos.

De acuerdo a lo anterior, parece conveniente antes de entrar a interpretar la constitución vigente, en el ámbito de las obligaciones del Estado para los pueblos indígenas, revisar extractos de autores sobre la interpretación jurídica.

Vigo citando a Bonnacase enumera las siguientes enseñanzas de la escuela de la exégesis:

Laurent menciona que: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos”;¹⁵⁹

El conflicto surge en el momento en que el derecho no está suficientemente manifestado o normado, y eso es lo que sucede en el ordenamiento jurídico nacional con los pueblos indígenas. Por tal motivo existe incertidumbre. Esta situación debe enmendarse. Si bien es cierto que el derecho internacional de los derechos humanos

¹⁵⁹ Loc. Cit.

ha avanzado sobre el tema de los derechos de los pueblos indígenas, se considera también que es necesario regular principios en la constitución, y luego promulgar en el derecho interno, normas sobre los pueblos indígenas.

Aubry refiere que: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”;¹⁶⁰

Esa es otra implementación que se debe de considerar. Debido a lo anterior no se ha podido innovar sobre normas jurídicas que profundicen sobre las necesidades de los pueblos mayas, garífunas y xincas. No hay voluntad del legislador para ordenar leyes que beneficien a los pueblos indígenas porque lamentablemente en Guatemala la voluntad del legislador ha sido dirigida por agentes de intereses particulares que persiguen otros propósitos alejados del bien común. La develación de la corrupción de diputados en 2015, hace ver las cosas con mayor claridad en cuanto al comportamiento de los diputados y de los magistrados.

Señala Segundo V. Linares Quintana citado por Gregorio Badeni que la hermenéutica: “es la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos.”¹⁶¹

Es por eso que, a falta de legislación especial sobre los pueblos indígenas, es necesario interpretar, estudiar y sistematizar el derecho internacional de los derechos humanos que protegen a los pueblos indígenas a nivel mundial pero siempre que sea considerada desde la perspectiva nacional.

En este orden de ideas Serra Giménez refiere que por debajo de ese reconocimiento de los elementos no normativos en la “vida del Derecho” está interviniendo un cambio transcendental en la forma de entender el papel del jurista: en la época de los Códigos y las Constituciones se resaltaba la importancia de los “legisladores”, que podían modificar, por medio de una norma de alcance general, la regulación social; en la época actual, los juristas son entendidos sobre todo como “intérpretes”, personas

¹⁶⁰ Loc. Cit.

¹⁶¹ Badeni, Gregorio. Derecho Constitucional: libertades y garantías. Argentina. Editorial Ad-Hoc. 1993. Pág. 122

encargadas de llevar a cabo la plasmación práctica de esas teorías. De ahí que no sea tan importante lo que “dicen” en sí mismas la Constitución y las leyes como las “decisiones” que toman los Tribunales Constitucionales y los órganos judiciales.¹⁶²

Los jueces deben interpretar y tomar decisiones, deben de poseer una lógica para poder aplicar la norma al caso concreto. Las decisiones de los jueces deben enmarcarse en la Constitución. Ésta es la que rige todo el ordenamiento jurídico. Pero el problema surge, como ya se ha dicho, cuando no hay una regulación de pueblos indígenas adecuada con la realidad nacional y al derecho internacional en la materia.

Asimismo José Arturo Sierra González indica: “a la interpretación como la actividad cognoscitiva enderezada a inquirir y determinar el significado, el alcance y el valor de determinados actos o comportamientos. Específicamente, la interpretación jurídica, no debe tener por finalidad investigar cuál fue la intención del legislador, sino determinar el significado y alcance actual de la norma. De acuerdo con su posición e interrelación dentro del sistema general.”¹⁶³

Con relación a los pueblos indígenas, al no haber normas, resulta difícil, como dice el autor, determinar los significados y alcances de las mismas. En este orden de ideas, cae de su peso la necesidad de iniciativas que implementen, en la legislación nacional, los derechos de los pueblos indígenas, al igual que las normas que permitan iluminar la interpretación jurídica. Asimismo el fin es determinar la norma y esclarecer el objetivo que se desea lograr. Una implementación que responda a la realidad presente y futura de los pueblos indígenas; iniciativas de leyes que el Estado ha pospuesto por mucho tiempo.

Badeni expone que la interpretación es: “la aplicación técnica de los principios que emanan de la teoría científica. La interpretación es el arte de la ciencia hermenéutica.”¹⁶⁴

¹⁶² Serra Giménez, Francisco. *Op. Cit.* Págs. 66-67

¹⁶³ Sierra González, José Arturo. *Derecho Constitucional guatemalteco*. Guatemala. Corte de Constitucionalidad. 2000. Pág. 79

¹⁶⁴ Badeni, Gregorio. *Op. Cit.* Pág. 122

Para poder interpretar es ineludible que exista una normativa legal, si no es el caso, la interpretación se torna más difícil por no decir casi imposible.

Giovanni Azael Figueroa-Mejía entiende que interpretación jurídica es: “delimitar el sentido de un texto normativo; es esclarecer y desentrañar su significado. Es claro que esta acepción de interpretación jurídica no comprende los diversos aspectos que el término encierra, pero aun así, ofrece algunas ventajas. ... En primer lugar, entender que la interpretación hermenéutica es proceso intelectual a través del cual, partiendo de fórmulas lingüísticas contenidas en el enunciado, se llega a un contenido normativo; esto es, se pasa del “texto normativo” a su significado en las “normas”; en segundo lugar, porque asume algunos rasgos generales que luego, tomando en cuenta la materia objeto de cada interpretación, se puede aplicar a cualquier rama del derecho.”¹⁶⁵

La legislación guatemalteca en relación a pueblos mayas, garífunas y xincas es muy general. Además, el tema de la interpretación se vuelve más complejo cuando la ley que se debe aplicar está redactada en idioma diferente a los idiomas de los pueblos indígenas. Las leyes fueron redactadas en el idioma oficial (español) y que todos los profesionales del derecho conocen el idioma, pero partiendo del hecho que mayas, garífunas y xincas tienen idiomas e idiosincrasias distintas es necesario, al impartir justicia, que se expresen claramente los conceptos que parten de otra cosmovisión, la occidental. Esto implica no sólo interpretar sino traducir esos conceptos en la lógica de los pueblos indígenas.

En el futuro, cuando ya se hayan establecido principios, normas y reglas constitucionales más amplias en este ámbito, sería conveniente que esa legislación se traduzca a los idiomas indígenas.

¹⁶⁵ Figueroa-Mejía, Giovanni Azael. “Duplicidad interpretativa: interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular.” *Dikaion*. Vol. 19. Núm. 1. Colombia. Junio 2010. Universidad de La Sabana. Pág. 142

Walter Fabián Carnota define la interpretación como: “aquel procedimiento apto para atribuir sentido y significado a un determinado enunciado normativo.”¹⁶⁶

Se da sentido al enunciado normativo que lo permite. Si al analizar la norma se generan dudas o no se le puede dar sentido, no se cumple con la característica de la interpretación, algo falta en la norma, se debe explicar de mejor forma. En relación con los pueblos indígenas se complica la interpretación porque no hay normativa específica que permita dar un significado a la organización territorial, económica, política y social; no existe forma de interpretar el sentido que el Estado desea dar a sus obligaciones en relación con los pueblos indígenas.

Juan Manuel Goig Martínez explica que: “la interpretación jurídica constituye uno de los procesos más importantes e interesantes en el quehacer jurídico puesto que a través de la interpretación se *explica el sentido de una ley, decisión o acto*. La Interpretación es la técnica que conduce a la comprensión del sentido de la norma jurídica. La interpretación que interesa al Derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico, que son fuente de valoraciones jurídicas, o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones.”¹⁶⁷

Debe de reconocerse que no se han promulgado las leyes a las que hace mención el artículo 70 de la CPRG. En éste ámbito no cabe interpretar el sentido de la ley.

Para ahondar sobre la interpretación jurídica, a continuación se transcriben extractos que se consideran pueden apoyar metodológicamente.

Especifica Jorge Ulises Carmona Tinoco que: “entre los métodos de interpretación tradicionales se encuentran los siguientes: a) Método de exégesis, el cual trata de buscar el pensamiento original de los autores de la ley, es decir, de los legisladores; b) Método gramatical, que determina el sentido de la ley con base en el significado de los

¹⁶⁶ Carnota, Walter Fabián. “Los problemas económicos y la Constitución: una relación difícil pero necesaria”. *Dikaion*. Año 21- Núm. 16. Colombia. Noviembre 2007. Universidad de La Sabana. Pág. 220

¹⁶⁷ Goig Martínez, Juan Manuel. “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional. *Revista de derecho UNED*. Núm. 12. España. 2012. UNED. Pág. 259.

términos empleados en su redacción; c) Método histórico, que se ocupa de reconstruir los acontecimientos que determinaron la creación de las disposiciones legislativas; d) Método teleológico, el cual identifica el sentido de las disposiciones legislativas con el fin al que obedeció la creación de la norma, aquello que se tomó en cuenta para establecerla; e) Método sociológico, que determina el sentido de las disposiciones legislativas con base en el análisis de la realidad social, tal y como éstas la regulan, sin que sea determinante el fin de la norma o la intención de sus autores.”¹⁶⁸

Para profundizar sobre el tema Sierra González proporciona los siguientes métodos de interpretación que se explican por sí mismos y sobre los que no se comentará, pues éstos son los que utilizó la Corte de Constitucionalidad en adelante (CC) para interpretar el Convenio 169 de la OIT en relación a la Constitución Política de la República de Guatemala.

“El método gramatical, consiste en determinar el sentido de la norma atendándose al significado literal de las palabras utilizadas por el legislador en la conformación de la norma.”¹⁶⁹

“El método conceptual o lógico, es una modalidad hermenéutica que no repara el tenor literal de los vocablos usados en la ley, sino que busca cuál es el mandato, hacia dónde se orienta la imperatividad de la norma, tomando como índice el aspecto conceptual. Interesa determinar qué conceptos o ideas generales tratan de reflejar las palabras del texto, para integrar, sobre esa base, el sentido general de la norma.”¹⁷⁰

“El método sistemático, consiste en que para encontrar en forma precisa el contenido de una norma, hay que interrelacionarla con los demás preceptos de la ley, incluso, con reglas de otros textos normativos hasta constitucionales, pues todas las reglas jurídicas forman un sistema normativo e interdependientes entre sí.”¹⁷¹

¹⁶⁸ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. La interpretación judicial constitucional. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1996. Pág. 23

¹⁶⁹ Sierra González, José Arturo. *Op. Cit.* Pág. 83

¹⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 84

¹⁷¹ *Loc. Cit.*

“El método histórico o causal teleológico, por su parte, se asienta en la concepción que todo aquello vinculado con una actividad humana tiene una causa final. El hombre cuando actúa individual o colectivamente, siempre persigue objetivos, metas y fines en última instancia. En otras palabras, todo actuar del hombre tiene una explicación teleológica porque lleva implícito un por qué y para qué.”¹⁷²

En lo que respecta a Guatemala, Sierra González señala también que la ley del Organismo Judicial, que constituye un conjunto de normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco y que son supletorias de otras leyes, determina que la interpretación literal debe hacerse conforme al contexto de acuerdo a las disposiciones constitucionales, con lo que hace alusión al método sistemático. Pero además dispone que “el conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho” (artículo 10).¹⁷³

Figuroa-Mejía menciona que junto a los métodos hermenéuticos de Savigny se pueden señalar algunos más, sin que ello implique hacer un análisis exhaustivo de los mismos, como por ejemplo:¹⁷⁴

a) La interpretación que suele llamarse “correctora”, “que atribuye a un texto normativo un significado diverso del literal, el cual sólo puede ser más restrictivo o más amplio que el literal, surgiendo de este modo dos tipos de interpretación correctora: la interpretación “restrictiva” y la “extensiva”.¹⁷⁵

b) La interpretación “adecuadora”, “que se desprende de la interpretación sistemática. En primer lugar, este tipo de interpretación se utiliza al adaptar el significado de una disposición al significado ya establecido por otras disposiciones jerárquicamente

¹⁷² *Ibíd.* Pág. 85

¹⁷³ *Ibíd.* Pág. 86

¹⁷⁴ Figuroa-Mejía, Giovanni Azael. *Op. Cit.* Pág. 149

¹⁷⁵ *Loc. Cit.*

superiores. En segundo lugar, se hace interpretación adecuada cuando se adapta el sentido de un texto normativo a los principios generales del derecho.”¹⁷⁶

c) La interpretación que, conforme a la tradición, se suele denominar “evolutiva”, “es aquella que le asigna a una disposición un significado nuevo y distinto de aquel que históricamente había tenido, adaptando, de este modo, los textos normativos a las circunstancias del tiempo en que han de ser aplicados.”¹⁷⁷

d) La interpretación “teleológica”, “que pretende descubrir los principios de valor y la finalidad que el texto normativo encierra; esto es, a través de ella se intenta descubrir el *telos* de la disposición normativa.”¹⁷⁸

e) La interpretación “comparativa”, también llamada método *ius comparado*, “que toma en consideración preceptos paralelos de ordenamientos jurídicos internos, extranjeros o de convenciones internacionales. Este método, según Häberle, es de trascendental importancia en el derecho internacional, específicamente en el tratamiento de los derechos fundamentales.”¹⁷⁹

Al trabajar el tema de interpretación de forma general lo que se buscó es tener nociones básicas para luego desarrollar el tema que interesa que es la Interpretación de la CPRG en torno a las obligaciones del Estado con los pueblos indígenas.

2.1.2 Interpretación Constitucional.

Primeramente, al igual que en el tema anterior, se harán extractos, comentados de autores que abordan la interpretación constitucional; seguidamente, se comentará la interpretación, por parte de la Corte de Constitucionalidad, de los artículos de la Sección tercera Comunidades indígenas.

Sánchez Viamonte, citado por Sierra González, señala que en derecho público, una Constitución no es un simple instrumento de gobierno, sino la expresión primaria, extraordinaria e ilimitada de la soberanía, puesta en ejercicio especialmente con ese

¹⁷⁶ Loc. Cit.

¹⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 150

¹⁷⁸ Loc. Cit.

¹⁷⁹ Loc. Cit.

fin. El acto constituyente reviste solemnidad y trascendencia de actitud definitiva, en principio, de la voluntad nacional, que se fija a sí misma el marco de su futura actividad... Las constituciones llamadas rígidas obedecen a la necesidad de un orden jurídico estable y concreto que, sin entrar en minucias reglamentarias, organice un sistema y establezca las condiciones primarias, generales y permanentes sobre las cuales debe asentarse la vida social.¹⁸⁰

Raúl Canosa Usera explica también que la Constitución, amén de ser la norma cimera del ordenamiento, en el sentido kelseniano, es también y en esto tenía razón Schmitt, la decisión política fundamental. Si es verdad lo anterior, el control de constitucionalidad, donde se despliega la interpretación del tribunal constitucional, no se limita a la fijación técnica de la norma, sino que, al acometer esta tarea, delimita también los espacios de decisión política de los poderes constituidos. Es el intérprete supremo quien traza los límites que estos poderes no pueden desbordar y que vienen establecidos en la Constitución, o que más bien lo determina el alto tribunal al interpretarla.¹⁸¹

La Constitución determina parámetros para la sociedad así como para la organización política. Por eso se considera necesario que se expliquen más detalladamente los aspectos de la sociedad guatemalteca para que se puedan regular los derechos de los pueblos indígenas, y, de esa manera, que éstos últimos puedan solicitar leyes que normen los aspectos específicos de sus instituciones. No se requiere que se normen los comportamientos humanos sino que se establezcan de una forma detallada las obligaciones de un Estado multinacional que se comprometió a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. La Constitución Política toca temas importantes pero deben ser explicados y ampliados para poder determinar hacia donde se quiere dirigir al país con las estipulaciones de la sección tercera de la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹⁸⁰ Sierra González, José Arturo. Op. Cit. Págs. 92.

¹⁸¹ Universidad Nacional Autónoma de México. Canosa Usera, Raúl. La interpretación constitucional como modalidad del control del poder. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2962/17.pdf> Fecha de consulta: 30/11/2014 Pág. 237

Vigo, por su parte, apunta que la experiencia de los tribunales que aplican el Derecho característico del Estado de Derecho Constitucional en adelante (EDC) muestra la ineludible carga de indeterminación que los juristas constatan en el mismo, sobre todo a partir de la posibilidad de determinar nuevas e inéditas respuestas desde el Derecho potencial o concentrado en principios, valores o derechos humanos. El problema jurídico concreto para el que es llamado el jurista, éste normalmente identificará en el Derecho vigente más de una respuesta jurídica, y su trabajo consiste en escoger una de ellas, para luego argumentar o dar razones a favor de la misma. Cuanto más familiarizado esté el jurista con esas nuevas “fuentes de Derecho”, habitualmente reconocidas en la Constitución o en los Tratados de Derechos Humanos, en mejores condiciones estará como para ir descubriendo nuevas y mejores respuestas jurídicas. Un jurista que solo conoce el Derecho contenido en las normas está más limitado que un jurista principialista a la hora de prestar sus servicios profesionales.¹⁸²

En un país en el que no se formulan de forma concreta los derechos, en este caso, de los indígenas, por desinterés de los legisladores o ausencia de voluntad política, se complica la situación jurídica ya que no permite la variedad de presupuestos jurídicos. Por este motivo se considera necesario implementar en la Constitución Política de la República de Guatemala esos principios, valores o derechos humanos específicos que permitirán al jurisconsulto variedad de opciones y así poder decidir la opción que sea más favorable a la situación concreta.

Vigo escribe que los llamados autores “neoconstitucionalistas” que avalan el derecho del EDC, también reivindican el saber jurídico como saber práctico. Es que los principios, valores o derechos humanos son contenido moral y forma jurídica, por ende, el saber jurídico incluye esa dimensión moral que compromete al jurista a buscar la mejor respuesta jurídica al caso o para denunciar las lagunas o antinomias y proponer el triunfo de la Constitución. El concepto del Derecho es “interpretativo” en el sentido que requiere valoración y el compromiso con el triunfo de los derechos humanos, tratando al Derecho como si careciera de lagunas. El mismo saber jurídico para esos

¹⁸² Vigo, Rodolfo Luís. *Op. Cit.* Pág. 196

autores se incluye dentro del saber práctico en general, con lo que queda conectado inescindiblemente con la moral y la política.¹⁸³

Existe cierta indiferencia nacional en cuanto a los derechos específicos de los pueblos y comunidades indígenas. Esta situación contrasta con la visión internacional en este ámbito. Al implementarse el reconocimiento de la protección internacional en derechos humanos se estableció un mínimo de garantías para las legislaciones nacionales en materia de derechos humanos específicos de los pueblos indígenas. La regulación internacional es general para todos los pueblos indígenas del mundo. Por eso se considera un avance en esta materia a nivel nacional. Como primer paso se debió, a partir de la realidad del país, con base a principios y, basándose en la legislación internacional, hacer desaparecer las lagunas y las falencias de la legislación nacional que perjudican el desarrollo integral de las poblaciones indígenas, a través de la constitución y de la legislación pertinente.

Más adelante, en la página 123 de este trabajo, se explica el análisis de la Corte de Constitucionalidad ha hecho en relación a los artículos 44 y 46 de la CPRG sobre la recepción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Canosa Usera analiza que el intérprete tiene que vérselas con los preceptos de la Constitución que presentan la textura abierta ya apuntada, y al mismo tiempo se topa con normas infraconstitucionales o actos de poderes públicos que también debe enjuiciar. En todos los casos, la mera interpretación de los preceptos constitucionales no basta, ya que el intérprete ha de extraer asimismo el sentido de las normas de rango inferior. Su objeto es, pues, doble: la Constitución, pero también el derecho infraconstitucional. Interpretar éste a la luz de aquélla es su verdadera labor. Cuando enjuicia la ley a la luz de la Constitución debe interpretar primero ésta para precisar su canon de enjuiciamiento, y, una vez extraído, aplicarlo a la interpretación de la ley, para, si no haya una interpretación conforme con aquélla, anularla.¹⁸⁴

¹⁸³ *Ibid.* Pág. 202

¹⁸⁴ Universidad Nacional Autónoma de México. Canosa Usera, Raúl. La interpretación constitucional como modalidad del control del poder. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2962/17.pdf> Fecha de consulta: 30/11/2014 Pág. 237

En la actualidad, hay que tener presente, que si bien es cierto que la Constitución contiene, como se verá más adelante, lineamientos generales, éstos deben ampliarse y explicitarse a través de leyes que desarrollen los artículos constitucionales en la materia. Los principios constitucionales deben por consiguiente, comprender todos los aspectos que se requieren establecer en las leyes ordinarias y el camino que se desea emprender para ser un Estado incluyente. Un Estado constitucional integra todo el ordenamiento jurídico necesario. En ese orden de ideas, para que se dé un ordenamiento jurídico integral, debe existir la legislación que el artículo 70 plantea en torno a los artículos de la Sección tercera de la CPRG.

Para contrastar la interpretación de la ley y la interpretación de la constitución, primeramente, Cecilia Mora Donatto señala que la ley es una norma destinada, en principio, a ser interpretada por todos los ciudadanos. De ahí el apotegma de que “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”. Por tanto, cada vez que los ciudadanos actúan están interpretando la ley. Por ejemplo, cuando dos ciudadanos concurren ante un juez, éste no impone “su” interpretación de la ley, sino que decide entre las interpretaciones que cada una de las partes le presenta en función de que la misma esté más cerca a la ley o ajustada a ésta.¹⁸⁵

Seguidamente Mora Donatto indica que, en relación con la Constitución esto no es así. La norma fundamental tiene intérpretes cualificados, distintos, no es necesariamente una norma destinada a ser interpretada por los ciudadanos para que dicha interpretación sea verificada por los jueces. La Constitución es el marco donde los jueces se mueven para interpretar la ley.¹⁸⁶

Los jueces al interpretar la ley en una materia dada, confrontan sus interpretaciones con la Constitución. Lo anterior implica que hay leyes en la materia y principios y normas constitucionales que enmarcan esas leyes. No parece ser la realidad jurídica de Guatemala, en el ámbito de los pueblos y comunidades indígenas, tanto en cuanto a leyes como en cuanto a principios constitucionales.

¹⁸⁵ Mora-Donatto. Cecilia. El valor de la Constitución normativa. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2002. Pág. 63

¹⁸⁶ Loc. Cit.

Juan Manuel Goig Martínez aborda que el contenido del Derecho Constitucional, implica tratar el tema de la interpretación de la Constitución, actividad que, aunque es desarrollada por los jueces al aplicar la Constitución, es ejercida, en última instancia, por el Tribunal Constitucional que se define por su propia ley como “el intérprete supremo de la Constitución”.¹⁸⁷

La Corte de Constitucionalidad en Guatemala en su función constitucional, ha emitido solamente una opinión consultiva con relación al contenido de las normas del Convenio 169 (Expediente 199-95, página No.9, resolución del 18 de mayo de 1995) y ha emitido resoluciones en casos concretos que tienen relación con los pueblos indígenas, que se analizarán en el capítulo 3.

Además Mora-Donatto menciona que la Constitución se limita a reconocer y garantizar algunos derechos y libertades, con el fin de que los ciudadanos puedan auto determinar su conducta en condiciones de igualdad, asimismo, determinará qué órganos y con qué procedimientos va a manifestar su voluntad el Estado y la va hacer cumplir. De ahí que a la Constitución se le considere un derecho de mínimos. En consecuencia y en cuanto a su objeto se puede señalar que la Constitución y la ley son completamente diferentes y esto sería razón suficiente para interpretarla de manera distinta a la ley.¹⁸⁸

La constitución reconoce y garantiza derechos y libertades para todos los guatemaltecos sin distinción. Lo que acaece es que los pueblos indígenas tienen derechos específicos, que si bien se esbozan en la CPRG, no han sido lo suficientemente detallados ni ampliados a través de leyes. Una solución es atender las peticiones de los pueblos indígenas y que el Estado busque procedimientos adecuados para cumplir con sus obligaciones.

Asimismo Rubén Hernández Valle refiere que de ahí se derivan dos corolarios importantes: primero, que existe una presunción de constitucionalidad de las leyes, en el sentido de que los jueces constitucionales de las leyes sólo deben hacer

¹⁸⁷ Goig Martínez, Juan Manuel. *Op. Cit.* Pág. 259

¹⁸⁸ Mora-Donatto, Cecilia. *Op. Cit.* Pág. 62

declaraciones de nulidad, absolutas o parciales, cuando existe más de una duda razonable sobre la contradicción de la norma subconstitucional y el derecho de la Constitución, de manera tal que cuando sea posible realizar una interpretación de la norma impugnada que se compagine con la Constitución, el juez debe seguir este mismo camino.¹⁸⁹

En los últimos años, el derecho de los pueblos indígenas ha tomado relevancia tanto en materia doctrinaria como y sobre todo en legislación internacional. Lo que implica que en Guatemala se debe fomentar el derecho de los pueblos indígenas en la Constitución, en normas constitucionales y en leyes ordinarias. Lo anterior, para facilitar al magistrado, al momento de que se plantee una inconstitucionalidad, una mejor argumentación para declarar si es absoluta o relativa.

Mora-Donatto afirma que si estas reglas tradicionales son necesarias para interpretar la Constitución no son suficientes. En la Constitución hay preceptos imposibles de interpretar a partir de las reglas tradicionales de la interpretación jurídica, tales como: Estado derecho, democracia, mandato representativo, soberanía, etcétera; por tanto, es necesario diseñar un método o principios específicos que ayuden a interpretar la Constitución. En ese sentido ya se han definido diversos principios de la interpretación de la Constitución a través de los cuales se intenta obtener algo más de seguridad desde el punto de vista de la argumentación racional en dicho proceso de interpretación.¹⁹⁰

Con base a lo anterior, habría que interpretar cual es el concepto que se tiene, no de lo que él menciona, sino de la sociedad guatemalteca que es diversa y no es homogénea. Y yendo más allá de la sociedad guatemalteca que se visualiza para el futuro. Se llega así, a temas muy delicados y complejos, como el relacionado a la existencia no de grupos indígenas, sino de pueblos indígenas y algunos se atreverían a decir, naciones indígenas. No es esto lo que se analizará en este trabajo, pero al abordar el derecho comparativo en esta materia, queda claro que ya hay Estados del continente que han

¹⁸⁹ Universidad Nacional Autónoma de México. Hernández Valle, Rubén. La interpretación constitucional en Costa Rica. México. 2009 Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2701/27.pdf>. Fecha de consulta: 27/11/2014

¹⁹⁰ Mora-Donatto, Cecilia. *Op. Cit.* Pág. 67

encontrado soluciones constitucionales en esta materia compleja, delicada, pero también trascendente para el futuro.

Si bien es cierto que se pueden usar los métodos de interpretación tradicional en la constitución, en algún momento puede acontecer que no sean suficientes. En la CPRG en la sección de comunidades indígenas, por ejemplo, su interpretación puede complicarse ya que cuesta desentrañar la esencia, del porqué, de su incorporación en la Constitución.

Sierra González aclara con relación al tema que: “la interpretación constitucional, sería toda aquella actividad tendiente a establecer el sentido, extensión, significado o alcance de disposiciones generales efectuada por el Tribunal Constitucional u órgano afín.”¹⁹¹

La Corte de Constitucional ha manifestado y aclaró que el término de comunidad, dentro del contexto de la CPRG, debe entenderse: Pueblo. A ese respecto cabe señalar que algunos intelectuales indígenas, diferencian “pueblos” de “comunidades” lingüísticas.

Asimismo Sierra González advierte que es válida la distinción de la interpretación de la Constitución y la hecha desde la Constitución, la interpretación constitucional en sentido estricto, es la efectuada hacia preceptos que integran o forman parte de la Constitución. En cambio, la interpretación hermenéutica de preceptos de la legislación ordinaria desde el prisma constitucional, no es más que interpretar normas infraconstitucionales dentro de su texto y contexto, y apreciadas formando parte de todo un ordenamiento jurídico presidido por la Constitución. Es decir, con el auxilio del método sistemático e histórico.¹⁹²

Es necesario hacer la salvedad, ya que el criterio se aplica para determinar la interpretación que se utilizará con respecto a los pueblos indígenas: la interpretación de la Constitución como la interpretación desde la Constitución. La Corte de Constitucionalidad ya ha interpretado enunciados sobre los pueblos indígenas

¹⁹¹ Sierra González, José Arturo. *Op. Cit.* Pág. 86

¹⁹² *Ibíd.* Pág. 87

contenidos en la Constitución, pero no en lo que se refiere a leyes ordinarias; éstas todavía no se han decretado. Por lo que el análisis desde la constitución a normas ordinarias todavía no se ha llevado a cabo. En este caso se debería reflexionar sobre el asunto, y velar porque se cumplan ciertas estipulaciones contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala (Art.70).

Carpizo y Fix-Zamudio indica que las normas constitucionales poseen caracteres peculiares que determinan una interpretación específica, que sin apartarse de las reglas generales, requiere matices particulares, que son los que merecen o deben merecer la atención de los constitucionalistas, y para confirmar esta aseveración es preciso realizar un análisis muy breve de la naturaleza de las propias disposiciones fundamentales.¹⁹³

Hay que especificar la naturaleza de los derechos de los pueblos indígenas, tanto más cuanto ya existen convenios internacionales que ya han desarrollado la materia de derechos humanos. El objetivo de hacer esas especificaciones dentro del ordenamiento jurídico nacional, es para comprender que los pueblos indígenas si tienen base jurídica reconocida internacionalmente para demandar que en la legislación nacional se incorporen los derechos e instituciones específicas de los pueblos originarios indígenas.

Mora-Donatto desarrolla que el primer intérprete cualificado de la Constitución y el más importante es el legislador. El legislador es el intérprete normal, ordinario de la norma fundamental. En consecuencia, es una norma jurídica que remite, en primera instancia, a un intérprete político. El parlamento es un órgano político que interpreta la Constitución de la única manera que sabe hacerlo: con sentido político. Además, se trata en este caso de un intérprete privilegiado porque es el órgano en el que se integran los representantes democráticamente electos, de ahí que su interpretación en forma de ley se imponga a toda la sociedad.¹⁹⁴

¹⁹³ Universidad Nacional Autónoma de México. Carpizo, Jorge y Héctor Fix-Zamudio. Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano, primera parte. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1975. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1052/3.pdf>. Fecha de consulta: 28/11/2014.

¹⁹⁴ Mora-Donatto. Cecilia. *Op. Cit.* Pág. 63

Es indiscutible el planteamiento del autor. Posiblemente se refiere a órganos legislativos normales. En el caso de Guatemala, sobre todo a la luz de los acontecimientos del año 2015, con mucha dificultad podrían encontrarse constituyentes y legisladores que pudieran explicitar una interpretación política del tema indígena en la CPRG.

Asimismo, Domingo García Belaunde describe que el sesgo político de toda Constitución, como ya se ha visto, envuelve en su seno determinadas opciones valorativas o axiológicas; preferencias que las personas o los conjuntos humanos adoptan, en relación con la manera de ordenarse y alcanzar sus fines. Así, detrás de toda opción política existen opciones valorativas que alimentan dicha opción y que a su vez se proyectan sobre el entramado social, que en cuanto portador de determinados valores o concepciones del mundo tratan de influir en el aparato político, operándose una suerte de retroalimentación entre unos y otros. Esta presencia valorativa a su vez, determinará la presencia de valores derivados en el resto del ordenamiento jurídico.¹⁹⁵

De acuerdo a lo que plantea el autor, puede decirse que valores y concepciones del mundo, así como valores derivados se traducen en la CPRG en lo que respecta a los pueblos indígenas. El espacio y el contenido que atañe a las comunidades indígenas, refleja la valoración que los constituyentes, electos por los ciudadanos guatemaltecos, dan al tema indígena. No puede saberse si esa valoración toma en cuenta la dimensión histórica y el peso demográfico que tienen los pueblos y comunidades indígenas en Guatemala. Surgen pues dudas en cuanto a la justa valoración de lo indígena en la CPRG, sobre todo si se persigue, como se lee en el preámbulo, que el Estado es el “responsable de la promoción del bien común”.

García Belaunde explica que en caso de que surjan dudas sobre el texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma. En los últimos tiempos se ha hecho referencia al serio problema de la ponderación de valoraciones en el mundo jurídico, en el sentido de que en un mismo texto pueden entrar en cuestión valores contrapuestos, en donde aparentemente una norma va en desmedro de otra, a

¹⁹⁵García Belaunde, Domingo. La Constitución y su dinámica. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2004. Pág.52

tal punto que se ha alegado la existencia de normas constitucionales que en realidad son inconstitucionales. Esto puede ser cierto en el orden de los valores, pero no debe serlo en el orden formal que es el final al cual se remite como cierre toda interpretación.¹⁹⁶

Es una reflexión interesante, ya que ocurre que a veces sí hay valores que se oponen entre sí. Pero no es común, ya que la Constitución está formulada para ser una norma en general que se perfecciona con leyes ordinarias. En el caso de los pueblos indígenas en Guatemala no surge esa contrariedad porque la Constitución no determina valores que se contradigan entre sí, además las normas ordinarias no describen de forma puntual los derechos de los pueblos indígenas.

Sierra González determina que la interpretación constitucional, para ser coherente con el contenido de tal texto supremo, nunca debe perder de vista la finalidad también suprema, y en caso de conflicto o discrepancia al momento de buscar el sentido de las cláusulas, deben predominar la libertad, la dignidad y demás valores y garantías del hombre.¹⁹⁷

La finalidad de la Constitución Política de la República de Guatemala es la realización del bien común. Como lo indica el autor esta finalidad se considera fundamental. Si se interpretan las normas establecidas sobre los pueblos indígenas es necesario considerar los valores jurídicos como la libertad, la dignidad y la justicia que se deben proteger en todo momento.

Para García Belaunde otra característica es la razonabilidad, que debe primar en cada interpretación, que no es lo mismo que racional. Esto último se aproxima y en cierto sentido se identifica con lo silogístico y guarda relación con el viejo brocardo: *dura lex, est lex*. Lo razonable es por el contrario, la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo.¹⁹⁸

¹⁹⁶ *Ibid.* Pág. 54

¹⁹⁷ Sierra González, José Arturo. *Op. Cit.* Pág. 101

¹⁹⁸ García Belaunde, Domingo. *Op. Cit.* Pág. 56

La razonabilidad, lo razonable en función de lo humano, es algo a utilizar en la interpretación de la CPRG en el ámbito de la temática indígena.

García Belaunde también agrega como elemento característico, la previsión de consecuencias: El aspecto importante que hay que tomar en cuenta es apreciar las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de éstos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar previsiones futuras al momento de resolver, no como un dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución.¹⁹⁹

En Guatemala, esta característica es de primer orden. Dada la composición y la dinámica de la sociedad guatemalteca los fallos pueden tener consecuencias graves y de diferente índole. Lo anterior, partiendo de los acontecimientos del 2015, de la evolución de los movimientos sociales desde hace algunos años en las áreas urbanas y sobre todo en las áreas rurales, y de los posibles escenarios futuros.

Sierra González indica que a pesar de la relevancia del enfoque histórico, es importante evitar su uso unilateral sin el complemento de otros métodos y enfoques; pero ante todo, no debe olvidarse que las leyes y las constituciones son sancionadas para regir hechos del futuro, acaecimientos posteriores a su promulgación, lo que impone que los preceptos constitucionales deben interpretarse con base en una consideración de las nuevas condiciones y necesidades del grupo social.²⁰⁰

El método histórico es clave para la interpretación de la CPRG en este tema. Es la razón por la que se dedicó, la primera parte del trabajo a la evolución histórica para situar a las diferentes constituciones desde 1954. Los pueblos indígenas han sufrido, a lo largo de la historia; se han establecido preceptos en las constituciones de la República; hay disposición formal por parte de los gobernantes para hacer cumplir con las disposiciones que les han otorgado. Pero no se han analizado las condiciones y

¹⁹⁹ Loc. Cit.

²⁰⁰ Sierra González, José Arturo. *Op. Cit.* Pág. 101.

demandas presentes de los grupos indígenas. Pareciera que no han sido tomadas en cuenta porque, a la fecha, siguen exigiendo los mismos derechos y las mismas demandas hacia el Estado. Si no se ve el presente, menos se va a ver el futuro.

Obviamente que el método histórico debe de ser complementado con otros métodos de interpretación, como el análisis del futuro. El devenir y el lugar de los pueblos indígenas en la sociedad guatemalteca, pareciera que no se ha estudiado mucho. La situación de los pueblos indígenas sigue deteriorándose.

Otra característica según García Belaunde es la preferencia por los derechos humanos. Desde la segunda posguerra, el derecho constitucional y las constituciones, han dado cada vez más importancia a los derechos humanos, hecho explicable en parte por la negación que de ellos hicieron los regímenes totalitarios de entreguerras, y más aun con posterioridad, con la caída de las llamadas “democracias populares” de la Europa del Este. Todo esto se refleja en el llamado “Derecho Internacional de los derechos humanos”, que parte, para efectos prácticos, de la Declaración Universal de 1948, se consolida con los Pactos de Naciones Unidas de 1966 y continúa hasta nuestros días con gran cantidad de documentos internacionales y regionales.²⁰¹

La CPRG incluye, con pertinencia lo relacionado con los derechos humanos tanto individuales como sociales. Lo que se señala y se ha señalado es que no contiene, los derechos específicos de los pueblos indígenas. Indudablemente, los derechos humanos, de un sector de la población no han sido respetados. Esto no puede ocurrir en el siglo XXI y en un Estado multiétnico, multicultural y plurilingüe.

Asimismo, Figueroa-Mejía puntualiza al factor axiológico como elemento esencial de la interpretación constitucional, debido a la presencia de términos valorativos en los textos constitucionales, tales como libertad, justicia, igualdad, pluralismo político, etc. De ahí que el Tribunal Constitucional español haya afirmado que “la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental”.²⁰²

²⁰¹ García Belaunde, Domingo. *Op. Cit.* Pág. 56.

²⁰² Figueroa-Mejía, Giovanni Azael. *Op. Cit.* Pág. 154.

Si la finalidad de la Constitución es la realización del bien común todavía falta mucho para que se cumpla, si se sigue discriminando y excluyendo a los pueblos indígenas. Esta finalidad puede que se logre a muy largo plazo, ya que el propósito es que el bien común lo sea para todos los habitantes del territorio nacional.

Reitera Figueroa-Mejía que la evolutividad incorpora elementos extranormativos en sentido estricto cuyo denominador común es su naturaleza social. La evolutividad se presenta en todos los ámbitos del derecho, pero en la interpretación constitucional cobra tal importancia que es oportuno incorporarla como un elemento esencial de la misma. Ésta exige comprender el Derecho desde una óptica actual y, en definitiva, percibir que el sistema jurídico ebulle siempre en un constante movimiento, con la intención de adaptarse a las transformaciones que sufre la sociedad. No obstante, es oportuno matizar dicho ajustamiento de las disposiciones de la Carta, que el operador de la interpretación realiza, diciendo que el mismo debe operar con las limitaciones impuestas por los principios establecidos por ella misma.²⁰³

Esta visión no la tuvieron los constituyentes: no plasmaron en la sección de comunidades indígenas pautas para visualizar el futuro; tampoco plantea una estructura organizacional de los pueblos indígenas congruente con la sociedad guatemalteca. Solo se plantearon enunciados, en la Constitución Política de la República de Guatemala, de lo que necesitaban los pueblos indígenas sin pensar que es un tema mucho más amplio, más complejo, muy delicado y, sobre todo, trascendente para el Estado de Guatemala.

Mora-Donatto explica los principios de interpretación siguientes:

“Principio de unidad de la Constitución: la interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico.”²⁰⁴

Carlos Hakansson-Nieto plantea que en el principio de unidad la Constitución es un ordenamiento completo, integral, en el que cada una de sus disposiciones debe

²⁰³ Loc. Cit.

²⁰⁴ Mora-Donatto, Cecilia. *Op. Cit.* Pág. 67

armonizarse con las demás. En la Constitución no caben contradicciones internas; por el contrario, la actitud debe ser la de encontrar coherencia a partir del conjunto de principios que deben aplicarse y a los que se refiere la jurisprudencia del Tribunal en su conjunto.²⁰⁵

Sobre este principio, infiere Hakansson-Nieto que el Tribunal Constitucional peruano refiere que en: [...] este criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido. Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si [...] fueran compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias y redundantes.²⁰⁶

La interpretación constitucional debe partir del principio de unidad orgánica, del ordenamiento integral de la constitución, de las normas y de las leyes. En el ordenamiento jurídico de Guatemala, al no existir leyes específicas en materia pueblos indígenas no se plantea el problema de la no consideración de la unidad del ordenamiento que plantea la constitución.

Lo que se pretende con este principio es mantener el orden constitucional; por consiguiente los términos que se utilicen en las normas ordinarias deben estar planteados de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en sus principios. Es importante que la norma regule actos que sean acordes con la realidad nacional y así evitar en la interpretación términos ambiguos u oscuros.

²⁰⁵ Hakansson-Nieto, Carlos. "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación." *Revista Dikaion*. Vol. 23. N° 18. Perú. Diciembre 2009. Universidad de la Sabana. Pág. 63

²⁰⁶ *Loc. Cit.*

Para Mora-Donatto el “Principio de concordancia práctica: se pretende optimizar la interpretación de las normas constitucionales entre sí, ya que puede darse una relación de tensión en la práctica de las mismas. Por ejemplo en las relaciones entre el derecho a la intimidad y la libertad de información, o entre los principios de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma constitucional en aras de otra norma del mismo rango. La tarea de ponderación de valores o bienes constitucionalmente protegidos es muy importante en la interpretación constitucional.”²⁰⁷

Se deben resguardar los principios constitucionales. Por consiguiente se debe buscar, al momento de interpretar, que no surjan conflictos entre normas constitucionales. Posiblemente la sección tercera del capítulo II de la CPRG no se preste a conflictos de interpretación con otras normas, dados los elementos que contiene.

Mora-Donatto indica que con el “Principio de corrección funcional: se trata con dicho principio de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñados por la Constitución.”²⁰⁸

A primera vista este principio no aplica a la materia que se trata con relación a la CPRG, pero en el futuro pueden surgir temas delicados, al fortalecerse los pueblos indígenas y sus movimientos. No se deben desvirtuar los Poderes del Estado; en ese orden de ideas se considera necesario que se analice cómo conformar un Estado multiétnico, multicultural y plurilingüe que mantenga la armonía en las relaciones entre gobernantes y gobernados y el equilibrio en las autoridades públicas (gobierno central y gobiernos municipales pero también, quizá más adelante gobiernos departamentales).

Mora-Donato aclara que según el “Principio de la función integradora: la Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad. En consecuencia el intérprete de la Constitución no puede perder de vista en todo conflicto la función integradora de la Constitución.”²⁰⁹

²⁰⁷ Mora-Donatto, Cecilia. *Op. Cit.* Pág. 68

²⁰⁸ *Loc. Cit.*

²⁰⁹ *Ibíd.* Pág. 66

En un país como Guatemala, este principio es importante. La constitución debe orientarse a cohesionar y no a fragmentar la sociedad. Nuevamente es pertinente hacer ver la necesidad de elaborar, promulgar y cumplir, efectivamente, leyes que desarrollen los intereses de los pueblos indígenas, desde su perspectiva.

Asimismo Mora-Donatto determina con el “Principio de la fuerza normativa de la Constitución: Aunque la interpretación de la Constitución pueda ser muy flexible, la Constitución es una norma jurídica y no puede acabar perdiendo, por la vía de la interpretación, su fuerza normativa; esto es, el valor que como Constitución posee.”²¹⁰

La CPRG contiene, por primera vez, una sección particular para los pueblos indígenas. Podría decirse que es mínima, pero constituye un avance con relación al pasado. Debe por consiguiente cumplirse. Y en ese sentido, para avanzar, es pertinente cumplir con el contenido del artículo 70 de la CPRG.

Carlos Hakansson-Nieto²¹¹, al igual que Mora Donatto que se ha analizado anteriormente, plantea los mismos principios.

Pero es interesante este planteamiento suyo: aclara que si bien la naturaleza de una Constitución está más cerca de un pacto entre gobernantes y gobernados que una ley dada por una autoridad competente, desde el punto de vista interpretativo se puede descubrir dos grandes concepciones judiciales sobre la Constitución. La primera es conocida como la Constitución testamento, un documento fundamental que fija las ideas y las órdenes del constituyente histórico, y que debe ser obedecido y realizado de modo que su ejecución cumpla exactamente con sus intenciones. En resumen, la Constitución es un documento escrito y como tal su sentido no cambia. Lo mismo que significó cuando fue adoptada, significará en la actualidad. En el otro extremo se encuentra con la Constitución viviente, que califica como “una ficción legal” o “idea mística” a la teoría de la Constitución testamento. Desde esta perspectiva, una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo reconocen y respetan como tal.²¹²

²¹⁰ *Loc. Cit.*

²¹¹ Hakansson-Nieto, Carlos. *Op. Cit.* Págs. 63-67.

²¹² Hakansson-Nieto, Carlos. *Op. Cit.* Págs. 61-62.

Habría que saber lo que pensaría la mayoría del pueblo de Guatemala al respecto de las dos concepciones que plantea el autor. En todo caso, pareciera ser que la Constitución Política de la República es un documento testamento, lo relacionado a las obligaciones del Estado con relación a los pueblos indígenas no cambia. Éstas no se establecen ni se hacen efectivas a través de leyes específicas. En ese sentido la Corte de Constitucionalidad, a través de sus funciones, podría apoyar la interpretación de la sección tercera; todavía quedan términos, no muy precisos, que dificultan su interpretación en el apartado de los pueblos indígenas.

Figuroa-Mejía coincide con los dos autores acotados en cuanto a los principios de interpretación de las constituciones: unidad, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora y fuerza normativa. No se considera pertinente continuar acotando los extractos.²¹³

2.2. Fundamentos derivados de convenios y pactos de las Naciones Unidas del Convenio 169 de la OIT e interpretación del mismo por parte de la Corte de Constitucionalidad.

Lo que se persigue en este apartado es primeramente, analizar, a través de autores, los fundamentos, derivados de convenios y pactos de las Naciones Unidas, del Convenio 169 de la OIT y, en segundo lugar, conocer y comentar la opinión calificada de la Corte de Constitucionalidad sobre este convenio de OIT en relación al ordenamiento constitucional vigente en Guatemala.

2.2.1 Fundamentos derivados de convenios y pactos de las Naciones Unidas del Convenio 169 de la OIT.

Jorge Adame Goddard afirma que el preámbulo del Pacto reconoce que aquel ideal del ser humano libre, proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede ser realidad “a menos que se creen condiciones sociales que permitan a cada persona” gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales. Aquí hay una indicación importante: que la vigencia de tales derechos depende del establecimiento

²¹³ Figuroa-Mejía, Giovanni Azael. *Op. Cit.* Págs. 155-157

de ciertas condiciones, de donde se infiere que el cumplimiento de estos derechos implica una acción social—aunque no se precisa de parte de quién— orientada a la creación de esas condiciones y no se limita al simple respeto de la libertad individual.²¹⁴

La Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas señala condiciones que se deben cumplir para que puedan gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales. Esta declaración de las Naciones Unidas si bien es cierto, no tiene la misma consecuencia jurídica que el Convenio 169 de la OIT, da pautas útiles para entender la importancia de respetar y proteger la condición especial de los pueblos indígenas. El artículo 33.1 establece que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”. Es una descripción general de lo que realmente quieren los pueblos indígenas. No ser discriminados por ser “diferentes” en este sentido tener una organización social que no tenga semejanzas a la de las sociedades occidentalizadas.

Carnota explica en las últimas dos décadas la presencia de una categoría de derechos (ambientales, de las poblaciones autóctonas o indígenas, del consumidor), de difícil catalogación, emergentes de lo que se ha denominado “constitucionalismo posindustrial” o “constitucionalismo posmaterial”. Ya no sólo se protege a la persona que trabaja, o que sufre o padece contingencias sociales, sino que el marco de la tutela constitucional se ve agigantado a diversas situaciones existenciales del más variado linaje (“derechos de tercera generación”). Éstos han requerido en su génesis y evolución de un fuerte compromiso de la comunidad internacional organizada.²¹⁵

La declaración se preocupa asimismo por el medio ambiente, un ambiente sano favorece el nivel de vida. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo 29.1 reitera que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa

²¹⁴ Universidad Nacional Autónoma de México. Adame Goddard, Jorge. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad. México. 2002. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/340/5.pdf>. Fecha de consulta: 1/12/2014.

²¹⁵ Carnota, Walter Fabián. *Op. Cit.* Pág. 223

conservación y protección, sin discriminación.” Su fuente de vida proviene de la naturaleza, ellos usan los ríos para pescar, la tierra para cosechar el alimento que les dará el sustento diario. Sin tierras y sin agua son pueblos que tienden a desaparecer por consiguiente es una preocupación vital para sus necesidades básicas. Deben realizar estudios de impacto ambiental para proteger su entorno pero sobre todo la vida humana de los pueblos indígenas. Por consiguiente sin recursos naturales los pueblos indígenas no pueden sobrevivir. El Estado está en la obligación de proteger el medio ambiente de las naciones indígenas.

César Landa Arroyo expone que en tal sentido, el proceso de integración comunitario se fundamenta en la afirmación de un principio jurídico constitucional del orden internacional: el principio de protección internacional de los derechos humanos, que constituye el rasgo más distintivo del Derecho internacional contemporáneo. Este principio, se realiza a través de dos procesos: primero, el proceso de humanización que permite que "el orden internacional se acerque en algunos de sus sectores y en alguna medida, a un Derecho de 'gentes'; y, segundo, el progresivo reconocimiento del carácter subordinado de la soberanía jurídica del Estado en caso de contradicción — aunque solo sea de manera limitada—. ²¹⁶

Si bien es cierto que el Estado de Guatemala es soberano, hay que tener en cuenta que los derechos humanos no tienen fronteras. Los derechos humanos son inherentes a la persona humana. En consecuencia el principio de protección internacional de los derechos humanos auxilia a los pueblos indígenas. Por ende si un Convenio protege a los pueblos indígenas como lo hace el Convenio 169 de la OIT en específico y otros convenios internacionales en derechos humanos de forma general se debe considerar que el reconocimiento y garantía de goce de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas debe ser aplicado sin discriminación alguna.

Adame Goddard justifica que a partir de ese contenido obligatorio, puede dilucidarse el contenido del derecho correspondiente. Si el Estado tiene una obligación de tomar medidas para que sea efectivo un “derecho”, quiere decir que esa obligación no es

²¹⁶ Landa Arroyo, César. “La globalización del Derecho Constitucional”. *Revista de Economía y Derecho*. Vol. 4. N° 16. Perú. (Primavera 2007). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Pág. 61

contrapartida de ese “derecho”, pues la obligación existe con independencia de que el derecho sea “efectivo”. Sería absurdo, por ejemplo, afirmar que el Estado no tiene el deber de tomar medidas para que cada persona tenga un nivel de vida digno, mientras no sea efectivo el derecho de todas las personas a nivel de vida digno.²¹⁷

El Estado de Guatemala tiene obligaciones con todos los ciudadanos. Generalmente su cumplimiento es muy deficiente. Sin embargo, con los pueblos indígenas, la obligación del Estado tiene ciertas peculiaridades; esos derechos se tornan más exigentes. Sus exigencias deben ser escuchadas en cualquier cuestión que les pueda perjudicar. Además de todos los derechos fundamentales ya establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado debe de tomar iniciativas específicas para que los pueblos indígenas logren la vida digna que todos requieren.

Carnota en este orden de ideas sugiere que en la interpretación aplicativa de todo este plexo de derechos, todos ellos resultan importantes, y siguiendo los cánones de la interpretación armónica, debe procurarse que todos ellos valgan y operen eficazmente en el plano de la realidad de las conductas.²¹⁸

Los derechos se deben proteger para todos por igual. En ese orden de ideas, el Estado debe considerar todos los derechos igualmente importantes no: hay uno que sea más significativo que otro. Por tal motivo el Estado debe interesarse más en las condiciones sociales, políticas y culturales de los pueblos indígenas. Como Estado pluriétnico debería buscar la forma de superar siglos de transgresiones a los derechos específicos de los pueblos indígenas.

Carlos Ayala Corao indica que a estas alturas, es que los derechos dejaron de ser meros derechos nacionales para pasar a ser derechos universales, con una doble fuente jurídica que converge: el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Ya nadie en su sano juicio puede pretender que las Constituciones ni los tribunales tienen la última palabra sobre la interpretación y protección de los derechos humanos. Si los tribunales nacionales no protegen a las personas o incluso si

²¹⁷ Adame Goddard, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 70

²¹⁸ Carnota, Walter Fabián. *Op. Cit.* Pág. 253

no lo hacen conforme a los estándares internacionales más favorables, aquellas pueden lograr su debida protección por los órganos internacionales.²¹⁹

Como se dijo anteriormente la soberanía en materia de derechos humanos es relativa: los pueblos indígenas pueden seguir sus procesos judiciales en los órganos jurisdiccionales del país, pero también pueden, siempre y cuando agoten todos los mecanismos jurídicos de la legislación interna, llegar a una instancia internacional imparcial, logrando así un respaldo para los pueblos indígenas en varios ámbitos.

Landa Arroyo infiere de allí que dicho principio internacional afirme la naturaleza de los derechos humanos, en tanto, un todo interrelacionado e interdependiente, universal e indivisible; y, a su vez, confiera a todos los gobiernos el mandato de hacer de los derechos humanos una realidad mediante actividades de protección y fomento que abarquen todos los ámbitos normativos.²²⁰

Los convenios internacionales en materia de derechos humanos son un claro ejemplo. Con dichas disposiciones lo que se busca es proteger, ante cualquier violación del Estado, lo derechos humanos de todos los seres humanos.

En este sentido Ayala Corao refiere que por ello, ya no se puede hacer derecho constitucional ignorando al derecho internacional de los derechos humanos, ni viceversa. Se está ante una nueva convergencia e interacción, e incluso ante una sujeción, del derecho constitucional al derecho internacional, guiada por el principio de progresividad. De allí que el derecho constitucional sólo podría prevalecer cuando su aplicación resulte más favorable a la interpretación y protección del derecho en cuestión; aunque la última interpretación y, por tanto, la interpretación auténtica del tratado le corresponde al tribunal internacional. Ello ha dado lugar al fenómeno conocido como la internacionalización del derecho constitucional.²²¹

²¹⁹ Universidad Nacional Autónoma de México. Ayala Corao, Jorge. Instituto de Investigaciones Jurídicas. La mundialización de los derechos humanos. México. 2011. Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2962/10.pdf>. Fecha de consulta: 1/12/2014

²²⁰ Landa Arroyo, César. *Op. Cit.* Pág. 62

²²¹ Ayala Corao, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 67-68

Como se ha indicado anteriormente la Constitución es un derecho de mínimos; es decir que si hay una norma que supere los derechos en ella establecida se deberá tomar en cuenta en cualquier situación; si no fuera contraria a la CPRG, puede ser aplicada. De igual manera hay que estar al tanto de todas las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para estar al tanto de las interpretaciones de las normas y de los compromisos de los Estados parte, y aplicarlos en los casos concretos guatemaltecos, si fuere el caso.

Carnota argumenta que pensar que los derechos multiculturales de pertenencia a un grupo nacional se contraponen a los de membresía de una comunidad política (la tensión entre *demos* y *ethnos* de la que habla Michel Rosenfeld) es tan errado como postular la rivalidad entre los derechos de propiedad privada, del trabajo y del consumo.²²²

Es innegable que los derechos multiculturales en ningún momento se contraponen a los derechos fundamentales; al ser un Estado pluricultural la Constitución por cognición está reconociendo a los pueblos indígenas con sus instituciones políticas, sociales y culturales. Cosa que en ningún momento perjudicaría al Estado ya que se instauraría por la vía de los procedimientos constitucionales establecidos y así respetar los derechos de los pueblos indígenas. Es ineludible que no sólo se deban reconocer sino que sean aplicados en el ámbito nacional.

2.2.2 Análisis interpretativo de la Corte de Constitucionalidad.

No podía faltar en este trabajo, la interpretación que hace la Corte de Constitucionalidad (de ahora en adelante CC) sobre la sección tercera, del Capítulo II, del Título II de la CPRG. Pero se señala que la única interpretación que ha formulado por la CC, se dio en función del Convenio 169 de la OIT. Es la razón por la que en este apartado se analiza la opinión consultiva emitida a solicitud del Congreso de la República.

²²² Carnota, Walter F. *Op. Cit.* Pág. 223

La CC en relación al Convenio 169 de la OIT emitió un análisis interpretativo para indicar los argumentos que se podían considerar para demostrar que dicho Convenio no era contradictorio con el contenido de la Constitución Política de la República de Guatemala.

A continuación la opinión consultiva y comentarios.

“VIII. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO -OIT

Para realizar el análisis de la constitucionalidad del Convenio 169 mencionado, por razón de método, se analizará éste en forma global y, posteriormente, cada una de las partes que lo integran a efecto de determinar su conformidad o disconformidad con la Constitución.”²²³

“En cuanto al primer aspecto, es decir, su estudio en conjunto, es necesario, previamente a analizarlo, determinar el lugar que el Convenio ocupa dentro del ordenamiento jurídico y su posición respecto de la Constitución para dilucidar si, en un momento determinado, podría substituir aspectos de la norma suprema por contradecirla, como se ha expuesto por algunos sectores.”²²⁴

“A ese respecto, cabe afirmar que se reconoce en el artículo 46 de la Constitución 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. Al respecto, esta Corte ha considerado que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional. En primer término, y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por lo tanto, no por vía del artículo 46, sino por la del primer párrafo del artículo 44, que dice: "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son

²²³ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva expediente 199-95.

²²⁴ *Loc. Cit.*

inherentes a la persona humana". Congruente con lo anterior la Constitución garantiza su jerarquía y rigidez con las disposiciones de los artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204 y las relativas a que únicamente el poder constituyente o el procedimiento que establece el artículo 280 de la Constitución tienen facultad reformadora de la misma.²²⁵

"...De manera preliminar puede afirmarse que el Convenio 169 de la OIT, en su conjunto, no contraviene la Constitución, ya que no regula ninguna materia que colisiones con la ley fundamental sino que, al contrario, trata aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria."²²⁶

Se infiere, de acuerdo a la CC, que considerado globalmente, el Convenio 169 no contraviene la CPRG. Lo interesante a señalar es lo que plantea la CC en cuanto que el ingreso a la legislación nacional del Convenio 169 se daría, no por la vía del artículo 46, preeminencia del Derecho Internacional en materia de derechos humanos, sino por el artículo 44, Derechos inherentes a la persona humana: "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana".

La CC seguidamente analiza las partes del convenio. Para el presente trabajo no se tomará íntegramente el análisis de las partes.

"A) La opinión consultiva de la CC indica que: "el derecho de libre determinación que erróneamente se atribuye a los pueblos, a que se refiere el Convenio, cabe considerar qué debe entenderse por libre determinación y a quiénes es aplicable ese derecho. En consecuencia, el referido principio de autodeterminación no es aplicable a los pueblos a que el Convenio se refiere, ya que éste expresamente dispone que el ámbito personal y espacial de aplicación se circunscribe a pueblos indígenas y tribales de países independientes, por lo que dicho Convenio no atenta contra la unidad ni la integridad territorial de los Estados de que forman parte esos pueblos. Los artículos 2, 3, 4 y 5

²²⁵ *Loc. Cit.*

²²⁶ *Loc. Cit.*

tienden a asegurar los derechos humanos y libertades fundamentales de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, sin incurrir en discriminación, reconociendo los valores, costumbres e ideales que les son propios, lo que guarda armonía con los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 66, 67, 68 y 69.”²²⁷

Lo anterior implica que lo que se podría pensar en cuanto a la libre determinación de los pueblos, no implica, de acuerdo a la CC que se dé la posibilidad de que se pudiera, por esta determinación, establecer un estatuto o territorio específico para esos pueblos. Queda entendido, por ese planteamiento de la CC, que los pueblos indígenas, no pueden tener un territorio propio, segmentado del territorio nacional y que sea reconocido internacionalmente. Pues, tal como lo estipula el Convenio, en su artículo primero, se trata de pueblos en países independientes, soberanos.

El análisis de la CC por parte de sus magistrados agregan que: “el artículo 6 del Convenio establece que 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.”²²⁸

Es opinión de la CC que la CPRG contiene “los mecanismos de participación democrática a través de los cuales los ciudadanos pueden...” Está claro que Guatemala, como todo Estado democrático, contempla medidas democráticas para

²²⁷ *Loc. Cit.*

²²⁸ *Loc. Cit.*

alcanzar consensos por medio de la participación libre de los ciudadanos. Sin embargo el artículo 6 del Convenio, indica “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados... cada vez que se prevean medidas ...susceptibles de afectarles directamente;” Se trata por consiguiente de consultas que podrían calificarse de específicas. A esto no se refiere la interpretación de la CC. Pues considera que la Constitución contempla formas de consulta y de participación. Como se verá más adelante en el capítulo cinco, existe cierta confusión ya que no se ha determinado el órgano encargado de realizar dicha consulta.

Cabe resaltar según la opinión de la CC que: “el aspecto promocional o programático de algunas de sus normas, cuya concreción y desarrollo requiere de sucesivas disposiciones legislativas, administrativas y de gobierno, lo que concuerda con lo ordenado por el artículo 70 de la Constitución. Además, las normas del Convenio consideran una aplicación flexible y conforme a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional e internacional y tomando en cuenta las condiciones propias de cada país. Así, el artículo 7 del Convenio establece que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades... y de controlar, "en la medida de lo posible", su propio desarrollo económico, social y cultural, lo que evidencia que no constituye una norma preceptiva de aplicación inmediata e inflexible.”²²⁹

En este sentido el Estado sigue teniendo las mismas falencias ya que a pesar de tener como obligación establecer disposiciones legislativas, administrativas y de gobierno tal como lo establece el artículo 70 de la CPRG siguen incumpliendo este apartado. Además el artículo 5 del Convenio 169 de la OIT añade: “que al aplicar las disposiciones del convenio ... deberán reconocerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos lo que ahonda más la necesidad de emitir normas que velen por dichas protecciones. Que la norma no constituya una aplicación preceptiva de aplicación inmediata en lo referido a su desarrollo económico, social y cultural no significa que no sea necesaria ya que de esta forma se puede determinar qué dirección debe tomar cada pueblo indígena en relación

²²⁹ *Loc. Cit.*

a sus beneficios e intereses. Ya han pasado varios años y la laguna en relación a regular las instituciones, derechos y demandas de los pueblos subsiste.

La CC apunta que: “como puede observarse, los artículos 8 y 9 al señalar la aplicación del derecho consuetudinario lo hacen siempre dentro del marco del derecho existente en el país de que se trate; así, el artículo 8 al señalar que al aplicar el derecho a los pueblos interesados deberán tomarse en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario, no establece que se juzgará con base en esas costumbres, sino que se tomarán en consideración éstas al momento de juzgar. El artículo 9 al indicar que deberán respetarse los métodos que los pueblos utilicen para la represión de los delitos prevé que esto será en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional, y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, por lo que si estos métodos los contrarían no serán aplicables.”²³⁰

La CC no tiene duda alguna al momento de explicar lo relacionado con las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas. Aclara que no se juzgará por medio de sus costumbres o derechos consuetudinario si no que se tomaran en cuenta. Sin embargo el artículo 8 en el numeral dos menciona que: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales...” Es un tema delicado pero el Convenio 169 de la OIT va más allá de lo considerado por la CC ya que va en la dirección de respetarlas y que puedan cumplir con sus funciones. Claro que deben ser compatibles con el sistema jurídico nacional ya que debe velar por que no se violen los derechos fundamentales de las personas.

B) La Parte II del Convenio, artículos 13 al 20, regula lo relativo a las Tierras, reconociendo la especial relación que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. El concepto de tierras se refiere a los aspectos jurídicos sobre ellas. Se deberán prever sanciones contra intrusiones no autorizadas a las tierras de su propiedad, tomando las medidas para impedir tales infracciones. A ese respecto la

²³⁰ *Loc. Cit.*

Corte puede afirmar que la obligación de los gobiernos de respetar la importancia especial que para las culturas reviste su relación con las tierras o territorios, así como el hecho de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, se encuentra concurrente con los preceptos de los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución.²³¹

La CC vela por la protección de las tierras de los pueblos indígenas. Por consiguiente se deben tipificar delitos cuando la posesión de tierras ocupadas por Pueblos Indígenas se vea violentada. Como argumento es válido y se debe tomar en cuenta que el Convenio 169 de la OIT ahonda sobre el tema en su artículo 14 que establece que: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derechos de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.” Instan a que se tomen en cuenta las formas de propiedad. Ahora bien qué pasa cuando no se logra determinar qué tierras son a las que tienen acceso los pueblos indígenas, es un trabajo arduo, largo y costoso pero que se debe iniciar en algún momento. Las tierras son la esencia de la vida de los pueblos indígenas. En este sentido la CC está informando que se deben reconocer las tierras de los pueblos indígenas para poder desarrollar sus actividades culturales y tener el respaldo jurídico al regular la propiedad de los pueblos indígenas, algo que aún está pendiente y sobre lo que se deben legislar. Y esto tanto más delicado por cuanto estas tierras, en donde realizan actividades culturales y religiosas, son generalmente, sitios sagrados par a ellos, y que no les pertenecen.

²³¹ *Loc. Cit.*

Capítulo 3

Legislación, jurisprudencia y casos paradigmáticos en el ámbito de los Pueblos Indígenas.

En el presente capítulo se busca lograr, por un lado, un conocimiento en general sobre: 1) los derechos de los pueblos indígenas y en particular sobre el derecho consuetudinario o costumbre; 2) la manera en que los pueblos indígenas han buscado el reconocimiento de sus derechos para llegar a ser un Estado pluricultural y tener la participación política que a los pueblos indígenas les corresponde; y por el otro lado el conocimiento específico de seis casos paradigmáticos en relación a los derechos de los pueblos indígenas, tanto de Guatemala como de otros países latinoamericanos.

3.1 Realidad de Guatemala y legislación vigente.

Es conveniente caracterizar los factores históricos que han conducido a la situación en la que se encuentran actualmente los pueblos indígenas de Guatemala.

Santiago Bastos y Aura Cumes indican que desde hace un par de décadas en Guatemala, como en muchos países de América Latina y del mundo, se está asistiendo a la consolidación de una nueva propuesta de cómo entender la diferencia étnica. En el contexto de la “transición” democrática y el proceso de paz, fueron apareciendo cada vez con más fuerza una serie de demandas realizadas por quienes históricamente habían sido llamados “indios” o “indígenas” y que ahora se autoproclaman *Mayas*, buscando revertir la situación de exclusión y subordinación en la que se hallaban. Los reclamos de su reconocimiento como Pueblo y de los derechos culturales y políticos derivados de ello, fueron dando lugar a una nueva forma de hablar de la diversidad cultural y étnica, simbolizada precisamente por el uso del término *mayas* para referirse a esta población étnicamente diferenciada.²³²

Los estudios relativos a la diversidad étnica y cultural se han ido profundizando y han avanzando, en los últimos decenios en varios países latinoamericanos. En Guatemala,

²³² Bastos, Santiago y Aura Cumes (Coordinadores). *Mayanización y vida cotidiana. La ideología multicultural en la sociedad guatemalteca. Introducción y análisis generales. Volumen 1 Guatemala. FLACSO- CIRMA. 2007* Pág. 11

no ha sido la excepción sobre todo en el contexto de la transición a la democracia y la dinámica que tienen los movimientos indígenas.

Sin embargo y no obstante la Constitución Política de la República, en la realidad práctica no se han tomado iniciativas para incluir amplia, detallada y adecuadamente, los derechos de las poblaciones maya, garífuna y xincas, en la legislación guatemalteca, desde la cúspide hasta la base del triángulo kelseniano.

Guatemala sigue retardando lo que realmente necesita un Estado que busca el bien común. Las poblaciones mayas han emprendido el camino, manifestando, de múltiples maneras, públicas y privadas señalando las falencias que tiene el Estado de Guatemala con relación a los pueblos indígenas. Han planteado reivindicaciones en el ámbito político, institucional, social, económico, cultural. Ahora hace falta el segundo paso, que el Estado no sólo escuche sino procese y canalice donde corresponde las peticiones y además actúe de forma que se beneficie razonablemente a los pueblos indígenas. En la coyuntura actual (finales de julio del 2015), se abren posibilidades. Es el momento en tomar en consideración y evaluar las demandas explícitas y necesarias de las poblaciones indígenas que, por años, no han sido escuchadas al igual que sus demandas no han sido escuchadas, analizadas, evaluadas ni reconocidas como se debe.

Rachel Sieder aclara que el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, también conocido como AIDPI, (uno de los acuerdos más importantes de los Acuerdos de Paz) es un acuerdo muy amplio. La puesta en marcha de los derechos que promete requerirá de varias reformas y muchos fondos. En última instancia, el éxito de la implementación dependerá de la voluntad política del gobierno, de la presión y apoyo de la comunidad internacional y de la capacidad de las mismas organizaciones indígenas para exigir su funcionamiento. Las limitaciones que enfrentan los grupos civiles son bastantes. La consulta amplia a nivel de base para lograr posiciones de consenso implica un desafío difícil ya que debe combinar las demandas y visiones específicas de las comunidades rurales con la necesidad de formas integrales nacionales. Los mecanismos de consulta han estado notablemente ausentes en la cultura política autoritaria de Guatemala y hay que construirlos. Sin embargo, el

compromiso del gobierno actual [*¿R. de León Carpio? ¿Alvaro Arzú?*] de garantizar una consulta y participación eficaz de los indígenas está lejos de ser garantizado.²³³

Las reformas que menciona la autora pueden ir desde un cambio institucional hasta un reenfoque de la mentalidad de la sociedad guatemalteca. Desde luego que se necesitan fondos, pero también voluntad política. Sobre todo porque las políticas de gobierno, para apoyar a los pueblos indígenas, siguen siendo muy débiles. A pesar de que, en distintos ámbitos, tanto rurales como urbanos, los indígenas manifiestan y están en constante lucha por ser escuchados. Sus manifestaciones siguen siendo muy efímeras y no son sistemáticas como consecuencia del poder coercitivo que utiliza el Estado para que no exijan ni planteen sus derechos. No se ha facilitado diálogos entre Estado y pueblos indígenas. Las instituciones internacionales han empezado a establecer convenios para garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas. Sin embargo las consultas y participación eficaz no se han logrado con ningún gobierno guatemalteco de la era democrática. No se visualiza un cambio a corto plazo. Tal vez los acontecimientos del segundo trimestre de 2015 puedan cambiar la tendencia y faciliten progresar en éste ámbito.

Santiago Bastos explica que el AIDPI es un texto que se centra sobre todo en asuntos culturales: los referidos a idiomas, educación bilingüe, espiritualidad, trajes, nombres, etc. Los derechos políticos comienzan por el indispensable reconocimiento constitucional, pero no se tiene en cuenta la demanda básica de la famosa “autonomía”, y quedan en una serie de reformas para el nivel municipal. El siempre escabroso tema de la diferencia socioeconómica y el desigual acceso a la tierra resulta apenas en un reconocimiento de las tierras comunales –que ya casi no hay–. Es muy importante el reconocimiento de la discriminación, pero las medidas acordadas son escasas. Es así como, a partir de este momento, el Pueblo Maya como tal, como colectivo histórico, pasará a formar parte abierta y legalmente de la política guatemalteca.²³⁴

²³³ Sieder Rachel y otros. Guatemala 1983-1997: ¿Hacia dónde va la transición? Guatemala: Conciliation Resources/FLACSO 1997. Pág. 121

²³⁴ Bastos, Santiago y Aura Cumes (Coordinadores). *Op. Cit.* Pág. 61-62.

Es evidente que hay que hacer una categorización de los derechos del pueblo indígena: culturales, políticos, económicos y sociales. En el ámbito de lo cultural, un eje importante, es el idioma. Los idiomas indígenas deben preservarse y promoverse. Es una forma de fomentar su desarrollo, al igual que conservar sus costumbres que son seculares. Al conservar su idioma se debe en consecuencia promover, fomentar y consolidar la educación bilingüe. Es la forma en la que el Estado, concretamente toma en cuenta un factor clave para el desarrollo integral de los pueblos indígenas. Así mismo instaurar los medios para preservar y proteger sus lugares sagrados para facilitar la práctica de su espiritualidad y otras actividades que desarrollen los pueblos indígenas. En relación a los derechos políticos hace revivir, recuperar temas que se han quedado pendientes en el ordenamiento interno guatemalteco. Se encuentran plasmados en normas internacionales pero es necesario concretarlas en leyes nacionales pertinentes y bien estructuradas que vayan dirigidas a la realidad nacional. Los problemas socioeconómicos afectan a todos no solamente a los pueblos indígenas. Sin embargo la asimetría en la propiedad de las tierras y el no reconocimiento de las tierras ancestrales han afectado la capacidad productiva y los beneficios que de la producción se derivan. En ese contexto organizaciones de pueblos indígenas han iniciado una amplia dinámica para que sean reconocidos sus derechos y para que el Estado cumpla con sus obligaciones además de una reestructuración del Estado a nivel municipal como nacional.

Asimismo plantea Bastos que la actuación de las Comisiones Paritarias derivadas del AIDPI fue el momento de máxima expresión del doble reconocimiento mutuo que se otorgó el Estado y el movimiento maya. La dinámica generada en torno al proceso de paz sirvió para que, como con otros actores, el movimiento maya otorgara al Estado una legitimidad que había perdido por su política contrainsurgente; al mismo tiempo que el Estado reconocía a las organizaciones que formaban el movimiento el carácter de representantes de los intereses de los mayas, y estas organizaciones otorgaron al Estado el papel de agente rector de las políticas de reconocimiento que exigían.²³⁵

²³⁵ Ibíd. Pág. 62.

Es inverosímil que en la actualidad surjan los mismos inconvenientes que cuando existían gobiernos autoritarios desde luego menos escabrosos pero con las mismas irregularidades. El Estado sigue siendo un ente pasivo y uno de los causantes, por omisión, de que los pueblos indígenas continúen en las mismas condiciones de hace décadas. Se dio el paso con el reconocimiento, que se deriva de la realidad de una sociedad diversa, de las comunidades indígenas; de cierta manera se ha constatado que la sociedad guatemalteca es plurilingüe, multicultural y multiétnica. Pero hace falta ahora ir más allá. El reconocimiento se explica también como consecuencia del surgimiento de movimientos mayas que exigen sus derechos específicos y que se les tomen en cuenta en los procesos de toma de decisiones políticas. El reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas constituye un hito histórico para Guatemala. Pero hace falta que se considere no sólo su representatividad sino su participación activa como ciudadanos así como las de organizaciones mayas, garífunas y xincas a nivel estatal.

Señala Bastos que así, como culminación de un proceso que había empezado hacía algún tiempo, lo étnico –y en concreto lo maya– pasa a formar parte del discurso político de la Guatemala de la paz. Pero esto lleva cambios en su significado: se da un proceso simultáneo de comprensión y extensión del significado de lo “maya”. Por un lado, el Acuerdo de Identidad se convierte en el referente de lo que es y no es políticamente aplicable como “maya” en el modelo que se está creando. Se desplazan las otras formas de entender lo indígena que habían estado presentes en el proceso y se retiran los elementos más claramente nacionalistas de la definición de “lo maya”. Con ello, en esta nueva legalidad, los temas más conflictivos de las demandas mayas, ya sea la tierra, el autogobierno o la autonomía, quedan deslegitimados.²³⁶

En el fondo lo que el autor indica es que, en el contexto de los Acuerdos de Paz, se proyecta como un tema de primer orden, lo relacionado con lo étnico y concretamente lo maya. Los gobiernos que se suceden adoptan el tema, al igual que los políticos. Pero no en lo que es fundamental, sino en lo relativo a lo cultural, los sitios sagrados, los trajes, el idioma (lo que no es poca cosa pero no lo esencial para los pueblos

²³⁶ *Loc. Cit*

indígenas). Esos discursos fueron vistos positivamente por la sociedad, pero sin darse cuenta que sólo se abordaban temas que pueden considerarse como no primarios. Es por eso que los movimientos mayas continuaron con sus iniciativas relacionadas con la inclusión, la participación en el ámbito político y económico. Tal es el caso, por ejemplo de la distribución de las tierras y del desarrollo rural. Estos temas son complicados y difíciles para los gobiernos. Ante los planteamientos de los movimientos mayas que luchaban por temas de fondo, trascendentes los gobernantes evaden abordarlos y empiezan a deslegitimizar las dinámicas de los pueblos indígenas. Esos temas se desvanecen en los medios de comunicación y, consecuentemente, en la opinión pública.

Bastos reitera que tras la gran euforia que reinó en torno al tema maya durante el período del proceso de paz, al pasar a la normalización posterior, éste deja de tener la misma presencia pública. El movimiento maya ya no es ese actor beligerante, demandante y propositivo que logró participar en la redefinición del país. Pero las cosas son más complicadas, pues al conseguir que lo maya y lo multicultural formaran parte –supuestamente– de las agendas políticas oficiales, estos aspectos perdieron novedad y la presencia pública de sus activistas ya es parte del panorama diario. Esto provoca que mucha gente lo perciba como un tema que no amerita mayor atención, pese a no poder negar que sigue vigente.²³⁷

Queda claro, como se infiere del autor, que ya ha sido incluido en las agendas, sigue siendo un tema vigente. Además tiene implicaciones para el desarrollo del Estado de Guatemala. En consecuencia los pueblos indígenas deben de tomar de nuevo esa actitud proactiva, en ese ámbito, para buscar la reorientación y acción del Estado de Guatemala. La indiferencia del Estado ha permitido que los pueblos indígenas pospongan su ilusión pero no su visión de integrarse con personalidad propia en los campos cultural, político, económico y social. Al perder la presencia dentro del interés nacional se fue diluyendo la imagen de los pueblos mayas y se ha convertido en un tema de segundo orden.

²³⁷ *Ibíd.* Pág. 63

Para profundizar con lo expresado anteriormente Otto Marroquín Guerra agrega que se está consciente de que la administración de justicia de los pueblos indígenas es una responsabilidad del Estado de Guatemala, y no se pueden alcanzar dichas obligaciones en forma aislada por el Organismo o Poder Judicial, siendo necesario el concurso de los poderes Ejecutivo y Legislativo, ya que es indispensable contar con una legislación ordinaria más amplia, y además, con el apoyo de una Policía Nacional Civil y Fiscalía General más involucrados en ese proceso.²³⁸

Santiago Bastos, Domingo Hernández Ixcoy y Leopoldo Méndez hacen ver los procesos de reconstitución como pueblo maya, que buscan recuperar lo perdido por los siglos de opresión y colonización, y por medio de la recreación de las prácticas culturales buscan reforzar lo que los hace diferentes frente al resto de la población guatemalteca. A través de la figura del “pueblo”, se pone el énfasis en la reconstitución como ente político con algún grado de soberanía.²³⁹

El término pueblo, como lo indican los autores, hace referencia al auto gobierno, a la libertad de cultura, a la organización... que los pueblos indígenas desean que se les reconozca. Desde luego es un tema complicado, ya cuando se discutía el Convenio 169 de la OIT, se infería, como se vio en el capítulo anterior, las implicaciones que el reconocimiento de pueblos indígenas traería.

Siguiendo su orden de ideas, Bastos señala que todo esto se enmarca en el hecho de que los gobiernos del período post paz –el populista reaccionario de Alfonso Portillo y el neoliberal semi populista de Oscar Berger- han mantenido la retórica de los Acuerdos de Paz, pero vaciándolos prácticamente de contenido y, desde luego, relegando los compromisos incumplidos y avanzando más en lo simbólico que en lo sustantivo. Y esto vale también para el Acuerdo de Identidad y las políticas hacia lo indígena: aún a la fecha el AIDPI es el acuerdo con menos avance, eso no ha impedido

²³⁸ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Marroquín Guerra, Otto. Administración de Justicia en Pueblos Indígenas. Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1333/7.pdf> Fecha de consulta: 4/1/2016

²³⁹ Xochitl Leyva, Aracely Burguete y Shannon Speed. (Comp.). Gobernar (en) la diversidad: experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2008. Pág. 311

que el Estado use de una forma cada vez más sistemática el discurso multicultural para referirse a la diversidad de la sociedad guatemalteca, aunque se refiera poco a ella.²⁴⁰

Lamentablemente los gobiernos solo se han enfocado, de los Acuerdos de Paz, en lo cultural, que sólo es uno de los factores pertinentes para la inclusión de los pueblos indígenas. La dinámica política sigue mencionando en sus discursos a los pueblos mayas, garífunas y xincas pero desafortunadamente todo queda en palabras ya que no se llevan a cabo las promesas planteadas.

Así mismo Sieder afirma que muchos aspectos del AIDPI amenazan los intereses económicos y políticos establecidos en Guatemala y la lucha por su implementación no será fácil. Actitudes paternalistas o racistas hacia los indígenas junto con la desconfianza existente en ambos lados de la división cultural, tomarán tiempo en ser superadas. Aunque todos los partidos políticos en Guatemala necesitan ahora atraer el voto indígena, los mayas todavía siguen estando sub-representados en la política nacional.²⁴¹

Si bien es cierto que los partidos políticos necesitan los votos de los mayas y de los otros pueblos indígenas para las diputaciones y presidencia, también es cierto que, cada vez más, los mayas han logrado ganar alcaldías y puestos en los concejos municipales. Su voto se diluye a nivel nacional y departamental, pero tiene, con el pasar de los procesos electorales, mayor relevancia en el plano municipal. La representación maya en el Congreso no refleja el peso que tienen a nivel demográfico. Están sub-representados. En cambio, en ciertos departamentos donde hay mayoría de mayas, ellos han accedido a la administración municipal y ya se nota una dinámica diferente y una gestión municipal con mayor incidencia maya.

No obstante lo anterior siguen siendo menospreciados. Su representación a nivel de diputados es mínima. Esto refleja lo poco que se ha avanzado en el ámbito de las relaciones entre los ladinos y los mayas. Persisten las actitudes paternalistas y la discriminación. La sociedad guatemalteca tiene mucho camino que recorrer para que,

²⁴⁰ Bastos, Santiago y Aura Cumes (Coordinadores). *Op. Cit.* Pág. 64

²⁴¹ Sieder Rachel y otros. *Op. Cit.* Pág. 122

en la realidad, se acepte y se considere como natural, no sólo la presencia sino la participación e incidencia de los mayas y otros pueblos indígenas en lo político.

Bastos describe que el Estado está recogiendo calladamente los frutos de haber ido aceptando las presiones internacionales por un reconocimiento limitado de los derechos reclamados por los indígenas en forma de Pueblos, ejemplificando, en el caso de Guatemala, en el AIDPI, y de haber ido legitimando con el tiempo los reclamos relativos a los elementos culturales que simbólicamente definen a los mayas frente al resto de la población. Ahora puede aprovecharse ese reconocimiento para sus propios fines. Todo el trabajo hecho por los mayas en la búsqueda y definición de unos elementos identitarios (idioma, derecho, cosmovisión) que sirvieran de base para un proyecto de liberación, son usados para relativizar ese mismo proyecto, y legitimar al sistema existente. ... procesos que han ido llevando a equilibrios entre unos actores con unas demandas cuestionadoras, y unos Estados apoyados por toda otra serie de instancias que prefieren ceder espacios simbólicos antes de transformar estructuras.²⁴²

Como consecuencia de las presiones internacionales y, a nivel nacional, por parte de los pueblos indígenas, el Estado ha buscado medios para proteger los derechos de los pueblos indígenas, pero solamente se compromete ya que, posteriormente, no se emiten leyes que definan y protejan las instituciones indígenas. Como menciona el autor, se han legitimado los elementos culturales que definen a los pueblos mayas como idioma y sus trajes pero al momento en que se plantean demandas de implementación de leyes que protejan otros derechos de fondo de los pueblos indígenas, el Estado las ignora.

Bastos, Hernández Ixcoy y Méndez aseguran que dada la historia recorrida desde que se inició la opresión sufrida como “indios” y después como “indígenas”, la elaboración de lo “propio” es algo novedoso, con lo que la reconstitución pasa de ser una actividad de recuperación a una actividad de re-creación: lo que ahora se reconstruye como “propio” es algo siempre nuevo, diferente, y esta búsqueda es una tarea fundamentalmente creativa, y en parte innovadora ... La cosmovisión se expresa en la

²⁴² Bastos Santiago y Aura Cumes (Coordinadores). *Op. Cit.* Pág. 72

espiritualidad y la identidad en unos elementos culturales que definen la diferencia entre lo maya y lo que no lo es. El idioma es quizá el rasgo más evidente, pero no el único.²⁴³

Los pueblos indígenas han sido discriminados desde el inicio de la colonización hasta la fecha. No han tenido la oportunidad de proponer, de sugerir, de dialogar lo que conviene a sus intereses, de reconstruir y construir la organización e institucionalidad indígena. La reconstrucción de un Estado incluyente debe aceptar lo nuevo, la innovación de los pueblos que buscan que sus instituciones se enraícen dentro de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial. Además de reconocer su cosmovisión, su identidad y su espiritualidad, deben considerar también sus derechos humanos.

Aura Cumes argumenta que para el Movimiento Maya en Guatemala, el colonialismo ha creado un ser indígena desvalorizado, condición que limita las luchas por su liberación. Como una forma de revertir estas significaciones, ha trabajado por construir una identidad colectiva o aglutinadora alrededor de reivindicar el término maya para referirse a quienes han sido definidos como “indios”, “indígenas” o “naturales”. Se trata de una definición relativamente nueva en la larga historia de los indígenas y de sus relaciones con los guatemaltecos en general.²⁴⁴

Necesitaba el movimiento al que hace alusión la autora, encontrar la forma de salir del letargo, ya estaban cansados los pueblos indígenas de esperar una ayuda y de ser, cultural y moralmente discriminados; era el momento necesario para unir fuerzas y buscar una solución desde una perspectiva maya. La mejor forma de ser escuchados era uniendo fuerzas y qué mejor solución que fundar un término que era propio; determina lo que son y lo que quieren lograr: ese reconocimiento nacional que se merecen.

Roddy Brett explica que el AIDPI se divide en cuatro capítulos, el primero promulga la promoción de una reforma constitucional que reconozca la identidad de los pueblos indígenas. El capítulo dos se concentra en la discriminación, la implementación y

²⁴³Xochitl Leyva, Aracely Burguete y Shannon Speed. (Comp.). *Op. Cit.* Pág.312

²⁴⁴Bastos Santiago y Aura Cumes (Coordinadores). *Op. Cit.* Pág. 86

divulgación de los derechos indígenas y en particular, de los derechos de las mujeres indígenas, así como la garantía de la ratificación del Tratado Internacional 169 de la OIT, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial. El capítulo tres obligó al gobierno a promover mecanismos para oficializar las lenguas indígenas, a garantizar el respeto por la espiritualidad indígena y a asegurar la participación en la reglamentación legal y en la documentación de los sitios indígenas sagrados.²⁴⁵

Lo que se determinó en el AIDPI evidentemente se tendrá que realizar tarde o temprano. El reconocimiento de la identidad los pueblos indígenas es necesaria, al igual que sus derechos e institucionalidad. Los capítulos dos, tres y cuatro son los que más se han tomado en cuenta no obstante todavía falta mucho por implementar; sus derechos todavía son inciertos a nivel nacional, el reconocimiento de un ordenamiento jurídico propio, dentro del derecho interno nacional, es ineludible.

Asimismo Bastos, Hernández Ixcoy y Méndez señalan que están las tareas dirigidas a participar y lograr un reconocimiento por parte del Estado y de todo el sistema político guatemalteco, lo que supone buscar fórmulas de compromiso, aprovechar los elementos legales e institucionales y utilizar el discurso legítimo vigente, como la democracia, los derechos humanos y la igualdad ciudadana. Se intenta pasar de una democracia colonial a una democracia plural. Paradójicamente, la transformación de las relaciones de colonización existentes exige de los activistas su entrada en el sistema colonizador, con lo que se da el peligro de llegar a legitimar lo que se quiere cambiar.²⁴⁶

Ese reconocimiento efectivo por parte del Estado, ese paso de una “democracia colonial” a una “democracia plural” que movimientos indígenas plantean, no son escuchados y no se han tomado en cuenta. Se les debe dar el reconocimiento que les corresponde. Es inexplicable que no se lleven a cabo iniciativas que planteen la

²⁴⁵ Brett, Roddy. *Movimiento social, etnicidad y democratización en Guatemala, 1985-1996*. Guatemala. F&G Editores. 2006. Pág. 73

²⁴⁶ Xochitl Leyva, Aracely Burguete y Shannon Speed. (Comp.). *Op. Cit.* Pág. 312

necesidad de incluir legal y democráticamente los cambios para lograr, efectivamente un Estado pluricultural y multilingüe en las esferas gubernamentales. Interesante acotación del autor cuando indica que los activistas deben entrar al sistema colonizador para poder cambiarlo; se requiere, por consiguiente, de mucha inteligencia y habilidad para lograr el apoyo del sistema, para que responda positivamente e implemente sus demandas institucionales, guardando la perspectiva maya y no la del “sistema colonizador”.

Bastos, Hernández Ixcoy y Méndez puntualizan que esto supone, a su vez, reconocer que se forma parte de este sistema de manera irreversible, y que la población maya también tiene una serie de derechos, ya sean colectivos o individuales, como ciudadanos guatemaltecos que son. Los siglos de historia de colonización han hecho que los mayas formen parte de las estructuras de la sociedad guatemalteca en todas sus dimensiones, además de la étnica.²⁴⁷

No se puede negar que Guatemala es un Estado multiétnico, pluricultural y multilingüe. Todos los habitantes merecen el respeto a su forma de ser, de pensar y de actuar. Los pueblos indígenas pertenecen a la sociedad guatemalteca gozan de esos derechos humanos que tienen todos los seres humanos pero, además tienen derechos específicos, como pueblos indígenas.

Bastos, Hernández Ixcoy y Méndez especifican que la promulgación del Acuerdo de identidad y derechos de los pueblos indígenas (AIDPI) supone el mayor logro político del movimiento maya en su corta historia, pues en él se plantea que “la nación guatemalteca tiene carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe”, y que se supone la intervención del Estado en la definición de “lo maya” y los derechos que esto conlleva.²⁴⁸

En Guatemala se ha tomado la decisión de incluir a los pueblos indígenas en la nación guatemalteca; como dicen los autores, se trata de un logro político histórico alcanzado por los movimientos indígenas. Desafortunadamente hace falta la voluntad para que

²⁴⁷ *Loc.Cit*

²⁴⁸ Xochitl Leyva, Aracely Burguete y Shannon Speed. (Comp.). *Op. Cit.* Págs. 316-317.

implementen y se hagan efectivos la legislación que plantea el artículo 70 de la CPRG. La teoría está establecida ahora hace falta que todo lo planteado formalmente tenga efectos en la realidad cotidiana.

Bastos, Hernández Ixcoy y Méndez reiteran que en el AIDPI esos derechos quedan delimitados a una forma más acotada, menos conflictiva para el *statu quo*, en comparación de como venían delineándose desde el mundo maya: si bien se reconocen y supuestamente se apoyan toda una serie de reivindicaciones relacionadas con el idioma, vestido, toponímicos, etc., se recorta la capacidad de ejercicio del derecho indígena, se delimitan claramente las tierras “indígenas” y se pierde toda referencia a la autonomía. Lo maya y la multiculturalidad se van dotando de contenidos más culturales que de exclusión o formas de participación política.²⁴⁹

Son múltiples los enfrentamientos que han tenido los pueblos indígenas a ese respecto. Pareciera que la sociedad, en general, desea que el *statu quo* no cambie. Ya se acostumbraron a la situación. A pesar de lo anterior, se considera que la situación actual debe tener un cambio de ciento ochenta grados. Los idiomas, el vestido, en general su cultura ya han sido aceptados por la mayoría de los guatemaltecos pero esto solo es una parte de sus identidad. Queda por reconocer sus instituciones y su cosmovisión, que en el derecho interno pueden provocar malestar. Además de las resistencias, provenientes de empresas extranjeras y nacionales que se dedican a actividades en el sector primario (minería) y terciario (energía, ya sea hidráulica y térmica).

Bastos, Hernández Ixcoy y Méndez agregan que el Estado reconoce, a las organizaciones que forman el movimiento maya, como sus interlocutoras para llevar a cabo las reformas necesarias, a partir de su presencia en las Comisiones Paritarias que dictaminarán las medidas concretas hacia la oficialización de los idiomas indígenas, la reforma educativa, la administración de los lugares sagrados, la conservación de las tierras comunales y los mecanismos de participación política. Esto implica una horizontalidad a la hora de tomar decisiones, pero obliga a que la gran mayoría de las

²⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 317

energías del movimiento estén volcadas en estas negociaciones. De modo que en estos años se van dejando de lado las tareas de construcción discursiva de lo maya y, sobre todo, abandonando bastante el trabajo de relación con las bases. Así se constatará cuando la mayoría de la población indígena –como toda la guatemalteca– se quede en casa en vez de votar en favor de las reformas constitucionales en 1999.²⁵⁰

Posiblemente hubo fallas en los movimientos indígenas a la hora visualizar su situación. Hubieran repartido sus fuerzas para lograr negociar y, al mismo tiempo, proyectarse y penetrar en la sociedad para difundir mensajes que hicieran comprender las necesidades, los objetivos de los pueblos mayas. Hubo momentos en los que trataron de incidir cuando había posibilidades de reformar la Constitución. Sin embargo hubo oposición de parte de fuerzas políticas a las que no les interesaba ampliar el tema de los derechos indígenas. Estas fuerzas evitaron a través de campañas negativas, la reforma constitucional. No obstante es preciso recuperar y concentrar fuerzas de nuevo; y, si es necesario, buscar apoyo de instituciones que velen por sus derechos, planteando su inserción como pueblos indígenas en la organización estatal.

Brett refiere que el Acuerdo sobre la Identidad y los Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI) se firmó durante el gobierno de De León Carpio el 31 de marzo de 1995, debido a las inminentes elecciones y a falta de voluntad de la Unión Revolucionara Nacional Guatemalteca, en adelante (URNG) de completar el proceso de negociación bajo una administración debilitada y transitoria. Éste fue quizá uno de los acuerdos más importantes para la población civil, particularmente la indígena, y tuvo un impacto profundo en el camino que habían tomado las negociaciones de paz y las políticas de adoptadas por el movimiento popular. El contenido del AIDPI, basado fundamentalmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, no difería mucho de la propuesta de la Asamblea de la Sociedad Civil en adelante (ASC) para el acuerdo.²⁵¹

La intención de la sociedad civil era proteger a la población indígena debido a los constantes ataques que había sufrido durante el conflicto armado. La URNG no

²⁵⁰ *Loc. Cit.*

²⁵¹ Brett, Roddy. *Op. Cit.* .Pág. 73

confiaba en el gobierno instaurado ya que el autogolpe de Estado afectó la constitucionalidad. En esos momentos se perdió la credibilidad institucional, aunque la Corte de Constitucionalidad actuó como era debido. Para redactar el contenido del AIDPI se basaron en el Convenio 169 de la OIT.

Es oportuno subrayar que el acuerdo constituye un esbozo serio, una guía para desarrollar, en el ordenamiento jurídico interno, lo relativo a la materia. Incluye temas como la lucha contra la discriminación, los derechos culturales, los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, los recursos. No se puede analizar todo el contenido, pero puede decirse que su contenido, con las adaptaciones pertinentes, puede integrarse a la Constitución o ser insumo para la legislación a la que hace mención el artículo 70 de la CPRG. Sólo como ejemplo de la calidad del documento se transcribe el numeral 1: “El reconocimiento de la Identidad de los Pueblos indígenas es fundamental para la construcción de la unidad nacional basada en el respeto y ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de todos los guatemaltecos.” Partiendo de la realidad objetiva de Guatemala, esta aseveración es verdadera, es inobjetable.

Roger Plant citado por Brett plantea que el AIDPI demostró un cambio diametral en la política nacional, sugiriendo la: “Convicción intelectual de algunos de los negociadores y sus consejeros, en particular del lado del gobierno, de que la unidad nacional de aquí en lo sucesivo podría construirse únicamente desde un enfoque radicalmente nuevo de las relaciones interétnicas con pleno respeto por la identidad, los valores, las costumbres y las tradiciones de los pueblos indígenas en Guatemala.”²⁵²

A la luz del contenido del AIDPI se concuerda con el autor, en que todo pareciera que a partir de ese momento se tiene un enfoque radicalmente innovador en lo que respecta a las relaciones entre las etnias guatemaltecas. Pero se queda a nivel de visión, pues en la realidad esa visión pareciera ser que no se ha materializado, ni siquiera en la legislación a la que hace referencia el artículo 70 de la CPRG. Sin embargo en los últimos años ha resurgido esa nueva mentalidad, sobre todo apoyada por círculos de

²⁵² *Ibíd.* Pág. 74.

jóvenes intelectuales indígenas. Con los acontecimientos del año 2015, es posible visualizar que la nueva visión y mentalidad se fortalezca en detrimento de la mentalidad colonizadora y racista. Si así fuera, se pueden lograr cambios de fondo en lo político, social, y económico en el sentido de una efectiva asimismo participación e inclusión de los pueblos indígenas respetando sus tradiciones, costumbres y valores.

Así mismo insiste Delfina Mux Caná que el reconocimiento y el ejercicio de los derechos colectivos, como el sistema jurídico propio, sistema de salud propio, idioma, organización, representación, participación y, en resumen, el derecho a la libre determinación, expresado en el ejercicio de autonomía o autogobierno en el marco del Estado guatemalteco, siguen siendo parte de la agenda pendiente que interpela al Estado y a los distintos gobiernos del período de democracia formal. Los avances y estancamientos de alguna manera están relacionados con una democracia incipiente, pero también con los procesos que se desarrollan a nivel internacional, ya que los derechos de los Pueblos Indígenas se empezaron a reconocer hace poco apenas una década en el marco de las Naciones Unidas.²⁵³

Efectivamente es relativamente reciente el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Lo que hay que subrayar primeramente es que ese reconocimiento constituyó, indudablemente, un primer respaldo a los pueblos indígenas; en segundo lugar un llamado a los Estados, con poblaciones indígenas, para que avanzaran en su legislación para el respeto y la promoción de sus derechos. Ya depende de los Estados, cuando proceden a introducir en su legislación, estos derechos, que los mismos se respeten y se apliquen efectivamente. En el caso de Guatemala lo que se aplica es lo relativo al Convenio 169 de la OIT, cuyo cumplimiento es obligatorio al haber sido ratificado. Pero en realidad falta mucho para que sea efectivo, como se verá más adelante, sobre todo en lo relativo a la consulta previa, que es clave para los intereses de los pueblos indígenas.

Brett aclara que también se compromete al gobierno a promover reformas educativas que garanticen la diversidad cultural en el currículo, los medios de comunicación y el

²⁵³ Ajcip, Edgar y otros. Diagnostico del racismo en Guatemala. Perspectivas y visiones ciudadanas. Volumen IV. Guatemala. Vicepresidencia de la República de Guatemala. 2006 Pág. 23.

campo científico, así como a prevenir la discriminación en contra de las poblaciones indígenas con base en su traje y sus costumbres. También hace alusión a la necesidad de reformas constitucionales que reconozcan la naturaleza multiétnica, multicultural y plurilingüe de la nación-estado de Guatemala y la capacidad de las comunidades indígenas para utilizar el derecho consuetudinario (cuando no sea incompatible con los derechos humanos reconocidos internacionalmente y en la Constitución Nacional) y las formas de participación comunitaria. Esta última sección también demandaba reformas legales y constitucionales para garantizar los mecanismos legales para consultar a las poblaciones indígenas y permitirles el acceso a las funciones públicas.²⁵⁴

En el ámbito de la educación se han efectuado actividades para cambiar la visión monocultural del Estado. Se han implementado, dentro del currículo, métodos que solucionen y cumplan con el requisito de velar por la diversidad cultural que caracteriza a Guatemala. La mayoría de los medios de comunicación, no han modificado su manera de informar a la población indígena; siguen utilizando el español que si bien es cierto es el idioma oficial, no todos lo saben; por consiguiente la comunicación, el mensaje no siempre se trasmite con la misma eficacia hacia las personas que hablan el español que hacia las personas que hablan los otros idiomas de la población de la República guatemalteca.

Dos aspectos hay que considerar y son relevantes para entender la inconformidad actual de los pueblos indígenas son: i) la aplicación de su derecho consuetudinario, siempre que no vaya en contra de los derechos humanos y; ii) la consulta previa. El problema surge cuando ellos quieren aplicar su derecho pero no está reconocido en la Constitución como un derecho propio y además no hay un procedimiento para la consulta de los pueblos indígenas. Es posible que una institución que vela por los intereses de los pueblos indígenas pueda, en algún momento, ir en contra de derechos humanos universales o reconocidos por la legislación interna. Es por eso que el autor sugiere la necesidad de enmiendas constitucionales para evitar contradicciones. En todo caso los funcionarios encargados de realizar actividades de entidades

²⁵⁴ Brett, Roddy. *Op. Cit.* .Pág. 74

responsables de promover los derechos indígenas, deben de tener claro, que al realizarlas, no pueden irrespetar los derechos fundamentales de las personas.

Marta Casaús Arzú subraya que a raíz de los Acuerdos de Paz, especialmente el Acuerdo de la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, la situación de los pueblos indígenas varió sustancialmente y se constató algo evidente, pero no reconocido por todos, y es el hecho de que Guatemala es un país plurilingüe, multiétnico y pluricultural y que como tal había que dar un tratamiento diverso a los diferentes pueblos que habitaban la República de Guatemala. También, se modificaron las condiciones sociales y políticas, a pesar de que el cambio no ha sido tan profundo como se esperaba. Los efectos del racismo y de la discriminación se han expresado en diversas formas y espacios en la sociedad guatemalteca, creando severos condicionantes de desigualdad y exclusión en los pueblos indígenas.²⁵⁵

Algunos sectores desconocen que Guatemala es un país plurilingüe, multiétnico y multicultural. Razones e intereses seguramente existen a este respecto. Al reconocer legalmente, y legítimamente, a los pueblos indígenas, éstos, en determinadas situaciones, deberán ser consultados siempre que las decisiones administrativas o legales los afecten directamente. He ahí el meollo del asunto. En el presente Guatemala no se reconoce constitucionalmente como un Estado pluricultural. La CPRG no contiene los calificativos (ya de uso generalizado) de multiétnico, multicultural y plurilingüe. De ser así, ellos podrían concreta y llanamente proteger sus intereses de forma constitucional y legal.

Además Mux Caná reitera que para avanzar en el reconocimiento y garantías para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas es importante considerar como punto de partida la implementación del Convenio 169 de la OIT, los Acuerdos de Paz en general, especialmente el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, pero de manera articulada a los otros acuerdos, para no reducir la agenda indígena a aspectos meramente culturales y a mecanismos institucionales aislados (Dirección General de Educación Bilingüe Intercultural, Fondo de Desarrollo Indígena

²⁵⁵ Casaús Arzú, Marta y otros. Diagnostico del racismo en Guatemala. Informe general y costos de la discriminación. Volumen I. Guatemala. Vicepresidencia de la República de Guatemala. 2006. Pág. 57

Guatemalteco, Defensoría de la Mujer Indígena, Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, Comisión Presidencial Contra la Discriminación y el Racismo Contra los Pueblos Indígenas, Unidad de Pueblos Indígenas del Ministerio de Trabajo, etc.), sin presupuestos, articulación y rectoría que les permita complementar y focalizar sus acciones hacia la población indígena.²⁵⁶

Unificar fuerzas es esencial; no se puede buscar un mismo objetivo, si todos se visualizan su finalidad con visiones distintas. Desde luego que ponerse de acuerdo puede ser complejo pues aunque los pueblos tengan el mismo origen, sus prioridades, por diferentes razones e intereses son distintas. La idea de usar el Convenio 169 de la OIT como base para garantizar los derechos de los pueblos indígenas es pertinente; y sí además, se llega a concretar de forma argumentada la agenda de una visión indígena hacia un Estado pluricultural, se logrará lo que no se pudo con la consulta popular de 1999.

Sigue puntualizado Brett que la política indígena en Guatemala ha desarrollado últimamente dos tendencias diferentes, ambas heterodoxas. El *pan-mayanismo* dirigido por académicos profesionales y estudiosos mayas que se concentran en recuperar la cultura maya en base de la reforma educativa, de la espiritualidad maya y la recuperación y preservación de los idiomas y de los estudios mayas, así como de la revitalización de la historiografía maya y la promoción de los derechos colectivos indígenas. Por el contrario, el movimiento popular está constituido por organizaciones del movimiento social que se concentran en los derechos humanos, la reforma del Estado, la preservación y promoción de la cultura indígena, y la recuperación de los derechos de los pueblos indígenas.²⁵⁷

He aquí una encrucijada. Los que van por el camino de la educación y los que van por los derechos humanos, por la vía política y por la reforma del Estado. Los dos aspectos son ineludibles ya que no se puede negar que reconocer la cultura de un pueblo fortalece sus bases dentro la sociedad pero esto no es suficiente. Los indígenas deben llegar más lejos y lograr que sus derechos humanos como pueblos originarios sean

²⁵⁶ Ajcip, Edgar y otros. *Op. Cit.* Pág. 22

²⁵⁷ Brett, Roddy. *Op. Cit.* Pág. 84

reconocidos por un Estado que no tiene, por el momento, la voluntad de plasmarlos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En este orden de ideas Mux Caná explica que en la sociedad y en el ejercicio del poder existen claros indicios de discriminación y racismo. Las políticas públicas no pasan de enunciar el carácter multicultural, pluricultural y lo intercultural, pero no se traducen en elementos fundantes y en resultados concretos que permitan afirmar que el Estado garantiza el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, a pesar de que les son inherentes. No existe, así mismo, un enfoque definido para el abordaje de este tema en el marco de las políticas públicas, por lo que igual número de políticas, igual número de enfoques al respecto, lo que posteriormente se traduce en el uso indistinto de una gran cantidad de conceptos al respecto y que crean confusiones de carácter práctico.²⁵⁸

La discriminación y el racismo a nivel social y estatal son innegables. Se transcribe en muchos textos jurídicos, reglamentos y leyes que Guatemala es un país pluricultural pero no se ha logrado llevar ese reconocimiento a niveles jurídicos superiores. Si se establecieran en la CPRG, el Estado estaría en total obligación de hacer cumplir los derechos de los pueblos indígenas. Así ya no se tendrían varios enfoques sino solamente uno que permitiría un desarrollo integral e incluyente en un Estado esencialmente diferente al actual.

Brett también especifica que el AIDPI, basado en el Convenio de 169 de la OIT, que fuera adoptado por el Congreso en 1996 como resultado de la movilización y de la intensa presión ejercida por grupos indígenas, fue considerado un éxito por los activistas indígenas. Su amplio contenido, que incluía reformas a las estructuras del Estado y la transformación de Guatemala en una nación que representara a su población multiétnica, multicultural y plurilingüe, estaba orientado a tratar la discriminación histórica y estructural que había sufrido la población indígena.²⁵⁹

Fue un logro a medias, si bien es cierto el AIDPI estaba bien estructurado gracias a la intervención de los pueblos indígenas y tomar como base el Convenio 169 de la OIT,

²⁵⁸ Ajcip, Edgar y otros. *Op. Cit.* 2006. Pág. 22.

²⁵⁹ Brett, Roddy. *Op. Cit.* Pág. 103

su contenido no se pudo traducir en ley por falta del voto favorable en la consulta popular. En este acuerdo se planteaba realizar reformas constitucionales para el reconocimiento de un estado pluricultural y otros derechos específicos de los pueblos indígenas, y aunque estas reformas no fueron aprobadas en la consulta popular, la obligación de garantía por parte del estado es exigible en virtud del Convenio 169 de la OIT.

Brett indica que no todas las configuraciones de derechos eran igualmente defendibles o negociables, pese a la ampliación que las organizaciones habían dado a sus interpretaciones originales del marco maestro de derechos humanos para que incluyeran derechos socioeconómicos y étnicos, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). El patrón histórico de la respuesta del Estado a la movilización en torno a temas socioeconómicos y de tierra había sido una de violencia y represión, ya que las elites económicas y políticas históricamente se habían negado a hacer concesiones en estas esferas. Además, la democratización en Guatemala se desplegaba dentro del clima neoliberal más amplio posterior a la Guerra Fría, que simpatizaba muy poco con dichas ideas. La negociación de temas y derechos socioeconómicos, por lo tanto, se vio severamente restringida.²⁶⁰

Las élites económicas y políticas siguen evitando hacer concesiones en las esferas socioeconómicas y de tierras, ya que esto afecta sus intereses. Estando en un punto de inflexión donde las elites tienen que evitar confrontación con la sociedad civil por que se les ha atacado mucho por incumplir con sus obligaciones fiscales, los acontecimientos del año 2015 podrían constituir el inicio oportuno para promover los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la distribución y reconocimiento de sus tierras ancestrales.

Para Casaús Arzú es muy evidente la desigualdad de tratamiento por parte del Estado en las áreas de población mayoritariamente indígena. Afirma que existe una cobertura menor en los departamentos con mayor población indígena. Así, mientras que en los departamentos con mayor concentración indígena, un puesto de salud atiende 16,600

²⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 104

personas, los departamentos con mayoría ladina cuenta con un centro de atención para cada 7,800 habitantes (la media nacional es un puesto de salud por cada 13,400 habitantes).²⁶¹

Se indicó lo anterior para demostrar las dos situaciones que existen. Es poco cómodo hablar de población indígena y ladina pero son términos que se seguirán utilizando. Para el efecto, el enunciado confirma que el Estado no toma la salud de los pueblos indígenas como se debería. ¿Dónde está la igualdad de tratamiento de los ciudadanos? ¿Hay ciudadanos de primera y de segunda? El Estado debe tomar decisiones urgentes para realizar medidas que eliminen estas diferencias significativas en la atención de salud y en otros servicios públicos. ¿Los ciudadanos indígenas son considerados menos dignos que los ladinos?

Benito Morales exterioriza que parecía que el principal instrumento para transformar la situación antes señalada sería el AIDPI, el cual prometía ser una iniciativa polifacética para luchar contra el racismo legal y de facto y para construir un Estado pluricultural, multiétnico y multilingüe. El Acuerdo hacía hincapié en las consultas entre el Estado y los pueblos indígenas, creando oportunidades sin precedentes para que la población indígena pudiera incidir en la elaboración de políticas públicas en su favor. La firma del Acuerdo fue un punto de inflexión. Hasta entonces, el Estado de Guatemala nunca había reconocido tan abierta y completamente el alcance de la división racial, cultural y lingüística de la nación, ni se había comprometido de manera tan clara a superar estas diferencias.²⁶²

El AIDPI es un acuerdo que se debería hacer cumplir en su totalidad. Describe con exactitud las necesidades de los pueblos indígenas, no cabe la menor duda. ¿Qué mejor que incidir y colaborar en la formulación de las políticas públicas de forma pacífica, y así evitar las manifestaciones, a veces violentas con el fin que el Estado considere las peticiones de los desatendidos? Si así se actuara, sería un gran avance para el desarrollo político, económico y social del país. En este caso ¿por qué

²⁶¹ Casaús Arzú, Marta y otros. Op. Cit. Pág. 58

²⁶² Morales, Benito y otros. Diagnóstico del racismo en Guatemala. Marco jurídico y políticas comparadas. Volumen II. Guatemala. Vicepresidencia de la República de Guatemala. 2006 Pág. 25

oponerse a que AIDPI tan bien elaborado no se aprobara? No cabe duda que existen intereses que persiguen intereses particulares y de otra naturaleza y que, obviamente, no apuntan al logro del fin supremo de la Constitución, el bien común.

Cabe señalar que, por Ley marco de los Acuerdos de paz, Decreto No. 52-2005 de fecha 1 de septiembre del 2005. Los Acuerdos de Paz, tienen fuerza de ley por ser compromisos del Estado. Se indica que su cumplimiento debe de ser dinámico y gradual. Es decir que si se puede avanzar pues el acuerdo constituye, legalmente, un compromiso del Estado, en todos sus artículos.

Sigue explicando Morales que en relación a la aplicación del Acuerdo, se ha avanzado más en la forma que en el fondo. Se han llevado a cabo importantes reformas al nivel jurídico e institucional, como la creación de programas y entidades especiales contempladas en los Acuerdos de Paz. Asimismo, está teniendo lugar un debate sin precedentes sobre el racismo y la discriminación, temas que anteriormente se consideraban tabú. Sin embargo la realidad cotidiana de la población indígena en general ha cambiado muy poco. Los indígenas siguen enfrentado barreras visibles e invisibles en su desarrollo, continúan ocupando los estratos más bajos en el ámbito laboral y en la sociedad, y carecen de representación adecuada en la esfera política y pública.²⁶³

El AIDPI es un acuerdo que plasma lo que se debería hacer. Ahora el gran paso es aplicarlo pero no en las categorías preliminares sino tocando puntos que busquen realizar cambios en las barreras que evitan el desarrollo de los pueblos indígenas, y así lograr fuentes de trabajo adecuadas para que los indígenas ocupen en la sociedad los puestos a los que puedan optar, sin ser discriminados.

Expone Morales que aunque no se ha contado con el respaldo constitucional, sí se han logrado importantes avances para combatir la discriminación y lograr un mayor reflejo de la diversidad de Guatemala en el Estado. En el ámbito legislativo, uno de los cambios más significativos fue la aprobación, en 2002, de las leyes de descentralización que garantizan la inclusión de representantes indígenas en los

²⁶³ *Loc. Cit.*

Consejos de Desarrollo, foros clave de participación en la elaboración y planificación de políticas de desarrollo a nivel local.²⁶⁴

Se percibe la necesidad del respaldo constitucional; es indispensable; se ha progresado y se pueden lograr avances para combatir la discriminación. Sin embargo eso no es todo. La discriminación es un delito y se debe proteger a la persona y el bien jurídico tutelado. Pero se trata de elementos de forma. No se ha llegado a conocer el fondo del asunto. De la misma forma la elección de representantes indígenas a nivel de los gobiernos locales. Constituye un logro positivo y puede ser significativo participar en la toma de decisiones municipales. Pero en Guatemala las decisiones importantes, trascendentes se toman a nivel nacional. En ese nivel, tanto en el Ejecutivo como en el Legislativo, hay ausencia o bien una participación indígena muy débil.

Así mismo alude Morales que por otro lado, antes de la suscripción del Acuerdo de Paz Firme y Duradera, el 29 de diciembre de 1996, fecha en que entró en vigencia el AIDPI, el Congreso de la República de Guatemala aprobó (mediante el Decreto 9-96) el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes. Con esto, el andamiaje que podría sostener el ejercicio de los derechos humanos de los pueblos indígenas y el combate de la discriminación y el racismo recibe un espaldarazo importante, sin que sea necesariamente la intención real del Estado o que los pueblos indígenas se lo hayan apropiado así.²⁶⁵

Era un momento complicado en Guatemala, pero se vislumbraba con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, una alternativa que permitía sustentar legalmente la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, y lograr de esa forma, el reconocimiento que merecen los pueblos mayas, garífunas y xincas.

Delfina Mux Caná afirma que al hacer referencia a grupos y minorías, y no a pueblos mayoritarios, se está desconociendo a los pueblos que conforman la nación guatemalteca y la posibilidad de ejercer los derechos colectivos que les corresponden,

²⁶⁴ *Loc. Cit.*

²⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 27

como el que se reconozca y se haga efectivo el ejercicio pleno de un sistema jurídico propio o del derecho a la autonomía en el marco del Estado nacional.²⁶⁶

En definitiva lo que se debe concretar en las leyes ordinarias y sobre todos en la Constitución es que Guatemala debería ser efectivamente, un Estado multiétnico (posición maximalista: plurinacional), multicultural y plurilingüe. Eso se logra reconociendo en forma específica y concreta a las minorías, comunidades o grupos expresión como pueblos indígenas.

Sigue explicando Mux Caná de que a pesar de que no existen avances sustantivos en la sociedad y en el Estado, los acuerdos de paz, y los espacios y mecanismos creados a partir de ellos, han contribuido a avanzar en el reconocimiento y en el ejercicio de algunos derechos, así como, en la creación de condiciones para avanzar en ellos, pues en varios se estableció la necesidad de un desarrollo económico social con equidad, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y de las mujeres, y se establecieron compromisos para tomar en cuenta su situación económica y social en las estrategias, políticas, planes y programas de desarrollo para el logro de su plena inclusión y el mejoramiento de sus condiciones de vida.²⁶⁷

Los avances son mínimos. Pareciera ser que el objetivo de respetar el derecho de los pueblos indígenas ha perdido fuerza. A pesar de tener ideas claras, para lograr una democracia consumada, los avances son muy lentos y luego de diecinueve años de tomar en consideración el AIDPI es necesario estimular y promover, por parte de los pueblos indígenas, sus derechos colectivos.

Mux Caná analiza que un Estado plural y una nación que respete la diversidad cultural responden mejor a la naturaleza del país, siempre y cuando esto no se reduzca únicamente a la coexistencia de diversas o múltiples culturas, con sus tradiciones, idiomas, formas de ver el mundo y la vida. Es importante considerar otros elementos sustantivos al hacer referencia al Estado plural y la nación diversa, como lo económico, tomando en consideración las distintas visiones y perspectiva que existen al respecto

²⁶⁶ Ajcip, Edgar y otros. *Op. Cit.* Pág. 22

²⁶⁷ *Loc. Cit.*

desde los distintos sectores y pueblos (campesinos, mujeres, indígenas, ladinos, sector empresarial, etc.) que conforman la nación guatemalteca. Ello debido a que puede hablarse de un Estado plural donde se mantiene un sistema de opresión, discriminación y racismo, y con desigualdades sociales.²⁶⁸

En Guatemala la etapa de reconocer la diversidad cultural para que coexista clara e igualitariamente entre los ciudadanos guatemaltecos ya se ha sustentado a nivel nacional. Hace falta cambio en elementos sustantivos para que sea un verdadero Estado plural en el ámbito económico, político y jurídico, sin violentar los derechos de los pueblos indígenas como ha ocurrido hasta la fecha.

Respetar la diversidad para Mux Caná implica destruir ese sistema de opresión, discriminación y racismo, deconstruir los imaginarios que existen actualmente de los pueblos indígenas y de las mujeres, deconstruir la internacionalización de las opresiones, y las condiciones de pobreza y extrema pobreza en la cual viven los pueblos indígenas. La pluralidad y el respeto a la diversidad cultural resultaría algo decorativo, si esto no se trabaja de manera complementaria al mejoramiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de los pueblos indígenas y para que efectivamente se pueda construir una Nación y el Estado en condiciones de igualdad, equidad y justicia.²⁶⁹

Desde la perspectiva de los pueblos indígenas en Guatemala se busca rediseñar la infraestructura estatal y social. No se puede seguir con la misma opresión, discriminación y racismo del siglo pasado. Asimismo se debe buscar un mecanismo para incentivar la economía de los pueblos indígenas y evitar que sigan viviendo en condiciones de precariedad y vulnerabilidad que, en el fondo, afecta indirectamente, a toda Guatemala.

Señala Mux Caná que generalmente se habla y se acepta el respeto a la diversidad como algo políticamente correcto, pero cuando esa diversidad implica cuestionar las condiciones de desigualdad y al régimen político vigente inmediatamente se imponen

²⁶⁸ Loc. Cit.

²⁶⁹ Loc. Cit.

muros legales, políticos, filosóficos, fundamentados en el etnocentrismo o en la visión liberal-conservadora de lo político, de la participación política y ciudadana. Si lo plural y lo diverso no quedan en simples enunciados, en imágenes de inclusión o en algo declarativo, si además de ese reconocimiento de la diversidad cultural de la nación, la pluralidad, se buscan alternativas de solución a los problemas sustantivos e históricos, se puede responder mejor a la naturaleza y al desarrollo del país, ya que implicaría provocar cambios reales, en donde los pueblos indígenas y las mujeres tuvieran un papel protagónico en la toma de decisiones.²⁷⁰

Toda vez se cuestione el orden establecido, el Estado aplicará todos los recursos para evitar argumentos que determinen la parcialidad estatal frente a los pueblos indígenas. No solo se necesitan supuestos de cómo se integrará a las poblaciones xincas, garífunas y mayas en el órgano estatal sino que también actos concretos, reales que identifiquen la verdadera intención de los gobiernos para instaurar un orden equitativo en la toma de decisiones.

Rigoberto Quemé-Chay apunta que existe una actitud racista del Estado orientado hacia los indígenas como pueblo, que se traduce en la condición monocultural de las leyes, estructuras, instituciones, procedimientos, orientación de las políticas públicas, sobre todo las económicas, inaccesibilidad a la justicia, la tierra, al poder político, etc., todo lo cual provoca la inequidad en la distribución del ingreso y sume en la pobreza al grueso de la población, de la cual los indígenas son mayoría.²⁷¹

Se considera el Estado de Guatemala como monocultural al no aceptar reconocerse constitucionalmente como pluricultural tal como se pretendía con la reforma que se promovía en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Que la ley sea monocultural no tiene sentido ya que uno de sus principios es la generalidad por consiguiente no se pueden establecer casos determinados. No obstante no se puede dejar de lado que no se establezcan casos que afecten directamente a los pueblos indígenas.

²⁷⁰ *Ibid.* Págs. 23-24

²⁷¹ *Ibid.* Pág. 31

Para Amartya Sen citado por Quemé-Chay señala que el desarrollo es: “la expansión de las libertades”. En este sentido explica Quemé-Chay que el Estado debe promover el desarrollo, no basta sólo con mayor producto nacional bruto, más rentas personales, mayor industrialización y avances tecnológicos, sino también mejores instituciones sociales y económicas, el ejercicio de los derechos políticos y humanos y, especialmente para Guatemala, la libertad de la equidad multicultural. Todo ello eliminaría las principales fuentes de privación de libertades que, según Sen, citado por Quemé-Chay son: “pobreza, tiranía, escasez de oportunidades económicas, privaciones sociales sistemáticas, abandono de los servicios públicos, intolerancia, racismo y exceso de intervención de los Estados represivos.”²⁷²

El Estado se debe enfocar en las libertades de los pueblos indígenas y dejar de ser opresivo. Esto permite que tengan una mejor calidad de vida, alcanzando así, una real sustanciación de las necesidades concretas de los pueblos indígenas.

En este pensamiento Quemé-Chay explica que desde esa perspectiva, la mayor parte de gobiernos, administradores del Estado junto a otros poderes, ha sido ajena a esa visión de desarrollo y a las necesidades multiculturales. Más bien, los gobiernos han representado y actuado en función de intereses de élites económicas. Las instituciones de estas élites para crear un marco jurídico que provoca un espejismo de desarrollo y participación.²⁷³

Lamentablemente las libertades no se han esclarecido en relación al pueblo indígena y además se han evitado. Sin duda porque ciertas libertades afectan a los poderes reales de Guatemala. Existe un espejismo que consiste promulgar leyes pero no de fondo sobre los derechos indígenas. Por ejemplo el reconocimiento, en un acuerdo, de ser un país multiétnico y multicultural, así como el promulgar la ley de idiomas mayas, pero dejando vacíos con relación al derecho consuetudinario y sus tierras ancestrales.

Quemé-Chay puntualiza que las lecciones aprendidas de la aplicación de la ley de descentralización, de consejos de desarrollo y el código municipal van en el sentido de

²⁷² *Ibíd.* Pág. 32

²⁷³ *Loc. Cit.*

que las mismas han favorecido la centralización de las decisiones políticas sobre la asignación de recursos económicos en los municipios, fomentado el clientelismo y la manipulación de la población para favorecer al partido gobernante. Por lo tanto, desde la sociedad civil organizada, se debe buscar los mecanismos, estrategias y acciones para impulsar acciones descentralizadas y tener un peso político para evitar la situación centralista del Gobierno. En el caso de las municipalidades, bajo esta perspectiva, están en desventaja ante el gobierno nacional, por lo cual hay que fortalecer su capacidad técnica para impulsar los proyectos necesarios y conseguir financiamiento.²⁷⁴

Es un tema complejo pero estas leyes no han favorecido la toma de decisiones y acciones que favorezcan a los pueblos indígenas; más bien han ido encaminadas a tomar decisiones por simple compadrazgo o corrupción. Las instituciones descentralizadas deben proteger a sus pobladores y no como se hace constantemente a los poderes económicos.

En este sentido Demetrio Cojtí Cuxil explica que la aplicación de la multiculturalidad e interculturalidad como eje transversal en el proceso de descentralización y fortalecimiento municipal es débil e incipiente. El enfoque que se da a los indígenas es el considerarlos más como personas que como pueblos y comunidades lingüísticas, más como civiles y ciudadanos que como gobernantes y funcionarios públicos. Esto se constata en la legislación y documentos revisados y relacionados con la descentralización, donde los indígenas son abordados en aspectos simbólicos y genéricos (análisis de situación, contextualizaciones considerandos, principios orientadores, etc.) pero no en los aspectos sustantivos y operativos como las líneas de acción que se coligen de los análisis y evaluaciones realizados. Como toda ley marco, la ley de descentralización es de escasa utilidad pero se puede aprovechar su amplitud

²⁷⁴ *Loc. Cit.*

de horizonte ya que por ser tan general, no cierra puertas a las comunidades lingüísticas y pueblos indígenas.²⁷⁵

Asimismo Cojtí Cuxil señala que con respecto a la relación de los alcaldes municipales con los Consejos de Desarrollo, se identificaron ventajas y desventajas, y hasta posturas diversas. Por un lado, la conformación de los Consejos Comunitarios de Desarrollo en adelante (COCODES) constituye cierta imposición sobre las preexistentes formas organizativas de las comunidades, y a la vez pueden trastocar la organización indígena tradicional, lo que fragmenta más a las comunidades o hace que pierdan sus formas propias de organización social. Por consiguiente pueden ser instrumentalizadas por los alcaldes municipales cuando convierte a la instancia de los COCODES y de los Consejos Municipales de Desarrollo (COMUDES) como meros foros informativos en vez de deliberativos y propositivos. Cuando esto sucede, se da un debilitamiento de los mismos, siendo el primero en retirarse el sector de las ONGs, tanto locales como externos al municipio y localidad. La participación de la mujer indígena es mínima o nula en dichas instancias, mientras que la participación de los no indígenas, puede ser desproporcional a su presencia demográfica en los municipios de mayoría indígena.²⁷⁶

Determina Quemé-Chay que debe ser desde el ámbito político donde deben originarse las presiones, las propuestas y las acciones que posibiliten los cambios necesarios para la democratización y pluralidad del Estado y, en consecuencia, erradicar el racismo institucional, legal, social y burocrático. Para ello, la sociedad civil debe elevar sus niveles de organización en función de amplios intereses del pueblo, clase social, o grupos importantes en la vida social, y generar nuevos liderazgos con visión plural, incluyente y moderna, conocedores de la realidad e historia nacional, sensibles a los cambios externos, al desarrollo social, científico y tecnológico y capacitados en una práctica social, académica y política que sea permeable a los valores y prácticas

²⁷⁵European Union External Action. Peña, Luis Fernando y otros (Comp). Participación para el desarrollo. Guatemala. 2008. Disponible en:

http://www.eeas.europa.eu/delegations/guatemala/documents/more_info/virtual_library/compilacion_es.pdf

Fecha de consulta: 14/1/2016. Pág. 29

²⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 32

tradicionales de los pueblos indígenas, sus sueños y perspectivas como guatemaltecos.²⁷⁷

Según el autor, son los actores del ámbito político los que pueden jugar un rol clave para cambiar al Estado de Guatemala. Dentro de las organizaciones políticas deben participar más los ciudadanos indígenas y así contribuir a su representatividad a nivel nacional. En ese sentido se infiere la necesidad de una nueva dinámica del sistema político, de la sociedad civil, y de la organización de los movimientos indígenas para influir en el Estado y lograr visiones diferentes en cuanto a la situación y el futuro de los pueblos indígenas.

En este orden de ideas Cojtí Cuxil añade que respecto al cumplimiento del Acuerdo Indígena, puede decirse que todos los informes y estudios reconocen que hay un rezago en su cumplimiento o que ha tenido un bajo grado de cumplimiento. Este rezago se manifiesta principalmente en el cumplimiento de compromisos que debían modificar las estructuras de desigualdad y discriminación y que castiga principalmente a los pueblos indígenas. Por el contrario, ha habido avances en el cumplimiento de aspectos formales como la emisión de leyes en el campo identitario y cultural, la creación de dependencias públicas alusivas, y en la creación de espacios de diálogo y participación como los del sistema de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (CODEUR).²⁷⁸

Otilia Lux de Cotí asevera que las políticas públicas tienen estrecha relación con los derechos humanos y con los derechos fundamentales del ser humano. Es deseable que dentro de la formulación de las políticas públicas exista una doble vía donde participen y decidan tanto los gobernantes como los gobernados. Cuando no existe o se subestima la participación de la sociedad civil, el gobierno fracasa en la implementación de sus políticas.²⁷⁹

Antonio Delgado agrega primeramente que uno de los compromisos recogidos en el AIDIPI era la creación de formas institucionales de participación individual y colectiva en el proceso de toma de decisión tales como órganos asesores, consultivos y otros

²⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 35.

²⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 30

²⁷⁹ Ajcip, Edgar y otros. *Op. Cit.* Pág. 130.

con el objetivo de asegurar una interlocución permanente entre los órganos del Estado y los pueblos indígenas. Es así como surge la figura de los Consejos Asesores Indígenas en la ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural cuyo artículo 23 establece los Consejos Asesores Indígenas a nivel comunitario “para brindar asesoría al órgano de coordinación del Consejo Comunitario de Desarrollo, y al Consejo Municipal de Desarrollo, en donde exista al menos una comunidad indígena”. En cuanto a su composición, el citado artículo señala que “Los Consejos Asesores Indígenas se integrarán con las propias autoridades reconocidas por las comunidades indígenas de acuerdo a sus propios principios, valores, normas y procedimientos”. Como se desprende de lo dicho hasta ahora, el establecimiento de mecanismos de participación política de los Pueblos Indígenas a nivel municipal gira en torno a los Consejos Asesores Indígenas.²⁸⁰

Los pueblos indígenas deben participar en esa doble vía que les dejen participar en la implementación de políticas públicas y que se respeten sus derechos humanos y derechos colectivos.

Delgado estima necesario que la adición de artículo que desarrolle lo establecido en el artículo 55, estableciendo las relaciones que han de existir entre Concejo Municipal y Alcaldía Indígena por cuanto es más que evidente que las alcaldías indígenas deben ser consideradas autoridades propias y legítimas de los pueblos indígenas por lo que les cabría la aplicación de los artículos pertinentes de la Constitución Política de la República como del Convenio 169 de la OIT. Así, el Código Municipal en su artículo 55 establece la obligación del gobierno municipal de respetar, reconocer y promover las Alcaldías Indígenas “cuando éstas existan”. Por otro lado esta obligación de respeto, reconocimiento y promoción de las alcaldías indígenas tiene que incluir el de sus formas propias de funcionamiento administrativo, tal y como establece el citado artículo. El modo de articular esta obligación es lo que no establece el Código

²⁸⁰ European Union External Action. Peña, Luis Fernando y otros (Comp). Participación para el desarrollo. Guatemala. 2008. Disponible en:

http://www.eeas.europa.eu/delegations/guatemala/documents/more_info/virtual_library/compilacion_es.pdf

Fecha de consulta: 14/1/2016. Pág. 81

Municipal, el cual ni siquiera señala las relaciones que han de tener el Concejo Municipal y la Alcaldía Indígena, en los casos que estas existen.²⁸¹

Lux De Cotí determina que las políticas públicas precisamente tienen y deben buscar esa inserción de los pueblos indígenas en las dimensiones económica, política, social, cívica, cultural, ambiental y educativa para contrarrestar la hegemonía de quienes pregonan que las relaciones sociales guatemaltecas tienen como fin el dominio de una raza fuerte sobre una débil, pensamiento este que le da validez a la falsa teoría del racismo y que tanto daño le ha hecho a los mayas.²⁸²

En Guatemala el factor económico juega un papel importante al momento de la toma de decisiones. La hegemonía sobre los pueblos indígenas se ha desarrollado a lo largo de la historia guatemalteca pero es el momento oportuno para insertar políticas públicas que favorezcan a mayas, garífunas y xincas y así equilibrar el pensamiento ladino y criollo y eliminar el dominio del fuerte sobre el débil, planteamientos que se podrían calificar de obsoletos al inicio del siglo XXI.

Ya que se explicó de forma clara y concisa la situación del ordenamiento jurídico de los pueblos indígenas en Guatemala, se enfocará el trabajo en el derecho consuetudinario.

3.2 Del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Marco Antonio Sagastume Gemmell explica que en las investigaciones universitarias se utiliza la terminología de Derecho Consuetudinario Indígena para denominar al sistema jurídico que, basado en la costumbre, es utilizado por los Pueblos Originarios; sin embargo, al consultar con los Ajq'ijab' del Pueblo Maya, ellos han señalado que esta terminología no es correcta, ya que el término "indígena" con el que se les denomina, se fundamenta en un error de Cristóbal Colón, que creyó que había llegado a las Indias orientales. Además, señalan que la terminología consuetudinario es muy general, ya que todas las normas jurídicas, por lo regular, se basan en la costumbre. ... La

²⁸¹ European Union External Action. Peña, Luis Fernando y otros (Comp). Participación para el desarrollo.

Guatemala. 2008. Disponible en:

http://www.eeas.europa.eu/delegations/guatemala/documents/more_info/virtual_library/compilacion_es.pdf

Fecha de consulta: 14/1/2016. Pág. 81

²⁸² Ajcip, Edgar y otros. *Op. Cit.* Pág. 130

terminología que recomiendan utilizar, los Ajq'ijab', es la de Derechos Históricos y Comunales. Por su parte, un grupo de profesionales Maya Kaqchiquel propone la denominación de Derecho Maya.²⁸³

En Guatemala, de acuerdo a la interpretación constitucional de la CC se debe considerar el derecho consuetudinario como parte del ordenamiento jurídico siempre y cuando no viole los derechos fundamentales de las personas.

Sagastume Gemmell enfatiza que una de las demandas de los Pueblos Originarios es el reconocimiento de su lengua y de su sistema de normas jurídicas de aplicación de justicia (Derecho) como sistemas vivos dada su vigencia y aplicación, y debido a que constituyen ejes conductores de su identidad; sin embargo, la teoría monista del derecho indica que no pueden existir diferentes sistemas jurídicos en un mismo territorio, ya que el ámbito de aplicación necesita de un ejercicio de la autonomía y del gobierno propios, así como de un espacio territorial donde estas normas sean válidas. Esta teoría se encuentra aplicada en el artículo Primero de ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU en relación con la Libre Determinación de los Pueblos, ya que el concepto de nación se refiere a los habitantes de un Estado.²⁸⁴

El artículo 2 de la ley del Organismo Judicial reconoce el derecho consuetudinario “sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley... siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.” Sin embargo el artículo 66 de la CPRG, garantiza el uso de la costumbre indígena, y es de recordar que el derecho indígena se encuentra constituido por la costumbre.

Nader citada por Rodolfo Stavenhagen conceptualiza el derecho consuetudinario como: “un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado. Esta definición puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado.

²⁸³ Sagastume Gemmell, Marco Antonio. “Derecho consuetudinario indígena y derechos humanos”. *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*. Número 46. Guatemala. Enero-junio 2003. Colegio de Abogados. Pág. 87

²⁸⁴ *Ibid.* Pág. 90

Así, en diversos países europeos, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal. Subyacente a esta concepción encontramos un sesgo evolucionista: el derecho consuetudinario se transforma en, o es absorbido por, el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior en la evolución del derecho.”²⁸⁵

En Guatemala al momento de promulgar leyes no se toma en cuenta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. El derecho vigente guatemalteco es, en muchas ocasiones, una reproducción de la legislación de otros países y por consiguiente no toman en cuenta la idiosincrasia nacional. Es conveniente, para redactar los documentos, conocer la realidad nacional holísticamente y no desde una aproximación cultural particular. Debe de considerarse la diversidad cultural y así lograr un ordenamiento jurídico idóneo para todos los sectores de la sociedad guatemalteca. Como se mencionó, en el capítulo 1, no fue sino hasta el año de 1945 que se considera, en una constitución guatemalteca, el término de indígena.

En esta línea de su planteamiento Sagastume Gemmell explica que la teoría dualista del derecho, al contrario, si acepta la existencia de varios sistemas de aplicación de justicia dentro de un mismo territorio, pero siempre y cuando no estén en contradicción con el sistema de justicia oficial, con lo que se pretende armonizar dos sistemas diferentes. Aunque esta teoría significa un avance, aún no cubre las expectativas y necesidades de los Pueblos Originarios, pero sí reconoce la existencia de varios Pueblos dentro de un mismo territorio, con lo cual modifica el concepto de nación de la teoría monista. En este sentido se considera necesaria una ruptura epistemológica que logre reunir los elementos indispensables de un sistema que se aplica en la práctica pero que la teoría no reconoce, posiblemente se dará a partir del concepto de autonomía.²⁸⁶

De dicha argumentación se podría inferir que para Guatemala aplicaría el sistema dualista ya que la diversidad cultural guatemalteca lo permite, sin embargo como ya se

²⁸⁵ Stavenhagen, Rodolfo y otros. Antología: grandes temas de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica en honor a June Collier. México.2006. Pág. 16.

²⁸⁶ Sagastume Gemmell, Marco Antonio. *Op. Cit.* Pág. 90.

insistió anteriormente, es el sistema monista el que realmente se acopla a la realidad sociocultural guatemalteca, por lo que hay que recordar que en éste, el derecho interno y el derecho internacional provienen de un sistema único, cuyo propósito es buscar el bien común entre los seres humanos. Reconocer un sistema jurídico propio para los indígenas, sería un evento sin precedente. Habría más pertinencia por parte de quienes aplicarían las normas y leyes, al tener éstas origen en la cultura originaria. A este último respecto se presentaría un problema de fondo, en el sentido que se tendría que estudiar objetivamente lo consuetudinario y sistematizarlo. Además, tendrían que formarse profesionales del derecho indígena. Todo lo anterior, en el caso hipotético de un sistema dualista que se ve muy difícil que puede aceptarse.

Así mismo Sagastume Gemmell señala que antes de la aprobación y entrada en vigor del Convenio 169 de la Organización del Trabajo (OIT) la teoría monista obligaba a utilizar la palabra “Pueblo”, sólo cuando se aplicaba a los habitantes de un Estado. No obstante, este Convenio utiliza dicha palabra sin la connotación del Derecho Internacional en lo referente a la Libre Determinación de los Pueblos y su relación con el territorio, por lo que constituye un avance significativo.²⁸⁷

Es muy interesante lo que plantea el autor, pues ahora se puede utilizar el término de pueblos indígenas, sin que el concepto de pueblo se refiera a los habitantes de un Estado. Es por eso que el presente trabajo versa sobre las obligaciones del Estado hacia los pueblos indígenas sin que tenga la connotación de que éstos han sido reconocidos, internacionalmente, con territorio propio y con capacidad de autodeterminación como lo indica precisamente la interpretación de la CC, analizada en el capítulo anterior. Es decir que el Convenio 169 de la OIT, en el caso de Guatemala, se refiere a etnias originarias y otras que no lo son (los garífunas) y que, de acuerdo a la terminología oficial, se denominan “pueblos indígenas” que habitan en un Estado soberano e independiente.

Bohannan citado por Stavenhagen explica que la referencia a la costumbre no es, desde luego fortuita. Por una parte, la ciencia jurídica acepta que la costumbre es una

²⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 91

fuerza del derecho. Por otra parte, lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso etcétera), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, entonces, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado.²⁸⁸

El tema de derecho consuetudinario puede ser, desde cierta perspectiva, polémico ya que hay confrontación con el Estado. ¿Qué sucede si dicho derecho es reconocido por el propio Estado permitiendo que se apliquen a casos concretos? El dilema surge al momento de determinar hasta donde se puede aplicar el derecho indígena, y cuál sería su limitación. En este ámbito es importante que exista un dialogo entre el Estado y los pueblos indígenas, llegando a establecer los parámetros bien documentados para determinar hasta donde la costumbre puede ser aceptada dentro de un ordenamiento jurídico a nivel nacional.

Rachel Sieder especifica que los cambios constitucionales impulsados por los Estados latinoamericanos para reconocer la diversidad étnica a partir de los años 80 y el giro “multiculturalista” de las políticas públicas que tuvo lugar en algunos países en la región en los años 90 parecían indicar que estaban frente a un fenómeno complejo, contradictorio y difícil de descifrar, que no tenía precedentes en el continente. Los cambios impulsados desde el Estado y los bancos multilaterales de desarrollo para reconocer la identidad étnica como parte de las políticas públicas en América Latina respondían en parte a las demandas y largas luchas de los pueblos indígenas y sus aliados. En los años 90 muchos activistas trabajando en pro de los derechos indígenas se incorporaron a las esferas gubernamentales para trabajar en la elaboración de leyes, políticas y programas novedosos.²⁸⁹

²⁸⁸ Stavenhagen, Rodolfo y otros. *Op. Cit.* Pág. 16.

²⁸⁹ *Ibíd.* Pág. 79

Desde los años noventa se han buscado iniciativas para proteger a los pueblos originarios de los diferentes continentes. La identidad étnica es crucial para poder desarrollar el derecho consuetudinario, realmente se debe demostrar que son poblaciones indígenas y así reconocer que pueden aplicar su propio derecho, ya que solo ellos tienen la posibilidad de aplicarlo a sus casos concretos.

Stavenhagen explica que en las sociedades complejas (con Estado), el derecho constituye una esfera bien distinta y específica del resto de la cultura y la sociedad. Así, puede hablarse de derecho y sociedad como de dos ámbitos que de alguna manera se relacionan pero son autónomos. El derecho tiene sus normas y sus lenguajes propios, así como sus especialistas profesionales; puede entenderse en términos de sí mismo, evoluciona de acuerdo a sus propias leyes internas y puede ser transferido como corpus acabado de una sociedad a otra. Los especialistas pueden ocuparse del derecho con escasa o ninguna referencia al contexto social o cultural. La mayoría de los tratados jurídicos se caracterizan precisamente por eso. La sociología del derecho es una disciplina sociológica (y no jurídica) que pretende colocar el derecho en su contexto social y cultural.²⁹⁰

Se entiende en el párrafo anterior, que la tridimensionalidad del derecho, al momento de aplicar y emitir sentencias, los profesionales del derecho se enfocarán a la interpretación y a la aplicabilidad de la ley al caso concreto, con escasa o ninguna referencia al contexto social y cultural. Pero también se infiere del autor que es necesario conocer el entorno socio-cultural y qué comportamientos, actividades y acciones humanas se desea regular, para la formulación y aprobación de leyes pertinentes. Y así, en el futuro, aplicar las leyes en consonancia con situaciones reales. En el caso del derecho consuetudinario, se entiende que las normas sí corresponden a la realidad cultural y a la idiosincrasia de los pueblos indígenas, aunque no se trate de derecho escrito.

En este orden de ideas Stavenhagen señala que esta discusión conduce necesariamente a la cuestión de lo que constituye lo legal o lo jurídico en una sociedad

²⁹⁰ *Ibíd.* Págs. 16-17

determinada. En los Estados en los que impera el derecho positivo, la respuesta es sencilla. Es jurídico todo aquello que cae bajo el amparo de la ley. En las sociedades modernas no hay prácticamente ninguna esfera de la actividad humana que no esté reglamentada de alguna manera por una ley, reglamento administrativo o decreto, y existen las oficinas de la administración pública así como los tribunales para determinar cuáles son los alcances y los límites de las leyes, es decir, de lo jurídico en la sociedad.²⁹¹

El tema que aborda el autor es clave. Pues se trata en definitiva de determinar lo legal o lo jurídico en una sociedad. Surge entonces, para sociedades diversas como la guatemalteca, la cuestión si los pueblos indígenas pueden regirse por otras normas que no sean leyes debidamente promulgadas.

Stavenhagen señala que existen desacuerdos entre los especialistas con respecto a la naturaleza del derecho consuetudinario. Como ya se ha mencionado, la idea simple de que el derecho consuetudinario existe como un conjunto coherente de normas y reglas no escritas, anterior y distinto al derecho positivo estatal, no es admitida en la actualidad. Es preciso reconocer que la idea misma del derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos. En otras palabras, la relación entre el derecho occidental (colonial) y el (o los) derecho(s) consuetudinario(s) es históricamente una relación de poder entre una sociedad dominante y una sociedad dominada.²⁹²

En la actualidad y dada la dinámica social, se puede entender que los pueblos indígenas tienen como propósito el reconocimiento de sus identidades; los pueblos indígenas, cansados de ser injustamente tratados, desean aplicar su derecho consuetudinario, sobre todo si se ha dado, históricamente, una relación de poder, entre una sociedad dominante y una sociedad dominada, como es el caso de Guatemala, donde se ha dado la relación conquistador-conquistado, y como resultado, la de colonizador-colonizado. Es uno de los motivos por lo que los pueblos indígenas desean

²⁹¹ *Ibíd.* Pág. 17

²⁹² *Ibíd.* Pág. 18

implementar y aplicar, a nivel nacional, su propio derecho. Es una lucha de larga data para evitar que los actores dominantes se impongan en sus propias organizaciones.

Además Stavenhagen agrega que algunos críticos sostienen, seguramente con alguna exageración, que este derecho consuetudinario es tan artificial y ajeno a los pueblos que lo poseen, como el propio derecho de las potencias coloniales. Sin embargo, en la medida en que existe una relación asimétrica de poder entre la sociedad colonial y la sociedad colonizada, puede también hablarse, en la situación de pluralismo legal, de un derecho dominante y un derecho subordinado. Esta situación, tan característica de la época colonial, ha perdurado hasta la etapa poscolonial y es típica de muchos países independientes multiétnicos.²⁹³

Es claro que para los pueblos indígenas el sistema jurídico les ha sido impuesto a lo largo de la historia, y es eso lo que tratan de reivindicar que se reconozca su derecho consuetudinario; que se tome en cuenta que existen sociedades heterogéneas que son tratadas como sociedades homogéneas, tal es el caso de Guatemala.

Starr y Collier citado por Stavenhagen explican que la relación de poder colonial y, posteriormente, la situación neocolonial, condicionan la relación entre el derecho dominante y el derecho subordinado (consuetudinario). Este último se encuentra en constante transformación, precisamente porque no está codificado. Con frecuencia, la costumbre jurídica se elabora y modifica en función de su relación con el derecho dominante (positivo nacional), y puede ser vista como un intento de las sociedades subordinadas por adaptar y reinterpretar las normas positivas estatales de acuerdo a sus propias estructuras, valores, intereses y necesidades. Resulta entonces que no es posible oponer tajantemente el derecho consuetudinario al derecho positivo estatal. De lo que se trata, más bien, es de un proceso dinámico y a veces contradictorio de cambio legal y jurídico en situaciones de pluralismo legal.²⁹⁴

El aparente enfrentamiento entre derecho consuetudinario y derecho estatal existe; en realidad ambos se complementan. El derecho positivo, como para todos los habitantes,

²⁹³ *Ibíd.* Págs. 18-19.

²⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 19.

establece pautas, en varios ámbitos para los pueblos indígenas. Sus comportamientos responden a los parámetros de la legislación. También lo pueden utilizar -el derecho positivo- para la defensa y promoción de sus intereses. La conducta humana es inducida por la ley, por el Estado. Igualmente se podría considerar que la conducta también la establecen las costumbres, el derecho consuetudinario. Por lo anterior se plantea que los dos derechos podrían ser complementarios. Al reconocerse constitucionalmente el Estado pluricultural, se favorecería la complementariedad de los dos derechos.

Stavenhagen describe que el conflicto entre derecho positivo y derecho consuetudinario afecta la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Quienes administran justicia en las zonas indígenas, tienen como problema el desconocimiento de las leyes por parte de los indígenas. Sin embargo el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, pero la aplicación rígida de esta máxima conduce con frecuencia a grandes injusticias. Quienes se preocupan más por la justicia reconocen la necesidad de dar flexibilidad a su aplicación; y que en numerosas legislaciones penales, los indígenas sean considerados como inimputables o incapaces o sujetos a algún régimen especial. Ambos violan los derechos humanos de los indígenas: por un lado la aplicación de leyes cuando no son comprendidas, y además cuando no tienen significado en el contexto cultural y por el otro declararlo incapaz, es despojarlo de sus derechos ciudadanos.²⁹⁵

Al no conocer la esencia de los pueblos indígenas, su cultura, su forma de pensar, un juez con diferente mentalidad puede ser más riguroso al momento de aplicar la ley ya que no conoce de las necesidades de la población indígena. Se debe por ende ser más equitativo y sensible al aplicar la norma jurídica a un caso concreto; puede que el juez, al tener una visión cultural y social distinta no comprenda plenamente la intencionalidad y el comportamiento de la persona. Al declararlo incapaz le vedan sus derechos civiles, y sería acto muy paternalista por parte del Estado. Se debe ser justo y equitativo con la aplicación de la ley y, en ese contexto, tal vez sería más acertado aplicar el derecho consuetudinario y así evitar injusticias. Y que fuera aplicado por sus propias

²⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 20

autoridades. Todo lo anterior sin señalar todos los problemas de comprensión derivados de que la ley no está en todos los idiomas indígenas y que también hay ausencia de intérpretes que auxilie a la persona indígena que acuda al tribunal.

Camilo Borrero García explica que sin que sea considerado como un debate clausurado, en los últimos años se ha venido imponiendo entre los estudiosos colombianos una especie de acuerdo teórico sobre el sentido de los términos “multiculturalismo” e “interculturalismo”. Mientras el primero aludiría a una integración de culturas subordinadas a una cultura hegemónica o mayoritaria, que en cierto sentido las toleraría o apoyaría como una estrategia para mantener precisamente su control; el segundo representaría los esfuerzos por lograr la integración horizontal o mutuamente respetuosa entre culturas diversas, sin atender a asuntos como mayorías y minorías.²⁹⁶

Lo que buscan los pueblos indígenas no es el reconocimiento multicultural. No desean vivir siempre como pueblos colonizados. Quieren tener sus propias instituciones y que se les reconozcan sus derechos humanos como a todos los seres humanos (autodeterminación). Buscan el “interculturalismo”, que se les reconozca su derecho consuetudinario y poder aplicar sanciones como la costumbre lo determina. Para este caso, es necesario el reconocimiento de este derecho por parte del Estado, siempre que no se vaya en contra el orden público y los derechos fundamentales.

Stavenhagen apunta que los indígenas son particularmente vulnerables a la violación de sus derechos humanos individuales, y sostiene que esta vulnerabilidad se debe, entre otras cosas, a que generalmente no se les reconocen sus derechos colectivos culturales y étnicos. Estos últimos se encuentran apenas esbozados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y en algunos otros, tales como el Convenio 169 de la OIT). Son derechos humanos que aún están en elaboración en las organizaciones intergubernamentales.²⁹⁷

²⁹⁶ Carillo González, Diana y Nelson Santiago Patarroyo Rengifo (editores). Derecho, interculturalidad y resistencia étnica. Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho. Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009. Pág. 67

²⁹⁷ Stavenhagen, Rodolfo y otros. *Op. Cit.* Pág. 22

En Guatemala es el mismo caso. Las leyes siguen en elaboración por parte de organizaciones estatales. Hace falta mucho para lograr el objetivo que los pueblos indígenas sean reconocidos como pueblos y así adquirir derechos colectivos que les son propios.

Así mismo Stavenhagen puntualiza que una forma de reconocimiento de los derechos étnicos y culturales es el respeto a las costumbres jurídicas indígenas por parte de la sociedad nacional y sus aparatos legales y jurídicos. En cambio, una forma de violación de los derechos humanos indígenas es la negación, por parte del Estado y de la sociedad dominante, de sus costumbres jurídicas, la cual conduce a la denegación de algunos de los derechos individuales en los instrumentos internacionales citados.²⁹⁸

Para cumplir con todas las obligaciones internacionales, sobre todo las de los derechos de los pueblos indígenas, el Estado debe reconocer las instituciones indígenas en el sistema jurídico guatemalteco. Para lograr que se respeten los derechos humanos de los pueblos indígenas hay que respetar sus costumbres jurídicas por parte del Estado y por parte de los ciudadanos guatemaltecos.

Stavenhagen determina que si bien ha establecido que el derecho consuetudinario no es de ninguna manera un cuerpo estable y eterno de normas y reglas jurídicas formalmente reconocidas, y si bien puede suponer que existen tanto derechos consuetudinarios como etnias indígenas específicas y diferenciadas, también es cierto que en el conjunto del mundo indígena latinoamericano ciertas temáticas resaltan con mayor frecuencia como propias del derecho consuetudinario. Sin pretender agotar la complejidad de lo jurídico en las culturas indígenas, pueden mencionarse, a título indicativo, algunos grandes apartados: el derecho a la tierra, la persecución de delitos o el derecho penal y procedimientos de administración de justicia.²⁹⁹

Está claro que al ser derecho propio de los pueblos indígenas, éste puede variar de un pueblo a otro. Sin embargo como bien lo indica el autor los grandes apartados son tierra, delitos y procedimientos de administración de justicia, que es de lo que más han

²⁹⁸ *Loc. Cit.*

²⁹⁹ *Loc. Cit.*

sufrido a lo largo de la historia. Lo que buscan los pueblos indígenas, como cualquier persona, es justicia, no obstante tienen más seguridad en sus formas de hacer justicia que en los procedimientos judiciales para averiguar la acción delictiva o los conflictos en general. Las formas de proceder son ya reconocidas socialmente; los procedimientos y la justicia estatal a veces confunde o desorienta a los pueblos indígenas.

Mayarí Castillo Gallardo expone que el derecho consuetudinario refiere a una estrecha relación entre lo que una sociedad considera correcto o *justo*: implica horizontes sociales de lo deseable y por ello tiene una directa relación con ciertos valores compartidos de manera relativa por los miembros de una sociedad en determinado momento histórico. A través de estas normas –implícitas o explícitas- los pueblos indígenas condensan formas de comportamiento y de resolución de conflictos que consideran adecuadas para un cierto contexto.³⁰⁰

Por algo solicitan los pueblos indígenas, prudentemente, que se les reconozcan sus derechos colectivos. Al compartir un mismo contexto histórico y social, las conductas se repiten dentro de su conglomerado social así que buscan solucionar sus conflictos de la forma que ellos consideran, más pertinente y adecuada al caso concreto; por algo es que siguen buscando el reconocimiento de su identidad y cultura.

Castillo Gallardo enfatiza que a este respecto, es de fundamental relevancia subrayar la contingencia histórica de las normas jurídicas emanadas de la *costumbre*, de lo contrario cerramos *a priori* la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan adecuar su derecho consuetudinario a los nuevos escenarios sociales y necesidades; a su vez, esto alude directamente a su capacidad de sobrevivir a lo largo del tiempo como comunidades con sentido y significado para cada uno de sus miembros.³⁰¹

Menciona el autor, con perspectiva histórica y de futuro, que el derecho consuetudinario no se queda estancado en el pasado. También pueden los pueblos

³⁰⁰ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Castillo Gallardo, Mayarí. Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/71/pr/pr2.pdf> México. 2009. Pág. 16 Fecha de consulta: 2/12/2014

³⁰¹ *Loc. Cit.*

indígenas adaptarse, desde su visión, a la evolución del mundo por medio de su derecho consuetudinario que se actualiza en función de la dinámica de la realidad. Se trata, desde la perspectiva del autor, de un derecho que evoluciona en relación a los escenarios que surgen a través del tiempo. Un derecho que evoluciona es un derecho que perdura, y que, además, sigue cumpliendo con su función dentro del grupo social.

Castillo Gallardo proyecta que si bien el derecho consuetudinario alude a una dimensión normativa más vinculada a la *costumbre* y a las formas *de hacer las cosas*, también refiere a nociones de responsabilidad, pena y castigo que operan en aquellos casos en que se viola una disposición o una norma establecida para el conjunto de la comunidad. Así, se busca subrayar que si bien el derecho consuetudinario es más observable en los casos de sanción o castigo de algún infractor, eso no implica que no esté imbricado en el conjunto de la estructura social y la identidad de un pueblo, al normar y establecer los modos de relación general entre sus miembros.³⁰²

Se está frente a un grupo de personas organizadas, con sistemas de organización y autoridades propias. Las comunidades indígenas han estado en muchas luchas; a pesar de eventos tortuosos, los pueblos indígenas, han logrado salir adelante. Es evidente que su estructura social ha logrado superar obstáculos y su derecho se sigue aplicando.

En este orden de ideas Castillo Gallardo explica que sin embargo, dar cabida al derecho consuetudinario de los grupos culturales implica no sólo un problema de aplicación práctica, sino también un problema ético de gran magnitud. Tal como esbozaba antes, implica aceptar que concepciones diversas de lo bueno, lo justo y lo deseable coexistan en un mismo Estado, idea que desde el liberalismo -sustento ideológico de la creación de los estados nacionales- ha sido siempre cuestionada. Por tanto, aun cuando el pensamiento multicultural liberal apunta a una integración diferenciada y tolerante, plantea sus resquemores frente a una completa aceptación de este tipo de derecho.³⁰³

³⁰² *Ibíd.* Pág. 17

³⁰³ Castillo Gallardo, Mayarí. *Op. Cit.* Pág. 18

El conflicto surge al momento en que la ideología se enfrenta a lo cultural y social. Como incluir, dentro del aparato Estatal, instituciones que, a grandes rasgos, tienen una estructura organizacional diferente a la que se acostumbra en el Estado. Su forma de ver los conflictos es distinta a la que se acostumbra normalmente ya que sus valores son percibidos desde otra perspectiva. Es por esto mismo que su incorporación y reconocimiento se debe lograr paulatinamente, por consiguiente es importante que, al establecer constitucionalmente la cultura de los pueblos indígenas, éstos se preocupen por analizar todos los escenarios que esto provocaría y, al momento de conflictos, solucionarlos de forma legal.

Will Kymlicka citado por Simone Rodrigues Pinto y Carlos Federico Domínguez Ávila sugiere repensar la tradición liberal y su individualismo filosófico, procurando desarrollar, a partir del liberalismo, una teoría que dé cuenta del estatus de las minorías nacionales. Desarrolla una tipología de los diferentes tipos de derechos de las minorías, clasificándolas en: i) los derechos de autogobierno, que incluyen la delegación de poderes a minorías nacionales por medio de algún tipo de federalismo; ii) los derechos poliétnicos, que incluyen apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas asociadas con grupos étnicos o religiosos específicos; y iii) los derechos especiales de representación, incluyendo cargos políticos garantizados para grupos étnicos o nacionales en el seno de las instituciones centrales del Estado que lo engloba. Así, procura reconciliar el liberalismo con las demandas relacionadas con los derechos colectivos de las minorías.³⁰⁴

En Guatemala no se podría hablar de derechos de minorías; los indígenas, como se ha visto anteriormente tienen significativa ponderación demográfica; lo que se busca es reconocerlos como pueblos. No obstante, la integración de los diferentes derechos es una idea que tiene potencialidad para implementar el derecho consuetudinario. Los Concejos en los municipios indígenas se autogobiernan; pero a pesar de ser autónomos no tienen un radio de acción que cubra temas claves como, por ejemplo en materia de bienes del Estado.

³⁰⁴ Rodrigues Pinto, Simone y Carlos Federico Domínguez Ávila. "Sociedades plurales, multiculturales y derechos indígenas en América Latina." *Política y Primavera*. Núm. 35 México. Págs.51-52

Sieder citado por Rodrigues Pinto y Domínguez Ávila infiere que no es posible ignorar que uno de los efectos de la concepción de Estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización más o menos extrañas en su vida social, además del control de sus formas de solución de conflictos. Muchos pueblos resistieron a estas imposiciones, e internamente mantuvieron sus propios modelos de justicia, denominados consuetudinarios. De esta forma, el llamado “nuevo multiculturalismo” en América Latina consiste en procesos de reformas constitucionales que buscan reconstituir los Estados entendidos como entidades pluriculturales y multiétnicas, además de reconocer el derecho indígena.³⁰⁵

La imposición de las normas del Estado monocultural es la pauta que se ha seguido a nivel latinoamericano. El problema es que las instituciones son diferentes a las que practican los pueblos indígenas en su organización social. Si bien el Código Municipal reconoce las alcaldías indígenas y alcaldías comunitarias como órganos afines al gobierno municipal, no han logrado afianzar objetivos cuya prioridad sea el respeto y promoción de la inclusión de estas comunidades al resto de la población, pues las atribuciones establecidas en dicho Código no se cumplen. A pesar de las imposiciones culturales que han sufrido, estos pueblos han logrado mantener sus costumbres e identidad, lo que demuestra una voluntad de proteger sus derechos. Pero en el fondo lo que buscan y lo que necesitan es que se reconozca el derecho indígena.

Explican Rodríguez Pinto y Domínguez Ávila que el derecho consuetudinario fue concebido como un conjunto de normas, prácticas legales y estructuras de autoridad utilizadas por grupos indígenas en lugar del derecho estatal o en conjunto con éste.³⁰⁶

Los pueblos indígenas deben proteger su identidad y la mejor forma de hacerlo es manteniendo su propio sistema de organización cultural, social, política y jurídica por medio del derecho consuetudinario.

Rodríguez Pinto y Domínguez Ávila afirman que a partir de la década de 1980, los estudios antropológicos comenzaron a ver al derecho consuetudinario y al derecho

³⁰⁵ *Loc. Cit.*

³⁰⁶ *Loc. Cit.*

estatal no más como sistemas paralelos, sino como distintas esferas legales que coexistían en una relación mutuamente constitutiva. El pluralismo jurídico pasó a ser entendido cada vez más como una relación de dominación y resistencia, o sea, los paradigmas legales dominantes fijando parámetros para las normas y prácticas legales de los subordinados.³⁰⁷

El conflicto existe ya que, como se ha dicho, en varios extractos pareciera existir dominación y resistencia a la dominación entre organización estatal y derecho consuetudinario. El paradigma de vencedor y vencido, colonizador y colonizado son términos implantados obsoletos que deben desaparecer; ya no se puede pensar de esa manera. La mejor forma de hacer ese cambio en la forma de pensar es introduciendo gradualmente, conforme lo establece la Constitución, los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas.

Rodríguez Pinto y Domínguez Ávila expresan que en la década de 1990 la afirmación del carácter pluricultural del Estado, la oficialización de los idiomas minoritarios, la promoción de la educación bilingüe y el reconocimiento del derecho consuetudinario de comunidades indígenas fueron objeto de reformas constitucionales en América Latina. Hasta entonces, reflejando las concepciones prevalecientes de liberalismo político, en Latinoamérica, como en casi todo el mundo, dominaba una teoría jurídica fundamentada en las así llamadas concepciones de Hans Kelsen sobre la identidad del Estado y del derecho. El monismo jurídico kelseniano proclama que solamente la norma que proviene del Estado tiene fuerza coercitiva y todas las otras manifestaciones jurídicas serían consideradas como meras costumbres, pudiendo ser aplicadas solamente en la ausencia del derecho dominante.³⁰⁸

Todo evoluciona esta expresión puede aplicarse también a las teorías doctrinarias. Si bien la teoría monista de Hans Kelsen está bien fundamentada, en los Estados multiculturales, los pueblos indígenas, deben tener el reconocimiento de sus derechos y su derecho específico para poder aplicarlo directamente a casos concretos.

³⁰⁷ *Loc. Cit.*

³⁰⁸ *Ibíd.* Pág. 57.

María Teresa Sierra menciona que las posiciones universalistas de los derechos humanos han sido confrontadas por los colonizados y excluidos que reclaman el reconocimiento de sus derechos como pueblos. La recién aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) simboliza un largo proceso de discusión y forcejeos entre los representantes de los Estados y las fuerzas indígenas para reconocer a nivel internacional los derechos de autodeterminación y autonomía plena de los pueblos indígenas y, con ello, su derecho a ejercer jurisdicción y a controlar los recursos naturales y sus territorios. Hay un debate político de una visión normativa del pluralismo jurídico, sin duda representa una conquista de los pueblos indígenas pero habrá que ver cómo los derechos son incorporados en las políticas públicas de los Estados.³⁰⁹

Los movimientos indígenas siempre han buscado, a través del diálogo, que se respete su identidad, su cultura y sus derechos. Ha sido una contienda difícil pero los resultados han ido lejos, sobre todo a nivel internacional. El reconocimiento de los derechos colectivos constituyen un gran paso: plantean que, en un mismo Estado, pueden existir más de dos pueblos. Jurídicamente es una situación compleja ya que como lo indica la teoría monista, en el Estado sólo puede haber una legislación que se aplica a todos y no sólo a ciertos sectores de población; no obstante, al reconocer a los pueblos indígenas se está posibilitando o que las instituciones propias de los pueblos originarios se apliquen inclusive con leyes preexistentes.

Stavenhagen citado por Sierra describe en el informe final como relator especial de la ONU por los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas, los avances en el reconocimiento de los derechos indígenas a nivel internacional no garantizan su implementación, lo cual depende de las relaciones de fuerzas en juego que involucran a actores locales, nacionales e internacionales.³¹⁰

Se necesita, sumando fuerzas, lograr la voluntad política, para introducir, a nivel nacional, los avances internacionales en materia de derechos indígenas. No cabe duda

³⁰⁹ Chenaut, Victoria y otros (coordinadores). Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos Indígenas ante la globalización. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador. 2011. Pág. 396

³¹⁰ *Loc. Cit.*

que es necesario, para desarrollar un Estado más sólido y armonioso, en sociedades donde existe diversidad étnica, formular, promulgar y aplicar leyes que promuevan a los pueblos y comunidades indígenas.

Magdalena Gómez apunta que el proceso de juridicidad del derecho indígena si bien no tiene un campo suficientemente desarrollado, puede analizarse con las herramientas teóricas del constitucionalismo, sobre todo si se considera que se parte del supuesto histórico y político que ha prevalecido entre los pueblos indígenas en la región de América Latina, esto es que sus planteamientos pretenden encontrar un espacio en el marco de los Estados nacionales.³¹¹

Para que la juridicidad se aplique deben existir principios constitucionales que permitan aplicar la ley al caso concreto. Por eso es que los pueblos indígenas necesitan un espacio, en el contexto institucional estatal, para la toma de decisiones en el ámbito de las políticas públicas en Guatemala.

Magdalena Gómez advierte sobre la necesidad de no confundir o subsumir el tema del derecho indígena en el espacio de la diversidad. Hoy en día, diversos sectores reclaman derechos específicos: es el caso de los movimientos sociales de las mujeres que reivindican la libertad de opción sexual; es el caso de los movimientos que se refieren a las creencias religiosas; los movimientos que plantean un trato especial por criterios etarios, el caso de las personas adultas mayores; entre otros. Si bien es cierto que estos movimientos y organizaciones se agrupan en colectividades, el ejercicio de los derechos que reclaman, la titularidad de los mismos siempre se individualiza. Diferente es el caso de los pueblos indígenas, que también están incluidos en el espacio de la diversidad pero la naturaleza de los derechos que reclaman es colectiva como lo es su titularidad.³¹²

Es esencial que se reconozcan a las comunidades indígenas como pueblos indígenas y así ser titulares de derechos colectivos y específicos además de tener los derechos fundamentales inherentes a todas las personas.

³¹¹ ALERTANET. Gómez, Magdalena. Derecho indígena y constitucionalidad. Chile. 2000. Disponible en <http://www.alertanet.org/dc-mgomez.htm> fecha de consulta 22/1/2015

³¹² *Loc. Cit.*

Floriberto Díaz Gómez citado por Magdalena Gómez refiere que hay sin duda mucha ignorancia, prejuicio y discriminación, pero hay sobre todo conciencia de la contradicción que entraña para las aspiraciones neoliberales y globalizadoras el compromiso de reconocer a unos sujetos de derecho que demandan autonomía constitucional para decidir los asuntos fundamentales relacionados con la vida de sus pueblos. En el contenido de la demanda indígena destaca su inserción en la vida política nacional, el acceso al uso y disfrute de los recursos naturales, la posibilidad de participar en la toma de decisiones sobre los proyectos de desarrollo. No se trata de demandas culturalistas ni susceptibles de reducirse al folklore inofensivo de los usos y costumbres o a la contratación de maestros que hablen lengua indígena. Por ello se ha planteado que se requiere una reforma del Estado.³¹³

El autor hace clara referencia a la corriente neoliberal y globalizadora que se opone a la integración de los pueblos indígenas dentro del ordenamiento jurídico nacional. Considera que no debe de existir un tratamiento diferenciado entre los ciudadanos como consecuencia de su etnia. No se debe dar un trato más favorable a un grupo que a otro. Hay igualdad ante la ley. Esta corriente no acepta la “discriminación positiva”, por lo que hay que mencionar dentro de las acciones positivas, la creación del Convenio 169 de la OIT, la cual constituye una modalidad para lograr dicha equiparación. Y en cuanto a lo económico, pues considera que el Estado debe de orientarse únicamente a las funciones de seguridad, de defensa nacional, de la legislación y de las relaciones exteriores. El Estado no debe de preocuparse del desarrollo de los ciudadanos. A ellos les compete encontrar las vías de su crecimiento económico y social. Al Estado no le compete apoyar, específicamente a los pueblos indígenas.

Magdalena Gómez reitera que la perspectiva no sólo se requiere avanzar en el proceso reglamentario de las normas constitucionales vigentes, sino transformar la política de los Estados, para que su política nacional, su política económica, excluya medidas que afecten a los pueblos indígenas; tal es el caso concreto de los acuerdos multilaterales que rompen las economías tradicionales al abrir los territorios indígenas a la inversión

³¹³ *Loc. Cit.*

nacional e internacional justificadas por la adopción de modelos económicos "neoliberales" o "globalizantes".³¹⁴

El reconocimiento de los pueblos indígenas requiere de una reestructuración jurídica y política del Estado para evitar esa visión monista del Estado. Las empresas quieren evitar ese reconocimiento de los pueblos indígenas ya que esto las estaría afectando y limitando al momento de realizar sus explotaciones mineras, o actividades forestales, agrícolas o industriales o en terrenos o territorios de propietarios indígenas.

Gómez puntualiza que si uno de los problemas que expresa la crisis del derecho es un distanciamiento con la realidad social y su apego a la letra de la norma, en el caso indígena dicha crisis es doble ante la ausencia de normas. La ficción jurídica de una sociedad homogénea no se puede sostener más. Ahora corresponde al Estado asumir una propuesta de reconstitución para dar cabida a nuevos sujetos de derecho, que han mantenido su legitimidad y han carecido de legalidad.³¹⁵

Aunque es obvio que Guatemala no es un Estado homogéneo ya que coexisten pueblos, diferentes entre sí, la organización social, económica, política y jurídica continua planteándose con la base de una sociedad homogénea. La realidad es que Guatemala es un Estado multiétnico. El no reconocimiento de las diferencias entre la población ha afectado el desarrollo y la evolución económica y social del país. El resultado es que los pueblos indígenas forman parte de la población más pobre. Esta situación, consecuencia de la evolución histórica del país, es la que se debería visualizar para entender que muchos de los problemas que sufren en la actualidad los pueblos indígenas podrían ser solucionados a partir de un ordenamiento jurídico más incluyente y una voluntad política de avanzar hacia ese objetivo de una sociedad más incluyente y justa.

Cletus Gregor Barié apunta que en el pensamiento jurídico contemporáneo, el término derecho indígena aparece en tres ámbitos claramente diferenciables: el derecho consuetudinario o derecho indígena propio, el derecho estatal y el derecho

³¹⁴ *Loc. Cit.*

³¹⁵ *Loc. Cit.*

internacional. Los derechos indígenas propios apuntan a una costumbre legal, practicada en una determinada comunidad. También abarcan el espacio de la acción y legislación estatal hacia estos grupos (política indigenista). Por último, este concepto se refiere a un cuerpo legal de convenios, acuerdos y resoluciones a escala interestatal o mundial (derecho internacional).³¹⁶

En el caso de Guatemala, las políticas públicas destinadas a fines de inclusión de pueblos indígenas no han sido suficientes o no han tomado la relevancia esperada en este tema.

Barié reitera que en América Latina, empero, la inclusión del orden legal indígena en el derecho positivo no se produjo desde una posición de igualdad y reconocimiento mutuo, sino desde el sometimiento. Sólo recientemente algunas Constituciones asumen retroactivamente la preexistencia de las sociedades indias respecto al Estado moderno rescatando las normas y costumbres indígenas. Después de más de medio milenio de superposición jurídica, la realización plena de un pluralismo legal en América continúa siendo una utopía. La costumbre es uno de los fundamentos del derecho en cualquier sociedad.³¹⁷

Es necesario reconocer a los pueblos indígenas desde una posición de igualdad y no desde el sometimiento tal como lo indica el autor. En Guatemala sigue siendo una utopía incluir derechos específicos de los pueblos indígenas en la Constitución y el desarrollo de leyes a las que se refiere el artículo 70 de la CPRG.

Barié indica que el derecho indígena se fundamenta en una filosofía o religión de la dualidad armónica: así como el sol (hombre-padre) y la luna (mujer-madre) se complementan y se unen, sin perder su diferencia y particularidad. Estos principios de equilibrio, interrelación y armonía entre hombre, naturaleza y sociedad se aplican también en las relaciones sociales. El conflicto entre personas causa, precisamente, un desequilibrio, una ruptura en estas relaciones. La justicia indígena busca entonces

³¹⁶ Barié, Cletus Gregor. "Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos. *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. Núm. 3, Ecuador. Enero 2008. FLACSO. Pág. 112

³¹⁷ *Loc. Cit.*

restablecer la armonía perdida. El inculpado, el denunciante, la autoridad y la comunidad juegan un rol importante en la restauración de este equilibrio.³¹⁸

Los pueblos indígenas buscan la armonía dentro de sus relaciones sociales, por consiguiente su sistema jurídico no aplica la privación de libertad dentro de sus sanciones sino que busca la restauración del equilibrio. En consecuencia culturalmente sí hay diferencias entre el sistema el jurídico estatal y las instituciones jurídicas de los derechos indígenas.

Barié puntualiza que la autoridad indígena que desempeña el papel de conciliador o árbitro tiene que cumplir una serie de características: honestidad, imparcialidad, sabiduría legitimidad y reconocimiento moral, habilidades sociales y comunicativas, y el manejo de técnicas de persuasión y conciliación. Bajo la guía de la autoridad, el culpable asume la responsabilidad, pide perdón, admite la verdad (respetando la obligación de no mentir, ama llulla), y restituye el daño causado -con lo que él (y su familia que está indirectamente involucrada) queda rehabilitado-. Finalmente se restablece la armonía entre el denunciante y el infractor. El objetivo del juzgamiento no está en la sanción sino en la restauración de la armonía.³¹⁹

El enfoque de resolver el conflicto para los pueblos indígenas es diferente ya que el fin de hacer un juicio no está en la sanción sino en restablecer la armonía entre denunciante e infractor. Los requisitos para ser conciliador son los mismos requisitos generales para ser juez en el sistema judicial de Guatemala. Sin embargo también surge un conflicto personal por parte del infractor debido a que debe decir la verdad y además, como en toda situación, restaurar el daño causado.

Asier Martínez de Bringa señala que cuando hablamos de justicia indígena es necesario establecer un punto de conexión con el Pluralismo Jurídico (PJ), categoría más amplia que, hasta ahora, ha gozado de un contenido incierto e indeterminado, utilizándose para calificar como tales situaciones y contextos que ni eran plurales ni necesariamente jurídicos. Hecha esta matización, hablar de justicia indígena implica

³¹⁸ *Ibíd.* Pág. 113

³¹⁹ *Loc. Cit.*

referir a una denominación más precisa, más omnicomprendiva, como es el de los *Sistemas Normativos Indígenas* (SNI a partir de ahora). Estos se conforman y despliegan en conflictiva dialéctica con los Sistemas normativos del Estado.³²⁰

Se trata pues de diferencia de concepciones y de propósitos en cuanto a la justicia indígena. Lo que se subraya y es algo que se ha repetido múltiples veces en este trabajo es que, si bien es cierto hay un sistema de normas indígenas, éste en Guatemala todavía no se ha incluido de forma legal, aunque sí existe de forma legítima. Por lo que el conflicto entre Estado e instituciones jurídicas indígenas persiste.

Edgar Esquit admite que la búsqueda de unidad nacional junto a una nación integrada por ciudadanos en la igualdad legal ha implicado la imposición de una perspectiva monocultural del sistema jurídico. En Guatemala a los pueblos indígenas se les han exigido que rijan sus relaciones sociales conforme al sistema legal del Estado liberal en tanto que ciudadanos guatemaltecos. Pero en vez de fomentar su inclusión real en un Estado-nación, esto ha resultado en la exclusión de los indígenas, de sus formas culturales y principalmente su Derecho. En este sentido, el Estado casi nunca se ha preocupado por conocer y mucho menos reconocer legalmente la diversidad cultural y el pluralismo jurídico guatemalteco. La costumbre ha sido observada más bien como una forma inferior del Derecho, la cual de ninguna manera puede ser comparada o equiparada con el derecho estatal.³²¹

En Guatemala, como lo indica el autor, se observa la misma falla que en todos los países latinoamericanos con pueblos indígenas. Se ha tratado que los pueblos indígenas pierdan esa identidad que los identifica; pero no se ha logrado porque su organización está bien enraizada. Han logrado conservar sus costumbres, su cultura y promueven su concepción del derecho indígena. Es conveniente que se reconozca esa visión jurídica, de pueblos indígenas dentro de un Estado multiétnico nacional.

³²⁰ Martínez de Bringas, Asier. "Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos indígenas." *UNED. Revista de Derecho Político*. Núm. 86, España. enero-abril 2013 Pág. 413

³²¹ Esquit, Edgar e Iván García. *El derecho consuetudinario: la reforma judicial y la implementación de los acuerdos de paz*. Guatemala. FLACSO, 1998. Pág. 23

James Anaya esboza que el modelo del Estado multicultural es basado en la afirmación de las diversas culturas y su integración dentro de la identidad y carácter del Estado. De acuerdo con el modelo multicultural, los pueblos indígenas podrán sumarse a otros sectores en los Estados donde residen en un pie de igualdad en términos de identidad cultural y no meramente en su condición de ciudadanos individuales. Los pueblos indígenas no serán obligados o apremiados a asimilarse a pautas culturales dominantes y de esta manera resignar sus atributos culturales característicos. En cambio, las condiciones de la integración de los pueblos indígenas en el ordenamiento social y político de los Estados deben permitirles continuar viviendo sus culturas intactas.³²²

En un Estado multicultural se respeta la cultura de los pueblos indígenas. No se les orienta, se les obliga ni se les premia para que asimilen pautas culturales que se presentan como superiores. Más bien se les apoya para que preserven y desarrollen sus propias culturales que, obviamente, no son consideradas inferiores.

Vicente Cabedo Mallo indica que la concepción monista del derecho identifica el derecho con el Estado. Según esta ecuación Estado-derecho, únicamente se considera derecho al sistema jurídico estatal y, por tanto, es imposible que existan diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio (espacio geopolítico). Es el Estado, a través de sus órganos, el único que puede crear normas jurídicas.³²³

La teoría monista es muy radical: el Estado es el único que puede crear, aplicar y ejecutar las normas. No hay problemas en los estados que no son diversos. Diferente es la cuestión en los estados con diversidad étnica, cultural y lingüística ya que el derecho internacional reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a su derecho indígena.

Cabedo Mallo señala que esta monopolización de la producción jurídica y del uso de la fuerza por parte del Estado debe situarse en un momento histórico determinado: el

³²² Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Anaya, James. Los pueblos indígenas y el Estado multicultural. México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2482/6.pdf>
Fecha de consulta: 20/1/2015. Pág. 41

³²³ Cabedo Mallo, Vicente. "De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena." *Política y Cultura*. Núm. 21 México. Primavera 2004. Pág. 73

nacimiento del Estado moderno en el siglo XVI. La centralización del Estado y del poder, tenía como objetivo suprimir el poder de los señores feudales —los fundos constituían auténticos ordenamientos jurídicos—, y de la Iglesia... Este dogma de la unidad del derecho se acentuará con la formación de los estados-nación liberales y, posteriormente, la expansión capitalista y la implantación del modelo fordista-keynesiano. Este modelo de Estado-nación es el que adoptaron en América los nuevos estados surgidos tras independizarse de España y Portugal.³²⁴

La conformación del Estado que actualmente tiene Guatemala obedece a esa evolución y a los hechos de la conquista y de la colonia. Es razonable pensar que ese Estado, que tiene su inspiración en la realidad del siglo dieciséis, debe de transformarse en un Estado del siglo veintiuno que responda a las necesidades presentes y futuras de la sociedad guatemalteca, que es diversa, multiétnica, multicultural y plurilingüe.

Diego Iturralde explica que el desarrollo de las plataformas de los movimientos indígenas tiende a llevar las demandas de las comunidades y pueblos a su expresión jurídica más alta: la reivindicación es relativamente reciente y resulta posible reconocer su evolución. Desde el reclamo de escuelas para el campo, hasta el del derecho a una educación bilingüe-bicultural administrada por los mismos pueblos; desde la lucha por las tierras y la reforma agraria, hasta el derecho a un régimen territorial indígena; desde el establecimiento de las primeras formas de organización legal (las comunas, los sindicatos agrarios, etc.) hasta la formulación de un estatuto de nacionalidad; hay una historia que atraviesa el campo del derecho y que viene de las demandas por el cumplimiento de la ley y va hacia la exigencia de un régimen de pluralismo jurídico.³²⁵

Es una lucha constante la que deberán ejercer los pueblos indígenas porque en Guatemala hace falta mucho por hacer; las élites económicas siguen controlando muchas esferas del Estado; éstas se resisten al reconocimiento legal de los pueblos indígenas, de sus actividades productivas, de sus tierras, y del régimen territorial

³²⁴ *Ibid.* Págs. 73-74

³²⁵ Iturralde, Diego. "Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: logros, límites y perspectivas. *Revista IIDH*. Núm. 1 Costa Rica. Enero-junio 1985. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Pág. 21

indígena. Se pueden lograr avances pero debe existir voluntad y compromiso por parte del Estado.

Iturralde refiere que la noción de derecho consuetudinario y otras que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena, etc.) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas.³²⁶

Los pueblos indígenas, a través de su derecho, pretenden respaldar y proteger sus intereses. Velar por sus beneficios sociales algo que el Estado nunca ha hecho con relación a los pueblos indígenas. Es pertinente que se empiece a reflexionar sobre la necesidad de promover y hacer los cambios para lograr ese Estado multicultural e intercultural que se ha buscado, desde la firma de la paz, inclusive desde antes.

Iturralde reitera que a partir de esta noción de derecho consuetudinario como un vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autorregularse se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplio espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían considerarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal. Por esta vía se reifican las costumbres: esto es, se les atribuye una materialidad y una estabilidad que las hace equivalentes a las normas positivas, con la única limitación de la carencia de una expresión estandarizada (escrita). Este proceso implica la construcción de un objeto de conocimientos relativamente aislado de las prácticas concretas en las que existen como normatividad implícita y conlleva el proponerlas como parte de un código de comportamientos. Así, para reivindicar el derecho se reifica (es decir le da existencia material real) la costumbre y se tiende a convertir a ésta en un derecho.³²⁷

³²⁶ *Loc. Cit.*

³²⁷ *Loc. Cit.*

El derecho consuetudinario está constituido por normas, que si bien no están escritas, regulan el comportamiento de los pueblos dentro de su conglomerado social. Al regular el comportamiento son equivalentes a las normas positivas con la diferencia que no están escritas pero cumplen con el mismo objetivo. En este orden de ideas se necesita que las acciones se reiteren para que por medio de la costumbre se logren sistematizar su forma de desarrollo social.

Willem Assies asevera que las características más importantes de las propuestas indígenas elaboradas en estos años han sido la defensa del derecho de los pueblos como colectivos socio históricos con un pasado y experiencia propia, con sus sistemas de organización y autoridad particulares y con sus propias formas de hacer justicia. Esto, a la vez, ha supuesto un cuestionamiento a la naturaleza de los estados-nación existentes y a los proyectos de nación dominantes que buscan la asimilación de los indígenas en una suerte de crisol a través del mestizaje. Por ello se ha reivindicado, desde los pueblos indígenas, el derecho a la autodeterminación (o la autonomía), y se ha buscado la *unidad en la diversidad* a sociedades pluriétnicas o, incluso, y más recientemente, plurinacionales.³²⁸

La defensa de sus derechos como colectivos socio históricos es clave ya es lo que permite a los pueblos indígenas prevalecer de tanta indiferencia por parte del Estado. El sistema estatal debe asimilar las diferencias organizacionales de los pueblos indígenas. Con una base sustentada, los pueblos indígenas pueden demandar el reconocimiento de su autonomía y así transformar un Estado monocultural a un Estado con unidad en su diversidad y llegar a ser un Estado pluricultural.

Charles Hale (2002) citado por Assies expuso que en esta línea se trataba de la llegada de otro tipo de personaje en la arena pública: el "indio permitido". Se trata de un nuevo escenario en el que se aceptan las demandas culturales siempre que no impliquen una redistribución real de los recursos y del poder. Se trata, entonces, de una forma de tratar las demandas indígenas y de filtrarlas selectivamente a través del sistema político y las agencias estatales. Así, tras el inicio alentador de las políticas de reconocimiento

³²⁸ Assies, Willem. "Pueblos indígenas y sus demandas en los sistemas políticos." *Revista CIDOB d'Afers Internationals*. Núm. 85-86. España. mayo 2009. Pág. 93

se ha ido observando una inmensa "brecha de implementación" -o sea, un abismo entre "lo dicho y lo hecho". Una vez más, se trata de la famosa máxima de "se acata la ley pero no se cumple".³²⁹

De acuerdo al autor, aceptar al "indio permitido" significa no sólo disminuir las demandas sino filtrarlas para que éstas no incluyan temas que pueden afectar el poder de los dominantes, de la clase dirigente. Solo desean regular derechos que no les afecte directamente o indirectamente en lo económico, en la conducción del Estado y, en general, en la toma de decisiones en los ámbitos económicos, políticos y sociales.

Assies argumenta, en este sentido, que se pueden considerar las reformas bolivianas del tiempo del Presidente Sánchez de Lozada (reformas de 1994) como un ejemplo de lo que Hale (2002), refiriéndose principalmente al caso de Guatemala, ha llamado el "multiculturalismo neoliberal": una limitada aceptación de demandas culturales sin mayor redistribución de recursos o poder en el marco de una nueva "gubernamentalidad" a fin de sustentar el proyecto de gobernanza neoliberal. En este proyecto –distinto del liberalismo clásico que buscó liberar el individuo de los lazos comunitarios– la comunidad estaría encargada de asumir las tareas que el Estado neoliberal deja de cumplir, bajo la vigilancia de las Organizaciones No Gubernamentales. Se puede añadir que, desde esta perspectiva, los conceptos de "capital social", "emprendimiento", "autogestión" y "participación" tienen un papel central.³³⁰

De acuerdo al análisis que Hale³³¹ realizó en el caso de Guatemala, existieron dos proyectos. El primero que fue el de la individualización de los integrantes de los pueblos indígenas. Este no se logró porque los pueblos indígenas lograron mantener la unidad de su colectividad, no se logró violentar su idiosincrasia. El proyecto de "multiculturalismo neoliberal" reconoce lo cultural, el Estado no interviene y las comunidades se ocupan de lo que el Estado no quiere cumplir. No se ha querido implementar un Estado que escuche y procese positivamente las demandas

³²⁹ *Ibíd.* Págs. 95-96

³³⁰ *Ibíd.* Pág. 96

³³¹ *Loc. Cit.*

fundamentadas de los pueblos indígenas. Se han aceptado reconocimientos culturales que, en el fondo, no son de mucha ayuda en lo concerniente otras demandas trascendentes que también importan a los pueblos indígenas.

Martínez de Bringas señala que el principio de jerarquía normativa, tan nuclear en contextos de monismo jurídico, estaría incapacitado para entender las dinámicas de convergencia y complementariedad reclamada y exigida entre órdenes jurídicos diferentes, como parece ser la práctica mayoritaria del constitucionalismo latinoamericano (y mundial).³³²

Es obvio que se debe respetar la jerarquía normativa, pero el problema es que, como dice Martínez Bringas, esta jerarquía normativa es más propia del monismo jurídico y tiene incapacidad de normar simultáneamente varios órdenes jurídicos. En Guatemala se tiene un monismo jurídico en una realidad contextual de pluralismo jurídico no reconocido (lo consuetudinario). Se debe, pues, encontrar una forma de resolver esta situación. Se podría empezar, tal vez, estableciendo normas sobre los pueblos indígenas en la CPRG, o quizá invocando las normas del Convenio 169 de la OIT, como derecho vigente en Guatemala.

Martínez de Bringas hace ver que trascender el principio de jerarquía a la Kelsen implica distinguir radicalmente entre sistemas internamente plurales, aquellos con lo que se expresa un sistema jurídico para definir su diversidad interna; y pluralismo de sistemas: como sería el caso de los SNI frente al sistema normativo estatal.³³³

Guatemala por el momento no se encuentra en el sistema internamente plural ya que no existe un sistema jurídico que defina su diversidad interna. Lo anterior no implica que se reconozca oficiosamente el sistema jurídico de los pueblos indígenas.

Martínez de Bringas afirma que los SNI implican una constelación de normas indígenas codificadas consuetudinariamente en torno a un sistema, trascendiendo, con ello, el estrecho valor de lo jurídico, o de lo que se viene adjetivando como jurídico. Lo normativo hace alusión a un contenido cosmovisional, social, cultural, simbólico y

³³² Martínez de Bringas, Asier. *Op. Cit.* Pág. 414.

³³³ *Loc. Cit.*

jurídico que desborda el mero ámbito de lo jurídico. En este sentido lo normativo alude a esa categoría difusa, pero rica semánticamente, que viene siendo utilizada por los pueblos indígenas y que se traduce como buen vivir y vida digna. De ahí la estrechez de miras cuando desde otro sistema normativo, como el estatal, se trata de reducir lo normativo a lo jurídico, tal y como esto es comprendido en el marco estatal. Lo normativo indígena trasciende lo jurídico estatal, otorgando y sugiriendo más pistas para enriquecer, fortalecer o complejificar el diálogo entre sistemas normativos.³³⁴

Lo que plantea el autor al referirse a los SNI es innovador. No sólo por lo que implica su contenido, desde varios ámbitos, “cosmovisional, social, cultural, simbólico y jurídico que desborda el mero ámbito de lo jurídico” sino por la posibilidad de visualizar un diálogo entre sistemas normativos.

Martínez de Bringas aclara que el concepto de Pluralismo Jurídico, como se viene entendiendo en un sentido convencional no puede encerrar la categoría de SNI; estos trascienden el estrecho marco de la juridicidad adhiriendo muchos más matices a la comprensión del sistema. Los SNI desarrollan una función heurística al traducir al marco normativo estatal los contenidos y el sentido de los SNI. Prolongando el sentido de lo expuesto, los SNI no se levantan en abstracto, no se comprenden de manera aislada, sino concomitantemente asociados al contenido material de muchos derechos colectivos indígenas que funcionan como especificadores determinantes de su contenido, como son la territorialidad, la autonomía y la jurisdicción indígena.³³⁵

Martínez de Bringas asevera que los SNI pueden ser considerados desde dos planos. El primero sería el plano de la fundamentación, aquel por el que los SNI se constituyen con anterioridad a la conformación del Estado y sus sistemas normativos: preceden, por tanto, a los procesos de constitución de los Estados-Nación. No se admite, con esto, que en el orden de la fundamentación los SNI funden nada, más allá que a sí mismos. Únicamente se otorga un estatuto específico a los SNI. El segundo sería el plano de lo normativo, el lugar real donde acontecen los conflictos como consecuencia de la interacción entre los sistemas normativos estatales y los SNI, entendiendo lo

³³⁴ *Loc. Cit.*

³³⁵ *Ibíd.* Pág. 415.

normativo como un término más prolífico, complejo y plural que lo jurídico, complicando, en ello, a otros derechos colectivos indígenas.³³⁶

Según el autor los sistemas normativos indígenas se pueden orientar desde dos planos, el primer plano, el de la fundamentación. Este, no encaja en el sistema jurídico nacional ya que no puede considerarse anterior al Estado. Se debe respetar el orden constitucional. El segundo el plano normativo es aquel que regula la relación social siguiendo el orden normativo del sistema estatal. Es por ese motivo que el derecho consuetudinario es híbrido. Además no es estático está en constante movimiento y evolución.

Silvel Elías señala que una de las primeras acciones emprendidas por el actual gobierno fue dismantelar los escasos avances de su predecesor en materia de pueblos indígenas. Aunque el gobierno de Álvaro Colom fue seriamente cuestionado por el uso folklórico y mediático de la imagen de los pueblos indígenas, autodenominándose como de “rostro maya”, y por hacer avanzar muy poco la agenda sobre temas indígenas, por lo menos dio la impresión de tener una interlocución más abierta, si bien poco efectiva con las organizaciones indígenas. El actual gobierno, en cambio, desde el primer día (14 de enero) desestimó la utilización de la bandera de los pueblos mayas que había sido de uso corriente en los edificios públicos, abandonó la realización de ceremonias mayas en los actos públicos y suprimió la “Embajada de Pueblos Indígenas”. Si bien esas manifestaciones gubernamentales eran más bien simbólicas, su supresión dejó en claro que el nuevo gobierno no estaría dispuesto en atender las demandas indígenas y, menos aún, la construcción de un Estado plural.³³⁷

Los gobiernos, cada cuatro años, según su perspectiva, cambian su visión del Estado plural. Y lo expresan con actos simbólicos. Está claro, en todo caso que el gobierno de Pérez Molina, en el caso de los pueblos indígenas, marcó un retroceso. Simbólicamente, Colom Caballeros había innovado en este campo. Con algo se tiene que empezar. Pero lo importante, hay que subrayarlo, es la interacción real, efectiva y sistemática con los pueblos indígenas. Y ésta no se ha dado en ningún gobierno. Con

³³⁶ *Ibid.* Pág. 416

³³⁷ Cæcilie, Mikkelsen (compilador). El mundo indígena 2013. Perú. IWGIA 2013. Pág. 80

simbolismos y con ausencia de una visión y de políticas de Estado, sin diálogo eficaz con los pueblos indígenas será difícil lograr el objetivo de una sociedad incluyente y un Estado plural.

Martínez de Bringas asevera que la existencia de un movimiento indígena redefine la lógica de la producción normativa estatal y propone como alternativa la dinámica de los SNI. Con ello, lo que se plantea es una profundización en el principio de igualdad material para los pueblos indígenas, en el marco del Estado. Una posibilidad para la consecución de esa igualdad compleja y diferenciada es confrontarse con sistemas normativos otros, diferentes y complejos. Los SNI no tienen una consideración aislada o autónoma de sí mismos, sino que son más bien la prolongación y el mecanismo de profundización en una estrategia política: la que ha venido proponiendo el movimiento indígena. Como se ha dicho, no está claro si éste —el movimiento— existe como tal ahora mismo en América Latina, con lo que se alteraría, también, la tensión en el reclamo y en los modos de enunciación y de legitimidad de los SNI.³³⁸

Se debe comprender que para que Guatemala sea un Estado plural debe existir una interrelación entre normas estatales y normas indígenas. Es la lucha constante que han tenido los pueblos indígenas en Guatemala y que debe llegar a determinar las obligaciones del Estado frente a los pueblos indígenas y lograr el respeto pleno de todos sus derechos.

Silvel Elías aclara que en respaldo a las decisiones gubernamentales, los voceros de la élite conservadora del país inundaron los principales medios de comunicación con mensajes que recuperaban el más profundo racismo, descalificando las demandas de los pueblos indígenas, negando su existencia y forzando la construcción de una única identidad como “guatemaltecos”, sin diferencias étnicas y, sobre todo, acusando a las organizaciones indígenas de dejarse manipular por entidades extranjeras. A raíz de los acontecimientos de Totonicapán representantes de estas élites, no sólo respaldaron la “mano dura” del gobierno, sino que, además, exigieron expulsar del país al Alto

³³⁸ Martínez de Bringas, Asier. *Op. Cit.* Pág. 417

Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, acusado de intromisión en los asuntos nacionales.³³⁹

Es inadmisibles, en pleno siglo XXI, que se sigan violando la integridad física de los pueblos indígenas. Lamentablemente son eventos que siguen sucediendo a pesar de “la democracia”. Las peticiones de los pueblos indígenas siguen sin tomarse en cuenta, sin ser dialogadas y sin ser aceptadas. Se ha avanzado muy poco en cuanto a las obligaciones del Estado con relación a los pueblos indígenas y en especial en cuanto al derecho consuetudinario.

3.3 Estudio y análisis de casos paradigmáticos.

Se ha expuesto, rápidamente en los dos subcapítulos precedentes, la realidad de Guatemala y la legislación vigente en materia de pueblos indígenas, así como el derecho consuetudinario y la forma de organización que tienen los pueblos indígenas. En este subcapítulo, para conocer la realidad de la acción de la justicia en esta materia y para que se tengan elementos de juicio sobre las falencias legislativas que tienen los Estados para cumplir con sus obligaciones con respecto a los pueblos indígenas, se analizarán tres casos planteados ante la Corte de Constitucionalidad y tres conocidos por la Corte Interamericana de derechos humanos.

3.3.1 Corte de Constitucionalidad

Información resumida sobre los casos.

A. Expediente 1179-2005 Corte de Constitucionalidad.³⁴⁰ Guatemala.

Inconstitucionalidad General Total.

A.1 La corte, Integrada por los Magistrados: Mario Pérez Guerra (la preside), Gladys Chacón Corado, Juan Francisco Flores Juárez, Alejandro Maldonado Aguirre y José Rolando Quesada Fernández.

³³⁹ Cæcilie, Mikkelsen (compilador). *Op. Cit.* Pág. 80

³⁴⁰ Sistema de Consulta de Jurisprudencia Constitucional. Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2010-2015. Disponible en: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/> Fecha de consulta: 16/7/2015

A.2 El caso promovido por: Rosa María Montenegro de Garoz contra la Convocatoria a Consulta de Buena fe, que realizará el Concejo Municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos.

A.3 En contra de las: Convocatorias a Consulta de “Buena fe”, que llevó a cabo el Concejo Municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos por medio de los acuerdos contenidos en las actas 04-2005, 06-2005 y 09-2005, todas del libro uno de actas del referido Concejo Municipal.

A.4 Abogados representantes: José Alberto Sierra Rosales, Luis Enrique Solares Larrave y Jorge Asensio Aguirre.

A.5 Resumen del caso.

Rosa María Montenegro de Garoz explica la inconstitucionalidad de la Convocatoria realizada por el Concejo Municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos para realizar una “Consulta de Buena Fe” en día dieciocho de junio de dos mil cinco. El objeto de dicha convocatoria era que las autoridades indígenas, la población indígena de ascendencia sipakapense y vecinos mayores de dieciocho años del municipio se pronunciaran a favor o en contra de la actividad minera de reconocimiento, exploración y explotación de minerales metálicos a cielo abierto en dicho municipio.

A.6 Normas que se violan en la Constitución Política de la República de Guatemala según la accionante:

Artículo 223, ya que establece la convocatoria al ejercicio del sufragio corresponde al Tribunal Supremo Electoral y no a la Municipalidad; Art. 121, porque la consulta gira en torno a la actividad minera por consiguiente la Municipal no es el órgano competente para decidir sobre la extracción por ser bienes del Estado; Art. 125, ya que se declaró de utilidad y necesidad públicas su explotación; Art. 142, los acuerdos alcanzados por el Concejo Municipal de Sipacapa reducen los alcances de la soberanía territorial del Estado; Art. 253, literal b), prescribe que a los municipios les corresponde obtener y disponer de sus recursos y la literal c) especifica que deben dar cumplimiento a sus propios fines; Artículos 152 y 154 por delegarse funciones que no le competen y los

Artículos 30 y 175, no hubo publicaciones en el Diario Oficial y en una disposición del reglamento municipal se reforma una ley constitucional.

A.7 Relación con las obligaciones del Estado.

Hay un impasse en el momento de establecer las obligaciones del Estado en el caso analizado. El Concejo Municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos tomó la decisión de realizar una “Consulta de Buena Fe”, en la que no se violan preceptos constitucionales directamente. Se indica lo anterior porque según la Corte de Constitucionalidad no se están violando las funciones del Tribunal Supremo Electoral ya que las municipalidades tienen la facultad de consultar entre sus vecinos decisiones que tengan intereses dentro de su jurisdicción y, como no es de interés nacional, el Tribunal Supremo Electoral no tiene injerencia. En relación a los bienes del Estado, como son minerales, no se está tomando posesión de los bienes; solo si se realiza la explotación minera o no. Ahora bien, la obligación de lo que resolvió la “Consulta de Buena Fe” es en lo que gira la inconstitucionalidad del artículo 27 del Reglamento de la Consulta de Buena Fe, contenido en el acta cero nueve – dos mil cinco (09-2005), del veintiocho de febrero de dos mil cinco, autorizada por el Concejo Municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos en su libro uno de actas ya que el Concejo Municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos, extendió sus atribuciones a funciones que, de conformidad con la Carta Magna y las leyes ordinarias del país no le corresponden, pues dio carácter obligatorio al resultado de un procedimiento consultivo sobre el tema de la minería, el cual no es de su competencia y sobre el que no puede regular aspecto alguno. Debe tenerse presente que ese asunto compete al Ministerio de Energía y Minas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo. El Concejo municipal se extralimitó en su competencia porque no puede decidir sobre los bienes del Estado. El Estado no ha decidido cuál es el mecanismo para consultar a los pueblos indígenas. En ese contexto, -de decidir sobre disposiciones sobre asuntos de interés para los pueblos indígenas, en los que un órgano específico no tenga competencia determinada-, las autoridades estatales no pueden tomar medidas vinculantes.

En definitiva se debe proceder con apego a la ley y respetar los preceptos constitucionales, pero no hay que dejar de lado que el Estado tiene obligaciones que deben ser resueltas dentro del ordenamiento jurídico nacional. El Convenio 169 de la OIT, el Código Municipal y la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural lo mencionan, pero no lo hacen de forma detallada. Asimismo la Corte de Constitucionalidad exhortó en su fallo que el Órgano Legislativo debe emitir una ley que resuelva las lagunas que se tienen sobre la consulta de los pueblos indígenas ya que es un medio necesario de expresión sobre todo para los derechos de los pueblos indígenas que deben manifestar sus inconformidades.

B. Expediente 4419-2011 Corte de Constitucionalidad³⁴¹. Guatemala.

Apelación de Sentencia de Amparo.

B.1 Promovida por: Los Consejos Comunitarios de Desarrollo de las comunidades Chicanchiu, Chipap, Chisek, Chitem, Chiocx, Yutbal y Samastún del municipio de San y Agustín Lanquín, departamento de Alta Verapaz.

B.2 En contra de: Ministerio de Energía y Minas.

B.3 Abogados que auxilian: Ana Patricia Ispanel Medinilla y Jorge Rufino Morales Toj.

B.4 Resumen del caso.

Se presentó amparo, ante el Juzgado de Paz Penal de Faltas de Turno del municipio de Guatemala, el uno de octubre de dos mil diez y se remitió posteriormente a la Corte Suprema de Justicia. Se reclama contra la emisión del Acuerdo Ministerial 146-2010, de cuatro de agosto de dos mil diez, por el Ministerio de Energía y Minas, mediante el cual se otorga autorización definitiva, por el plazo de cincuenta años, a la entidad Corrientes del Río, Sociedad Anónima, para utilizar bienes de dominio público para el proyecto denominado “Hidroeléctrica Entre Ríos” sin que previamente se consultara a las comunidades que pudieran resultar afectadas con dicho proyecto.

³⁴¹ Sistema de Consulta de Jurisprudencia Constitucional. Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2010-2015. Disponible en: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/> Fecha de consulta: 17/7/2015

B.5 Violaciones que denuncian: Los derechos de defensa, al debido proceso y de consulta a los pueblos indígenas y tribales respecto de proyectos de inversión e infraestructura que puedan afectarles.

B.6 Relación con las obligaciones del Estado.

En el presente caso la entidad Corrientes del Río, Sociedad Anónima solicitó ante el Ministerio de Energía y Minas la autorización para la construcción de una hidroeléctrica para usar el caudal de los ríos Lanquín y Chianay. Sin embargo, antes de presentar su solicitud al Ministerio correspondiente, no efectuaron la necesaria consulta previa, libre, informada y de buena fe. Existe una confusión ya que los requisitos de autorización de una hidroeléctrica, que la entidad Corrientes del Río, Sociedad Anónima cumplió, no es lo mismo que la consulta popular ante los pueblos indígenas. La oposición en el caso de las publicaciones del Diario Oficial es el procedimiento común y es para la población en general. No es una consulta dirigida directamente a los pueblos mayas, garífunas y xincas. Lo que se pretende demostrar es que el Estado no tomó en consideración la decisión de los pueblos indígenas en un acto que los afectaba directamente. Además la entidad, que realizaría el proyecto, ni siquiera informó de forma amplia y sustentada cómo la construcción de la hidroeléctrica les afectaría. En este caso el Estado incumplió con la Consulta Previa que exige el Convenio 169 de la OIT cuando haya actos administrativos que afecten a los pueblos indígenas ya que se llevo a cabo de forma posterior ya cuando la autorización era definitiva.

La Corte de Constitucionalidad falló con lugar el Amparo pero no para que el proyecto se suspendiera y se realizara una consulta previa sino que solamente para que las Comunidades entregaran una consulta, regulada en el Código Municipal, al Ministro de Energía y Minas; o hicieran una consulta acorde a sus demandas y que, en base a dicha opinión, el Ministro tomará una decisión de acuerdo con las comunidades postulantes, en relación con la protección de la flora y fauna del lugar donde va a desarrollarse el proyecto hidroeléctrico autorizado en el acto reclamado, según el resultado indicativo de la opinión. Lo anterior, en consecuencia de la vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en países independientes.

En este mismo orden de ideas la Corte determinó que es responsabilidad del Estado de Guatemala, de conformidad con la ley, por medio del Ministerio de Energía y Minas, comunicar los efectos de la consulta y de la licencia otorgadas para la construcción de la obra, debiendo precisar entre éstos, derivado de los potenciales riesgos e impactos ambientales, los efectos compensatorios a los que se obliga Corrientes del Río, Sociedad Anónima, por los posibles daños que pudiera causarse a las comunidades solicitantes de la protección constitucional, así como la implementación de medidas tendientes a prevenir, minimizar o mitigar los impactos adversos que pudiesen generarse derivados de la construcción de la obra denominada “Hidroeléctrica Entre Ríos”. No se da una solución concreta solo exhortan al Órgano Legislativo que realice la ley correspondiente, considera la CC nuevamente pertinente exhortar al Congreso de la República para que emita la normativa correspondiente en virtud de la cual: se regule todo lo referente a la forma de 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, priorizando en su agenda legislativa la tarea descrita, sea dando inicio a la elaboración de un proyecto de ley, o bien, ajustando el contenido de los que actualmente se encuentran en la sede de ese organismo.

C. Expediente 2376-2007 Corte de Constitucionalidad³⁴². Guatemala.

Inconstitucionalidad General Total.

C.1 Corte Integrada por los Magistrados: Mario Pérez Guerra (la preside), Gladys Chacón Corado, Juan Francisco Flores Juárez, Roberto Molina Barreto y Alejandro Maldonado Aguirre

C.2 Promovida por: Hidroeléctrica Río Hondo, Sociedad Anónima. Por medio de su gerente general y representante legal Paul Andrew Berkshire.

³⁴² Sistema de Consulta de Jurisprudencia Constitucional. Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2010-2015. Disponible en: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/> Fecha de consulta: 17/7/2015

C.3 En contra de: Las disposiciones contenidas en los puntos de acta tercero, cuarto y tercero de las actas veinte-dos mil cinco (20-2005), treinta y dos-dos mil cinco (32-2005) y treinta y tres-dos mil cinco (33-2005) del Concejo Municipal de Río Hondo, departamento de Zacapa.

C.4 Abogados solicitantes: Luis Pedro Álvarez Morales, Juan Sebastián Soto Lacape, Carlos Rafael Pellecer López y Jhony Adolfo Gutiérrez Castillo.

C.5 Normas que se violan en la Constitución Política de la República de Guatemala según la accionante: 1o, 2o, 39, 44, 119, 121, 129, 134, 138, 152, 153, 154 y 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala. La Municipalidad por medio de las disposiciones denunciadas, contraviene la Constitución, al haber emitido disposiciones de observancia general, atribuyéndose facultades que no le competen, ya que conforme el artículo 171 constitucional, corresponde, exclusivamente, al Congreso de la República decretar, reformar y derogar las leyes. Se vulnera el principio de jerarquía normativa contenido en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al no respetarse lo regulado en la Ley General de Electricidad (Decreto 93-96 del Congreso de la República), que, por disposición constitucional, tiene rango superior a cualquier acuerdo municipal, ya que no puede pretenderse que cualquier municipalidad del país, por medio de disposiciones propias, derogue y modifique la competencia en materia de política energética. Las entidades municipales no pueden emitir actos jurídicos que transgredan disposiciones normativas de rango legal o constitucional, ya que conforme el artículo 129 de la Constitución, es de urgencia nacional la electrificación del país; también se vulneran la competencia constitucional del Estado sobre sus propios bienes, de conformidad al artículo 121 de la Constitución, ya que, al ser las aguas para aprovechamiento hidroeléctrico un bien público del Estado y con un destino específico, el Estado cumpliendo con el mandato constitucional delegó administrativamente la disposición de la propiedad estatal en el Ministerio de Energía y Minas y demás órganos competentes, Se vulnera el artículo constitucional 134 porque no ha habido ninguna delegación por parte del Estado al municipio de Río Hondo, por medio de su Municipalidad, que lo faculte a imposibilitar el desarrollo de un proyecto hidroeléctrico en dicha circunscripción territorial, por medio

de actos como la convocatoria efectuada y que la misma tenga un efecto vinculante sobre un asunto que no es de la competencia del municipio, Los artículos 152, 153 y 154 constitucionales, consagran los principios de legalidad, competencia, supremacía de la Constitución y jerarquía normativa, los cuales fueron violados por la Municipalidad de Río Hondo, departamento de Zacapa, al emitir una serie de disposiciones en las que toma decisiones fuera de su competencia para el presente o futuro de la política energética. Las disposiciones redargüidas de inconstitucionalidad violan el artículo 39 constitucional, pues pretenden someter a consulta de los vecinos del Municipio de Río Hondo, Zacapa las facultades de uso, goce y disfrute sobre bienes de propiedad privada sobre los cuales no tienen ningún derecho; Los municipios, de acuerdo con la misma Constitución, tienen autonomía, pero dicha autonomía no es absoluta, sino que es una autonomía para ciertos aspectos, que no puede ir en contravención de la Constitución y del poder constituyente primario, y que, no puede vulnerar el *“reparto constitucional de competencias”*.

C.6 Resumen del caso.

La entidad “Hidroeléctrica Río Hondo, Sociedad Anónima cuestiona la constitucionalidad de las actas del Concejo Municipal de Río Hondo, departamento de Zacapa. La parte solicitante indica que se vulneran preceptos constitucionales debido a que las disposiciones denunciadas atribuyen facultades a la Municipal que no le corresponden. Las disposiciones redactas en las actas municipales pretenden reglamentar el Contenido del Decreto 93-98 del Congreso, Ley General de Electricidad. Según la parte solicitante la Municipalidad ha usurpado competencias que le corresponden al Ministerio de Energía y Minas, Comisión Nacional de Medio Ambiente y Comisión Nacional de Energía Eléctrica ya que es la encargada de generar, distribuir y otorgar permisos para la generación, producción y distribución de la energía eléctrica en el país. También lo relacionado con la jerarquía normativa, ya que la Ley General de Electricidad tiene rango mayor a cualquier acuerdo municipal. Asimismo la municipalidad no tiene la delegación por parte del Estado para imposibilitar el desarrollo energético ya que es de urgencia nacional.

Sin embargo la CC estima que en las disposiciones de los artículos 171 y 44 de la Constitución no se ha producido ninguna reforma legal, ni se regula ninguna materia específica, únicamente se ha convocado a un procedimiento consultivo para conocer el parecer de los vecinos del municipio de Río Hondo en un asunto de interés comunitario, estando facultado para ello el Concejo Municipal convocante, de conformidad con lo normado en los artículos 6 y 15 del Convenio ciento sesenta y nueve (169) de la OIT y del 60 al 66 del Código Municipal, por lo que no se acoge la tesis expuesta por la solicitante, con relación a la violación de dichos preceptos constitucionales.

Con respecto a las denuncias sobre violación a lo regulado en el inciso c) del artículo 119 y en los artículos 129, 134 y 138 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Corte advierte que las disposiciones normativas impugnadas no infringen lo establecido en dichos artículos, que disponen la declaratoria de urgencia nacional de la electrificación del país, con base en planes formulados por el Estado y las municipalidades, en la cual podrá participar la iniciativa privada; la obligación del Estado de adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente; la Coordinación que debe existir entre los municipios, las entidades autónomas y descentralizadas y la política general del Estado; y la obligación estatal de mantener a los habitantes de la Nación, en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza, ya que, de la lectura íntegra de tales disposiciones, puede apreciarse que éstas no se refieren a formas de obtención y disposición del patrimonio municipal, ni integran dentro de éste a ningún tipo de bienes o recursos, tampoco establecen obstáculos a las políticas de electrificación del país ni limitan derechos constitucionales. El Tribunal no encuentra que las actas del Concejo Municipal de Río Hondo, departamento de Zacapa, que se cuestionan, violen lo dispuesto en dichas normas constitucionales, porque no aprecia que, en éstas, dicho Concejo impida el ejercicio de las políticas de Estado para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los preceptos constitucionales señaladas.

Asimismo no se violan los artículos 1º y 2º constitucionales, ya que las disposiciones municipales aludidas no vulneran la seguridad jurídica, pues el Estado ejerce soberanía por delegación del pueblo, por lo que el hecho de que un concejo municipal ponga en consulta una situación que le afecta, no significa violación a los derechos constitucionales que debe proteger el Estado ni a la seguridad jurídica; sin embargo, el darle carácter vinculante y decidir sobre un asunto que compete a otro órgano estatal, en todo caso, lo que existe es una extralimitación de competencias del Concejo convocante.

Con relación a la denuncia de violación de los artículos 39 y 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que garantizan el derecho a la propiedad privada, el primero, y enumera los bienes de dominio estatal, el segundo, este Tribunal estima que las disposiciones normativas objetadas no colisionan con tales preceptos constitucionales, puesto que éstas no transfieren al Concejo Municipal el dominio de los mismos y tampoco disponen que dichos bienes tendrían una naturaleza diferente a la que se les otorga en los artículos constitucionales citados.

En cuanto a la denuncia de violación constitucional que realizó la accionante, por considerar vulnerados los artículos 152, 153 y 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala -referidos al ejercicio del poder público, el imperio y la sujeción a la ley-, esta Corte encuentra inconstitucional los puntos cuarto y tercero de las actas treinta y dos-dos mil cinco (32-2005) y treinta y tres-dos mil cinco (33-2005), de fecha cinco y siete de julio de dos mil cinco, respectivamente, ambas del Concejo Municipal de Río Hondo, departamento de Zacapa ya que extendió sus atribuciones a funciones que, de conformidad con la Carta Magna y las leyes ordinarias del país no le corresponden, pues dio carácter obligatorio al resultado de un procedimiento consultivo sobre el tema de la energía eléctrica y las hidroeléctricas, que no es de su competencia y sobre el que no puede regular aspecto alguno. Debe tenerse presente que ese asunto compete al Ministerio de Energía y Minas, al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

C.7 Relación con las obligaciones del Estado.

Al considerar de urgencia nacional la electrificación del país el Estado incumple con realizar una consulta previa. Si bien ésta no es vinculante, de acuerdo a la CC, el Estado debe permitir que se tenga información anticipada, explicar de forma clara y ampliada el proyecto que se va a desarrollar. Siguen dando autorizaciones de implementar proyectos sin que se consulte a los pueblos indígenas aunque sea una obligación establecida en el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Si bien la municipalidad no tiene la potestad de decidir si se da la licencia de construcción o el efecto vinculante de sus acuerdos municipales, es el momento de considerar la decisión que toma la Corte de Constitucionalidad de decretar una ley que regule la consulta previa y que órgano del Estado debería ser el encargado de llevar a cabo la consulta popular. En este sentido la CC considera que la normativa que regula las consultas populares referidas en el Convenio 169 de la OIT, el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, es amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta, la Corte nuevamente exhorta al Congreso de la República de Guatemala 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; b) para efectivizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas, referido en los artículos 15 del Convenio 169 de la OIT y 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, se legisle sobre la forma cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos, quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos; y c) proceda a hacer una revisión legislativa y a reformar aquellos mecanismos de publicación y oposición de los vecinos, en cuando a decisiones que tengan un impacto ambiental, con el fin de asegurar el conocimiento y la posibilidad de pronunciarse de las comunidades afectadas.

3.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A.1 Caso Yatama Vs. Nicaragua.³⁴³ Sentencia 23 de junio de 2005.

A.2 Integrada por los Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Oliver Jackman, Juez; Antônio A. Cançado Trindade, Juez; Cecilia Medina Quiroga, Jueza; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Diego García-Sayán, Juez; y Alejandro Montiel Argüello, Juez *ad hoc*;

A.3 Promovida por: El partido político regional indígena Yapti Tasba Masrak Nanih Asla Takanka (YATAMA)

A.4 Ante: La Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado del Nicaragua

A.5 Resumen del caso.

A principios del año 2000, se reforma la Ley Electoral de Nicaragua, obligando a las asociaciones de suscripción popular como lo era YATAMA, a inscribirse como partido político, violando así los derechos humanos, en el caso en cuestión del derecho fundamental de elegir y ser electo. Se concretó una alianza electoral entre el Partido de los Pueblos Costeños (PPC), el partido YATAMA y del Partido Indígena Multiétnico (PIM) con la denominación UNIDAD PIM/YATAMA/PPC, liderada por el primero, para participar en la RAAS (Región Autónoma del Atlántico Sur). La armonía duró poco y el PIM se retiró de la alianza. YATAMA informó al Consejo Supremo Electoral (CSE) que el acuerdo había terminado y participaría por su cuenta en las elecciones. El PPC y YATAMA comunicaron al CSE que mantenían la alianza para la RAAS (Región Autónoma del Atlántico Sur), con el nombre y liderazgo del PPC y el día siguiente, dentro del plazo establecido al efecto, presentaron su lista de candidatos para dicha región al Consejo Electoral Regional de Bluefields. Ese mismo día, YATAMA sometió su propia lista para 5 de los 6 municipios de la RAAN (Región Autónoma Atlántico Norte). El CSE publicó, conforme lo establecía la ley vigente, una lista preliminar que incluía estos últimos, sin que ninguna candidatura fuera impugnada. Sin embargo, el CSE, mediante una resolución publicada de forma posterior, cancela candidaturas de

³⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Costa Rica. 2005. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf Fecha de consulta 18/7/2015

varios partidos que no cumplieron con el mínimo de firmas para su inscripción, dentro de las que se encontraba el partido con el que YATAMA tenía la alianza. YATAMA solicitó al CSE se le permitiera participar con su “propia identidad” en la RAAN, donde no operaba la alianza con el PPC, y con la lista de candidatos que había sido publicada. No se acreditó dentro del expediente que se hubiera dado respuesta a esta gestión. El CSE emitió otra resolución, mediante la cual excluyó a YATAMA de participar en el proceso electoral en curso, tanto en la RAAN como en la RAAS, señalando que dicha organización no había obtenido su personería jurídica a tiempo ni presentado candidatos en el 80% de los municipios, como era requerido de conformidad con la normativa vigente. En la demanda se indicó que las presuntas víctimas presentaron diversos recursos contra dicha resolución y, finalmente, el 25 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por éstos. La Comisión señaló que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000, como tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó “normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan”.

A.6 Normas que se violan en la Convención Interamericana de Derechos

Humanos: La Comisión presentó la demanda con el fin de que la corte decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los derechos) y 2 (Debe de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes, y concejales presentados por el partido político regional YATAMA.

A.7 Relación con las obligaciones del Estado.

En relación con sus obligaciones, el Estado de Nicaragua incumplió con varios procedimientos judiciales para que se pudiera defender sobre actos arbitrarios del Consejo Supremo Electoral. Al presentar la documentación requerida, para crear un partido político, que desde una perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es propio de las organizaciones políticas indígenas, solicitan requisitos complejos que se les hace complicados cumplir a los pueblos indígenas. Se violó por consiguiente su derecho en participar en los comicios regionales de su país. Uno de los requisitos era tener el 3% de firmas de ciudadanos, en relación al total de registrados en el Padrón Electoral de las últimas elecciones nacionales o el 3% de firmas de ciudadanos identificados con el número de cédula, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Electoral del año 2000; otro requisito era que para las elecciones municipales los partidos políticos debían inscribir candidatos al menos en el ochenta por ciento de los municipios.

El Consejo Supremo Electoral denegó la participación política del partido político YATAMA porque no cumplió con el 3% de las firmas de los ciudadanos nicaragüenses ni tampoco con el 80% de la inscripción de candidatos en los municipios. Además no se les notificó en tiempo para subsanar dicho requisito previo o sustituir a los candidatos. Al saber el partido político que no podía inscribir a sus candidatos para las elecciones municipales presentó un amparo ante la Corte Suprema de Justicia para resolver la violación a sus derechos.

La Corte resolvió que, por ser un caso puramente electoral y no de partidos políticos, no cabía recurso alguno. Evitó de esta manera que YATAMA pudiera participar en las elecciones del año 2000. Afectó así a los ciudadanos que iban a votar por el partido político que representaba sus valores, costumbres e ideales. Por ende violó el derecho político de elegir y ser electo.

La Corte Interamericana resolvió que se debía resolver la situación de plantear un recurso en contra de la resolución del Consejo Supremo Electoral por que violaba el derecho de los pueblos indígenas del debido proceso de ser citado, oído y vencido en

juicio. La Corte determinó que se debía aplicar el principio de reparación ya que se les debió solicitar requisitos posibles de cumplir a las organizaciones indígenas y, por consiguiente, no violar su derecho de participación política y de representación dentro de las organizaciones estatales.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos dispuso que el Estado debía adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas necesarias para establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permitiera controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afecten los derechos políticos, con observancia de las garantías legales y convencionales respectivas, y derogar las normas que impidan la interposición del recurso. También que el Estado reformará la Ley Electoral de 2000 para regular con claridad las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de participación electoral, los procedimientos que debe observar el Consejo Supremo Electoral al determinar tal incumplimiento y las decisiones fundamentadas que al respecto debe adoptar dicho Consejo, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado.

Asimismo el Estado debía reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral del 2000 declarados violatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam³⁴⁴

Sentencia 28 de noviembre de 2007.

B.1 Integrada por los Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente; Cecilia Medina Quiroga, Vicepresidente; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Leonardo A. Francisco, Juez; Maragerette May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, jueza;

³⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. Costa Rica. 2007
Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf Fecha de consulta 18/7/2015

B.2 Promovida por: Asociación de Autoridades Saramaka (ASS) y doce capitanes Saramaka en su nombre así como en el nombre del pueblo de Saramaka.

B.3 Ante: La Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Surinam

B.4 Resumen del caso.

El caso de pueblo de Saramaka contra Surinam consiste en la violación de los derechos humanos, específicamente el de la propiedad privada de los pueblos de Saramaka. La comisión alegó que no han adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso de goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente. El Estado ha violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo de Saramaka al no brindar acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho de poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

B.5 Normas que se violan en la Convención Interamericana de Derechos Humanos: La Comisión solicitó a la Corte que declarará la responsabilidad internacional del Estado por violación de los artículos 2 (Disposiciones de derecho interno) y violación de los artículos 3 (Derecho al reconocimiento de personalidad jurídica), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Derecho a la protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1 (Obligación de respetarlos derechos) de dicho instrumento.

B.6 Relación con las obligaciones del Estado.

En relación con las obligaciones del Estado de Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó lo siguiente. Si bien es cierto el pueblo Saramaka no es originario de Surinam ya que llegó en la época de la colonización, sí cumplen con las características que identifican a todos los pueblos tribales, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad

nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.

El Estado en relación al territorio del pueblo Saramaka está obligado a reconocerlo respetarlo, protegerlo y garantizarlo. Debido a que el pueblo de Saramaka se reconoce como una unidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen sus derechos, según el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos se debe proteger el derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal.

El Estado no reconoce los derechos de los pueblos indígenas y tribales respecto a sus tierras, recursos y territorios comunales solamente reconoce privilegio sobre el uso de la tierra. Es por este motivo que el Estado debe reconocer el derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos de Saramaka, en el marco de su sistema colectivo de propiedad y establecer los mecanismos necesarios para hacer efectivo a nivel interno el derecho consagrado en la convención.

El Estado de Surinam argumentó que establecer leyes especiales para el pueblo Saramaka se consideraría discriminatorio con el resto de los ciudadanos, sin embargo determinó que no hay discriminación, basándose en el principio establecido en el derecho internacional, que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación. Por este motivo el Estado no puede argumentar incapacidad para garantizar y adoptar, en su derecho interno, medidas especiales para reconocer las formas comunales de posesión de la tierra.

En relación a los recursos naturales a pesar de ser bienes del Estado deben ser protegidos y delimitados en relación a los pueblos tribales. Los pueblos de Saramaka obtienen de dichos recursos su medio de supervivencia. Asimismo un Estado que otorga concesiones para explotar y extraer las tierras de los Saramakos, viola el derecho de protección de los recursos naturales. Sin embargo se puede restringir por parte del Estado el derecho a la propiedad privada de los pueblos por ser bien del Estado, siempre y cuando se limite lo suficiente para su subsistencia y cumpla con los siguientes requisitos: a) estén previamente establecidos en ley, b) sean necesarios, c)

proporcionales y d) tengan como fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Ahora bien no se debe olvidar que si se permiten las concesiones se deben adoptar tres garantías indispensables: participación efectiva de conformidad con sus costumbres y tradiciones, que el Estado garantice que se beneficien razonablemente del plan de explotación o extracción que se lleve en su territorio y previo a autorizar la concesión el Estado debe garantizar un estudio de impacto ambiental.

En un plano jurídico, la persona individual no representa a la comunidad en su conjunto. Las decisiones individuales dependen del individuo y no del pueblo Saramaka conforme a sus tradiciones. Por consiguiente se debe reconocer al pueblo de Saramaka que tengan libre acceso a tribunales para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos colectivos.

En ese orden de ideas, la Corte indica que es necesario que se tomen medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe colectivamente y así ser capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. En este sentido el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad del reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, respetando sus costumbres y tradiciones, asegurando en este caso el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso del Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador³⁴⁵

Sentencia 27 de junio de 2012.

C.1 Integrada por los Jueces: Diego García-Sayán, Presidente; Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente; Leonardo A. Franco, Juez; Margarette May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, Jueza; Alberto Pérez Pérez, Juez; Eduardo Vio Grossi, Juez.

³⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. Costa Rica. 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf Fecha de consulta 19/7/2015

C.2 Promovida por: Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku (Tayjasaruta), el Centro de Derechos Económicos y Sociales (“CDES”) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (“CEJIL”).

C.3 Ante: La Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado del Ecuador.

C.4 Resumen del caso.

El Estado del Ecuador otorgó un permiso a una empresa petrolera privada para que explorará y explotará el territorio del pueblo Kichwa de Sarayaku, en la década de 1990, sin que se les hubiera consultado previamente y sin su consentimiento. Se iniciaron las fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, creando un riesgo para la población, ya que durante un período le habría impedido buscar medios de subsistencia y le habría limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. Además, el caso se refiere a la alegada falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales.

C.5 Normas que se violan en la Convención Interamericana de Derechos Humanos: La Comisión solicitó a la Corte que declarará la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

C.6 Relación con las obligaciones del Estado.

El pueblo indígena de Sarayaku se encuentra ubicado en la región amazónica del Ecuador, en el área del bosque tropical, en la provincia de Pastaza. Se sabe que el pueblo de Sarayaku subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Inclusive se han organizado de tal forma que las decisiones se toman en la tradicional asamblea comunitaria, denominada Tayjasaruta. Se encuentran organizados bajo un consejo de gobierno integrado por líderes tradicionales de cada comunidad

(kurakas y varayuks), autoridades comunitarias, exdirigentes, mayores, sabios tradicionales (yachaks), grupos asesores y técnicos de la comunidad. El 12 de mayo de 1992 el Estado adjudicó, a través del Instituto de Reforma Agraria y Colonización, en la provincia de Pastaza y en forma indivisa, un área singularizada en el título que se denominó Bloque 9, correspondiente a una superficie de 222.094 Ha. o 264.625 Ha., a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales corresponden a Sarayaku aproximada y tradicionalmente 135.000 Ha.

Se convoca a una licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional ecuatoriano y el 26 de julio de 1996 se suscribe un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el “Bloque 23” entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) (en adelante “CGC” o “compañía CGC” o “empresa CGC”) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado en el contrato para ese efecto comprendía el territorio Sarayaku. Este territorio ancestral y legal abarcaba un 65% de los territorios comprendidos en el Bloque 23. De acuerdo con las disposiciones del contrato celebrado en 1996 entre PETROECUADOR y la compañía CGC, la fase de exploración sísmica tendría una duración de cuatro años –con posibilidades de prórroga hasta por dos años– a partir de la fecha en la que el Ministerio de Energía y Minas aprobara el estudio de impacto ambiental. La Compañía CGC subcontrató a otra empresa para la realización de un plan de impacto ambiental para la prospección sísmica; este fue realizado en mayo de 1997 y aprobado el 26 de agosto siguiente por el Ministerio de Energía y Minas. Este estudio no incluyó a Sarayaku.

Debido al constante acoso de la empresa contra el pueblo Sarayaku tratando de manipular las decisiones de y engañar al pueblo para que aceptaran, sin manifestar, la exploración y explotación de sus territorios, el 28 de noviembre de 2002 el Presidente de la OPIP, representante de las 11 asociaciones del pueblo Kichwa de Pastaza, presentó un recurso de amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la empresa CGC y contra Daymi Services, subcontratista de

aquella. En dicho recurso se alegó que desde 1999 la CGC había ejecutado acciones diversas destinadas a negociar de forma aislada y separada con las comunidades. El 29 de noviembre de 2002 dicho Juez admitió a trámite el amparo y ordenó, como medida precautoria, “suspender cualquier acción actual o inminente que afectare o amenazare los derechos que son materia del reclamo”, así como la celebración de una audiencia pública, que no se llevó a cabo. El 12 de diciembre de 2002 la Corte Superior de Justicia del Distrito de Pastaza observó “irregularidades” dentro de su trámite [y manifestó que era] preocupante la total falta de celeridad [...del] recurso, tomando en consideración las repercusiones de orden social que su objetivo implica”.

Al momento de iniciar su exploración y usar explosivos la CGC afectó al territorio Sarayaku, ya que se destruyó al menos un sitio de especial importancia en la vida espiritual de los miembros del Pueblo Sarayaku, en el terreno del Yachak Cesar Vargas. Del mismo modo, la empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Los trabajos de la petrolera ocasionaron la afectación y suspensión, en algunos periodos, de actos y ceremonias ancestrales culturales del Pueblo Sarayaku.

Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 se denunciaron hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku. El 4 de diciembre de 2003 unos 120 miembros del Pueblo Sarayaku fueron agredidos por miembros de otro pueblo indígena, en presencia de agentes policiales, cuando se dirigían a una “marcha por la paz y la vida” que se realizaría dos días después en Puyo. Resultaron heridos varios miembros de Sarayaku. Los hechos fueron denunciados e insuficientemente investigados. Desde agosto de 2007 el Estado realizó varias gestiones para proceder al retiro de la pentolita del territorio Sarayaku, en relación con las medidas provisionales ordenadas por la Corte. A la fecha de emisión de la Sentencia, el Estado habría retirado 14 kg. de la pentolita enterrada en superficie. El 19 de noviembre de 2010 PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de

Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23.

La Corte reiteró que el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Es indispensable que su derecho a la propiedad se garantice y así lograr su supervivencia física y cultural y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. Si bien no estaba en duda la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku sobre su territorio, cuya posesión ejerce en forma ancestral e inmemorial, la Corte consideró pertinente destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que aquél mantiene con su territorio, en particular, las características específicas de su “selva viviente” (Kawsak Sacha) y la relación íntima entre ésta y sus miembros, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

El Tribunal estableció que la obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos, reconocidos en la normatividad interna e internacional, implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, en particular sus normas e instituciones, de tal forma que la consulta pueda llevarse a cabo efectivamente de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

Capítulo 4.

Derecho Comparado.

En esta parte del trabajo se escogieron países latinoamericanos que han logrado implementar tanto en sus normas constitucionales como en su legislación ordinaria, la protección de los derechos indígenas así como las iniciativas que permiten la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de una nación plurinacional.

4.1 Bolivia.

Ramiro Molina Rivero señala que si se entiende que el carácter comunitario se traduce en derechos colectivos en la nueva Constitución, basados en el reconocimiento de las instituciones que estructuran los comportamientos y conductas colectivas de las comunidades rurales, entonces la Constitución Política del Estado se refiere a las *marqas*, los *ayllus*, las *tentas*, las capitanías, las comunidades agrarias sindicales y neo comunidades, también llamadas interculturales.³⁴⁶

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en el nuevo constitucionalismo (Constitución del 2009), se reconocen a partir de las comunidades y de la estructura y organización de las instituciones propias de cada pueblo. Esto para enfatizar el respeto que les debe el Estado a dichos organismos y evitar que se sigan violando sus derechos fundamentales.

Molina Rivero además agrega que la institucionalidad del nuevo bloque de poder teóricamente trae efectivamente otras experiencias. No solamente trae idiomas, otras culturas, otros héroes, otras referencias geográficas, sino también trae una diversidad de prácticas diferenciadas en el orden socioeconómico y político. Por ejemplo, en el campo político existen diferentes maneras de prácticas democráticas de corte participativa, en la que lo colectivo y las individualidades se unen en sistemas rotativos, pero también electivos, para asumir cargos públicos. En el campo económico, las

³⁴⁶Rojas Tudela, Farit y otros. Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina. Bolivia. Konrad Adenauer Stiftung. 2011. Pág. 58

experiencias provienen de prácticas cotidianas diferentes, donde se aplican racionalidades diferenciadas provenientes tanto de sistemas tradicionales asociativa en la producción, formas de reciprocidad y distribución, como también del sistema del mercado moderno globalizado altamente monetarizado.³⁴⁷

Se está frente a la unificación de dos mundos que al entrelazarse hacen una sociedad más fuerte. Enraizar dos culturas no es fácil, sin embargo en Bolivia ya se está promoviendo la iniciativa y al parecer es todo un éxito. Contextualizar la situación en un mundo globalizado, donde muchos buscan aprender nuevos idiomas, nuevas culturas, evidentemente son necesarias. Ahora los pueblos indígenas juegan un papel vital ya que ayudan a desarrollar éste fenómeno a nivel nacional. Qué mejor forma de implementar la globalización que aplicar técnicas ancestrales para aplicar la política, y desarrollar la economía no solo desde una visión individual sino colectiva. Desde luego buscando el perfeccionamiento de las modalidades institucionales del Estado y de la organización de pueblos indígenas para dirigir la planificación de la nación, para cumplir con las necesidades de la población.

Raúl Prada Alcoreza aclara que la estructura del texto constitucional consta de cinco partes: caracterización del Estado, derechos, deberes y garantías; estructura y organización funcional del Estado; estructura y organización territorial del Estado; estructura y organización económica del Estado; y jerarquía normativa y reforma de la constitución, donde se encuentran las disposiciones transitorias. La primera parte hace al bloque dogmático de la Constitución y las otras partes, exceptuando la última, hacen al bloque orgánico de la Constitución. La caracterización del Estado establece que Bolivia es un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías.³⁴⁸

Los aspectos que indica el autor, son los que hay que tomar en cuenta en el momento de reflejar todo lo relacionado a los pueblos indígenas en el Estado de Guatemala, su

³⁴⁷ *Loc. Cit.*

³⁴⁸ Prada Alcoreza, Raúl. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. En: Crítica y emancipación: Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, no. 1 (jun. 2008-). Buenos Aires : CLACSO, 2008 Pág. 39

Constitución y su legislación. La unión hace la fuerza, un país que se organice buscando la armonía social y política crece sin rencores, sin desprecio sin dividirse entre ladinos e indígenas. Para lograr un Estado estructuralmente fuerte se debe partir de una base que sustente las diferencias, reconociéndolas y protegiéndolas.

Prada Alcoreza argumenta que la representación se abre a varias formas, directa y participativa, por voto universal y comunitaria de acuerdo a normas y procedimientos propios. Este universo representativo condice con el pluralismo de las formas de representación y con la diversidad de sujetos, sujetos individualizados y colectivos, sujetos femeninos y de las comunidades. Habla también de las distintas formas de la democracia, representativa, directa y comunitaria. La democracia retorna al devenir de la acción política y a la forma primordial de deliberación: la asamblea. Se rompe, entonces, el monopolio de la clase política, politizando el ejercicio mismo en todos los ámbitos de la gestión social. La democracia ya no es de pocos sino de todos. Los muchos ejercen su mayoría en dialéctica con las minorías, dialéctica donde se pone en escena la trama de los intereses y las perspectivas, lugar donde se da la ocasión de la síntesis política.³⁴⁹

Con la nueva Constitución -promulgada en el 2009-, en Bolivia se ve una libertad menos incipiente, más protegida, más potencializada. Se trata de una República que busca la participación como elemento esencial de la democracia. La representación y el pluralismo estatal se enfatizan en una democracia más incluyente en las ramas administrativas y estatales. Se busca un consenso, una manera de agrupar las diferentes ideas y llegar a propuestas que permitan una democracia donde participen todos los sectores de la sociedad, no tan solo unos pocos. La mejor forma, como bien lo indica el autor, es la asamblea.

Linda María Bustillos Ramírez afirma que tanto en Ecuador como en Bolivia, al señalar a los pueblos indígenas como nacionalidades dentro del Estado, están reconociendo la existencia de unos lazos afectivos con el territorio, producto de sus propios procesos históricos, que los diferencian de otras culturas. En este orden, la plurinacionalidad

³⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 40

admite no sólo la existencia de la diversidad cultural sino también la idea de que el sentimiento nacional no se puede abordar desde una perspectiva exclusivamente orientada en la trilogía – ciudadano – nación – Estado –, sino que el concepto evoluciona para dar cuenta que el indígena primero tiene un sentido de pertenencia a su pueblo, que además se encuentra estrechamente vinculado con su territorio, (indígena – territorio – pueblo) y que, a su vez, dentro de este posee una identidad hacia el Estado.³⁵⁰

La diferencia que hace el autor es importante, al tener una nacionalidad pueden pertenecer y participar, como nación, en las decisiones del Estado. La evolución democrática consistente entonces ya no a enfocarse solamente al ciudadano sino al interés de sus pueblos y su territorio que lo identifica entonces como pueblos indígenas, respetando sus derechos colectivos.

Bustillos Ramírez puntualiza que en la Carta Magna de Bolivia se regulan las autonomías indígenas en los tres niveles: departamentales, municipales y regionales, pertenecerán a uno u otro en función de la dimensión de los espacios ancestrales que han ocupado estos pueblos desde la construcción del Estado-Nación. Además, se establece un gobierno descentralizado en el que las entidades autonómicas podrán formar parte del presupuesto del aparato estatal, gestionar sus recursos, (artículo 298 de la Constitución Política de Bolivia en adelante CPB), incluir las organizaciones políticas tradicionales de estos grupos para la toma de decisiones (artículo 272 de la CPB) y ejercer las facultades legislativas, fiscalizadoras, ejecutivas y reglamentarias. Este proceso permitirá que estos colectivos puedan estar involucrados en las decisiones y en la creación de políticas públicas, generando de esta manera una gestión pública intercultural.³⁵¹

En Guatemala los pueblos indígenas podrían mejorar su organización ya existente, dependiendo de cómo se considere su territorio ancestral; estos territorios ancestrales en algún momento será necesario identificarlos. El presupuesto nacional no refleja las

³⁵⁰ Bustillos Ramírez, Linda María. “Algunos elementos para la configuración de Estados-plurinacionales en América Latina desde la mirada de los derechos indígenas.” *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 29, 2014-I. España. Diciembre 2014. Pág. 39

³⁵¹ *Ibíd.* Pág. 40

necesidades de los pueblos indígenas guatemaltecos; la inclusión de las mismas permitiría aplicar y desarrollar sus intereses dentro del territorio indígena.

Bustillos Ramírez explica que Bolivia ha repensado sus instituciones trascendiendo desde una visión monocultural a otra más incluyente y democrática basada en la plurinacionalidad. Así, la Asamblea Legislativa Plurinacional mantiene su misma estructura bicameral, pero incorpora las circunscripciones especiales indígena originario campesina, estableciendo que las elecciones en éstas sean directas, lo cual significa que, siguiendo el principio de proporcionalidad y dada la densidad poblacional de estos grupos, contarán con una mayor representación. En cuanto al Órgano Electoral Plurinacional, introduce una representación más equitativa, sus funciones también se democratizan, acompañando a las autonomías en procesos de consulta, selección de autoridades tradicionales, de acuerdo a sus usos y costumbres, es decir, se involucran tanto en las elecciones realizadas en el ámbito del sistema occidental como en las convocadas por los pueblos originarios.³⁵²

En Guatemala se puede impulsar la forma propia de elegir de los pueblos indígenas, pero también se debe promover su participación en los sistemas de elección y de decisión del Estado. Se podría pensar en circunscripciones especiales indígenas para que en el Congreso de la República exista una mayor representación indígena, acorde a la población a que representen. Las alcaldías indígenas y comunitarias mencionadas anteriormente comprenderían un elemento importante en el auge que pudiera tomar la inclusión y participación indígena en la administración pública, sobre todo en aspectos propios de sus comunidades, para mantener sus costumbres y tradiciones. Para lograr ese objetivo, las autoridades correspondientes deben promover en una forma integral y sistemática la participación de regiones de población mayoritariamente indígena.

Franco Gamboa Rocabado añade que el conjunto de reformas constitucionales llevadas a cabo en Bolivia representa uno de los acontecimientos más importantes en toda América Latina, sobre todo porque fue un proceso largo, conflictivo, y con múltiples significados para repensar la institucionalización democrática y las crisis de

³⁵² Bustillos Ramírez, Linda María. *Op. Cit.* Pág. 42

governabilidad en la región, especialmente a partir de intensas movilizaciones sociales que todavía hoy buscan transformar el carácter profundo del Estado, incluso tropezando con varias equivocaciones y aspiraciones contradictorias.³⁵³

No obstante que los procesos pueden ser largos y conflictivos, los pueblos indígenas deben ser dinámicos para lograr sus objetivos. Lo que significa buscar la forma de congregarse y exigir sus derechos. La finalidad de los pueblos indígenas es transformar el Estado para que sea más incluyente y participativo.

Bustillos Ramírez concluye que se reconfigura el mecanismo de justicia y el Tribunal Constitucional Plurinacional en adelante (TCP). En cuanto al primero se agrega la jurisdicción especial indígena, reglamentada en la ley de deslinde jurisdiccional, potencialmente aplicable si concurren los tres ámbitos de vigencia: el personal (que sea un miembro de la respectiva nación o pueblo); el material (pueden conocer de los asuntos que históricamente han solventado) y el territorial (sólo dentro de los territorios indígenas). En cuanto al TCP, en su composición tiene mayor representación de estos grupos, lo que establece un equilibrio, tanto en el momento de jerarquizar las demandas por violación de los principios constitucionales como en el contraste de visiones necesarias para dictar una sentencia.³⁵⁴

Es muy interesante la creación, en la nueva constitución boliviana, del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Indudablemente responde a las necesidades de justicia en un país como Bolivia, mayoritariamente indígena. Da la posibilidad, como dice el autor, de una mayor representatividad de los grupos indígenas. Se siguen dando, asimismo, argumentos, a lo largo del documento, para que se circunscriban los territorios nacionales indígenas en los registros respectivos del país. Desde luego esto con el objeto de que puedan aplicar justicia dentro de su jurisdicción y en los ámbitos que les competen. En relación a los tribunales de justicia es necesario que su composición, debido a los diferentes idiomas del país, sea representativa designando

³⁵³ Gamboa Rocabado, Franco. "Transformaciones constitucionales en Bolivia. Estado indígena y conflictos regionales." *Colombia Internacional*, núm. 71. Colombia. enero-junio, 2010. Pág. 153

³⁵⁴ Bustillos Ramírez, Linda María. *Op. Cit.* Pág. 42

personas que tengan relación y conocimientos de las formas culturales, sociales y políticas de los pueblos indígenas.

Gamboa Rocabado analiza que los cambios constitucionales en Bolivia caen por fuera de las teorías sobre la consolidación democrática y la gobernabilidad porque se considera que cualquier institucionalización racional-moderna, mediante la representación de los partidos y una reforma estatal caracterizada por la modernización en la gestión pública, no responde al carácter multicultural del país. Aprobar la Constitución en febrero de 2009 fue un intento para que el gobierno de Evo Morales demostrara el rumbo de sus reformas, que caminaban hacia un socialismo del siglo XXI, mezclado con la construcción de un Estado indígena plurinacional.³⁵⁵

Está claro que, en países multiétnicos, los cambios de una constitución deben realizarse con un fin integracionista. No se puede plantear que son reformas sólo aquellas que modernizan al Estado sino aquellas que promueven el fortalecimiento del sistema económico, político, social y cultural de un país pluricultural, multiétnico y plurinacional.

Gamboa Rocabado indica que Evo Morales apela constantemente a los movimientos sociales y las culturas originarias. La consulta directa y la movilización instrumental de los pueblos indígenas, contrariamente, están impulsando sus propias condiciones de erosión e inestabilidad durante los procesos de implementación constitucional porque el particularismo étnico-cultural, junto al corporativismo de los sindicatos campesinos, desatan más conflictos y debilitan al Estado como autoridad reconocida en el ámbito nacional.³⁵⁶

Se reconoce que la implementación constitucional es, contrariamente a lo que se piensa, una iniciativa compleja. Lo que sucede es, los pueblos indígenas, que están bien organizados tienen condiciones requeridas para que se responda a sus necesidades. El inconveniente surge cuando diferentes tendencias alzan la voz para exigir sus derechos. Lo anterior genera conflictividad y debilita al Estado, pues si bien

³⁵⁵ Gamboa Rocabado, Franco. *Op. Cit.* Pág. 157

³⁵⁶ *Loc. Cit.*

es cierto tiene iniciativas pro pueblos indígenas, debe considerar todas las perspectivas. Es decir considerar los planteamientos propuestos, buscando desde luego que los cambios se logren a largo plazo. Para evitar la conflictividad, se deben promover asambleas que tomen en consideración las diferentes perspectivas que los pueblos indígenas utilizan para velar por sus derechos.

Gamboa Rocabado refiere que la nueva Constitución se caracteriza por ampliar una serie de derechos sociales, junto con la identidad heterogénea de un país que trata de contrarrestar la segregación racial. El artículo 98 establece que "la diversidad cultural constituye la base esencial del Estado plurinacional comunitario [...]. El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositadas de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones". Se afirma, por lo tanto, que el patrimonio indígena es la expresión e identidad del Estado en Bolivia, reconociéndose además el autogobierno de los pueblos indígenas, sus instituciones y entidades territoriales ancestrales. Esto, sin duda, democratiza más el sistema político pero tensiona las orientaciones institucionalistas del constitucionalismo porque los pueblos indígenas estarían más interesados en desmontar las instituciones de la democracia occidental, antes que en protegerlas.³⁵⁷

Definitivamente se deben ampliar los derechos sociales de los pueblos indígenas de acuerdo a la colectividad que conforman. Además, al igual que Bolivia, Guatemala con una identidad diversa, tiene que equilibrar las diferencias raciales. En la Constitución Política de la República de Guatemala es necesario establecer la diversidad cultural como el inicio para identificar un Estado pluricultural. La fortaleza de un Estado multicultural es la multiplicidad de etnias que la constituyen; por consiguiente, reconocer pero además integrar su cultura, sus saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones permite un Estado con una estructura más sólida desde todo punto de vista. El patrimonio indígena, su territorio, sus formas de gobierno e instituciones exteriorizan ante la sociedad nacional una democracia más afianzada. El meollo en este caso es que los pueblos indígenas y las instituciones constitucionales

³⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 158

no sean contrarias ni confrontativas, sino busquen consensuar acuerdos en ambas vías. Buscando el respeto, la mejor forma de aplicación de las dos visiones.

Gamboa Rocabado agrega que la Constitución incorpora un modelo de Estado con una estructura de autonomías y organización territorial donde emerge un tipo de Estado federalista. Ésta es la parte más novedosa, pues toda la tercera parte del texto constitucional especifica la reestructuración territorial del Estado, reconociéndose cuatro tipos de autonomía: departamental, regional, municipal e indígena, con sus respectivos órganos ejecutivos, capacidades legislativas, deliberativas y fiscalizadoras.³⁵⁸

El autor menciona la incorporación en la constitución de un Estado federalista. Es indudablemente una innovación, pero explicable, en una sociedad diversa. Pensando en Guatemala, se podría implementar una estructura departamental, fortaleciendo las instituciones autónomas del municipio, y además implementar elecciones para elegir a sus alcaldes indígenas y alcaldes comunitarios, incluso, al gobernador departamental; lo anterior para volver, más democrático, el sistema de elección de autoridades, en las regiones de pueblos indígenas.

Gamboa Rocabado expone que en las reformas referidas a la organización funcional del Estado, lo más importante es la composición de las cámaras de diputados y senadores que amplían la posibilidad de representación indígena, junto con la elección por voto universal de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental, el Consejo de la Judicatura y el Tribunal Constitucional Plurinacional. Se incorporó la justicia indígena originaria campesina con el mismo estatus que la justicia ordinaria. Las funciones otorgadas al Estado para la prestación de servicios sociales y las funciones económicas se amplían sustancialmente.³⁵⁹

Es una difícil y complicada evolución para el Estado. Sin embargo es imprescindible para lograr la nación multiétnica, multicultural y plurilingüe que se busca. En Guatemala por ser un Estado unitario, (no Federal como México, Brasil, Estados Unidos de

³⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 158

³⁵⁹ *Ibíd.* Págs. 158-159

América, no existe un sistema bicameral en el Congreso. Podría ser difícil de implementar, por esa vía, la representación de los pueblos indígenas en el órgano legislativo. Solo podría ser por la vía de la participación en los partidos políticos o por acciones positivas aumentando en las planillas electorales el peso de los indígenas. En el ámbito del Organismo Judicial, ahora (año 2015) que se visualiza con mayor fuerza la necesidad de reformas, se podría pensar también en formas de lograr mayor participación de profesionales indígenas en judicaturas y en magistraturas, en territorios de población originaria se elegiría a personas con la misma identidad, transformándose en un sistema de justicia más acorde a la realidad nacional.

Gamboa Rocabado afirma que los problemas de implementación constitucional que Bolivia enfrenta resaltan la contradicción entre el modelo de democracia denominada neoliberal y aquella democracia originaria o directa, según la perspectiva de los movimientos indígenas que participaron en la Asamblea Constituyente entre 2006 y 2007. Es muy relevante porque la ideologización del proceso político boliviano llevó, peligrosamente, a descartar muy prematuramente la democracia neoliberal, que, vista con seriedad y rigurosidad conceptual, es parte de la teoría democrática "normal".³⁶⁰

Desde luego la democracia "originaria", como lo menciona el autor, es la democracia directa o participativa, la que muchos pueblos han buscado a lo largo de su historia. Si bien es cierto que las instituciones constitucionales se mantienen, en algún momento, los pueblos pueden ejercer su soberanía para reclamar la reorganización del Estado y sobre todo, de parte de sus gobernantes, que escuchen, atiendan e implementen soluciones a sus demandas.

Gamboa Rocabado determina que el Régimen Electoral Transitorio norma la elección de gobernadores, prefectos, vicegobernadores y asambleas legislativas en los nueve departamentos de Bolivia, que se convierten, de hecho, en la cabeza política de los futuros órganos ejecutivos departamentales con derecho al ejercicio del poder regional, porque, por primera vez en la historia, los principios que rigen la organización del

³⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 161

Estado boliviano y las entidades territoriales descentralizadas son el autogobierno, así como la preexistencia de las naciones y los pueblos indígenas.³⁶¹

Es una búsqueda constante de la institucionalización plurinacional. Las elecciones son los mecanismos ideales para señalar lo que demanda la población. Al obtener ese poder de aplicar las normas dentro de su territorio, los pueblos indígenas tienen más posibilidad de dirigir sus requerimientos hacia una mejor organización departamental y municipal en el caso de Guatemala.

José Angel Camisón Yagüe apunta que en un Estado que se constituye como pluricultural, formalizando así en la norma fundamental la constitución multicultural material en sentido mortatiano de Bolivia, el constituyente ha considerado necesario incluir el derecho del individuo a la autoidentificación cultural. Este derecho, reconocido en el apartado 1 del artículo 21, se enmarca dentro de aquellos que se dirigen especialmente, aunque no de forma exclusiva o excluyente, a los integrantes de las diferentes comunidades indígenas del país. De esta forma se da refrendo constitucional a lo establecido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, respecto a la libre determinación cultural de estos grupos y sus individuos.³⁶²

El poder constituyente jugó un rol fundamental al incluir el derecho del individuo a la autoidentificación cultural, en el contexto de inclusión plurinacional. Pero, en un sentido mortatiano, los partidos políticos son esenciales ya que se anuda la esfera del derecho y la política para tomar decisiones sobre los actos administrativos; por consiguiente debe lograrse una inclusión de los pueblos indígenas.

Gamboa Rocabado expone que si tuviese que resumirse en pocas ideas cuáles fueron los resultados más relevantes de la Asamblea Constituyente, debería hacerse énfasis en las visiones indigenistas que reivindicaron una serie de derechos, los cuales se incorporaron en el capítulo sobre derechos y garantías de la Constitución; al mismo tiempo, la participación indígena logró un reconocimiento inédito: la existencia precolonial de su estatus como naciones con pleno derecho a la autodeterminación y

³⁶¹ *Ibid.* Pág. 173

³⁶² Camisón Yagüe, José Ángel. "Los derechos civiles y políticos en la Constitución boliviana. *Revista Derecho del Estado*. Núm. 28. Colombia. Enero-junio 2012. Pág. 178

autogobierno. Este elemento desató intensas pugnas porque era la primera vez que Bolivia como nación dejaba de lado sus características de unidad política, para dar lugar al surgimiento de varias nacionalidades indígenas; de hecho, la denominación como “República de Bolivia” desapareció a lo largo del texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre del año 2007.³⁶³

El reconocimiento de la existencia precolonial del estatus de nación para los pueblos originarios es trascendente y fundamentado históricamente. Trascendente puede pensarse también la modificación de la expresión de “República de Bolivia y su reemplazo por “Estado Plurinacional de Bolivia”. Lo mismo puede pensarse, para los países multiétnicos, la materialización de la visión indigenista al incorporar en la constitución una serie de derechos propios de los pueblos indígenas en el ámbito de la cultura, de la etnicidad, de la política, de la economía y de la libertad. Esa incorporación en la Constitución permite auto-determinar su condición política y desarrollarse social, económica, política y culturalmente. Reconocer nacionalidades indígenas en el país es un logro estructural y profundo. Se otorga respaldo a los pueblos originarios para desarrollar sus múltiples visiones y su futuro en un Estado plurinacional.

Camisón Yagüe argumenta que el reconocimiento de las comunidades indígenas y sus derechos constituye una importante novedad en la Constitución boliviana; se trata así de dar cabida a lo que ha venido en denominarse como el “derecho a ser iguales pero diferentes” dentro del nuevo Estado plurinacional. Además debe tenerse en cuenta que este derecho a la auto-identificación cultural ha de ponerse en relación con lo previsto en el Sección III del Capítulo Sexto de la Constitución de Bolivia, en tanto que en él se contienen las provisiones referentes a las culturas del Estado y su protección. Así, implícitamente este derecho de auto-identificación cultural conlleva la renuncia del Estado a soluciones de conflictos entre las distintas comunidades culturales bolivianas que impliquen el sacrificio de una parte de la cultura nacional, como, por ejemplo, la asimilación.³⁶⁴

³⁶³ Gamboa, Franco y otros. Reflexión crítica a la nueva Constitución del Estado. Bolivia. Konrad Adenauer Stiftung
Pág. 20

³⁶⁴ Camisón Yagüe, José Ángel. Op. Cit. Pág. 178-179

Interesante la acotación del autor sobre el “derecho a ser iguales pero diferentes”. Iguales en el sentido que los integrantes de las diferentes naciones tienen los mismos derechos, pero los indígenas tienen derechos propios a sus comunidades. Son los derechos colectivos y el reconocimiento de la diversidad étnica lo que les da el título y caracteriza a los diferentes pueblos indígenas. Sin embargo no hay diferencia ya que los derechos individuales que ostentan son inherentes a su persona como cualquier otro derecho humano. Desde una perspectiva asimilacionista el Estado ya no interviene entre los conflictos de las diferentes culturas sino que al establecer la protección de la cultura en la Constitución Política ya se sabe cuáles son los mecanismos para resolverlos sin el desgaste del Estado.

De acuerdo a Almut Schilling-Vacaflor la Constitución boliviana se reconocen los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos más que en cualquier otra parte del mundo. Se reconoce el carácter plurinacional del Estado y el pluralismo (político, jurídico, lingüístico, cultural, económico) como condición transversal y fundamento del Estado y de la sociedad. Un análisis del texto constitucional rebasaría los límites de este artículo y por consiguiente se enfoca en las provisiones constitucionales más relevantes para la gobernanza energética y los pueblos indígenas, así como en las comunidades locales afectadas por actividades hidrocarburíferas.³⁶⁵

La constitución boliviana es un ejemplo para todos los Estados multiculturales. La plurinacionalidad reconocida, fundamenta más sólidamente al Estado. Le da una cualidad esencial para respaldar la cultura indígena y proteger sus recursos naturales de las empresas que exploran y explotan los bienes del Estado en sus territorios.

Almut Schilling-Vacaflor señala que la nueva Constitución elevó prácticamente la Ley número 3058, Ley de Hidrocarburos, a rango constitucional, reforzando el papel del Estado en la política hidrocarburífera y reconociendo la propiedad del pueblo boliviano sobre los hidrocarburos artículo 30.³⁶⁶

³⁶⁵ Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra, (coordinadores). *Op. Cit* Pág. 117

³⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 117

Se le da al pueblo boliviano la capacidad de decidir sobre los bienes del Estado. La participación directa en la toma de decisiones permite que ya no sean solamente los representantes electos democráticamente, los que puedan decidir lo que es beneficioso o no para el Estado; ahora es el propio pueblo que tiene esa capacidad de saber si es o no conveniente para el desarrollo económico del país.

Franco Gamboa Rocabado explica que la nueva Constitución Política boliviana —de corte e inspiración indigenista— intenta recomponer las tareas pendientes de reconciliación y solución alternativa de conflictos que el país requiere con urgencia. En Bolivia, el periodo interesante de reformas de economía de mercado y privatizaciones llevado a cabo entre los años 1993 y 2001, marginó sistemáticamente la posibilidad de reformar la Constitución y generar escenarios de consulta como el referéndum. Esto provocó un vacío de legitimidad cuando la sociedad vio que no solamente se veía impedida de beneficiarse materialmente de las políticas de privatización, sino que aprovechó las ventajas del mismo régimen democrático para exigir mayores dosis de participación y transformación institucional con una orientación étnica, de género y permeable a una visión “desde las bases”.³⁶⁷

Bolivia pasó por muchos enfrentamientos de carácter étnico-racial sin embargo con la nueva Constitución esto quedó de lado, al transformarse en un Estado más integracionista y participativo. Fue un largo y difícil dialogo político y social que tuvo resultados, al llegar al poder político el presidente Evo Morales quien promovió y logró, por medio de una nueva constitución, transformar estructuralmente el Estado de Bolivia y convertirlo en un Estado plurinacional.

4.2 Colombia.

Andrés Felipe Ramírez Gallego aclara que después de la promulgación de esta Constitución, Colombia se encuentra por primera vez a ese nivel normativo, en un proceso de reconocimiento social, que busca integrar, desde la Constitución, a grupos

³⁶⁷ Gamboa Rocabado, Franco. “Estado indígena y conflictos regionales: los problemas para implementar la Constitución en Bolivia.” *Revista Ciencias Sociales*. Vol. 125 Núm. 3. Bolivia. Septiembre 2009. Pág. 26

étnicos que tradicionalmente habían sido marginados y, en el peor de los casos, desconocidos.³⁶⁸

Desde una perspectiva incluyente, es evidente que el reconocimiento social desde la Constitución (1991) da un respaldo a los pueblos indígenas, logrando así que se evite la exclusión de la que han sido objeto a lo largo de la historia.

Ramírez Gallego determina que es posible dividir las disposiciones constitucionales referentes a los indígenas en cuatro grupos principales: i) las que hacen referencia a los derechos indígenas; ii) relacionado al anterior, pero que merece un numeral aparte, derechos políticos de participación en el Congreso de la República (acción positiva); iii) al autogobierno y a la autonomía de sus autoridades (incluidas las jurisdiccionales); y iv) al territorio indígena.³⁶⁹

El reconocimiento y el respeto de los derechos específicos de los pueblos indígenas, el reconocimiento de las tierras propias, el auto gobierno y la aplicación del derecho indígenas, y la inclusión política de los mismos son la base de las disposiciones constitucionales relativas a los pueblos indígenas.

Ramírez Gallego afirma que la política constitucional es una propuesta que apunta a la coexistencia de varios puntos de vista posibles, partiendo de la igualdad y respeto de las partes, y demuestra la capacidad de autorregulación del pueblo colombiano. Por otra parte encasilla a las comunidades étnicas tradicionales al mantener vigente la clasificación de territorios de resguardo.³⁷⁰

Por consiguiente lo que se busca con la política constitucional es una política de reconocimiento pluricultural. No de asimilación. Se trata de un Estado unitario pero que reconoce varias culturas en el país, para lograr un consenso social.

Ramírez Gallego indica que pese a la amplia consagración constitucional de principios, derechos y deberes en cabeza de las comunidades indígenas, la marginación social y

³⁶⁸ Ramírez Gallego, Andrés Felipe. "La etno-Constitución de 1991: criterios para determinar derechos comunitarios étnicos indígenas." *Revista Estudios Socio-Jurídico*. Núm. 9 (1). Colombia. Enero-junio 2007. Pág. 131.

³⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 141.

³⁷⁰ *Loc. Cit*

política de los grupos étnicos no logró ser superada totalmente y se traduce actualmente en el lenguaje constitucional estigmatizante, como lo demuestran los artículos 63, 329 y 359 de la Constitución al señalar que “las tierras de resguardo [...]”, son inalienables, imprescriptibles e inembargables y “los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenables” y “la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”. Esta denominación viene de la Ley 89 de 1890 que retomó la denominación colonial.³⁷¹

Este es un ejemplo para hacer ver que lo que dicen artículos constitucionales de un capítulo, son limitados y restringidos por otros artículos constitucionales de otros capítulos de la Constitución. ¿Cómo explicar esta situación? Otros factores u otra lógica podrían posiblemente explicarla. En este contexto es pertinente señalar que para proteger derechos de los pueblos indígenas no se pueden usar palabras que provoquen roces culturales. Si este léxico se utilizó en textos históricos antiguos, es evidente que la terminología debe evolucionar, al igual que los derechos humanos, para evitar desacuerdos con los pueblos indígenas.

Delfín Ignacio Grueso aclara que por otro lado, al declarar a Colombia como un país multiétnico y pluricultural, se hizo posible modificar sustancialmente las que hasta entonces habían sido las relaciones del Estado con la diversidad que habita el país. Entonces fue posible declarar que “los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría, tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías”, al expedir un nuevo Código Agrario que da concreción a la idea de que la propiedad colectiva “reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes”. Igualmente se reconoció la vigencia de distintas tradiciones jurídicas

³⁷¹ *Loc. Cit.*

indígenas y se trató de establecer una coordinación con la jurisdicción nacional bajo el imperativo de que todos protejan y garanticen la diversidad étnica y cultural.³⁷²

Solo con el reconocimiento de ser sociedad heterogénea y no homogénea se logra la interrelación realista de las poblaciones de sociedades diversas donde existen pueblos indígenas.

Frank Semper señala que la Corte Constitucional determina la aplicación del artículo 7 de la Constitución Política (CP) en el caso concreto, ponderándolo con otros principios constitucionales comparables. Ubica el principio de la diversidad étnica y cultural en una relación directa con los principios de democracia y pluralismo (Preámbulo, artículos 1 y 2 de la CP), señalando que se trata de una manifestación de la estructura pluralista del Estado colombiano. En el principio de la diversidad étnica y cultural quedaría establecido el estatus especial para las comunidades indígenas, el cual se manifestaría en el ejercicio de los derechos de legislación y jurisprudencia dentro de su área territorial, en coincidencia con sus propios valores culturales (artículo 246 de la CP), de la autogestión mediante poderes propios dentro de sus usos y costumbres (artículo 330 de la CP), la creación de distritos electorales especiales para senadores y diputados indígenas (artículos 171 y 176 de la CP) y el ejercicio irrestricto de la propiedad sobre sus resguardos y territorios.³⁷³

Colombia tiene una visión interesante sobre el reconocimiento de la diversidad y multiculturalidad de la sociedad. Su constitución está bien estructurada porque estipula los principios que pueden regir la relación de los pueblos indígenas con el Estado. La diversidad étnica y cultural son principios que los jueces deben tomar en cuenta al momento de aplicar la ley al caso concreto; lo anterior permite un enfoque más incluyente dentro del sistema judicial de Colombia. Además al reconocer la propiedad sobre sus territorios y resguardos, se delimitan sus tierras y pueden tomar medidas para la aplicación de sus derechos y resolver, con la costumbre, casos concretos. En

³⁷² Grueso, Delfín Ignacio. "Constitución de 1991, identidades étnicas y política transformativa." *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Año 15, Núm. 19. Colombia. Primer semestre de 2013. Pág. 120

³⁷³ Woischnik, Jan (editor). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Tomo II*. Uruguay. Konrad Adenauer Stiftung. 2006. Pág. 764.

relación al régimen electoral, los distritos electorales especiales indígenas son adecuados para un Estado multicultural ya que permiten una inclusión en el Congreso porque se eligen generalmente representantes indígenas.

Ramírez Gallego añade que las relaciones entre los derechos fundamentales y el Estado social de derecho no se circunscriben al ámbito interno, sino que se trasladan de manera evidente al ámbito del derecho internacional y de las relaciones internacionales. Esto es posible debido a la aplicación directa y prevalente que tienen los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, en materia de derechos humanos, los que se entienden integrados al bloque de constitucionalidad, por diversas vías y en diferente grado de preponderancia. Para la Corte los derechos humanos ocupan un rango relevante en el ordenamiento jurídico, al punto que, siguiendo el ejemplo de otras tradiciones jurídicas como la francesa o la española, ha incorporado el concepto de bloque de constitucionalidad al sistema jurídico colombiano, a través de una interpretación sistemática de la Constitución.³⁷⁴

Reconocer que entre las relaciones de los derechos fundamentales y el Estado ya no solamente se aplica el derecho interno sino que también el derecho internacional es importante. Los Estados al ratificar convenios internacionales, en materia de derechos humanos, están obligados a reconocer y proteger los derechos humanos ya que son inherentes a la persona humana. Al aclarar la Corte que la interpretación sistemática es la que se utiliza para incorporar los convenios internacionales, dentro de bloque constitucional del sistema jurídico colombiano, se entiende que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico de Colombia, por consiguiente se deben emplear como cualquier otra ley velando por los principios constitucionales.

Yezid Carrillo de la Rosa menciona que en términos de la Corte Constitucional, la noción de diversidad cultural hace referencia a formas de vida y concepciones del mundo diferentes a las dominantes en la comunidad. De manera que si un grupo humano posee características culturales o costumbres que no encuadran dentro del orden moral, político o económico dominante, tienen derecho al reconocimiento de sus

³⁷⁴ Ramírez Gallego, Andrés Felipe. *Op. Cit.* Pág. 143.

diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP Art. 1) y protección de las minorías (CP Arts.13, 176 y 265). Esta forma de entender la diferencia, guarda relación con el tema de la igualdad como diferenciación que la corte ha expuesto en reiteradas jurisprudencias, y que debe entenderse como la diferencia entre distintos.³⁷⁵

La Corte Constitucional de Colombia tiene una gestión proactiva analizando términos que invocan a los pueblos indígenas. Para la Corte, la noción diversidad cultural implica diferencias étnicas en relación a las estructuras dominantes del país. No obstante se les debe reconocer sus diferencias en el ordenamiento legal con base a los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de los pueblos indígenas. Lo que busca la Corte es colocar a los pueblos indígenas en igualdad de condiciones al reconocer las diferencias culturales.

Ramírez Gallego agrega que el bloque de constitucionalidad convierte a rango constitucional, o, en su defecto, normas obligatorias para interpretar los derechos constitucionales, a los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, debidamente ratificados y aprobados por Colombia, conforme al artículo 93, incisos primero y segundo.³⁷⁶

Son parámetros que deben considerar los jueces y magistrados al momento de aplicar la ley al caso concreto; por consiguiente, el bloque constitucional permite tener un enfoque jurídico más preciso y determinar si las leyes ordinarias violan o no el contenido de alguna norma de carácter constitucional por tal motivo es recomendable conocer todas las normas constitucionales que sirvan para resolver el conflicto jurídico.

Semper anota que se plantea mucho más difícil la inclusión y concreción del proclamado derecho indígena a la autodeterminación (autonomía) en la sistemática constitucional. En virtud de las consecuencias jurídico-internacionales que acarrea el

³⁷⁵ Carrillo de la Rosa, Yezid. "Derecho, diferencias y minorías étnicas en la Constitución Política de 1991." *Saber, ciencia y libertad*. Vol. 6. Núm. 1. Colombia. Ene-Jul. 2011. Pág. 44

³⁷⁶ Ramírez Gallego, Andrés Felipe. *Op. Cit.* Pág. 143.

derecho a la autodeterminación de los pueblos, los Estados son sumamente cautos en el reconocimiento de este derecho. Colombia no es la excepción.³⁷⁷

El Estado, como bien lo menciona el autor anterior, es cauto al implementar la autodeterminación de los pueblos indígenas ya que les otorga la autonomía para gobernarse con base a sus tradiciones y utilizar sus propias instituciones. Pero, en ningún momento, se plantea la autodeterminación. Para un Estado es un tema complejo ya que puede causar fricciones entre el Estado y las regiones con numerosa población indígena.

Semper añade que la sistemática de la disposición sugiere que la *jurisdicción especial indígena* sería interpretada como otra forma más de jurisdicción especial, además de la jurisdicción militar (artículo 221 de la CP) y los jueces de paz (artículo 247 de la CP). En ese sentido, forma parte de la justicia extraordinaria pero no extraestatal. A los efectos de la aplicación jurídica, el Consejo Superior de la Judicatura ha desarrollado para los otros órdenes jurisdiccionales un *Atlas para la jurisdicción especial indígena* que brinda, ordenado por pueblos y *resguardos*, una breve introducción a los temas: territorio, identidad y autoridad; representación y participación; desarrollo propio y actividad económica, seguidos de un glosario.³⁷⁸

Colombia logró estipular, la autonomía de los pueblos indígenas, dándole el adjetivo de jurisdicción especial para que fuera una jurisdicción que estuviera bajo el control del Estado y jamás superior al mismo. Se determina, concretamente, en un documento en qué consiste y cómo aplicar la jurisdicción especial indígena.

Ramírez Gallego apunta que la Corte Constitucional ha aceptado por vía jurisprudencial (en la sentencia de tutela T-380 de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz) que las comunidades indígenas son un sujeto colectivo autónomo, titular de derechos fundamentales que se radican y predicen del grupo, y que no deben confundirse con los derechos o intereses colectivos: “Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros

³⁷⁷ Woischnik, Jan (editor). *Op. Cit.* Pág. 770

³⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 776

grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos.³⁷⁹

Para poder accionar ante los órganos jurisdiccionales estatales, a los pueblos indígenas se les debe reconocer esa personalidad jurídica que les permita ejercer ante los tribunales de justicia, cuando exista violación a sus derechos colectivos que no es lo mismo que intereses de la colectividad.

Ciro Angarita Barón, citado por Ramírez Gallego, comenta en la conferencia magistral “Colombia: comunidades indígenas y constitución de 1991”, que: “Es una razonable interpretación de la Corte estima, pues, que la personería sustantiva de las comunidades indígenas no es, como algunos pudieran creerlo, concesión graciosa de la sociedad mayor sino exigencia imperativa de la diversidad étnica y cultural y premisa necesaria para su protección y efectividad”.³⁸⁰

Si se quieren reconocer los derechos indígenas y la diversidad étnica, antes que todo es imperativo reconocer la personería de los pueblos indígenas. El objetivo es representar de forma idónea a los pueblos indígenas.

Jorge Ernesto Roa Roa describe que la Constitución de 1991 implicó el mayor reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas en materia de administración de justicia en la historia constitucional de Colombia. Hasta entonces, los integrantes de los pueblos indígenas habían sido tratados por el derecho nacional bajo modelos paternalistas, tutelares y asimilacionistas. La ruptura que se produjo con el nuevo modelo constitucional conllevó una fuerte protección de las costumbres, tradiciones, procedimientos, autoridades, instituciones y sanciones de los sistemas de justicia indígena. La ratificación del Convenio 169 de la OIT, mediante la Ley 21 de 1991, representó una ampliación de la voluntad constituyente de construir un Estado multicultural. Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha permitido que la Corte Constitucional concrete, en el ámbito

³⁷⁹ Ramírez Gallego, Andrés Felipe. *Op. Cit.* Pág. 146

³⁸⁰ *Loc.Cit.*

interno, las obligaciones internacionales de Colombia respecto de los pueblos indígenas.³⁸¹

Uno de los cometidos de la Constitución de Colombia es dar a los pueblos indígenas la igualdad y libertad a la que tienen derecho. El propósito de las reformas constitucionales permitió que los pueblos indígenas colombianos tuvieran respaldo constitucional en relación a sus instituciones y diversidad cultural. La ratificación de los convenios internacionales amplió la voluntad de Colombia de construir el Estado multicultural pero siempre fue necesario que se establecieran los principios constitucionales para concretar el derecho interno y así determinar si las leyes ordinarias estaban acorde al derecho internacional de los derechos humanos.

Ramírez Gallego explica que los derechos comunitarios son principios jurídicos que demuestran la necesidad de superar el esquema de generaciones en los derechos humanos, como instrumento para hacer difícil o denegar el acceso a esas prestaciones en términos generales. De ahí que también deban unificarse en una sola acción los mecanismos que actualmente protegen las diferentes generaciones.³⁸²

Los derechos comunitarios constituyen un complemento a las “generaciones de derechos humanos” porque estos derechos se basan en la colectividad de sus miembros y no en la persona individual; en este sentido son igualmente importantes, pues van dirigidos a la colectividad, específicamente a personas que habitan determinado lugar, donde conservan las mismas costumbres y tradiciones afines a todos ellos.

Grueso expone que los sectores culturales o racialmente diferenciados llegan a entender que su mejor modo de articulación para la lucha contra la injusticia es reinterpretarse como etnias, en algunos casos desplazando un entendimiento previo de lo que impedía una justa inserción de los individuos en la sociedad (la discriminación racial, el desprecio cultural, la hegemonía religiosa, etc.). Antes la injusticia estaba

³⁸¹ Roa Roa, Jorge Ernesto. “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia.” *Revista Derecho del Estado*. Núm. 33. Colombia. Julio-diciembre 2014. Pág. 104

³⁸² Ramírez Gallego, Andrés Felipe. *Op. Cit.* Pág. 150

ligada a ciertos estereotipos y prácticas de exclusión y subordinación, que enfrentaba a la sociedad colombiana con ciertos sectores sociales, ahora se entiende como una injusticia ligada a una incorrecta relación (en términos del reconocimiento, protección y preservación), que enfrenta ante todo al Estado con las etnias y culturas minoritarias. ...; sobre ese modelo tendieron a articularse otras formas de organización, a veces dando origen a una re-etnización de poblaciones indígenas que habían perdido su articulación como etnias y a veces provocando una etnización de grupos poblacionales no indígenas.³⁸³

Los pueblos indígenas se dieron cuenta que la lucha contra la discriminación racial y exclusión étnica, y en pro de la reestructuración de sus comunidades, requería explicar ante la sociedad por qué y cómo se violaban sus derechos. Desde esta perspectiva, para ellos, el Estado juega un papel trascendental ya que debe reconocer y proteger los derechos de pueblos indígenas, con apoyo constitucional y eliminar la exclusión a la que eran sometidos.

Carrillo de la Rosa aclara que la corte admite que existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales, pues mientras estos últimos se fundamenta en normas transculturales, pretendidamente universales, la diversidad étnica y cultural supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal, de allí que debe entenderse que los derechos fundamentales constituye un límite frente a los primeros. Argumento que ha sido planteado y sostenido en diversas sentencias entre otras la C-139 de 1996.³⁸⁴

Si bien es cierto que los pueblos indígenas merecen un trato especial por ser étnica y culturalmente diversos, tampoco es posible que este trato diferenciado pueda violar los derechos fundamentales ya establecidos en la Constitución y tratados internacionales.

Carrillo de la Rosa afirma que en relación al tema de la autonomía, la corte ha dicho que a diferencia de lo que acontece con las otras entidades territoriales, a los miembros

³⁸³ Grueso, Delfín Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 120

³⁸⁴ Carrillo de la Rosa, Yezid. *Op. Cit.* Pág. 45

de las comunidades indígenas se les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, sino también el ejercicio de cierta autonomía política y jurídica, que debe ejercerse según sus usos y costumbres y siempre y cuando estas no sean contrarias a la constitución y la ley. Lo anterior significa, que pese a la autonomía reconocida, esta no es absoluta, pues los derechos fundamentales constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, de manera que el ejercicio de la autonomía jurisdiccional nunca puede vulnerar aquellos. Esta tesis ha sido reiterada en las sentencias T-030 del 2000, T- 601 del 2001, T-1127 del 2001, T-048 del 2002 y T-811 del 2004.³⁸⁵

La Corte ha establecido que los pueblos indígenas tienen la autonomía en todas sus instituciones en general, pero no es absoluta; tiene límites que están determinados por los derechos fundamentales ya que estos nunca podrán ser vulnerados.

Carrillo de la Rosa reitera que los derechos de las minorías étnicas también tienen implicaciones en lo referente a los recursos naturales, de suerte que la corte ha reconocido el derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad social, cultural y económica por estar ella ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura y limita al Estado en materia de la explotación de los recursos naturales yacentes en los territorios indígenas, el que puede efectuarse sin desmedro de dicha integridad. En consecuencia, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas es necesaria la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación.³⁸⁶

Cuando el Estado quiera explotar la tierra que por derecho le corresponde a los pueblos indígenas, se deben tomar medidas que resguarden su integridad como es la consulta libre, previa e informada ya que de los recursos naturales provienen los alimentos de los pueblos indígenas.

³⁸⁵ *Loc. Cit.*

³⁸⁶ *Loc. Cit.*

Carrillo de la Rosa anota que según la Corte, el principio constitucional de diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución Nacional (C.N.) otorga a las comunidades indígenas un status especial que se concreta en el ejercicio del poder normativo y jurisdiccional que estas ejercen dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales, usos y costumbres, y conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley. En virtud de esta autonomía las comunidades y pueblos indígenas tienen derecho de gobernarse por autoridades propias, participar en la circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes, ejercer pleno derecho sobre sus resguardos.³⁸⁷

Reconocer los derechos e instituciones propias de los pueblos indígenas para autogobernarse es una iniciativa innovadora ya que muy poco países con diversidad étnica lo han establecido. La Constitución de Colombia ha logrado un Estado incluyente y respetuoso de los derechos de las colectividades indígenas.

Bartolomé Clavero advierte que algunas consecuencias se van extrayendo por la Constitución misma: “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”; “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”; “Las [personas] integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”; “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos”... Quienes al principio de la historia de las Constituciones neogranadinas comparecieron como naciones de indios ahora aparecen en la Constitución colombiana dentro de una categoría más general de grupos étnicos.³⁸⁸

³⁸⁷ *Ibid.* Pág. 46

³⁸⁸ Clavero, Bartolomé. “Nación y naciones en Colombia entre Constitución, concordato y un convenio (1810-2010)”. *Revista de Historia del Derecho*. Sección de investigaciones. Núm. 41. Argentina. Enero-junio 2011. Pág. 129

Se logró en Colombia una evolución que permitió a los pueblos indígenas tener un reconocimiento constitucional con fundamento ético y moral. Respetar sus tierras e instituciones es un paso para que tengan un autogobierno, además del “respeto y desarrollo para su identidad cultural”, particularmente sus idiomas.

Roa Roa manifiesta que en la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción especial indígena se ha construido bajo una estructura que contiene los siguientes cuatro pilares básicos: (i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, (ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, (iii) la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.³⁸⁹

La aplicación del derecho indígena permite a los pueblos indígenas actuar en autonomía. Los pueblos indígenas necesitan esos pilares básicos, para construir una estructura sólida y poder actuar de forma transparente y sujetos a la Constitución y leyes colombianas.

Semper explica que la proclamación de los derechos indígenas es un aspecto; su implementación y concreción, otro. La Constitución Política (CP) no sólo consagró constitucionalmente los derechos materiales de los indígenas, sino que además creó algunos instrumentos jurídicos procesales para su defensa y concreción, en particular la *acción de tutela* (artículo 86 de la CP) y las instituciones correspondientes, entre las que se destaca la Corte Constitucional (artículos 239 ss. CP), de modo que los indígenas gozan de una efectiva protección jurídica. Desde que inició su labor y hasta la fecha, la Corte Constitucional ha dictado unas cincuenta sentencias sobre los derechos de los indígenas, las que intentan iluminar las dudas existentes en cuanto a las disposiciones constitucionales.³⁹⁰

Se trata aquí, de lograr la efectividad de la legislación. La Constitución establece los derechos materiales de los indígenas; igualmente decreta instrumentos jurídicos

³⁸⁹ Roa Roa, Jorge Ernesto. *Op. Cit.* Pág. 105

³⁹⁰ Woischnik, Jan (editor). *Op. Cit.* 762

procesales para poder exigir, ante los tribunales de justicia, el respeto y restauración de los derechos que hayan sido violados; por este motivo gozan de una efectiva protección jurídica. La Corte Constitucional ha tomado iniciativas para comprender de mejor forma los términos e instituciones indígenas determinadas en los fallos constitucionales.

Semper relaciona estrechamente la cuestión indígena con la problemática general de los derechos humanos, aunque no se limita a ella. En tanto que en lo concerniente a la conformación y el desarrollo del estatus constitucional se registran considerables avances para los pueblos indígenas en Colombia, su realidad es todo menos satisfactoria y se ve caracterizada por continuas y graves lesiones a sus derechos humanos.³⁹¹

Debe de existir la voluntad por parte del Estado para cumplir con las normas constitucionales. No basta solamente con que estén plasmados los derechos específicos de los pueblos indígenas, sino que se deben respetar y evitar que sean lesionados por los entes gubernamentales, personas jurídicas o individuales.

Semper adiciona que la Corte Constitucional determina el área de aplicación del artículo 7 de la CP en el caso concreto, ponderándolo con otros principios constitucionales que poseen un peso comparable. Ubica el principio de la *diversidad étnica y cultural* en una relación directa con los principios de *democracia* y *pluralismo* (Preámbulo, artículos 1 y 2 de la CP), señalando que se trata de una manifestación de la estructura pluralista del Estado colombiano. En el principio de la *diversidad étnica y cultural* quedaría establecido el estatus especial para las comunidades indígenas, el cual se manifestaría en el ejercicio de los derechos de legislación y jurisprudencia dentro de su área territorial, en coincidencia con sus propios valores culturales (artículo 246 de la CP). de la autogestión mediante poderes propios dentro de sus usos y costumbres (artículo 330 de la CP), la creación de distritos electorales especiales para senadores y diputados indígenas (artículos 171 y 176 de la CP) y el ejercicio irrestricto de la propiedad sobre sus *resguardos* y territorios.³⁹²

³⁹¹ *Loc. Cit.*

³⁹² *Ibíd.* Pág. 764

Está claro que la diversidad étnica y cultural se relaciona directamente con los principios de democracia y pluralismo. Un reconocimiento de esta magnitud en la Constitución refuerza todos los requerimientos que han tenido los pueblos indígenas a lo largo de la historia, teniendo una mayor injerencia en las políticas públicas del Estado.

Semper distingue que el reconocimiento de la *comunidad indígena* como sujeto de derechos (fundamentales) propios surge del principio fundamental del artículo 7 de la CP y constituye una necesaria premisa para su protección. La Corte Constitucional aclara que la comunidad indígena es un sujeto de derecho colectivo y no una acumulación de sujetos de derecho individuales que comparten los mismos derechos o extensivos intereses comunes, y les abre de esta manera la protección jurídica a través de las demandas populares que tienen a su disposición.³⁹³

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos constitucionalmente obligan al estado no solo a protegerlos, sino además a utilizar los mecanismos procesales establecidos para que lo sean efectivamente.

Semper advierte que: “para la Corte Constitucional los pueblos y comunidades indígenas no son únicamente un dato de la realidad sino también sujetos de derechos fundamentales. La Constitución reconoce diferentes formas de vida y concede a las comunidades indígenas personería jurídica para que puedan ejercer sus derechos fundamentales y reclamar protección. La consagración de la titularidad de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas es un desvío de la concepción predominante de los derechos fundamentales individuales en el capítulo 2 de la Constitución (artículos 11 ss. De la CP) y que, en la medida en que fueron incorporados a la lista del artículo 85 de la CP, obligan al poder público”.³⁹⁴

La personería que se les reconoce es para que puedan las comunidades ser representadas debidamente y así generar las peticiones pertinentes al Estado.

³⁹³ Ibíd. Pág. 765

³⁹⁴ Ibíd. Pág. 766

Semper argumenta que de esta manera se consagra constitucionalmente la prohibición de vender o gravar las tierras comunitarias indígenas. El reconocimiento constitucional de la propiedad colectiva del *resguardo* sirve a la preservación de las culturas indígenas y de sus valores espirituales. La tierra indígena no sólo constituye la base de su subsistencia, sino que es al mismo tiempo parte fundamental de su cosmovisión, cultura y religiosidad.³⁹⁵

Como indica el autor, a riesgo de repetición y aunque sea obvio, las tierras constituyen base importante para el desarrollo de los pueblos indígenas. Por medio de las tierras y los recursos naturales de la misma, buscan el sustento diario. Además de que pueden ejercer sus ceremonias espirituales y culturales en territorios debidamente delimitados.

Horst Schönbohm argumenta que a pesar de este reconocimiento expreso en las constituciones e instrumentos internacionales, sigue vigente la analogía un solo Derecho a un solo Estado, es decir, un Estado con un solo derecho. Así el Estado sería el único que puede administrar justicia y también el único que ostenta el uso legítimo de la fuerza. No se ha producido un cambio de mentalidad en los operadores judiciales respecto a que al interior de los Estados conviven distintos Derechos, como el Derecho indígena, además del Derecho estatal.³⁹⁶

Son dos aspectos distintos los que surgen en la realidad colombiana. Teniendo las normas y los principios constitucionales debidamente establecidos, no se han logrado hacer los cambios necesarios en el pensamiento de los administradores de justicia. Siguen reconociendo solo el derecho estatal. Perjudicando así el derecho indígena, olvidando que Colombia es un Estado pluricultural que está obligado a reconocer y proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Semper indica que desde el punto de vista de la dogmática constitucional, la propiedad comunitaria del *resguardo* está sujeta a la sistemática de contenidos y barreras según el artículo 58 de la CP, como está vigente también para la propiedad privada. En la jurisprudencia constitucional, el derecho a propiedad de *resguardo* se emplea

³⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 767

³⁹⁶ Rojas Tudela, Farit y otros. Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina. Bolivia. Konrad Adenauer Stiftung. 2011. Pág. 37

prácticamente en forma equivalente al derecho de los indígenas a una existencia segura. De esta manera se desdibujan los contornos específicos del derecho fundamental de la propiedad, que pasa casi por completo a un segundo plano frente al ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida (en forma de la subsistencia) y el derecho fundamental a la integridad étnica, social, cultural y económica. La propiedad de los recursos naturales no renovables en los *resguardos* no es de los indígenas sino del Estado³⁹⁷

La propiedad sobre los territorios de los pueblos indígenas es indispensable para el desarrollo integral de la persona, en este caso indígena; constituye la base de supervivencia de los pueblos originarios pues proviene de la caza y el consumo de frutos de los árboles. Sin dichos territorios se pone en juego el derecho a la vida y además el derecho fundamental a la integridad étnica, social, cultural y económica. Un territorio que les pertenezca es la base para el bienestar común de los pueblos indígenas; sin tierras no se pueden desarrollar de forma integral; se trata de un derecho esencial (el de propiedad) que debe garantizar el Estado.

Schönbohm complementa que el caso de Colombia resulta interesante, ya que si bien el artículo 246 de la Constitución reconoce funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas que habitan en su territorio, a la vez se establecen límites al ejercicio de estas mismas funciones a lo señalado en la Constitución y las leyes de la República. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia también ha señalado que establecer como límite todo el cuerpo normativo constitucional y legislativo privaría de contenido a la jurisdicción especial indígena, por lo que ha establecido cuatro mínimos jurídicos: Derecho a la vida, prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y el principio de legalidad entendido desde un principio intercultural.³⁹⁸

La particularidad de la constitución colombiana radica en la confrontación que representa por un lado el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas contra la limitación a la misma, sin embargo, se aduce que estos mínimos

³⁹⁷ Woischnik, Jan (editor). *Op. Cit.* Págs. 769-770

³⁹⁸ Rojas Tudela, Farit y otros. *Op. Cit.* Pág. 37-38

jurídicos que debe respetar la jurisdiccionalidad indígena lejos de limitarla la legitima al margen del respeto a los Derechos Humanos.

4.3 Ecuador.

Fernando García Serrano menciona que el caso de Ecuador en el contexto latinoamericano ha sido un referente importante en los últimos veinte años. Se trata de un país clave en el proceso de la reforma constitucional, y en esa medida la comparación con otros países similares, en especial México, Guatemala, Venezuela, Colombia, Perú y Bolivia, puede dar luces sobre uno de los retos pendientes, en especial la transformación definitiva hacia un Estado plurinacional e intercultural que permita no sólo el reconocimiento de la diversidad cultural sino también su participación definitiva en las estructuras de poder económico y político de cada país.³⁹⁹

Ecuador es un ejemplo en cuanto al reconocimiento y participación de los pueblos indígenas dentro de las actividades estatales. Se constata y se demuestra que un Estado plurinacional puede organizarse con iniciativas que favorecen la inclusión indígena en las estructuras estatales.

Bustillos Ramírez argumenta que la Constitución ecuatoriana reconoce también autonomías (artículo 61 de la Constitución Política de la República de Ecuador en adelante CPE) para los pueblos indígenas, de manera más limitada en su concepción, que la boliviana. Esta noción de autonomía se puede desprender del derecho a conformarse en circunscripciones y a reconocer las comunas como forma de organización ancestral de los pueblos indígenas (artículo 58, numeral 4 y 5 CPE). Sin embargo, estas modalidades no se plantean desde la lógica de la descentralización. Por ejemplo, con la asignación de un presupuesto o con la posibilidad de que dichos gobiernos autonómicos puedan formar parte en la toma de decisiones colectivas. Lo anterior limita la configuración de una estructura plurinacional, aún cuando, sin duda alguna, sólo materializar las autonomías territoriales (titular sus hábitats y tierras, y

³⁹⁹ *Ibid.* Pág. 44

gestionar los recursos) mejoraría las condiciones de vida de estos grupos dentro del Estado.⁴⁰⁰

La Constitución de Ecuador reconoce la autonomía dentro de los territorios indígenas pero limitada. Solo se permite para ciertos actos y no para la toma de decisiones. Sin embargo ser propietarios de territorios ancestrales es un avance para la autonomía ya que pueden explotar los recursos naturales para su alimentación y mejorar sus condiciones de vida.

García Serrano infiere que en la Constitución de 2008 se aprobaron cinco derechos colectivos adicionales a los quince aprobados en 1998. ... se añaden dos nuevos derechos a: “no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural” y el derecho al “reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación”, es decir, se abre la posibilidad por parte del Estado de acciones afirmativas hacia las nacionalidades indígenas y pueblos afrodescendientes.⁴⁰¹

Lo que buscó el Estado de Ecuador fue que los pueblos indígenas tuvieran la capacidad de defenderse frente a entes externos que violaran o intentaran violar sus derechos como identidades culturales distintas. La intolerancia y la discriminación basados en diferencias culturales y sociales tenían que ser desarraigadas de un Estado plurinacional. Esos comportamientos perjudican el desarrollo integral de los pueblos indígenas. Sin protección fundamental iban a seguir siendo explotados y tratados de forma despectiva. Eso fue lo que se pretendió cambiar.

Floresmilo Simbaña agrega que la Constitución vigente mantiene el derecho a la consulta. Es preciso recordar que la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), en su proyecto de Constitución presentado a la Asamblea Constituyente de Montecristi en el 2007, contemplaba la consulta previa como un derecho general, no solo para los pueblos indígenas, sin embargo, la mayoría de la

⁴⁰⁰ Bustillos Ramírez, Linda María. *Op. Cit.* Pág. 40

⁴⁰¹ Rojas Tudela, Farit y otros. *Op. Cit.* Pág. 46

Asamblea controlada por el gobierno lo limitó únicamente para los indígenas. Con todo, esta Constitución amplía este derecho en algunos puntos, así señala en su Art. 57, que los sujetos a ser consultados son: las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos.⁴⁰²

Se entra en el debate de la consulta previa, sin embargo es un derecho específico para los pueblos indígenas en circunstancias que afecten su territorio y medio ambiente. No es discriminatorio que ese derecho se dirija solamente a los pueblos indígenas ya que sirve para recordar que por encontrarse en condiciones de desigualdad deben tener un privilegio que los resguarde ante los actos arbitrarios del Estado como el de las explotadoras o exploradoras de recursos naturales que afectan sus tierras ancestrales.

García Serrano reitera que tienen el derecho a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, y que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (artículo 57, numeral 10). Esta alusión última establece también un avance constitucional.⁴⁰³

Se dan los parámetros de aplicación de su derecho consuetudinario siempre y cuando no violen los derechos fundamentales individuales de las personas que forman parte de su pueblo indígena. Un avance para garantizar los derechos humanos que son inherentes a la persona humana.

García Serrano adiciona que se les otorgó el derecho de “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derecho colectivos” (artículo 57, numeral 17) y finalmente el derecho a “la limitación de las actividades militares en sus territorios” (artículo 57, numeral 20), ambos inspirados en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.⁴⁰⁴

⁴⁰² Simabaña, Floresmiló. “Consulta previa y democracia en el Ecuador.” *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui*. Núm. 120. Ecuador. Ecuador. Diciembre 2012. Pág. 7

⁴⁰³ Rojas Tudela, Farit y otros. *Op. Cit.* Pág. 46

⁴⁰⁴ *Loc. Cit.*

No puede pasar por alto, el Estado, este mecanismo, que tienen los pueblos indígenas, para la defensa de sus derechos. Ya que es la única forma que tienen para dialogar sobre las medidas que pueden afectar sus territorios y la forma en que se pueda solventar dichas acciones y no perjudicar sus tierras.

García Serrano admite que vale la pena citar el artículo 171 que reconoce la justicia indígena como régimen especial. Pero claro, el asunto no es simplemente el reconocimiento de un sistema jurídico indígena o de la jurisdicción indígena, un reconocimiento que puede convertirse en un pluralismo jurídico “unitario”, como indica Hoekema citado por García Serrano, con el sistema indígena subordinado frente al sistema “ordinario”; se corre el peligro de que el sistema de justicia indígena sea simplemente incluido como un sistema aparte y paralelo para los indígenas. Más bien, el asunto es la posibilidad que el artículo 171 abre para la coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y “ordinaria”, posibilitando así una interpretación intercultural de las leyes, de un interculturalismo y de un pluralismo jurídico “igualitario”, siguiendo al mismo Hoekema.⁴⁰⁵

Un Estado plurinacional, partiendo de su conceptualización integral, no solamente consiste en reconocer y dejar en libre albedrío a las instituciones indígenas. Se debe promover, además, una inclusión global en los órganos del Estado. Como establece el autor antes mencionado, no puede estar el sistema de justicia indígena apartado del derecho estatal se debe permitir la interpretación intercultural aplicando principios y valores indígenas y así crear un interculturalismo jurídico.

García Serrano previene que el artículo 76, literal i, al establecer los derechos de protección señala que “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”. Lo cual complementa lo establecido por el segundo párrafo del artículo 171 que establece que: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”. Estos elementos son un avance en comparación con la Constitución de 1998.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ *Ibíd.* Pág. 47

⁴⁰⁶ *Loc. Cit.*

El principio *non bis in idem*, que consiste en que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa, permite entender que la jurisdicción indígena forma parte de órganos judiciales de la República ya que le da la independencia en la toma de decisiones, tomando en cuenta el fallo de los tribunales o instituciones jurídicas de los pueblos indígenas, sin intervención de los órganos judiciales ordinarios.

Bustillos Ramírez advierte que el gran avance de la Constitución ecuatoriana en la función judicial es la incorporación de la jurisdicción indígena, en relación a la cual el Estado garantizará el respeto de sus decisiones por parte de las instituciones y autoridades públicas (artículo 173). Lo anterior no se establece como una condición para el ejercicio de la jurisdicción indígena, no obstante, se avanza en el reconocimiento de decisiones emanadas desde el derecho indígena en el ámbito del sistema positivo.⁴⁰⁷

Sí es un gran avance admitir las sentencias o fallos de las instituciones jurídicas indígenas como una instancia dentro del sistema jurídico ecuatoriano. Se respetan las resoluciones que provienen del derecho indígena.

Simbaña escribe que en el numeral 7, del artículo 57 establece: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley; y, cierra la definición de este derecho el numeral 17 que dice: ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Bustillos Ramírez, Linda María. *Op. Cit.* Pág. 42

⁴⁰⁸ Simabaña, Floresmilo. *Op. Cit.* Pág. 7

Para defender los territorios ancestrales de los pueblos indígenas se considera necesario establecer, en la Constitución, la institución de la consulta previa, libre, informada, oportuna y en un plazo razonable, ya que se les da la opción para resolver de forma alternativa las cuestiones que los perjudican. Con el dialogo se pueden buscar las soluciones o mecanismos que eviten perjudicar a las territorios de los pueblos indígenas. Es obligatorio tener la opinión de las comunidades afectadas.

Ramiro Ávila Santamaría aclara que los derechos se materializan, cuando son violados, con la exigibilidad. La Constitución del 2008 determina que "los derechos se podrán [...] promover y exigir de forma individual y colectiva [...]". Este enunciado se complementa con la acción popular reconocida en las disposiciones generales de las garantías constitucionales: "cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución". La teoría del derecho subjetivo, que fue interpretada con la frase "por sus propios derechos", tiene que ser reformulada o replanteada. En efecto, la Constitución de 2008 permite que "cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad" pueda proponer acciones constitucionales.⁴⁰⁹

Para determinar si un derecho ha sido violado o no, es necesario exigir ante los tribunales de justicia el por qué se considera vulnerado. En consecuencia los pueblos indígenas tienen la facultad de reclamar la violación de sus derechos y exigir la protección de los mismos.

Simbaña afirma que si bien, por un lado, la Constitución amplía el derecho a la consulta, al final relativiza sus efectos. Es decir, en caso de aceptación, el Estado acoge dicho pronunciamiento, pero en caso de negativa, "procederá según la propia Constitución y la Ley". Pero ¿Qué dicen estas normas al respecto? La Constitución contempla el concepto de "prioridad nacional" para subordinar cualquier razón social, política o jurídica contraria a la del gobierno o autoridad del Estado. Es decir, con un

⁴⁰⁹ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH). Saavedra, Luis Ángel (editor). Nuevas Instituciones del Derecho constitucional ecuatoriano. Ecuador. 2009. Disponible en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf Fecha de consulta: Pág. 34 27/1/2015

simple acto administrativo de calificar a un proyecto como de prioridad nacional, cualquier razón pierde valor, así, no hay consulta previa que valga.⁴¹⁰

Si bien la consulta previa es obligatoria, para el Estado los efectos no son los que quisieran los pueblos indígenas ya que si hay oposición, por parte de la comunidad, se procede de conformidad con la Constitución y la ley. Se trata de un requisito ya que la decisión no es vinculante para determinar si se realiza o no la explotación o exploración de los recursos naturales por parte de la empresa. La prioridad nacional prevalece sobre la individual o en este caso sobre un grupo de personas.

Mario Melo Cevallos explica que la noción del "buen vivir" es una pieza clave en la definición ideológica que orienta el marco constitucional de la gestión pública. Está presente desde el Preámbulo y tiene tanta relevancia que, por ejemplo, ha servido para enmarcar el capítulo referido a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a los que el texto constitucional propuesto se refiere como "Los derechos del Buen Vivir" y cuando trata de la institucionalidad social del Estado la llama "Régimen del Buen Vivir".⁴¹¹

El "buen vivir" se entiende como una forma de vida, un principio en el que se deben de respetar los derechos fundamentales para lograr una armonía dentro de la misma sociedad. En definitiva el buen vivir es tener una buena calidad de vida en el entorno social y ambiental.

Melo Cevallos asienta que no es fácil, al momento de definir políticas públicas por parte de un Estado que ha venido trabajando desde una visión de desarrollo y líneas metodológicas occidentales, interpretar e incorporar plenamente el concepto del Buen Vivir. Aunque el texto constitucional ya delinea el buen vivir vinculándolo con el goce efectivo de los derechos, la interculturalidad, las diversidades y la armonía con la naturaleza, será necesario, una vez que ha entrado en vigencia el proyecto

⁴¹⁰ Simabaña, Floresmilo. *Op. Cit.* Pág. 7

⁴¹¹ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH). *Op. Cit.* Pág. 100 Fecha de consulta: 27/1/2015

constitucional, que el Gobierno Nacional impulse un diálogo franco y genuinamente intercultural, para que sus acciones se orienten efectivamente hacia el "buen vivir".⁴¹²

La evolución de un Estado monocultural con profunda influencia occidental, a un Estado plurinacional debe ser paulatino; no es posible que de la noche a la mañana se puedan implementar todos los mecanismos y derechos de los pueblos indígenas para lograr el buen vivir que buscan. El respeto al medio ambiente, la tolerancia y la no discriminación para una sociedad étnicamente diversa, debe ser dificultoso pero se vuelven efectivos los derechos, la interculturalidad y la armonía, una vez éstos sean establecidos en la Constitución.

Melo Cevallos aclara que la relevancia de la nueva Constitución consiste en incorporar la plurinacionalidad entre los elementos que definen el carácter del Estado ecuatoriano. Esta incorporación reta a la Nación Ecuatoriana a debatir y definir los alcances de la plurinacionalidad con el fin de que, más allá de ser una proclama enunciativa, se convierta en el reconocimiento efectivo de la unidad en la diversidad. Este enunciado de "unidad en la diversidad" plantea al Ecuador el imperativo político de la unidad respetando la diversidad de los pueblos y las culturas y habiendo partido desde el movimiento indígena, muestra a la sociedad ecuatoriana "que los pueblos indígenas a pesar de haber vivido sometidos, excluidos, repudiados por el hecho de ser diferentes por siglos, buscan la unidad de los ecuatorianos, demandan que se reconozcan como hermanos a pesar de las diferencias, para construir un futuro mejor".⁴¹³

Se deben respetar las diferencias de los pueblos indígenas para lograr la fortaleza como Estado plurinacional. La unidad como nación es una visión de integrar, al Estado, la multiculturalidad; lo anterior, en contraste con el pasado histórico de discriminación. El propósito es lograr un Estado plurinacional con la característica, entre otras, de un pueblo amistoso que lucha por buscar el "buen vivir" sin resentimientos.

Melo Cevallos deduce que el texto constitucional establece que las circunscripciones territoriales indígenas serán un "régimen de administración especial" que podrá ser

⁴¹² *Loc. Cit.*

⁴¹³ *Loc. Cit.*

adoptado en las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por nacionalidades, pueblos indígenas, afroecuatorianos o ancestrales, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Además, dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción.⁴¹⁴

Con estas iniciativas se pretende una mejor organización territorial para incluir a poblaciones indígenas y “afroecuatorianos” en la toma de decisiones, siempre que sea una consulta democrática.

Melo Cevallos agrega que en la nueva Constitución, se mantienen los derechos alcanzados en el 98 y se incorporan en el nuevo texto constitucional, otros derechos importantes, como el reconocimiento del derecho al territorio y a la autodeterminación de los pueblos en aislamiento voluntario. Sus territorios, de acuerdo al penúltimo inciso del Artículo 57, son de posesión irreductible y en ellos estará prohibido todo tipo de actividad extractiva. Esta prohibición para las actividades extractivas protege, de acuerdo al texto del proyecto constitucional, de manera amplia a los territorios ancestrales de los pueblos en aislamiento y de ningún modo puede entender restringida a la denominada Zona Intangible que solo abarca una porción de dichos territorios ancestrales. Ordena también este inciso que el Estado adopte medidas para garantizar la vida, la autodeterminación y la voluntad, de estos pueblos, de permanecer en aislamiento.⁴¹⁵

La idiosincrasia de ciertos pueblos los obliga a vivir en aislamiento voluntario; ellos sobreviven el día a día con los frutos, la caza y el producto de las tierras ancestrales; por consiguiente es necesario un precepto específico que proteja sus tierras de cualquier actividad extractiva ya que eso, para ellos, es el “buen vivir”; todos buscan la hermandad entre ecuatorianos, buscando la tolerancia ante las diferencias.

Melo Cevallos aclara que otros derechos colectivos indígenas que incorpora la nueva Constitución son el derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y

⁴¹⁴ *Loc. Cit.*

⁴¹⁵ *Loc. Cit.*

sagrados. (Numeral 12, Art. 57) Respecto a las tierras y territorios indígenas, el Artículo 57 de la Carta Magna, garantiza los siguientes derechos: 1. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables, e indivisibles. 2. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita. 3. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.⁴¹⁶

Estos artículos son algunos de los que estableció la Constitución ecuatoriana y dan un esbozo de lo que pretenden los pueblos indígenas de Guatemala. Es un trabajo arduo que se debe realizar pero al menos ya hay países en Latinoamérica que lo han logrado. Guatemala no será la excepción.

4.4 Honduras.

El documento de trabajo de la Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe indica que en su nueva Constitución vigente desde 1982, Honduras reconoció la existencia de pueblos indígenas y se comprometió a salvaguardar sus derechos e intereses. Además, Honduras ratificó en 1994 el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” y, en el 2007, votó a favor de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU). Por consiguiente, las bases están sentadas para una legislación relativa a la implementación de los derechos de indígenas y afrohondureños. Sin embargo, hasta ahora no existe ninguna legislación.⁴¹⁷

En Honduras se han tomado medidas para solventar la falta de legislación en relación a los pueblos indígenas. El convenio 169 de la OIT y la declaración de las Naciones Unidas, si bien cumplen los efectos de un tratado internacional y tiene parámetros que se deben considerar en el momento de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, en la realidad no se cumplen eficazmente. Los tratados son de carácter obligatorio y se deben cumplir por los Estados parte, pero la falta de voluntad de los

⁴¹⁶ *Loc. Cit.*

⁴¹⁷ GIZ. Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe (KIVLAK/GIZ). Pueblos Indígenas en Honduras. Alemania. 2010. Disponible en: <http://www.giz.de/expertise/downloads/giz2010-es-laenderpapier-honduras.pdf> Fecha de consulta: 28/2/2015

Estados de aplicarlos, es evidente; se debe, por consiguiente, tomar medidas a nivel constitucional para que exista una mayor presión ya que en los ordenamientos jurídicos nacionales, el nivel superior corresponde a la Carta Magna.

El documento de trabajo de la Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe señala que durante muchos años se trabajó en el proyecto de una “ley indígena”, la cual hasta ahora no fue aprobada por el congreso. El desarrollo del proyecto de ley fue apoyado financieramente por el Banco Interamericano de Desarrollo. Ya existían varios anteproyectos. Los puntos centrales de conflicto que han impedido, una y otra vez, la aprobación de una ley son el tema territorial y el derecho a consultación. Los proyectos elaborados hasta la fecha se quedan atrás con respecto a los derechos del Convenio de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas. Por lo tanto, las organizaciones de indígenas y de afro-hondureños rechazan el proyecto de ley en cuestión.⁴¹⁸

La idea de que la ley regule aspectos inferiores a los Convenios Internacionales es improcedente puesto que el propósito debe ser superar los derechos mínimos. El problema de Honduras, al igual que Guatemala, es la dificultad de regular los territorios de los pueblos indígenas, ya que los propietarios no importa la extensión del territorio quieren evitar a toda costa una nueva organización territorial. En lo que respecta a la consulta previa, se debe establecer a quienes se les debe hacer la consulta, qué aspectos se deben consultar y qué órgano debe realizarlo. El Convenio 169 de la OIT respalda a los pueblos originarios para exigir los derechos que se les deben reconocer.

El documento de trabajo de la Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe menciona que luego de una discusión de 10 años, el Congreso aprobó en febrero 2008 la nueva ley forestal. Aunque esta ley no se refiere directamente a los pueblos indígenas (en realidad si hay una referencia directa en la Ley Forestal del 2008, en el artículo 45 que literalmente dicta que se reconocen los derechos de los pueblos indígenas tal como lo dicta el convenio 169 de la cual Honduras es suscrito), la misma fomenta una mejora de la situación económica de

⁴¹⁸ *Loc. Cit.*

dichos pueblos, ya que muchos de ellos viven en y de los bosques. Con el panorama de un uso controlado de los productos forestales, incluso una certificación ventajosa, se abren nuevas perspectivas de mejores ingresos para la población indígena, a través del uso de productos maderables y no maderables.⁴¹⁹

Al no preceptuar, dentro de sus instituciones legales, la consulta previa queda una laguna que no puede ser superada por la analogía, ya que el Convenio 169 de la OIT promueve que los gobiernos tomen las medidas que sean necesarias, pero que también se consulte a los pueblos indígenas sobre actos que les afecten directamente.

Para Adán Barahona las prioridades en la demanda de atención de los pueblos se resumen en los temas siguientes: El estudio de Barahona determina que uno de los temas es el reconocimiento, saneamiento y titulación de tierras, línea de gestión que se considera la mas critica debido a que la mayoría de las áreas adjudicadas han sido tomadas por no indígenas creando conflictos locales que han dado como resultados penosos, la muerte de líderes y dirigentes valiosos ante el silencio gubernamental que ha permitido que todos los crímenes queden en la impunidad.⁴²⁰

Los conflictos por tierras es un problema recurrente en Latinoamérica, afecta sobre todo a los pueblos indígenas, no solo por sus efectos económicos, sino por el hecho que constituyen la esencia de su multiculturalidad y de su sobrevivencia; la tierra está muy ligada a su cultura: desde realizar actividades espirituales hasta su fuente única de alimento.

La defensa y el aprovechamiento sostenible del bosque, para Barahona está asociada al tema de territorialidad y tierras tituladas de propiedad comunal debido a que las áreas que los pueblos conservan, los colonos no indígenas se encargan de depredarlas para venderlas posteriormente,, al gran ganadero; se crea un desánimo en las comunidades debido a que el gobierno no atiende las demandas para la regulación de

⁴¹⁹ *Loc. Cit.*

⁴²⁰ Barahona, Adán y otros. Información sobre los pueblos indígenas de Honduras como insumo para el proyecto regional de manejo integrado de ecosistemas por pueblos indígenas y comunidades de Centroamérica. Honduras.2003. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan027543.pdf>
Fecha de consulta: 28/2/2015

esta situación; éstas se pierden en complejos y burocráticos trámites administrativos estériles. Sobre este tema de agenda cada pueblo con el acompañamiento de la Confederación de Pueblos Autóctonos de Honduras (CONPAH) ha logrado promover la creación de áreas ecológicas para que sus territorios ancestrales no sean saqueados y proteger en forma compartida sitios ceremoniales y vida silvestre.⁴²¹

Son iniciativas que se toman debido a la indiferencia del Estado. El aprovechamiento sostenible es un tema ambiental que se debe considerar a nivel nacional pero cuando la supervivencia, de los pueblos indígenas, proviene de los mismos bosques, es necesario tomarlo en consideración obligatoriamente.

Además Barahona menciona que la demanda de aplicación de justicia a delitos cometidos en contra de personas de origen indígena o negro, en este punto se consideran desapariciones, asesinatos, violaciones a mujeres de los pueblos, para canalizar los casos en el país se creó la fiscalía especial de las etnias, instancia que no cuenta con recursos y los fiscales nombrados en algunos casos son enemigos de los pueblos.⁴²²

La falta de recursos es un problema recurrente en los países centroamericanos pero es evidente que urgen asimismo iniciativas para que se combatan los delitos contra los seres humanos; hay que evitar también los actos de discriminación por parte de los funcionarios. El objetivo es buscar un Estado hondureño más respetuoso de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Agrega Barahona que la atención de la salud de los pueblos con enfoque intercultural, los avances logrados en esta materia han sido en la estrategia de atención curativa.⁴²³

Para evitar la mortalidad se deben implementar mecanismos interculturales de servicios de salud, ya que se deben utilizar a la hora de que todavía no haya centros de salud en regiones de pueblos indígenas y afrohondureñas.

⁴²¹ *Loc. Cit.*

⁴²² *Loc. Cit.*

⁴²³ *Loc. Cit.*

Añade Barahona que el desarrollo de la educación primaria y secundaria con enfoque bilingüe e intercultural, para lo cual se creó el Programa Nacional de Educación para las Etnias Autóctonas y Afroantillanas de Honduras (PRONEEAAH) sin resultados concretos hasta la fecha.⁴²⁴

Se buscan iniciativas concretas para realizar la inclusión de los pueblos indígenas sin embargo por la falta de las políticas públicas solo se quedan en simples decisiones sin que se implemente y se lleven a cabo.

Asimismo Barahona refiere que la consolidación del movimiento indígena, ha tenido al Estado como el más grande enemigo. Pero ha logrado la integración del Consejo Nacional Indígena.⁴²⁵

Finalmente Barahona señala el Fortalecimiento de la cultura de los pueblos que implica: revalorar los modelos tradicionales de salud, el incremento en el número de indígenas hablando idiomas maternos y realizando prácticas culturales propias.⁴²⁶

El Estado de Honduras no debería constituirse en opositor al avance en esta materia y debe, más bien, buscar la multiculturalidad y evitar actos discriminatorios contra los pueblos indígenas; la falta de legislación nacional ha evitado que se desarrollen, en los ámbitos político, económico, social y cultural, los pueblos indígenas y afrohondureñas.

Barahona argumenta que esta agenda está respaldada por un marco jurídico expresado en el convenio 169 de la OIT sin embargo este instrumento frecuentemente no se aplica porque el gobierno justifica que aun cuando el convenio fue aprobado, carece de reglamento. En materia de salud Honduras es firmante de la iniciativa de salud para pueblos indígenas y tribales que está bajo el seguimiento realizado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), iniciativa que los pueblos no la conocen. Así mismo es importante mencionar el artículo 346 de la Constitución de la República que habla de proteger las poblaciones e igual enfoque manifiesta la ley de protección del patrimonio cultural de la nación. Al hacer un análisis crítico de este

⁴²⁴ *Loc. Cit.*

⁴²⁵ *Loc. Cit.*

⁴²⁶ *Loc. Cit.*

marco jurídico se puede decir que el contenido de estos instrumentos es ambiguo por lo que dejan espacios para que el gobierno y no indígenas los violen interpretando a su manera el espíritu de estos instrumentos.⁴²⁷

Definitivamente el Estado de Honduras no tiene la voluntad de implementar el Convenio 169 de la OIT ya que sus justificaciones son irrelevantes. Además el ordenamiento jurídico, según el autor anteriormente mencionado, es ambiguo permitiendo que el Estado interprete las disposiciones legales de forma subjetiva, perjudicando a los pueblos indígenas por la falta de reconocimiento de sus derechos y la participación política.

En el informe del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas se explica que la República de Honduras ratificó el Convenio No. 169 de la OIT en 1994, y votó a favor de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Sin embargo, no hay una real aplicación del Convenio, aun cuando la Constitución de Honduras señala que el Convenio prevalece sobre el derecho interno: “En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero” (art. 18).⁴²⁸

Si bien Honduras ratificó el Convenio 169 de la OIT no se ha cumplido por parte del Estado: los compromisos adquiridos no se han implementado. La legislación sigue teniendo lagunas en relación a la pluriculturalidad.

El informe del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas apunta que la Constitución contiene otras normas para reforzar los derechos de los Pueblos Indígenas y destaca que “es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas” (art. 346), y que “el Estado, por la importancia especial que para las culturas y valores espirituales reviste su relación con las tierras, reconoce el derecho que los Pueblos Indígenas y

⁴²⁷ *Loc. Cit.*

⁴²⁸ Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola. Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Nota técnica de país sobre cuestiones de los pueblos indígenas. República de Honduras. Italia. Noviembre 2012. Disponible en: <http://www.ifad.org/english/indigenous/pub/documents/tnotes/honduras.pdf> Fecha de consulta: 27/2/2015

afro-hondureños tienen sobre las tierras que tradicionalmente poseen...” (art. 93), y la titularidad colectiva del derecho sobre la tierra (art. 94).⁴²⁹

La Constitución de Honduras, de acuerdo al Centro, establece de forma muy general la obligación del Estado para dictar medidas para proteger los derechos y la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas.

En el informe del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas se determina que aún cuando están sentadas las bases para una legislación relativa a la implementación de los derechos de indígenas, hasta ahora no existe ninguna legislación específica al respecto. Durante muchos años se trabajó en el proyecto de una “ley indígena” sin embargo este, hasta ahora no ha sido aprobado por el Congreso de la República. El proyecto elaborado hasta la fecha se queda atrás respecto a los derechos del Convenio de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Y, también, las organizaciones de indígenas y de afrohondureños lo rechazan debido a que no reconoce los derechos territoriales y de consulta en los términos que indica el Convenio No. 169.⁴³⁰

El Estado de Honduras tiene en su Constitución la base para implementar medidas para reconocer los derechos colectivos y la identidad cultural de los pueblos indígenas, sin embargo los partidos políticos, los diputados no tienen la voluntad de promulgar legislación específica que busque un desarrollo integral de las organizaciones indígenas y afrohondureñas.

El informe del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas aclara que entre los factores que obstaculizan el ejercicio de los derechos de los Pueblos Indígenas se encuentran: 1) la ausencia de una genuina voluntad política en relación a la cuestión indígena; 2) la inexistencia de políticas públicas para reconocer y respetar a los pueblos indígenas, sobre todo el territorio y la consulta previa; 3) la carencia de una base jurídica, sustentada en una legislación especial, que fortalezca el reconocimiento y ejercicio pleno de los derechos de los pueblos indígenas; 4) el interés del Estado para

⁴²⁹ *Loc. Cit.*

⁴³⁰ *Loc. Cit.*

aprovechar los recursos naturales en territorios ancestrales; 5) la falta de participación plena de los Pueblos Indígenas, en el diseño e implementación de políticas, y la inefectiva orientación al sector agrario, forestal y ambiental; 6) racismo 7) financiamiento internacional, impulsando programas que dividen el movimiento indígena y negro del país, y 8) la indefinición de una política educativa intercultural bilingüe.⁴³¹

Se trata, por lo que se puede inferir del Centro, de un Estado que a la fecha no ha cumplido con las obligaciones establecidas en Convenios Internacionales; además no tiene estrategias para implementar políticas públicas que disminuyan la crisis en la que se encuentran los pueblos indígenas y afrohondureños.

Victor del Cid añade que el Estado de Honduras reconoce oficialmente el “carácter pluricultural y plurilingüístico de la sociedad hondureña y asume dicha diversidad como recurso para el desarrollo interno, en particular para el desarrollo integral de las comunidades nacionales”. En Honduras habitan 9 pueblos culturalmente diferenciados, los pueblos indígenas ch’orti’, lenca, miskito, nahuas, pech, tawahka, tolupán; y los pueblos afrodescendientes garífunas y negros de habla inglesa o creoles.⁴³²

No se trata sólo del reconocimiento de esas características de la sociedad hondureña, hace falta la participación efectiva de esos pueblos en la toma de decisiones; no pueden haber pretextos para no implementar medidas de protección y de participación de los pueblos indígenas. La obligación de un Estado en cumplir con las obligaciones establecidas en los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Del Cid indica que el Decreto N°203 - 2010 que constituye la Secretaría de Estado en los Despachos de Pueblos Indígenas y Afrohondureños (SEDINAFROH), en su primer considerando menciona al pueblo Nahoá, mas no al Chorotega. Estas nuevas identidades aún no son reconocidas oficialmente ni han sido suficientemente

⁴³¹ *Loc. Cit.*

⁴³² Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Del Cid. Víctor. Diagnostico sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central, Tomo II. Noruega. 2012. Disponible en: <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/10/TOMO-2.pdf> Fecha de consulta: 27/2/2015.

estudiadas, sin embargo, sus organizaciones participan en los espacios unitarios del movimiento indígena.⁴³³

Es necesario que se realice un censo de los pueblos indígenas y se lleven a cabo estudios antropológicos para ponderar su peso demográfico y para aclarar la situación real de los pueblos indígenas en el territorio nacional en Honduras.

Del Cid agrega que el principio constitucional para la protección de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales está establecido en el Artículo 346 de la Constitución, Capítulo III de la Reforma Agraria, que establece, “es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas”. Estos derechos fueron afirmados por el Gobierno de Honduras con la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, mediante el Decreto 26-1994 de mayo de 1994. Este paso constituye la base para el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas.⁴³⁴

El dialogo entre pueblos indígenas y el Estado no ha sido fructífero ya que siguen siendo los mismos problemas los que surgen al momento de abordar los temas de pueblos indígenas en Honduras: la falta de territorios, la violación a sus derechos colectivos y la falta de consulta popular. Pareciera que, en el fondo, al Estado de Honduras lo que le interesa es explotar o permitir explotar los recursos de las tierras ancestrales que ocupan los indígenas hondureños.

Del Cid argumenta sin embargo que, las organizaciones indígenas y sectores de la sociedad civil mantienen que se debe crear una nueva institucionalidad y que, debido a sus vacíos, la Constitución debe ser modernizada o perfeccionada de manera que, en el caso de los derechos de los pueblos indígenas, se reconozca la existencia de los pueblos y comunidades; su organización social, política y económica; su cultura, usos y costumbres; idiomas; religiones; educación propia y salud integral con pertinencia

⁴³³ *Loc. Cit.*

⁴³⁴ *Loc. Cit.*

cultural. Del mismo modo, deberán reconocerse los derechos de los pueblos indígenas a preservar su hábitat y la propiedad colectiva de las tierras y territorios que ocupan tradicionalmente, todo dentro del marco de la nación hondureña.⁴³⁵

Se comparte la opinión de Del Cid. Es conveniente que se reestructure la Constitución dándole un aspecto más moderno y perfeccionado para reconocer, de manera precisa, los derechos de los pueblos indígenas y de los afro-hondureños.

Del Cid asevera que las alcaldías municipales, interpretando las disposiciones de la Ley de Municipalidades, emiten títulos individuales de propiedad territorial, que en ocasiones coinciden con los territorios indígenas ancestrales. Estas titulaciones, que generan conflictos entre los pueblos indígenas y los poseedores de títulos individuales, desconocen los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y los títulos reales o ancestrales que ostentan los pueblos indígenas, como es el caso de la caballería antigua que, en Honduras, equivale a 44 hectáreas según el antiguo derecho agrario.⁴³⁶

Al reconocer la propiedad de manera individual se perjudican los derechos colectivos ya que, lo que les da la fuerza a los pueblos indígenas, son sus derechos colectivos y éstos se consiguen estableciéndose, de forma unitaria en un territorio previamente establecido como ancestral y no al revés: individualizándolos, vulnerando sus derechos fundamentales como pueblos indígenas.

Del Cid determina que con ocasión del Examen Periódico Universal, la organización Cultural Survival manifestó que “los indígenas de Honduras corrían el riesgo de perder sus tierras ancestrales y su base de recursos naturales, y se veían sometidos a actos de violencia e intimidación. Cultural Survival indicó que Honduras debía adoptar una posición más firme contra la industria maderera ilegal; mitigar los efectos negativos de los proyectos hidroeléctricos y el turismo en las comunidades indígenas, y velar por que las poblaciones indígenas afectadas por esos proyectos puedan expresar su opinión al respecto. Cultural Survival recomendó que se evaluara nuevamente el proyecto del

⁴³⁵ *Loc. Cit.*

⁴³⁶ *Loc. Cit.*

Programa de Administración de Tierras de Honduras (PATH) y se atendieran las preocupaciones de los indígenas relacionadas con la privatización de las tierras comunales, y que se fortaleciera el estado de derecho a fin de crear un entorno seguro para que los grupos indígenas puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión sin temor a la hostilidad”.⁴³⁷

El Estado hondureño incumple con los derechos de los pueblos indígenas; no los protege de la tala ilegal de árboles; no se logra la consulta previa en relación a los proyectos hidroeléctricos. Aunado a eso, las tierras ancestrales se están privatizando perjudicando el bienestar social de los pueblos originarios; se presiona hostilmente para evitar que puedan ejercer la libertad de expresión, consiguiendo con esto que se sigan vulnerando sus derechos sin que se pueda accionar frente a los tribunales de justicia.

Del Cid señala que el sistema de justicia indígena no está reconocido oficialmente, ni se estudia en las universidades que forman profesionales del derecho. No ha habido respuestas positivas acerca del reconocimiento a las prácticas tradicionales de resolución de conflictos, que cuando son elevados a los tribunales son desconocidos. La figura de los “auxiliares”, llamados a resolver conflictos menores de la Alcaldía, aún así tampoco son reconocidos. En el sistema de justicia, el Estado hondureño y sus funcionarios no reconocen el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Un avance en el proceso de acercamiento entre el sistema oficial de administración de justicia y el sistema tradicional indígena fue el diálogo iniciado con la Corte Suprema de Justicia, que se detuvo a causa de los acontecimientos políticos del país, pero que se espera retomar.⁴³⁸

Las instituciones de los pueblos indígenas deberían de respetarse en incluirse dentro del ordenamiento jurídico nacional por ser reconocido el Estado de Honduras como pluricultural. El derecho consuetudinario en otros países latinoamericano ha logrado una mejor interpretación de las normas dándoles una perspectiva pluricultural.

⁴³⁷ *Loc. Cit.*

⁴³⁸ *Loc. Cit.*

Del Cid estipula que tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité contra la Tortura han expresado su preocupación por la falta de establecimiento de un órgano independiente encargado de asegurar la independencia del poder judicial y supervisar el nombramiento, promoción y disciplina de la profesión. Así, han recomendado al Estado hondureño que garantice la independencia del poder judicial de conformidad con los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el 2001 recomendó al Estado hondureño que vele para que las poblaciones indígenas puedan utilizar el sistema judicial en sus propios idiomas.⁴³⁹

El logro los objetivos de un Estado pluricultural se debe dar paso a paso. Una de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos es establecer un órgano judicial independiente para evitar injerencia externa. Recomienda además de que se usen los idiomas propios de los pueblos indígenas, eso como primer paso ya que luego se le debe dar la independencia a los propios órganos jurisdiccionales indígenas para hacer valer su derecho a los casos concretos.

Del Cid hace ver que debido a la ausencia de mecanismos establecidos que garanticen la participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones, y a la imposibilidad de participar en estos procesos desde sus propias instituciones, la alternativa para poder incidir a nivel político ha sido la afiliación a los partidos políticos. A pesar de su afiliación partidista, un dato revelador es que de los 128 diputados que componen el Congreso Nacional de Honduras, actualmente sólo tres de ellos son indígenas. Estos tres diputados integran la Comisión de Enlace con Grupo Indígenas y Afrodescendientes. Para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la vida política, los pueblos indígenas exigen que se lleven a cabo las reformas legales necesarias que permitan el pleno ejercicio de su derecho a la participación y a que sus estructuras organizativas tradicionales sean reconocidas como sus órganos representativos.⁴⁴⁰

⁴³⁹ *Loc. Cit.*

⁴⁴⁰ *Loc. Cit.*

La participación política de los indígenas en Honduras es casi nula. No se respeta la consulta previa además de que la representación de tres diputados no equivale a la población indígena en sí. Por consiguiente es evidente, por un lado, que los indígenas deben ser más proactivos y exigir la protección y el goce, sin buscar la confrontación, de los derechos que los identifican como pueblos indígenas y, por el otro lado, que los políticos y legisladores muestren voluntad política de avanzar en estos temas, y cumplir las normas que existen y cambiar o crear nuevas leyes que permitan el pleno goce de los derechos específicos de los pueblos indígenas hondureños.

Del Cid connota que, desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT, no ha habido ninguna consulta con los pueblos indígenas, a pesar de acontecimientos como la creación de áreas protegidas en territorios indígenas y la prohibición del uso de los recursos de esas áreas a los pobladores indígenas. Para otorgar las concesiones forestales se creó un mecanismo de socialización como equivalente a la consulta que se hace por medio de las alcaldías. De igual manera, las concesiones sobre los demás recursos naturales se otorgan bajo la socialización a cargo del Estado, sin tomar en cuenta las representaciones indígenas. En la actualidad, gran parte de los recursos naturales marinos, el agua, el petróleo y los bosques que están en los territorios miskitos ya están concesionados. Finalmente, también se han otorgado concesiones hidroeléctricas en todas las cuencas hídricas.⁴⁴¹

En Honduras se están violentando los derechos de los pueblos indígenas. Es penoso ver como el Estado, no promueven el desarrollo integral de los pueblos indígenas; pero si el incremento de proyectos , mineros e hidroeléctricos, que afectan negativamente los territorios ancestrales, los bosques, la flora, la fauna, y el entorno ambiental de todos los hondureños, pero en particular de los pueblos indígenas y afrohondureños.

⁴⁴¹ *Loc. Cit.*

4.5 México.

Teresa Valdivia Dounce señala que las reformas a la Constitución federal obligaron a las entidades de la República a revisar y, en su caso, promover las mismas en sus constituciones estatales, tarea que desempeñaron los legisladores locales de 1990 a 2003. Al término del periodo, sólo 16 entidades federativas reformaron sus constituciones con disposiciones en materia indígena; de ellas, únicamente once reconocieron textualmente la composición pluricultural de la nación, nueve de manera plena, dos en forma indirecta y sólo cuatro estados aprobaron una ley reglamentaria en materia indígena: Chiapas (1999), Oaxaca (1998), Campeche (2000) y Estado de México (2002).⁴⁴²

Los Estados Unidos Mexicanos, al igual que la mayoría de países latinoamericanos, han enfrentado la problemática de la inclusión de los pueblos indígenas de una manera constitucional. Sin embargo por ser un Estado federal y no unitario, la inclusión es más complicada. Algunas entidades federativas ya han reformado sus constituciones, pero faltan Estados que acepten la composición pluricultural en su organización estatal.

El referido autor observa que otro aspecto que parece importante es la manera en que varios estados resolvieron reformar sus constituciones para dar cabida a un supuesto reconocimiento a la pluriculturalidad. En Campeche y Jalisco se reconoció la composición pluricultural del país, mas no de su propia entidad. Y en Chihuahua no hubo reconocimiento pleno, sino parcial, de la composición pluricultural, pues sólo se modificaron aspectos fragmentados de la vida indígena, como tomar en cuenta su costumbre en los juicios civiles y penales, y en los servicios de salud; que los pueblos indígenas proporcionen su propia educación; y, en materia agraria, se reglamentó que las tierras (y aguas) indígenas no se pueden vender, ni comprar, ni extinguir este derecho, y para el traspaso de tierras y aguas se apegarán a las disposiciones de la ley estatal y de la costumbre india.⁴⁴³

⁴⁴² Valdivia Dounce, Teresa. "Reconocimiento de derechos indígenas: ¿Fase superior de la política indigenista del siglo XX?" Revista *Nueva Antropología*. Vol. 26. N° 78. México. Enero-junio 2013. Pág. 25

⁴⁴³ *Ibíd.* Pág. 35

Es inconsecuente con la realidad mexicana que tan pocos Estados hayan adoptado la orientación federal. Y que, aún en los que se reconoce lo pluricultural del Estado (Campeche y Jalisco), no se reconozca la identidad de sus pueblos indígenas. Y en el otro (Chihuahua), sólo se reconoció una pluriculturalidad parcial. Se han hecho cambios superficiales de las leyes que son más de forma que de fondo. No tocan temas de relevancia para el desarrollo integral de los pueblos indígenas; hay ambigüedad en las leyes promulgadas.

Valdivia Dounce agrega que la ley indígena federal del 2001 es mucho más completa que todas las reformas anteriores. Aquí se establecieron reconocimientos elementales como la composición pluricultural del país sustentada en los pueblos indígenas, el origen de éstos y sus instituciones, su derecho a la libre determinación y a cierta autonomía. En esta nueva ley hay dos avances más: la forma de identificar por la conciencia de su identidad y pertenencia a los sujetos jurídicos (como lo establece el Convenio 169) y la tipificación de la discriminación como un delito. Sin embargo, no deja de ser una ley "mocha", ya que los pueblos y comunidades indígenas son definidos como sujetos de interés público y no como sujetos de derecho público, con lo cual su derecho a la libre determinación y autonomía quedan en mera retórica. El apartado A del artículo 2° se garantizan derechos que ya tenían los pueblos indígenas, y en el apartado B se perfilan las bases para diseñar un típico plan de desarrollo social.⁴⁴⁴

La ley federal estableció temas que son considerados urgentes y claves para cualquier Estado donde habiten pueblos indígenas. Reconocer la pluriculturalidad les permite, a los pueblos indígenas, participar dentro de la política mexicana y, con la libre determinación, organizarse de la mejor de forma, económica, cultural y social, posible en relación al territorio. Ahora bien al referirse a "cierta autonomía" el autor pretende dar un enfoque crítico ya que se percibe que no se cumple con los requisitos necesarios para que sea una autonomía que otorgue la libertad de disponer de sus instituciones reguladas de conformidad la ley. Tiene ciertas fallas ya si bien se

⁴⁴⁴ *Ibid.* Pág. 38

reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de interés público, no se les da el respaldo para evitar materializar la violación de sus derechos colectivos.

Héctor Ortiz Elizondo explica que en agosto del 2001 se realizó una reforma a la Constitución mexicana que, entre otros efectos, modificaba el contenido del artículo 2° para insertar un apartado dedicado a los pueblos indígenas. Esto generó un amplio rechazo de los sectores sociales directamente interesados: los pueblos indígenas, por la reticencia del Poder Legislativo a asumir con todas sus implicaciones la existencia de un Estado mexicano plural y multicultural. Sin embargo, una vez asentados los polvos del debate sobre las ausencias, candados y limitaciones de la reforma aprobada, la ley resultante generó también interrogantes sobre los efectos políticos y sociales que pueden tener esos fragmentos de los Acuerdos de San Andrés que sí lograron llegar hasta la Constitución mexicana y que habrán de dar forma a la idea que nos hacemos de nuestros derechos.⁴⁴⁵

Los pueblos indígenas debieron fundamentar, sólidamente, los puntos en los que no estaban de acuerdo antes de que se promulgara la Constitución. Se considera necesario que, a futuro, se les permita participar activamente para aportar en el contenido de la Constitución, evitando así conflictos posteriores de desacuerdos con las reformas. Tal fue el caso de los Acuerdos de San Andrés logrados por el movimiento zapatista.

Verónica Renata López Nájera aclara que a pesar del reconocimiento constitucional de la composición pluricultural del Estado mexicano, en el país el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas es letra muerta, ya que no hay una verdadera descolonización del Estado, en el sentido de construir las bases que promuevan la equidad y el respeto a la autodeterminación indígena. Ejemplo de ello es el incumplimiento de los Acuerdos de San Andrés, que fueron el resultado de las mesas de negociación entre el gobierno federal y los zapatistas entre 1995 y 1996. En dichos acuerdos se establecía la necesidad de formular una nueva relación del Estado con las comunidades indígenas a partir del reconocimiento de los derechos de los

⁴⁴⁵ Chenaut, Victoria (Compiladora). *Op. Cit.* Pág. 427

pueblos indios, no solo a nivel individual sino como colectivos, en torno a cinco campos: derechos políticos, jurídicos, sociales, económicos y culturales.⁴⁴⁶

Es evidente, al igual que en otros países, el incumplimiento del Estado Mexicano en este ámbito. Es cierto que es un tema de difícil cumplimiento en un estado federal; aquí se trata del cumplimiento tanto estatal (a nivel del Estado federal) como estadual (a nivel de cada uno de los Estados federados). En un Estado federal el reconocimiento y el cumplimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas es más complejo, debido a que se teme complementar leyes federales con estatales y que se produzcan incoherencias con las normas jerárquicamente superiores. El Estado mexicano quiere seguir ejerciendo el rol paternalista que ha desempeñado a lo largo de la historia. A pesar de existir, los Acuerdos de San Andrés no se han cumplido y los pueblos indígenas siguen exigiendo que se les reconozcan sus derechos de forma concreta no en abstracto como hasta la fecha.

Martínez Torres, María Elena y Ana Lucía Valadez Ortega argumentan que los pueblos indígenas demandan el reconocimiento de sus derechos colectivos y específicamente demandan su derecho a la autodeterminación. La difusión otorgada a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –incluida su traducción a diversos idiomas nativos– y el interés de los propios pueblos indios por ver concretados esos derechos, no ha repercutido en la adopción de nuevos instrumentos jurídicos de alcance federal o estatal, amparándose el Estado en el carácter no vinculante de la Declaración. Si bien existen en México cinco estados que han integrado a sus constituciones locales iniciativas en materia de derechos de los pueblos indígenas, los sistemas jurídicos indígenas aún no son reconocidos en su integridad ni tampoco el reconocimiento a la libre determinación.⁴⁴⁷

El Estado federal y los Estados federados no han tomado decisiones legislativas que repercutan directamente en leyes para fortalecer los derechos de los pueblos

⁴⁴⁶ López Nájera, Verónica Renata. "Reflexiones y visiones sobre la antropología social en el México contemporáneo desde una mirada descolonial." *Revista Universitas Humanística*. N° 77. Colombia. Enero-junio 2014. Pág. 130

⁴⁴⁷ Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. Martínez Torres, María Elena y Ana Lucía Valadez Ortega. *El mundo indígena 2009*. Dinamarca. 2009. Disponible en: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0290_MI_2009.pdf Fecha de consulta: 28/2/2015.

indígenas. Lo anterior, no obstante las demandas crecientes de estos pueblos. Al parecer hace falta la ratificación de tratados internacionales en materia derechos humanos indígenas ya que la Declaración no es obligatoria; y el Convenio 169 de la OIT a pesar de ser vinculante, sus preceptos son muy generales y dependen de la voluntad del Estado para implementarlos dentro su ordenamiento jurídico interno.

Francisco López Bárcenas asiente que el contenido de la Constitución Federal se modificó el 14 de agosto de 2001, después de la rebelión zapatista y la firma de los *Acuerdos de San Andrés* sobre derechos y cultura indígena. De acuerdo con el decreto de reforma, se modificaron varios de los artículos de la Carta Magna para incluir en ella los derechos de los pueblos indígenas, que unidos a las disposiciones existentes forman la normatividad constitucional en la materia. En la actualidad los artículos constitucionales que hacen referencia a los derechos indígenas son: el artículo 2, que sustituyó al artículo 4 al que se hizo referencia anteriormente, el artículo 18, párrafo sexto, el artículo 27, fracción VII, párrafo segundo y el 115, fracción tercera.⁴⁴⁸

México ha logrado incluir en su Constitución Federal el reconocimiento de los pueblos indígenas, sin embargo no se ha podido implementar estas reformas federales a las constituciones estatales; a pesar de que se han tomado iniciativas pertinentes para mejorar la situación actual indígena, todavía hace falta mucho por hacer.

López Bárcenas afirma que de por sí una reforma a la Carta Magna no es un asunto cualquiera, pues no se trata de la reforma a una de sus leyes, sino de aquella sobre la cual descansa el pacto federal, es decir, el tipo de organización que los habitantes de un Estado se dan para poder organizar su vida social. En estricto sentido, una reforma constitucional más que modificar el orden jurídico, transforma las bases políticas sobre las que descansa. Pero en este caso, además, se trataba de reconocer, por primera vez desde que se formó el Estado mexicano, a los pueblos indígenas y sus derechos colectivos como parte fundante de la nación. En otras palabras, no se trataba de un proceso para reformar una ley que otorgara más derechos individuales a las personas

⁴⁴⁸ López Bárcenas, Francisco. Legislación y derechos indígenas en México. México, tercera edición, CEDRSSA, H. Cámara de Diputados, 2010. Pág. 50

que pertenecen a un pueblo indígena sino de reconocer nuevos sujetos de derechos con derechos específicos.⁴⁴⁹

Está claro que, las reformas de la Constitución constituyeron un medio que permitió al Estado mexicano actualizarse ante la dinámica de su sociedad. Al transformar la estructuración política se buscó orientar al país hacia un sistema más incluyente, en sus aspectos económicos, culturales y sociales, en relación a los pueblos indígenas. Esto debido al reconocimiento más específico de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1917 reformada en 2001.

López Bárcenas agrega que el artículo segundo de la constitución establece que: “la Nación Mexicana es única e indivisible”. Tanto el texto como el lugar en que se ubica muestra los prejuicios de quienes lo incluyeron: relacionándolo con el reconocimiento de los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación en su modalidad de autonomía. En el primer caso porque, si por nación se entiende el Estado nacional, para los pueblos indígenas es claro que es único e indivisible y ninguno de ellos se ha propuesto fraccionarla y no lo hacen los derechos que se le reconocen; en el segundo, porque la norma no hubiera estado mal si se hubiera colocado en la parte orgánica de la Constitución Federal, donde también se establece el carácter republicano, representativo y popular del gobierno, pero no donde se colocó. Además de esto, pocos efectos pudiera tener si algún pueblo indígena decidiera dividir a la nación porque difícilmente invocaría la protección de la Constitución Federal para hacerlo ya que implicaría acogerse a ella para destruirla, lo cual sería contradictorio.⁴⁵⁰

López Bárcenas toca un tema muy delicado en una sociedad diversa con pueblos indígenas que pesan significativamente. Por un lado la nación (única e indivisible) como si fuera una nación étnicamente homogénea y por el otro lado pueblos, por no decir naciones indígenas que forman parte de esa nación (heterogénea). Es por eso que el autor plantea que se trata no del concepto “nación”, sino de Estado Nacional. En realidad, desde la perspectiva mexicana y de otros países indígenas, el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas, en lo absoluto, tiene la intención de

⁴⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 51

⁴⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 52

fragmentar el Estado Nacional. El propósito es que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos en un territorio y con instituciones propias, siempre bajo la jurisdicción del Estado Federal. Los pueblos indígenas buscan la autonomía y la libre determinación de los pueblos, y poder decidir sobre sus asuntos y organizarse como lo requieren sus instituciones propias; no desean una independencia del Estado.

López Bárcenas aclara que la segunda novedad que se incluyó en la reforma es la prohibición de la discriminación, misma que se plasmó en el nuevo texto del artículo segundo, expresando que “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Lo primero que se desprende de esta norma es que no se refiere sólo a indígenas, sino a cualquier persona que se encuentre en el territorio mexicano y no define lo que entiende por discriminación, por lo cual tendrá que especificarse en la legislación secundaria si alguna efectividad se le quiere adjudicar a esta disposición. Enseguida se enuncian diversas condiciones que se consideran conductas discriminatorias que se prohíben, entre ellas el origen étnico de las personas que las pudieran sufrir, pero no sólo de ellas.⁴⁵¹

La discriminación es una conducta que en muchos países latinoamericanos es considerada como delito. Son actos que pueden considerarse delito pero en general, para todas las personas no solamente hacia los pueblos indígenas es decir no es una característica o derecho específico que va dirigido a los indígenas. Esto es lo que indica el autor a referirse a la discriminación en las reformas de la Constitución Federal mexicana.

López Bárcenas señala que con respecto a los pueblos indígenas, el propio artículo segundo establece que “la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y

⁴⁵¹ Loc. Cit.

que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. En esta fracción no se define lo que se debe entender por pueblos indígenas, sólo se establecen algunas de las características que deben llenar las poblaciones indígenas para ser consideradas como tales.⁴⁵²

Las características que se indican anteriormente son las que deben tener los pueblos indígenas; por consiguiente es preciso antes de indicar los derechos colectivos definir qué es un pueblo indígena *per se*.

López Bárcenas indica que después de la enumeración de los sujetos titulares de los derechos, la Constitución Federal contiene un texto con dos normas de contenido diferente: una referida al ámbito de ejercicio de la autonomía y otra al reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos. La primera prescribe que “el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”. En esta norma el Constituyente permanente no reconoce expresamente el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de la libre determinación, sino la manera en que ésta habrá de ejercerse: en un marco de autonomía que asegure la unidad nacional. Claro que al expresar la forma en que se ejerce un derecho de manera indirecta se está reconociendo el derecho pero de esto la Constitución se ocupa en párrafos posteriores. Lo que sí queda claro es que la libre determinación sólo puede ejercerse como autonomía.⁴⁵³

En la Constitución federal de México, la libre determinación, se indica cómo se ejerce pero no se reconoce el derecho en sí. La libre determinación sólo puede ejercerse como autonomía, no como independencia o fragmentación del Estado Nacional.

4.6 Nicaragua

Manuel García Hegg infiere que Nicaragua tiene la particularidad en América Latina de haber definido desde 1987 un régimen autonómico que abre espacios estatales a la pluralidad étnica del país. En este sentido, a diferencia de la mayor parte de las luchas

⁴⁵² *Ibíd.* Pág. 53

⁴⁵³ *Ibíd.* Pág. 57

étnicas del continente, la autonomía en Nicaragua es un punto de partida y no una meta a conseguir, al menos en su condición de régimen jurídico legal en el interior del Estado nacional único.⁴⁵⁴

Que el Estado de Nicaragua haya reconocido la autonomía de los pueblos indígenas en la Constitución, demuestra la voluntad política del gobierno de la época para respetar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

García Hegg admite que así, en el caso nicaragüense se partió de que la problemática étnica hacía referencia al menos a tres tipos de fenómenos: 1) a la desigualdad estructural de las etnias minoritarias en el acceso a oportunidades y recursos, así como a los espacios, instancias y mecanismos de toma de decisiones nacionales que les afectan; las etnias minoritarias suelen ocupar el último nivel en la matriz económico social y un papel subordinado en la estructura social de poder; 2) a la opresión y discriminación, que suele resultar en el menoscabo de derechos, por ser miembros de una etnia sociológicamente minoritaria; 3) a la defensa de la propia identidad, esto es, resistir las políticas asimilacionistas bajo distintas formas para mantener su propia especificidad cultural en el seno del Estado nación. Estos fenómenos suelen estar íntimamente vinculados entre sí y adquirir distinto peso y significación en diferentes situaciones.⁴⁵⁵

Lo que buscó el Estado nicaragüense fue potenciar la cultura y la dinámica de los pueblos de la costa atlántica; dando a los pueblos indígenas las herramientas necesarias para desarrollarse y tener voz ante las desigualdades sociales, económicas y culturales.

García Hegg argumenta que la conformación de la nación —como una nueva comunidad de integración y sistema de hegemonía—, se considera aún inacabada, toda vez que ello se produce en procesos de larga duración y que es hasta 1987 —con el reconocimiento constitucional de la multiétnicidad del país (art. 8 de la Constitución)

⁴⁵⁴ Universidad de El Salvador. Ortega Hegg, Manuel. El régimen de autonomía en Nicaragua: contradicciones históricas y debates recientes. El Salvador. 1997. Disponible en: <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10800283-6.pdf> Fecha de consulta: 1/3/2015

⁴⁵⁵ *Loc. Cit.*

y con el acuerdo del régimen de autonomía para la Costa Atlántica por razones socio-étnicas— que se plantean las condiciones para la construcción de una nueva identidad nacional, diferente a la concepción clásica del Estado nación que presupone tradicionalmente la homogeneidad de la población y la uniformidad cultural.⁴⁵⁶

Está claro que Nicaragua buscaba un Estado incluyente con un desarrollo económico y social que respondiera a las necesidades pluriculturales del país. Al reconocer la autonomía de los pueblos indígenas les dio la libertad para organizarse de la forma más adecuada a sus intereses y necesidades.

Jochen Mattern explica que la multietnicidad es un fundamento importante para la instalación de un régimen autónomo de la Costa, reconocido por la Constitución Política, la cual sienta las bases de una concepción de nación multiétnica y pluricultural, con definiciones de principios muy importantes como son el reconocimiento de los pueblos indígenas, la libre autodeterminación de éstos y a los derechos históricos de éstos pueblos y comunidades étnicas que habitan en la Costa Caribe de Nicaragua.⁴⁵⁷

Jochen Mattern agrega que la ley de autonomía y la Constitución Política reconocen la autonomía regional, así que Nicaragua es el país de América Latina que da los derechos más extensos a su población indígena. Eso vale por la Constitución Política y la ley 28, el estatuto de la autonomía de la Costa Atlántica.⁴⁵⁸

Los gobernantes nicaragüenses se han tomado en serio los preceptos constitucionales e internacionales de derechos humanos para proteger los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, un aspecto que en muchos países centroamericanos no se han llevado a cabo.

El referido autor enfatiza que las leyes particulares que desarrolla la autonomía regional son respaldadas por la Constitución Política al establecer mayorías calificadas para aprobarlas o reformarlas. La Constitución Política establece aspectos que deben ser

⁴⁵⁶ *Loc. Cit.*

⁴⁵⁷ Pueblos Indígenas PCN. Mattern, Jochen. Autonomía Regional en Nicaragua: una descripción descriptiva. Nicaragua. 2002. Disponible en: http://www.pueblosindigenaspcn.net/biblioteca/nicaragua-multicultural/doc_view/40-autonomia-regional-en-nicaragua-una-aproximacion-descriptiva.html Fecha de consulta: 1/3/2015

⁴⁵⁸ *Loc. Cit.*

incluidas en las leyes que la desarrolla, en búsqueda de un mejoramiento del marco jurídico. Para la Ley de Autonomía establece que debe contener las atribuciones de sus órganos de gobierno; su relación con los diferentes poderes del Estado, con los municipios y el ejercicio de sus derechos. Este mandato constitucional no ha podido avanzar en la Ley 28, en donde se presenta el gran dilema de reformar la actual Ley o reglamentarla, de manera que lo que se haga no ponga en riesgo los avances alcanzados hasta la fecha. En el Estatuto de Autonomía se mantiene el énfasis en los aspectos políticos, culturales y de repuesta a los derechos históricos.⁴⁵⁹

Las regiones tienen la facultad de desarrollar sus leyes siempre y cuando cumplan con los requisitos que establece la Constitución, es una autonomía real, no solo en teoría sino en la práctica.

Jochen Mattern refiere que como un resumen preliminar se puede constatar, que para el proceso de descentralización, la autonomía política es bastante avanzada, manifestándose en un amplio catálogo de derechos y reconocimientos constitucionales de y sobre los pueblos indígenas. Inclusive se han dado cuatro elecciones de las autoridades autónomas electos, dando de esta manera una legitimidad democrática al régimen de la autonomía. Mientras que la autonomía administrativa y financiera está todavía bastante reducida (como para la descentralización), debido a vacíos y contradicciones sustanciales en el marco legal, bajas capacidades administrativas y financieras de las autoridades regionales, disfuncionalidades institucionales entre los diferentes niveles de gobierno y la poca voluntad política del GC (Gobierno Central) en apoyar el proceso de institucionalización y consolidación de la Autonomía Regional.⁴⁶⁰

Se deduce que la autonomía política de los pueblos de la Región Atlántica está más avanzada que la descentralización administrativa. Nicaragua ha desarrollado en esa región una democracia y representación política sólida: una participación, tanto en la toma de decisiones, como en la elección de sus autoridades.

⁴⁵⁹ *Loc. Cit.*

⁴⁶⁰ *Loc. Cit.*

El Relator Especial, Doudou Diène, pudo observar una profunda fractura étnico-socio económica entre las regiones del Pacífico y las del Atlántico. Aquéllas siguen estando pobladas predominantemente por mestizos -y algunas comunidades indígenas- y han alcanzado un nivel de desarrollo relativo, mientras que las regiones del Atlántico están habitadas principalmente por poblaciones indígenas y de ascendencia africana, están aisladas y carecen de infraestructura básica. Al igual que en Guatemala y Honduras, el mapa de la pobreza y la marginación económica y social coincide con la distribución geográfica de las poblaciones que se consideran víctimas de discriminación. La autonomía otorgada a las regiones del Atlántico Norte y Sur (RAAN y RAAS) constituye la base institucional que permite a las poblaciones de esas regiones planificar y asumir el control de su propio desarrollo, si bien la insuficiencia de los recursos financieros procedentes del Gobierno central no les permite aún gozar efectivamente de esa descentralización.⁴⁶¹

No obstante la autonomía, las condiciones de los pueblos indígenas se complican al momento en que se toca el tema de la asignación de los recursos; el reconocimiento de la autodeterminación no es suficiente; un Estado en vías de desarrollo no tiene los recursos suficientes para implementar la descentralización y los pueblos indígenas tampoco tienen la capacidad para generar suficientes recursos.

El Relator Especial Diène aclara que la Constitución de Nicaragua reconoce en su artículo 8 la naturaleza multiétnica del país y garantiza los derechos específicos de las poblaciones indígenas. La Ley de reforma parcial de la Constitución Política de Nicaragua, de 1995, reconoce su existencia en el artículo 5. Como consecuencia del proceso político nicaragüense de los años ochenta, caracterizado por las reivindicaciones y las luchas de las poblaciones de la costa atlántica, la autonomía regional de estas poblaciones también se ha inscrito en la Constitución, consolidando así un avance notable en los derechos colectivos étnicos. Según los artículos 89 a 91 de la Constitución, las comunidades de la costa atlántica tienen derecho a preservar y desarrollar su identidad cultural y a dotarse de sus propias formas de organización

⁴⁶¹ Naciones Unidas. Diène, Doudou. El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación. Estados-Unidos. 2005. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/117/72/PDF/G0511772.pdf?OpenElement> Fecha de consulta: 28/2/2015

social, así como de administrar sus asuntos conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce asimismo las formas comunales de propiedad de las tierras de estas comunidades, y su derecho al goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de su región.⁴⁶²

Reconocer los derechos colectivos representa un gran beneficio para los pueblos indígenas. Les permite organizarse cultural, social y económicamente, resolviendo sus conflictos según sus tradiciones, en sus propios territorios y sin injerencia de terceros que puedan afectar sus decisiones.

El Relator Especial Diène menciona que el artículo 91 subraya la obligación del Estado de dictar leyes destinadas a asegurar que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura u origen. El artículo 121 establece que "los pueblos indígenas y las comunidades Étnicas de la costa atlántica tienen derecho en su región a la educación intercultural en su lengua materna en el nivel que se determine, de acuerdo con los planes y programas nacionales". Sobre la base de esta disposición, en 1982 se aprobó la Ley de lenguas, y en 1984 el Gobierno estableció un Programa de Educación Bilingüe Intercultural (PEBI).⁴⁶³

La discriminación, por diferentes razones hacia los pueblos indígenas, es una figura que está tipificada como delito; lamentablemente los pueblos indígenas son discriminados también como consecuencia de diferencias sociales, culturales, y económicas existentes en ese país.

El informe del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas refiere que Nicaragua se reconoce como un Estado de naturaleza multiétnica. La reforma constitucional de 1995, Artículo 5 de los Principios Fundamentales de la Constitución Política de Nicaragua, consagró el pluralismo étnico como principio fundamental del Estado Nicaragüense, y extendió el reconocimiento de pueblos indígenas, con el

⁴⁶² *Loc. Cit.*

⁴⁶³ *Loc. Cit.*

Estatuto de Autonomía aprobado en 1987, a los de la Costa Caribe, también a los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua.⁴⁶⁴

Por causas históricas, los pueblos indígenas han sufrido muchos problemas a nivel de identidad. Es posiblemente la razón por la que Nicaragua tenía que reconocer sus derechos colectivos y su identidad especial.

En el informe del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas reitera que respecto a las comunidades de la Costa Atlántica, se señala que estas son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones (Artículo 89); tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional y de dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.⁴⁶⁵

Las comunidades de la Costa Atlántica, indígenas y caribeñas tienen derechos y por consiguiente obligaciones, no existe diferencia entre comunidades nicaragüenses. Los pueblos indígenas deben incentivar la protección de los derechos de la comunidad y en cualquier caso exigir ante los operadores de justicia la no violación de estos.

En el informe del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas se alude que el Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales. En su artículo 90 les reconoce a esas comunidades el derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura.⁴⁶⁶

Las tierras, las aguas y los bosques son elementos de la naturaleza que permiten el desarrollo integral de los pueblos indígenas. Estos elementos son esenciales para su

⁴⁶⁴ Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola. Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Nota técnica de país sobre cuestiones de los pueblos indígenas. República de Nicaragua. Italia. Noviembre 2012. Disponible en: <http://www.ifad.org/english/indigenous/pub/documents/tnotes/nicaragua.pdf> Fecha de consulta: 27/2/2015

⁴⁶⁵ *Loc. Cit.*

⁴⁶⁶ *Loc. Cit.*

supervivencia, por consiguiente es de suma importancia que se les reconozca la propiedad de las tierras comunales.

En el informe del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas puntualiza que en cuanto a las tierras y territorios, los artículos constitucionales concernientes al capítulo de la reforma agraria, señalan que la reforma agraria eliminará cualquier forma de explotación a los campesinos y promoverá formas de propiedad compatibles con los objetivos sociales y económicos de la nación establecidos en la Constitución (Artículo 107). En su artículo 180, el Estado reconoce a las Comunidades de la Costa Atlántica el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y representantes. Asimismo garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.⁴⁶⁷

Queda claro que se respeta, en todos los ámbitos, a los pueblos indígenas en Nicaragua: tienen autonomía, conservan su forma de organización social, disfrutan de sus recursos y participan democrática, libre y directamente, al elegir a sus representantes.

Del Cid especifica que el artículo 107 de la Constitución de Nicaragua reconoce la existencia de diferentes formas de propiedad de la tierra, y el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras comunales. Asimismo, en el artículo 89 de la Constitución el Estado reconoce de manera particular las formas comunales de propiedad de las tierras de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica y su naturaleza *sui generis*. El artículo 180 de la Constitución establece también que el Estado debe garantizar la efectividad de las formas de propiedad comunal. Con el propósito de satisfacer la demanda de titulación de las tierras y territorios de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la antigua Mosquitia de Nicaragua, el 13 de diciembre del 2002 fue aprobada por la Asamblea Nacional la Ley

⁴⁶⁷ *Loc. Cit.*

N° 445, que establece el Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz.⁴⁶⁸

Es importante esta ley, ya que establece un régimen especial de propiedad comunal de los Pueblos indígenas y de Comunidades étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica. Esto es clave para esos pueblos, pues las tierras son esenciales para los pueblos indígenas. Al reconocerles la propiedad de sus territorios comunales, se logra la posibilidad de tener una mejor calidad de vida y de desarrollo con respeto del medio ambiente.

Del Cid asevera que las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua se crearon en el año 1987 mediante la Ley N° 28, Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, y son administradas bajo un régimen de autonomía desde el año 1990. Los gobiernos regionales tienen la potestad de administrar, entre otros, la salud, la educación, la cultura y el transporte. Asimismo, la legislación nicaragüense les otorga importantes funciones en la administración de los recursos naturales y en la delimitación y manejo de tierras (Ley N° 445, Ley del Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas).⁴⁶⁹

Está implícito en este caso que los pueblos indígenas deben ser consultados previamente si, en algún momento, el Estado quisiera explotar o explorar sus tierras comunales; ya que se establece, constitucionalmente, que ellos administran sus recursos naturales, delimitan y manejan sus tierras.

Del Cid determina que la Constitución Política de 1987 reconoce la existencia de los pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, de manera tal que los pueblos miskitus, sumo-mayangnas, ramas, ulwas, kriols y garífunas fueron por primera vez reconocidos como integrantes de un país diverso y pluricultural. Este reconocimiento constitucional sirvió de base para avanzar

⁴⁶⁸ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Del Cid. Víctor. Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central, Tomo II. Noruega. 2012. Disponible en: <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/10/TOMO-2.pdf> Fecha de consulta: 27/2/2015.

⁴⁶⁹ *Loc. Cit.*

también en el reconocimiento de derechos colectivos, tales como la protección contra la discriminación; la protección de las lenguas indígenas, las culturas y formas propias de organización social y de gobierno; y el derecho a ejercer control sobre sus tierras comunales y recursos naturales. En 1987 se promulgó también el Estatuto de la Autonomía (Ley N° 28), creando el régimen legal para las Regiones Autónomas de la Costa Caribe. Su implementación llegó en 1990 con la conformación de los Consejos y Gobiernos Regionales. En el año 2006, la Asamblea Nacional reglamentó el Estatuto mediante el Decreto No 3584.⁴⁷⁰

Los cambios se han dado paso a paso. En el caso de Nicaragua, primero se reconoció como un Estado pluricultural integrando, por primera vez, a sus pueblos indígenas, como formando parte del Estado. Luego se reconocieron los derechos colectivos. Es en este sentido que se debe entender que para reestructurar el Estado debe de existir la voluntad política. Naturalmente que se requiere también una planificación pertinente para los pueblos indígenas.

Del Cid afirma que a pesar de que se ha desarrollado un marco legislativo para la autonomía regional y se han creado instituciones para su impulso, no se ha avanzado en la aplicación efectiva de los modelos de salud y educación, así como en otros aspectos, siendo el principal obstáculo la débil descentralización de atribuciones y recursos financieros.⁴⁷¹

El problema subyacente es la falta de recursos para aplicar sus modelos de organización.

Del Cid apunta que la administración de justicia en las Regiones Autónomas del Atlántico se rige por regulaciones especiales acordes a las características autóctonas de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Caribe. El artículo 40 del reglamento del Estatuto de Autonomía establece que “las regulaciones especiales en materia de administración de justicia, que reflejan las particularidades propias de las comunidades de la costa atlántica de Nicaragua se establecerán sobre la base de

⁴⁷⁰ *Loc. Cit.*

⁴⁷¹ *Loc. Cit.*

coordinaciones del poder judicial con los consejos regionales autónomos y otras autoridades competentes. De igual manera se establecerán las coordinaciones necesarias con las representaciones de los poderes del Estado, a fin de armonizar la aplicación de las leyes nacionales y de la Ley de autonomía de la costa atlántica”.⁴⁷²

Las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas deben cumplir con requisitos tanto de la ley de autonomía como de las leyes nacionales, esto con el objeto de buscar la armonía con el Estado.

Del Cid afirma que en Nicaragua, los derechos políticos fundamentales están establecidos en la Constitución Política de 1987 y en las reformas constitucionales de los años 1995, 2000 y 2005. La Constitución establece la igualdad de todos los nicaragüenses en el goce y ejercicio de sus derechos políticos. El párrafo 3 del artículo 5 señala que “el Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley”. La Constitución política de la República de Nicaragua garantiza a toda la ciudadanía nicaragüense el goce de los derechos políticos, sociales, culturales y económicos.⁴⁷³

La Constitución es clara y, en sus reformas, se han buscado mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas como de todos los conciudadanos nicaragüenses. Reconocer los derechos políticos, sociales y culturales en general implica que se busca la armonía y se enfatiza que se trata de un Estado pluricultural.

Del Cid describe que el marco normativo existente en Nicaragua en materia de igualdad y no discriminación tiene su fuente en el Artículo No. 27 de la Constitución Política de Nicaragua, donde se establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivo de

⁴⁷² *Loc. Cit.*

⁴⁷³ *Loc. Cit.*

nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, religión, opinión, origen, posición económica o situación social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción”.⁴⁷⁴

La protección y reconocimiento de la igualdad es esencial para una democracia. Por consiguiente para los que se encuentran en condiciones desiguales se les debe de reconocer acciones afirmativas temporales que irán encaminadas a alcanzar la igualdad, y dando, como resultado final, el pleno goce de sus derechos específicos, colectivos y la protección de su identidad cultural y étnica.

Del Cid detalla que el Artículo No 48 de la Constitución proclama la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos, en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, destacando la igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Asimismo, Nicaragua ha adoptado un cuerpo de leyes nacionales que consagran los derechos específicos de personas y grupos de población en razón de su situación y en atención a la discriminación que suelen sufrir, y leyes que contienen disposiciones especiales para proteger los derechos de los pueblos indígenas.⁴⁷⁵

Las libertades políticas y la igualdad se aplican a los nicaragüenses. Es notable, como se indicó anteriormente, que las bases en la Constitución se establecieron desde 1987, adelantándose así a muchos países del continente. Se logró el nivel básico, lo único que se pueden hacer ahora es superarlo a la luz de los avances en el derecho internacional.

Maria Luisa Acosta explica que los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua han sufrido un arduo y forzado proceso de asimilación de la cultura dominante y el despojo de sus tierras colectivas, iniciado a partir de la conquista

⁴⁷⁴ *Loc. Cit.*

⁴⁷⁵ *Loc. Cit.*

española, pasando por la época colonial y continuando con la fundación del Estado Nacional.⁴⁷⁶

La desigualdad de las condiciones de vida viene desde la época de la colonia, perjudicando en todos los sentidos, sus actividades como colectividad. Las tierras que fueron despojadas desde la época de sus ancestros siguen en poder de personas ajenas a sus poblaciones.

Acosta determina que cada uno de estos pueblos y comunidades mantiene su autonomía administrativa y política, ya que el aglutinarse en coordinadoras es expresión del ejercicio de su autodeterminación como pueblo. La autodeterminación les está reconocida entre los principios fundamentales de la nación nicaragüense, junto al pluralismo étnico y al reconocimiento a las distintas formas de propiedad, en el primer párrafo del Artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua; así como por La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada con el voto del Estado de Nicaragua el 27 de septiembre del 2007.⁴⁷⁷

Los derechos son reconocidos eso no cabe duda. El conflicto surge al momento en que éstos se van a aplicar en la vida cotidiana. Se generan otros conflictos que son ajenos a los pueblos indígenas pero no al Estado ya que éste debe buscar las alternativas para eliminar los inconvenientes que dificultan particularmente ejercer los derechos de los pueblos indígenas.

Acosta argumenta que sin embargo, la invisibilidad en la cual se ha colocado a los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua es una clara muestra de la violación a sus derechos humanos en cuanto a tener una identidad propia, manejar asuntos locales según sus costumbres y tradiciones, elegir sus propios representantes y gozar de una efectiva protección de la propiedad comunal. Por tanto, de esta forma

⁴⁷⁶ Acosta María, Luisa. "La autodeterminación de los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua." *Wani: Revista del Caribe nicaragüense*. Vol. 26. Nicaragua. Julio-septiembre 2010. Pág. 62

⁴⁷⁷ Acosta María, Luisa. *Op. Cit.* Pág. 62

se ha dejado de honrar la normativa constitucional que reconoce entre los principios fundamentales del Estado, la naturaleza multiétnica del pueblo nicaragüense.⁴⁷⁸

Se entiende, a partir del autor, que para los indígenas del Pacífico, Centro y Norte, las normas establecidas en la Constitución de Nicaragua son simples textos sin ningún interés de cumplimiento por parte del Estado. A pesar de establecer sus derechos no tienen la participación política ni social que ameritan. Con justa razón el autor utiliza la palabra invisibilidad para connotar la situación en la que se encuentran los pueblos de esas regiones.

Acosta infiere que la Constitución Política, la normativa internacional y varias leyes nacionales, algunas desde 1877, claramente señalan a los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua las características por las cuales pueden ser considerados como entes jurídicos territoriales. Características tales como personería jurídica, autoridades o representantes legales propios, derechos sobre tierras y territorios, todo de conformidad con sus costumbres y tradiciones, debidamente diferenciadas de las del resto de la población nacional.⁴⁷⁹

El reconocimiento de su personalidad jurídica da la facultad a los pueblos indígenas, por consiguiente para los de las regiones del Pacífico, Centro y Norte, de ser sujetos de derechos y obligaciones.

Acosta agrega que a partir de la reforma constitucional de 1995, por primera vez se reconoce la existencia de los pueblos indígenas en Nicaragua sin diferenciar a los pueblos indígenas de la Costa Atlántica o del Caribe, de los del Pacífico, Centro y Norte del país. Sin embargo, hasta entonces coexistieron dos regímenes legales bien diferenciados, uno para los pueblos indígenas y comunidades étnicas o afro descendientes de la Costa Atlántica; y el otro, para las comunidades indígenas del Pacífico, Centro y Norte del país.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ *Loc. Cit.*

⁴⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 66

⁴⁸⁰ *Ibíd.* Pág. 67

Tienen diferencias culturales, sociales y lingüísticas. Y es correcto que no existan diferencias entre ellos ya que, al final, todos son pueblos indígenas, aunque diferentes, que coexisten en un mismo Estado.

Acosta concreta que la reforma constitucional de 1995, reconoció a las comunidades indígenas del Pacífico, Centro y Norte del país como pueblo indígena, sin hacer distinción alguna con los pueblos indígenas y comunidades afro descendientes del Caribe nicaragüense. Hasta entonces, solamente los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Caribe de Nicaragua habían sido reconocidas expresamente como “comunidades de la Costa Atlántica” en la Constitución Política de Nicaragua emitida en 1987; mientras los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte continuaron siendo excluidos por la misma Constitución, y legalmente seguían siendo tratados como simples dueños de tierras colectivas, en comunidad de bienes, regulada por el Código Civil de Nicaragua.⁴⁸¹

Si cumplen con todos los requisitos para considerarse como pueblos indígenas, no deberían de existir exclusiones de este tipo. Lo bueno es que con la reforma de 1995 se pudo corregir ese error. Han sido reconocidos como pueblos indígenas con todos los derechos y obligaciones que esto conlleva.

Acosta manifiesta que es por eso que los pueblos y comunidades del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua reclaman en este momento una efectiva protección estatal, por medio de la elaboración de una ley que expresamente derogue la discriminatoria e inconstitucional legislación emitida por el Estado principalmente entre 1877 y 1952.⁴⁸²

Al ser considerados como pueblos indígenas tienen toda la capacidad de actuar ante las violaciones que cometió el Estado en lo que respecta a violaciones de sus derechos y actos discriminatorios. Además serían efectivamente protegidos por el Estado.

Acosta admite que el peor de los cambios introducidos al proyecto por la Asamblea Nacional es la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas como “órgano superior” de los Pueblos Indígenas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua. Con la creación de

⁴⁸¹ *Ibíd.* Pág. 68

⁴⁸² *Loc. Cit.*

ese “órgano superior” se estaría nuevamente ante una violación a la autodeterminación indígena por parte del Estado, superponiendo a los pueblos indígenas su autoridad; a pesar de que los pueblos indígenas, según la Constitución Política de Nicaragua, tienen el derecho de “tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales...y a hacerlo “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”.⁴⁸³

La creación de ese “órgano superior”, el Consejo de Pueblos indígenas, constituye una violación a la autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas porque se les impuso una organización que no necesariamente representa sus valores, costumbres o tradiciones. Se viola así uno de los principios de los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua.

Julio Cesar Collado Vanegas indica que en Nicaragua por derechos constitucionales los pueblos indígenas gozan del reconocimiento de su existencia, el derecho al uso goce y disfrute de sus recursos naturales y a mantener sus formas ancestrales de organización.⁴⁸⁴

Estos son los derechos colectivos de los pueblos indígenas que buscan un reconocimiento formal y protección constitucional por parte del Estado de Nicaragua.

Collado Vanegas distingue que en aras de proteger la supremacía constitucional, cualquier individuo miembro de las comunidades indígenas o éstas a través de sus representantes tradicionales comunales, podrá hacer uso de la acción de inconstitucionalidad ante la emisión de cualquier ley que viole estos preceptos constitucionales o ante cualquier acto, resolución, acción u omisión de cualquier funcionario público, o sus agentes que viole, o trate de violar estos preceptos por medio del Recurso de Amparo Administrativo.⁴⁸⁵

⁴⁸³ *Ibid.* Pág. 72

⁴⁸⁴ Instituto Centroamericano de Administración Pública. Collado Vanegas, Julio Cesar. Información sobre los pueblos indígenas de Nicaragua como insumo para el proyecto regional de manejo integrado de ecosistemas por pueblos indígenas y comunidades de Centroamérica. Nicaragua. 2003. Disponible en:

http://biblioteca.icap.ac.cr/BLIVI/UNPAN/CARPETA%20OCTUBRE/CI_%20Inf_PI_Nicaragua_Insumo_PMIIE.pdf

Fecha de consulta: 28/2/2015

⁴⁸⁵ *Loc. Cit.*

La representación legal, que tienen los pueblos indígenas, les otorga ese respaldo para defender sus derechos ante eminentes violaciones y plantear los recursos que sean necesarios para resguardar sus derechos colectivos.

Capítulo 5.

Consulta previa, libre e informada.

En el presente capítulo se analizará la consulta previa. Los motivos por los que debe ser libre e informada además de ser un requisito indispensable para que se construya una nación pluricultural en todas sus dimensiones.

Juan Pablo Charris Benedetti hace resaltar que haya sido precisamente en el seno de la Organización Internacional del Trabajo donde se haya gestado el instrumento que introdujo en la agenda internacional la importancia de la consulta previa, su inherencia en los sistemas democráticos y su categórica obligación de garantía, promoción, respeto y protección por los Estados constitucionales modernos. Entre las razones para ello, se destaca la conmemoración de los 500 años del descubrimiento de América, el otorgamiento del premio Nobel de paz a Rigoberta Menchú Tum –líder indígena guatemalteca defensora de los derechos humanos–, y la existencia de un espacio político internacional idóneo para la reivindicación normativa de derechos a favor de grupos históricamente marginados, como las minorías étnicas.⁴⁸⁶

Fue un evento sin precedentes. Se cumplían todos los elementos para que fuera todo un éxito. El convenio 169 de la OIT debía surgir en un momento histórico como ese y además fue ratificado por la mayoría de países latinoamericanos, con el objetivo de proteger a los pueblos indígenas que se han visto afectados, históricamente, en múltiples aspectos.

Luz Ángela Patiño Palacios señala que en el año 1989 se expidió el Convenio 169 de la OIT, el primer tratado internacional y el más importante que establece directamente el derecho a la consulta de las medidas administrativas y legislativas que los afecten de forma vinculante para los Estados (especialmente los artículos 6, 7, 8, 12 y 15). Sin embargo, fue limitada la participación indígena por la composición tripartita de la OIT (Estado-empleadores-trabajadores). En este sentido, el Comité de la OIT consideró que el requisito de la consulta previa debe ser visto a la luz de uno de los principios

⁴⁸⁶ Charris Benedetti, Juan Pablo. “El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública.” Revista Derecho del Estado. N° 33. Colombia. Julio-diciembre 2014. Pág. 127

fundamentales del Convenio, tal como se expresa en el artículo 7, párrafos 1 y 3 sobre el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y se realicen .estudios en este sentido.⁴⁸⁷

Los pueblos indígenas saben cuáles son sus prioridades nadie les puede imponer algo. Si bien es cierto que existe documentación y estudios para tomar una decisión, también es cierto que estos informes pueden prestarse a manipulaciones para influenciar la decisión sobre el proyecto o sobre la pertinencia de las medidas que deben adoptarse para no dañar los intereses de los pueblos indígenas.

Charris Benedetti estipula que el Convenio 169 de la OIT, de 1989, define los pueblos indígenas como aquellos que descienden “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que [...] conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. De esta forma, se identifican dos criterios objetivos en la definición de pueblos indígenas: por un lado, la descendencia de poblaciones que habitaban el territorio antes de la conquista, la colonización o el establecimiento de las fronteras actuales, y por el otro, la conservación de parte o todas sus instituciones ancestrales.⁴⁸⁸

En algún momento se tenían que considerar las circunstancias que soportaron los pueblos indígenas desde la conquista. Los conceptos contenidos en el Convenio 169 de la OIT confirman que deben tener un reconocimiento especial por haber sufrido vejámenes sociales, culturales, étnicos y territoriales. Es pertinente, luego de que la Organización Internacional de Trabajo hiciera un análisis coherente, bien fundamentado, y que los Estados ratificaran el tratado, que se tomen las iniciativas y las disposiciones necesarias para que sea efectivamente aplicado.

Cristóbal Carmona Caldera aborda un problema que se da en la aplicación del derecho a la consulta previa, pero que, a su vez, tiene implicancias más amplias dentro del debate acerca de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es hacer ver

⁴⁸⁷ Patiño Palacios, Luz Ángela. “Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Colombia. 2014. Pág. 76

⁴⁸⁸ Charris Benedetti, Juan Pablo. Op. Cit. Pág. 127

jurídicamente la antinomia entre el derecho colectivo del pueblo indígena y los derechos individuales de sus miembros, que puede ocurrir si la constitución, organización y/o funcionamiento de las “instituciones representativas” con las que se lleva a cabo el proceso consultivo, restringe derechos individuales de sus miembros; esto, que es evidente en los casos de sociedades indígenas organizadas de manera patriarcal, sucede en cuestiones tan aparentemente alejadas como la marginación de instancias de decisión por parte de una autoridad de la comunidad, de aquellas personas que negociaron individualmente con el titular de un proyecto de inversión.⁴⁸⁹

No se puede dejar de lado este cuestionamiento, está claro que, al momento de elegir a las personas que los van a representar en la consulta previa, deben buscar los más probos y honorables sobre todo si están bien organizados. De esta forma pueden los representantes velar por los derechos colectivos, sin dejar obviamente los derechos individuales de lado.

James Anaya sostiene que mientras que el *Convenio 169* y la *Declaración* se refieren a la consulta como una obligación o deber de los estados, entre actores institucionales y los que abogan por los pueblos indígenas, se ha venido hablando cada vez más del derecho de estos pueblos a ser consultados. Es importante recordar, sin embargo, que este derecho corolario de consulta, tal como se plantea en los instrumentos y jurisprudencia internacionales, no es un derecho aislado o independiente. Más bien la norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los estados.⁴⁹⁰

Lo que se busca con la consulta, complementada con información pertinente, informada y previa es no solamente el ejercicio de un derecho sino proteger la

⁴⁸⁹ Carmona Caldera, Cristóbal Carmona. “Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas.” *Revista Ius et Praxis*. Vol. 19. N° 2. 2013. Chile. Págs. 303-304

⁴⁹⁰ Anaya, James. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. Perú. 2013. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional> Fecha de consulta: 17/9/2015

organización de los pueblos indígenas en el manejo de sus territorios y de su cultura ante decisiones y proyectos que pueden afectarlos.

Carlos Eduardo Salinas Alvarado menciona que uno de los puntos vertebrales del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado y adoptado en la legislación, es la necesidad de realizar consulta previa a los grupos étnicos, cuando se fueren a realizar obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo de la obra o actividad sin menoscabo de su integridad étnica y cultural. Este derecho tiene carácter de fundamental dado que el mencionado convenio hace parte del bloque de constitucionalidad, y así lo ha determinado la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos.⁴⁹¹

El Convenio 169 de la OIT una vez ratificado se debe cumplir. En ese contexto, por un lado, surge la pregunta ¿Cuál es el interés del Estado de aceptar el Convenio sino tiene intención de cumplirlo? Por otro lado, es menester que los pueblos indígenas sean proactivos y que busquen que sus derechos reconocidos legalmente se lleven a la práctica; que no queden en letra muerta y en simple teoría.

Gloria Amparo Rodríguez citando al profesor Quinche Ramírez asegura que el Convenio número 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, especialmente por lo establecido en el artículo 17 del mismo, que prevé el derecho fundamental a la consulta previa. Se trata aquí de una norma internacional de aplicación directa, que contiene un derecho no expresamente consagrado en la Constitución Política, que ha dado lugar a numerosas declaratorias de inexecutable, así como a un buen número de amparos proferidos en favor de las comunidades indígenas y sus miembros.⁴⁹²

Al ser un derecho colectivo de los pueblos indígenas y una obligación por parte de los Estados signatarios, como es el caso de Guatemala, no pueden argumentar que no se puede llevar a cabo. Es un derecho fundamental de los pueblos indígenas que les

⁴⁹¹ Salinas Alvarado, Carlos Eduardo. "La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia." *Revista Derecho del Estado*. N° 27. Colombia. Julio-diciembre 2011. Pág. 237

⁴⁹² Rodríguez, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Colombia. Grupo editorial Ibáñez S.A.A. 2014. Pág. 53

permitirá buscar alternativas para resolver los conflictos de carácter comunitarios que pueden derivarse de proyectos que se decida realizar en sus tierras.

Patiño Palacios asiente que en la etapa previa de la consulta previa se sugiere realizar una evaluación exhaustiva junto con participación indígena para determinar si existen otras comunidades étnicas a quienes se requiera consultar; buscando una mayor eficiencia, equidad y no contradicción de los procesos de consulta, se debería intentar realizar una consulta conjunta con diferentes comunidades étnicas de un mismo territorio, por ejemplo, si existiera un mismo proyecto en territorio indígena y afrodescendiente. Es un reto complejo pero muy fructífero que fomenta un diálogo en un espacio multicultural. Además, en todas las etapas se podría constituir una instancia de participación que incluyera terceros intervinientes que pueden coadyuvar en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.⁴⁹³

Es necesario, antes de realizar la consulta previa, una evaluación exhaustiva incorporando a los pueblos indígenas de una misma región que puedan verse afectados y, por esa razón, ser consultados. No se puede realizar un proyecto sin consultar y tener la opinión de todas las personas que puedan ser afectadas y que, por consiguiente, tienen que tener opinión sobre los proyectos. Inclusive, si hay un pueblo indígena es mayoritario, no sólo ese pueblo deber ser consultado; hay que consultar a los minoritarios. No se puede llevar a cabo el proyecto solamente con el consentimiento de solo un grupo, deben participar todos sin dejar ninguna opinión de lado. Además como indica el autor, es fructífero porque le da más relevancia y solidez a la consulta previa.

Carmona Caldera indica que la norma matriz del derecho a consulta se encuentra en el art. 6.1, letra a) del Convenio 169 de la OIT. De los diversos elementos que integran la definición –los que, se sabe, se encuentran complementados por las obligaciones contenidas en el artículo 6.2 del Convenio–, es necesario detenerse en el mandato que obliga a que la consulta sea realizada a través de las “instituciones representativas” de los pueblos indígenas. Este mandato es importante, pues deriva de la prerrogativa que

⁴⁹³ Patiño Palacios, Luz Ángela. *Op. Cit.* Pág. 84

se les reconoce a estos pueblos en el derecho internacional para “asumir el control de sus propias instituciones” –como expresa el párrafo 5º del Preámbulo del Convenio– y “conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales” –como a su vez especifica el art. 5 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI)–.⁴⁹⁴

Es decir que el Convenio se orienta a reconocer la necesidad de los pueblos indígenas de su autodeterminación sobre temas que les conciernen; ese derecho les permite organizarse de una forma más acorde a sus intereses. Realmente todo va concatenado. Se trata de una serie de pasos que se deben cumplir para lograr la inclusión de los pueblos indígenas en decisiones del Estado. Por consiguiente una ley de la consulta previa debe tomar en cuenta, además de la forma de realizar la consulta, permitir a los pueblos indígenas organizarse acorde a sus intereses políticos, económicos, sociales y culturales. En el período del presidente Alvaro Colom se quiso hacer un reglamento para que se normara la consulta previa pero no participó el sector más interesado, el de los pueblos indígenas.

María Clara Galvis Patiño y Angela María Ramírez Rincón explican al igual Patiño Palacios⁴⁹⁵ que según las normas internacionales y las interpretaciones que de ellas han hecho diferentes órganos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el deber de consulta debe cumplirse “antes”: 1) de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas, 2) de aprobar proyectos que afecten sus tierras, territorios y recursos naturales, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos, 3) de utilizar las tierras de los indígenas para actividades militares o 4) de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Carmona Caldera, Cristóbal. *Op. Cit.* Págs. 304-305.

⁴⁹⁵ Patiño Palacios, Luz Ángela. *Op. Cit.* Pág. 71

⁴⁹⁶ Galvis Patiño, María Clara y Angela María Ramírez Rincón. *Digesto de jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria.* Estados-Unidos. DPLF. 2013. Pág. 114

Lo que se quiere dejar claro es que el Estado no puede tomar, sin consulta previa, ninguna decisión que afecte a los pueblos indígenas aunque ésta sea beneficiosa para el desarrollo del país. Es un derecho y por ende se debe respetar. La consulta previa se realiza precisamente ante situaciones que van a afectar directamente a los pueblos indígenas, nadie más conoce la cultura, su identidad y su etnicidad, solamente ellos. Por ese motivo es necesario que se lleve a cabo la consulta previa porque los pueblos indígenas son los únicos que pueden determinar en qué sentido les afecta y qué derechos pueden ser vulnerados por el proyecto que se desarrollará en su territorio y por las medidas que pueden adoptarse en función del mismo.

Rodríguez añade que con el fin de aclarar el alcance, a juicio de la Corte Constitucional, el concepto de medida legislativa cobija los actos legislativos ya que considera que la expresión “medidas legislativas” no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. Adicionalmente, señala el Tribunal Constitucional que de acuerdo con una interpretación pro homine, la exégesis de la expresión “medidas legislativas” que debe ser escogida, es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas.⁴⁹⁷

Lo que se busca es ampliar el rango de lo que se debe consultar ya que el Estado debe velar por que se resguarde el derecho de los pueblos indígenas. Entre más amplio sea el rango de los actos, decisiones, medidas (no sólo legislativas sino administrativas o no administrativas) a someter a consulta, los pueblos indígenas se sentirán con mayor respaldo por parte del Estado y de las entidades administrativas y judiciales.

Rodríguez aclara que para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades, por lo que, aquellas medidas legislativas de carácter general que afectan de forma uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están sujetas al deber

⁴⁹⁷ Rodríguez, Gloria Amparo. *Op. Cit.* Pág. 68

de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT y que sí interfieran en los intereses de dichas comunidades.⁴⁹⁸

Es importante limitar qué medidas legislativas son las que deben ser consultadas ya que si afecta a todos los ciudadanos no es necesario realizarla, pero sin dejar de velar por el interés de los pueblos indígenas.

Carmona Caldera señala que, a primera vista, las directrices son claras: tanto los órganos de control de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), han establecido que deben ser los mismos pueblos afectados quienes determinen, “fruto de un proceso propio, interno” realizado “de conformidad a sus costumbres y tradiciones”, las personas o grupos que estarán involucrados en la consulta.⁴⁹⁹

La característica de la libertad debe estar presente en todo momento. Inclusive al elegir a sus representantes antes de llevarse a cabo la consulta previa. Desde luego, para elegirlos se les debe informar sobre qué aspectos se realizará la consulta, con el objetivo que puedan elegir a los representantes con más capacidad sobre el tema o los más experimentados en negociaciones. Otro objetivo es evitar las confrontaciones. La armonía y el diálogo deben primar siempre y cuando se cumplan las costumbres y tradiciones de cada pueblo indígena.

Para Carmona Caldera una consecuencia de estas prescripciones es que se produce una des-formalización del concepto de representación, en el sentido básico que no se requiere que dichas instituciones gocen de algún tipo de reconocimiento jurídico o certificación previa por parte del Estado –por ejemplo, no es necesaria personalidad jurídica vigente– y lo que se podría requerir sería un documento de “acreditación de representantes” ante la autoridad promotora de la consulta, como se hace en la legislación peruana. Sin embargo, si se considera el hecho que en muchos países de América Latina la estructura político-representativa de estos pueblos se encuentra –

⁴⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 70.

⁴⁹⁹ Carmona Caldera, Cristóbal. *Op. Cit.* Pág. 305

valga el oxímoron— fuertemente debilitada, entonces en la práctica puede haber situaciones en que se requiera un juicio discrecional del Estado respecto a qué instituciones consultar.⁵⁰⁰

El Estado cumple un rol importante dentro de la organización de los pueblos indígenas ya que debe dar las facultades para que puedan solicitar de forma legal sus peticiones, en este sentido el Estado debe reconocer a sus autoridades. No es obligatoria una personalidad jurídica vigente pero se les debe de acreditar como pueblos indígenas ya que esto permitiría seguir el curso de su libre determinación. Con dicho respaldo tendrán la fuerza necesaria para poder ejercer sus derechos colectivos y en dado caso reclamar contra actos arbitrarios por parte del Estado.

Carmona Caldera agrega que la participación estatal no se agota en la hipótesis anterior –inexistencia o desorganización institucional—. En una reclamación ante la OIT contra México, en donde el gobierno mexicano llevó el proceso de consulta con sólo dos organizaciones por considerarlas las más representativas del movimiento indígena, el Comité Tripartito designado por Consejo de Administración de la OIT para examinar dicha reclamación, observó que el Convenio habla de las “instituciones representativas de los pueblos indígenas” no de las instituciones “más representativas”, por lo que el proceso debió haberse llevado adelante con todas las instituciones indígenas representativas. Una lectura rápida de esta decisión podría llevar a pensar que ello minimiza el elemento de discrecionalidad estatal que identifiqué Supra, pero esto no es así.⁵⁰¹

El Estado busca la manera de lograr el consenso más amplio posible, en el sentido de mayor representación y representatividad por todo lo que implica tratar temas de trascendencia y de magnitud para los potenciales afectados. Por consiguiente, al momento de realizar la consulta previa, se debe lograr la participación de los pueblos indígenas que se puedan ver afectados. La discrecionalidad, la exclusión y la parcialidad, constituyen factores de falta de voluntad estatal para cumplir con las

⁵⁰⁰ *Ibid.* Pág. 306

⁵⁰¹ *Loc. Cit.*

obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Salinas Alvarado advierte que se hace necesaria la implementación de espacios de interlocución, para cada caso particular, en donde dichos pueblos expresen activamente sus inquietudes frente al proyecto o actividad; y que conjuntamente con quien va a desarrollarlos diseñen medidas tendientes a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos derivados de tales obras o actividades.⁵⁰²

Los espacios de interlocución deben estar abiertos para el intercambio de palabras, no se debe olvidar que la consulta previa busca el dialogo como medio para solucionar problemas o resolver las dudas que se generen.

José Francisco Cali Tzay señala que el literal a) del párrafo primero del artículo 169 de la OIT establece que los “gobiernos deberán consultar” utilizando “procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones representativas” todas las veces que tengan la intención de adoptar medidas, tanto “legislativas” como “administrativas”, que puedan afectar o que afecten “directamente” a los pueblos indígenas. Por “consultar” se debería entender: “preguntar su opinión a otra u otras personas y tratar con ellas cierto asunto”. Por “procedimientos adecuados”, en este caso, se debe entender: formas, métodos, maneras, sistemas, órganos o políticas adaptados y apropiados a las particulares y específicas características culturales de los pueblos indígenas consultados, para que éstos, a través de sus “instituciones representativas”, puedan participar de manera efectiva en todos los asuntos que “directamente” les conciernen.⁵⁰³

La inclusión de los pueblos indígenas, en Guatemala, es necesaria y para esto hay que establecer la forma pertinente en que se realizará la consulta previa. Los procedimientos adecuados deben de considerarse tomando en cuenta las peculiaridades, según sea el caso, de cada uno de los pueblos mayas, del xinca y del garífuna. Las instituciones representativas de cada comunidad deben de estar bien

⁵⁰² Salinas Alvarado, Carlos Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 237

⁵⁰³ Aylwin, José. (Comp.). Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación. Dinamarca. IWGIA. 2014. Pág. 37

determinadas para poder dialogar sobre qué, medidas legislativas o administrativas, afectan a los pueblos indígenas.

Miguel Vargas e Ian Miranda infieren que el Convenio 169 estableció entonces, que la consulta debería realizarse siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados, en los siguientes casos: enmiendas constitucionales; nueva legislación agraria; decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las mismas; programas y servicios nacionales de educación o de salud y toda política oficial que afecte a los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, se observa un elemento central que restringe el alcance del derecho a la consulta y el carácter de las decisiones emergentes de los procesos donde se desarrolla: la definición de los órganos responsables de la aplicación del Convenio 169 que establecen que el objeto de una consulta es alcanzar un acuerdo -consenso- o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados.⁵⁰⁴

Cuando se menciona “que afecte directamente a los pueblos indígenas” es innegable que se refieren a actos o cuestiones que les condicionen su forma de vida ya sea de forma positiva o negativa. Se observan varias formas de restringir la forma de vida, por consiguiente los movimientos indígenas con iniciativas de inclusión son razonables. Desde luego que hay muchos ámbitos que les incumben a los pueblos indígenas pero el Estado guatemalteco no ha permitido dar ese paso para regular la consulta previa.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón indican que los derechos a la participación en general y a la consulta previa en particular, en la lógica del Convenio 169 de la OIT, son vitales para preservar la identidad propia y la diversidad cultural de dichos pueblos, que es una finalidad tanto del Convenio como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha afirmado de manera reiterada “que la “consulta y participación” constituyen la piedra angular del Convenio número 169 y la base de todas sus disposiciones”; y, en el mismo sentido, el Director

⁵⁰⁴ *Ibíd.* Pág. 80

de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe ha afirmado que el Convenio 169 de la OIT “tiene dos postulados básicos: el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas, y la consulta y la participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan”.⁵⁰⁵

Se está frente a una cuestión delicada, que puede ser complicada, ya que al momento de realizarse la consulta previa, que se encuentra establecida en el Convenio 169 de la OIT, es necesario que, simultáneamente, se proteja la identidad y la cultura de los pueblos indígenas. Es una característica fundamental para que se resguarden los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de esta manera preservar su diversidad cultural.

Cali Tzay agrega que el literal b) dispone que el Estado deberá “establecer los medios”, es decir, crear mecanismos, vías, procedimientos, órganos o instancias para que los pueblos indígenas “puedan participar libremente”; el establecimiento de “los medios” se hará en consulta y con la participación de los pueblos indígenas. También, dicho párrafo prevé que la participación será sin discriminación, esto es, como mínimo “en la misma medida que otros sectores de la población” del país y, al mismo tiempo, precisa que la participación debe ser “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”. En esta última parte, está claramente establecida una amplia participación de los pueblos indígenas en todos los asuntos que “directamente” les conciernen.⁵⁰⁶

La consulta previa es un elemento de la democracia. Es necesaria en Guatemala. Sin embargo está claro que para realizar la consulta previa se necesitan dos participantes principales: el Estado y los pueblos indígenas. En este orden de ideas, en Guatemala, el Estado no ha hecho su parte debido a que no ha regulado la forma ni el órgano que debe llevar a cabo la consulta previa; paradójicamente para iniciar con dicho proyecto de ley es necesaria la intervención de los pueblos indígenas. Al mencionar la discriminación, el autor dirige su argumentación a la igualdad de la participación

⁵⁰⁵ Galvis Patiño, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. *Op. Cit.* Pág. 53

⁵⁰⁶ Aylwin, José. (Comp.). Convenio 169 de la OIT. *Op. Cit.* 2014. Pág. 37

ciudadana, dando a entender que no se les puede negar dar su consentimiento a los pueblos indígenas igual que al resto de los ciudadanos. Agrega también que dicha participación es necesaria en todos los planos y niveles en que se vean afectados sus derechos colectivos.

Yadira Castillo Meneses señala que la consulta previa con los pueblos indígenas en materia de exploración y explotación de recursos como el petróleo genera grandes tensiones. De una parte, se encuentra la comunidad indígena con derechos constitucional e internacionalmente reconocidos, entre ellos, el derecho fundamental a la consulta previa, debiendo entonces contar el Estado con su consentimiento libre y voluntario para dar vía libre a los proyectos de extracción y exploración de recursos naturales no renovables en su territorio. De otra parte, se encuentra el Estado, dueño del subsuelo, con intereses claros en la explotación de sus riquezas, pero con la obligación de respetar los derechos de las minorías indígenas antes de proceder a autorizar las actividades extractivas de manera unilateral. Al lado de los intereses del sector público, pero con distinto contenido, se encuentran los de actores privados transnacionales, quienes terminan involucrándose directamente con la consulta previa, mediante los contratos de adjudicación de bloques para la exploración y explotación.⁵⁰⁷

La consulta previa solo se realiza entre los pueblos indígenas y el Estado. Al referirse a los intereses de las partes, éstas se pueden dividir en tres: los pueblos indígenas, el Estado y las entidades privadas. Los derechos de los pueblos indígenas se deben respetar tanto por parte del Estado como por parte de las empresas (de exploración y de explotación por ejemplo). Los bienes del sub suelo pertenecen, por Constitución, al Estado. Sin embargo, antes de iniciar cualquier actividad extractiva, es necesario tener el consentimiento de los pueblos indígenas. Desde esta perspectiva, no es posible que, por el desarrollo nacional, no se respete los intereses y el derecho a la vida de los pueblos indígenas. Se debe, por consiguiente, llegar, indiscutiblemente, a un consenso. Ahora bien, los contratos de las industrias extractivas deben incluir disposiciones que no vulneren a los pueblos indígenas; deben determinar la mejor forma de evitar

⁵⁰⁷ Castillo Meneses, Yadira. "El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas. La experiencia en Colombia." *Revista de Derecho*. N° 37. Colombia. Enero-junio 2012. Pág. 3

químicos o sustancias que puedan afectar el medio ambiente y, por ende, los recursos naturales de los pueblos indígenas.

Rodríguez explica que, la Corte Constitucional a través de diversas providencias, ha señalado los parámetros para la realización de las consultas previas y ha establecido importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades étnicas. En este sentido, el Tribunal Constitucional deja claro que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas. Dicha integridad configura un derecho fundamental para los pueblos indígenas por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura.⁵⁰⁸

Es necesario indicar que el Estado debe tomar rol proteccionista con el objeto de velar por los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es indispensable que el Estado tenga en mente que las tierras y la cultura de los pueblos indígenas son elementos que permiten que los pueblos indígenas se desarrollen de forma global.

Rodríguez agrega que el procedimiento culturalmente adecuado implica además, que la consulta previa deba realizarse teniendo en cuenta la representación y la autoridad de los pueblos indígenas, la interculturalidad y la lengua de las comunidades consultadas. Ésta debe ser efectuada con las instituciones tradicionales y a través de sus autoridades o las organizaciones que las representen, que son las indicadas para manifestar los impactos sociales y culturales que un proyecto o una decisión pueda generar, partiendo de la base que las comunidades y pueblos indígenas cuentan con diversos sistemas de autoridad y tipos de organizaciones políticas, en los que se refleja la diversidad cultural.⁵⁰⁹

Como se indico anteriormente el Estado debe saber con qué autoridades o representaciones se debe de realizar la consulta; es pertinente, antes que todo, identificar organizaciones estructuradas de las poblaciones indígenas, ya que éstas son

⁵⁰⁸ Rodríguez, Gloria Amparo. *Op. Cit.* Pág. 35

⁵⁰⁹ *Ibíd.* Pág. 45

las que decidirán y argumentarán el fondo y el motivo por el que se oponen o aceptan la decisión o el proyecto. Es conveniente, asimismo, saber cuál es la organización o autoridad facultada para cada tema o regulación.

Cali Tzay advierte que el artículo obliga a los Estados a consultar, en todos los asuntos que –directamente– conciernen o afectan a los pueblos indígenas es el que más dificultades presenta para su implementación, teniendo presente que, entre otros asuntos no menos peyorativos, los pueblos indígenas eran considerados “obstáculos para el desarrollo”, “grupos destinados a desaparecer” o “culturas moribundas”, y que se negaba su existencia física y cultural. Con un poco de ironía, se puede afirmar que los Estados están más acostumbrados a imponer que a dialogar o consultar. Pero quizás la razón de fondo está en la diferencia de lo que entiende el Estado y lo que entienden los pueblos indígenas por “consultar”, porque, sin ninguna duda, se parte de filosofías, sistemas jurídicos, visiones y concepciones del mundo muy distintos, donde también son diferentes los tiempos y las instancias de toma de decisiones.⁵¹⁰

La visión errónea y obsoleta que algunos grupos puedan tener en el sentido que los pueblos indígenas están “destinados a desaparecer”, tengan culturas moribundas” o pueden constituirse en “obstáculos para el desarrollo” no corresponde a la realidad de Guatemala. Una visión diferente y esperanzadora para los pueblos indígenas es la que inspira y orienta el Convenio 169. Es por eso que la consulta previa e informada de los pueblos indígenas es un derecho específico de los mismos y su cumplimiento y respeto, por parte del Estado es obligatorio.

Cali Tzay añade que el artículo 7 se refiere al desarrollo que, en el derecho internacional de los derechos humanos, es un derecho humano fundamental. Es en la implementación de las políticas gubernamentales, con respecto al desarrollo, cuando se producen enormes contradicciones, manifiestas imposiciones y graves atropellos a los pueblos y a las comunidades indígenas, principalmente en lo que se refiere a sus tierras, territorios, lugares sagrados o ceremoniales, culturas y medio ambiente. El desarrollo, aplicado o impuesto por los estados se expresa a través de “proyectos” que,

⁵¹⁰ Aylwin, José. (Comp.). Convenio 169 de la OIT. *Op. Cit.* Pág. 38

en algunos casos, niegan la existencia física y cultural de los pueblos indígenas, los expulsan de sus tierras, destruyen sus ecosistemas, saquean sus recursos naturales, dañan la diversidad biológica de sus territorios, desbaratan, violan, niegan y/o desacralizan sus sitios ceremoniales o sagrados, y contaminan el medio ambiente.⁵¹¹

Todas las sociedades buscan el desarrollo generalmente a través de proyectos de diferente índole. Es positiva la ejecución de proyectos. No cabe la menor duda. El debate surge al momento de determinar quiénes serán los beneficiados de los proyectos. ¿Un reducido número de empresarios ciudadanos? ¿Un pequeño grupo de ciudadanos? ¿Un gran número de ciudadanos? ¿La mayoría de la población? Pero también quienes serán los afectados. El beneficio o el potencial daño no es igual para los ciudadanos. No se puede plantear que todos tienen las mismas oportunidades. En el caso que se decida implementar un proyecto en territorios de los pueblos indígenas, sin que éstos sean consultados previamente y de manera pertinente e informada, se están violando directamente los derechos de los pueblos indígenas así se promueva un desarrollo indirecto para la mayoría de la población. En muchas de estas situaciones, no se respeta el derecho a la consulta y el bienestar al que tienen derecho.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón añaden que el principio de buena fe ha sido concebido con el objetivo último de establecer un diálogo entre los Estados y los pueblos indígenas, basado en principios de confianza y respeto recíprocos, de manera que puedan llegar a un acuerdo vinculante que sea mutuamente satisfactorio. Este principio implica que “todas las partes deberían estar dispuestas escuchar y a alcanzar una avenencia sobre sus posiciones”. Para facilitar los consensos y los acuerdos es necesario crear un clima de confianza entre las partes que propicie y facilite un diálogo útil y productivo. Cuando el procedimiento consultivo mismo es definido mediante el diálogo y el consenso, se propicia que el proceso de consulta pueda realizarse en un ambiente de confianza y respeto mutuos.⁵¹²

Si no hay confianza por parte de los pueblos indígenas la negociación no se podrá llevar a cabo. La consulta previa radica precisamente en la seguridad de los datos que

⁵¹¹*Ibíd.* Pág. 39

⁵¹²Galvis Patiño, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. *Op. Cit.* Págs. 127-128

otorga el Estado. Desde la perspectiva de los pueblos indígenas el Estado guatemalteco, a diferencia de los pueblos indígenas, está “occidentalizado” y es corrupto, por lo que la confianza puede ser difícil de ganar. Sin embargo hay que tener en cuenta que solamente con el hecho de permitir un diálogo y darles participación en los eventos que les incumben constituye un avance. Al llevarse a cabo estos diálogos y consultas, se iniciaría el camino hacia la confianza entre el Estado y los pueblos indígenas, lo que redundaría en beneficio de toda la población de Guatemala.

Vargas y Miranda en el mismo sentido que Cali Tzay⁵¹³ aluden que para que la consulta previa se transforme en una garantía de los derechos indígenas, el Convenio 169 estableció una serie de principios: la buena fe, que además de estar expresamente previsto en el Convenio 169, se traduciría en que todo proceso de consulta en el accionar del Estado y las comunidades. Debiendo realizarse de manera específica a cada circunstancia y a las características principales de un determinado grupo o comunidad. Así también, se estableció el respeto al principio de la representatividad, que definía la obligación para los estados de desarrollar procesos de consulta con las instituciones y organizaciones indígenas verdaderamente representativas. Además se estableció que todo proceso de consulta se desarrolle mediante procedimientos adecuados (artículo 6.2 del Convenio 169). Para ello, se definía que todo proceso debía ajustarse a las exigencias propias de cada situación, siendo procesos útiles y transparentes.⁵¹⁴

Los principios están formulados con el objeto de orientar la conducta. En este caso la “Buena Fe”, alude que tanto el Estado como los pueblos indígenas buscarán un arreglo que convenga a ambas partes, sin perjudicarse una con la otra. Al existir una diversidad cultural las consultas deben ser bien pensadas y programadas. Si bien los mecanismos pueden ser los mismos, el contenido de la consulta pueden ser diferentes, dependiendo de los temas (minería, hidroeléctricas, etc.) y de la idiosincrasia de los pueblos. Es pertinente, dialogar previamente con los pueblos indígenas o sus representantes debidamente identificados, para establecer las pautas generales de las

⁵¹³ Aylwin, José. (Comp.). Convenio 169 de la OIT. *Op. Cit.* Págs. 37-38

⁵¹⁴ *Ibíd.* Pág. 81

consultas. Es en estos contextos donde el reconocimiento de los pueblos indígenas y su personalidad jurídica tienen razón de ser.

Está claro que el Estado juega un papel protagónico dentro de la consulta previa; el Poder Ejecutivo tiene la responsabilidad de que los pueblos indígenas interesados sean notificados e informados de todos los aspectos que pueden producirse en sus territorios y que les puedan afectar directamente, como consecuencia de las decisiones relacionadas con proyectos a ser ejecutados.

Las informaciones, factores y efectos que se tomarán en cuenta, son los que la empresa incluya dentro de los informes del proyecto que se presenten a las instituciones competentes. En consecuencia, el Estado debe estar al tanto de que no sean documentos que tengan datos falsos o erróneos. El Estado sólo puede transmitir datos fidedignos y pertinentes que faciliten la comprensión de los proyectos y puedan constituirse en insumos válidos para establecer criterios y argumentos para fundamentar y orientar las decisiones con respecto a la consulta, por parte de las comunidades indígenas consultadas. El Estado debe evitar que se distorsione la buena fe. Además se les debe dar la capacidad y la información para emitir una opinión sin presiones y con conocimiento de causa.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón argumentan que a partir del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como de las interpretaciones que han realizado al respecto el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede afirmar que el principio de buena fe debe inspirar todos los aspectos y todas las etapas y momentos del proceso de consulta. Ello implica que los procesos de consulta deben ser iniciados lo antes posible, que la información debe circular en dos sentidos, es decir, que se debe brindar y recibir información, que esta debe ser completa y comprensible, que no exista ningún tipo de coacción, interferencia, presión o violencia

que pueda alterar la expresión libre de las posiciones y opiniones de los pueblos indígenas.⁵¹⁵

Sin buena fe, todos los actos anteriores y durante la consulta previa, no serían sólidos ni durables. La base de toda consulta previa es la franqueza del Estado. Sin datos e información fidedigna los pueblos indígenas pueden verse afectados en sus derechos colectivos a largo plazo. La idea principal es no engañar a los pueblos indígenas. Además en caso de duda, responder todas las inquietudes que surjan previamente a la consulta.

Vargas y Miranda aclaran que en cuanto a la explotación de recursos naturales no renovables, fundamentalmente minerales, el Convenio 169 reconoció que, donde el Estado fuese propietario de los recursos naturales y tenga la facultad de efectuar desplazamientos de personas, será necesario permitir a los pueblos expresar sus opiniones sobre la forma de explotar los recursos en sus territorios. En consecuencia, el convenio definió que, durante el desarrollo de procesos de consulta, los pueblos indígenas interesados tuvieran la oportunidad de expresar sus preocupaciones. Representa tal como, lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la posibilidad que tienen los pueblos indígenas a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización” como un derecho de participación política.⁵¹⁶

Los pueblos indígenas tienen una visión de desarrollo más ligada a la protección de su entorno y conservación del medio ambiente ya que está última les ayuda como sustento económico y alimenticio. Ellos se nutren de sus tierras, de sus recursos naturales que emanan de la naturaleza; sin esto están condenados a vivir en la pobreza extrema. Desde esta perspectiva nadie puede decidir que es más conveniente para su bienestar que los propios pueblos indígenas, por lo que la consulta previa debe ser una herramienta obligatoria que debe implementar seriamente el Estado de Guatemala.

⁵¹⁵ Galvis Patiño, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. *Op. Cit.* Pág. 127

⁵¹⁶ Aylwin, José. (Comp.). Convenio 169 de la OIT. *Op. Cit.* Pág. 81

Para César Rodríguez Garavito la consulta previa está intrínsecamente vinculado con el de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. El vínculo es estrecho por dos razones: la primera, por la especial relación cultural, económica, espiritual que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual indica la importancia del tema de la consulta previa en cualquier proyecto o medida que afecte su territorio y su relación con éste. La segunda, por el gran número de proyectos y medidas existentes y potenciales, sujetos a consulta previa que son susceptibles de tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas y sobre los recursos existentes en ellos. Por esas razones, los pronunciamientos del derecho internacional sobre consulta previa hacen alusión a la importancia de las tierras, los territorios y los recursos para los pueblos indígenas, y a los efectos que esa relación tiene en la consulta previa y los derechos y deberes que surgen de ella.⁵¹⁷

El autor efectivamente relaciona la consulta previa con los territorios de los pueblos indígenas ya que es en esas tierras donde mayor interés tiene las empresas, generalmente multinacionales para realizar sus actividades extractivas. Por este motivo el Estado debe cumplir con sus deberes y no dejar que entes externos manipulen decisiones; debe promover y velar por el desarrollo integral de los pueblos indígenas.

Patiño Palacios argumenta que el derecho a la consulta puede estar relacionado con el derecho a la cultura, ya que las decisiones que afecten al territorio se vinculan directamente a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basada en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio. De acuerdo a lo anterior, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la falta de consulta a un pueblo puede afectar su identidad cultural, por cuanto no cabe duda de que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implican una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Rodríguez, César y otros. La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Colombia. Universidad de los Andes. 2009. Pág. 25

⁵¹⁸ Patiño Palacios, Luz Ángela. *Op. Cit.* Págs. 82-83

El territorio es un elemento indispensable para de los pueblos indígenas: existe un vínculo espiritual entre los Pueblos Indígenas y su territorio. Al momento de explotar y explorar sus tierras “sagradas” explícitamente se están violando sus derechos específicos. Por tales circunstancias es necesario que se adopten medidas que protejan uno de sus derechos: la consulta previa específicamente.

Vargas y Miranda aseveran que la consulta previa es un deber para los Estados, en relación con los pueblos indígenas y las minorías étnicas poblacionales, que sirvió para desarrollar cambios dentro de las constituciones y legislaciones secundarias en los países de la región. También sirvió para que los Estados reconocieran éste derecho con algunas restricciones, como por ejemplo, la posibilidad de incidir en el desarrollo de políticas públicas y proyectos de desarrollo de alto interés económico y político. Para los pueblos indígenas, esta posibilidad se caracterizó por el desarrollo de procesos contenciosos frente al Estado y constantes movilizaciones sociales, caracterizándose como una constante en los primeros años de la aplicación del Convenio 169.⁵¹⁹

La consulta previa juega un rol vital dentro de los intereses de los pueblos indígenas ya que es un eslabón que permite una reforma dentro del orden legislativo y judicial, como muchos otros países lo han logrado. En este mismo sentido la obligación de efectuar la consulta previa en un Estado pluricultural es claramente beneficioso para todos los ciudadanos, ya que permite tener una visión más completa de los conflictos que han surgido últimamente en relación con los pueblos indígenas. Una cultura que protege el medio ambiente, que poco a poco ha ido deteriorándose por el uso excesivo de químicos y de explotaciones irracionales. La expresión libre de los pueblos indígenas sobre su medio ambiente es pues lógica y razonable. Se trata de su medio de subsistencia, de su actividad espiritual y cultural.

Rodríguez Garavito argumenta que en general, el concepto de “tierras” tradicionalmente ha sido delimitado física y jurídicamente en cabeza de una persona natural o jurídica, mientras el de “territorio” abarca un área difusa, definida en virtud de usos y ocupaciones realizadas por todo un pueblo. El Instituto Iberoamericano de

⁵¹⁹ Aylwin, José. (Comp.). Op. Cit. Pág. 81

Derechos Humanos citado por Rodríguez Garavito describió el territorio de la siguiente manera: “Inicialmente debe decirse que el territorio es un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado. Este espacio es reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados”.⁵²⁰

Se indican los conceptos anteriores para tener claro que existe una diferencia entre tierras y territorios. El primero está relacionado con el derecho de propiedad que tienen las personas sobre los bienes; el segundo, el “territorio”, tiene un significado más profundo ya que indica el lugar donde los pueblos indígenas realizan sus actividades, en el que puede existir solamente un pueblo indígena. Debido a la multiplicidad de territorios ancestrales, hay que determinar, al momento de la consulta previa, ¿qué pueblos indígenas forman parte del territorio indígena?

Galvis Patiño y Ramírez Rincón reiteran que en las democracias constitucionales, la participación es un principio y un valor inherente a la noción y a la esencia misma de democracia, al punto que es difícil concebir la existencia de un verdadero régimen democrático sin derechos de participación y sin mecanismos que garanticen estos derechos de las personas en los procesos de toma de decisiones estatales que puedan afectarlas. En esta lógica, la participación es, además, un fin principal de los gobiernos democráticos, habida cuenta que sus decisiones tienen legitimidad en la medida en que sean producto de la deliberación pública y de la participación ciudadana. Adicionalmente, el principio democrático debe concretarse en la protección de los derechos individuales de participación así como en su ejercicio colectivo.⁵²¹

La democracia es un sistema que permite que la sociedad pueda decidir sobre las circunstancias que la afecten. La participación es un principio que permite a las personas emitir una opinión, favorable o no y que debe ser tomada en cuenta por parte del Estado. Al momento de incumplir con el precepto establecido en el Convenio 169 de la OIT, sobre la consulta previa, y no permitir que los pueblos indígenas decidan

⁵²⁰ Rodríguez, César y otros. *Op. Cit.* Pág. 26.

⁵²¹ Galvis Patiño, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. *Op. Cit.* Pág. 50

sobre proyectos, se puede perturbar el entorno social, cultural y económico de los pueblos indígenas. Otra cuestión es si los proyectos pueden promover el desarrollo del país en su conjunto. Las decisiones del Estado deben tener legitimidad y para esto se debe escuchar la voz de los potenciales perjudicados, en esta ocasión a los pueblos indígenas.

Rodríguez Garavito señala que el Convenio 169 de la OIT es muy enfático en este sentido, pues su artículo 13.1 manifiesta que “[a]l aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. ... El vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas con sus territorios ha sido reconocido por la mayoría de pronunciamientos de derecho internacional sobre el tema indígena y es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa sobre los pueblos y comunidades indígenas, así como los efectos de la consulta previa misma.⁵²²

La idea de hacer énfasis en las tierras de los pueblos indígenas es para resaltar la importancia de éstas y la relación que existe entre las extracciones de las empresas multinacionales y las tierras ancestrales. Generalmente son estas tierras las que buscan las entidades debido al valor que tienen como consecuencia de la protección ambiental que han mantenido, por razones de diferente índole, los pueblos indígenas a lo largo de la historia.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón explican que la trascendencia del derecho a la participación puede irradiar también la realización y la interpretación de otros derechos de los pueblos indígenas consagrados tanto en las normas internacionales como en las constituciones y la legislación interna de los Estados. Así, por ejemplo, la participación de los pueblos indígenas en los procesos de reconocimiento y adjudicación de derechos sobre sus tierras y territorios reviste tal importancia, que si las decisiones de

⁵²² Rodríguez, César y otros. La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Colombia. Universidad de los Andes. 2009. Pág. 26.

este tipo son tomadas sin la adecuada participación de los pueblos indígenas, su legalidad puede resultar viciada, lo que puede traer como consecuencia la invalidez, nulidad, inconstitucionalidad, carencia de efectos o inaplicabilidad de dichas decisiones.⁵²³

El primer paso, para lograr la inclusión participativa de los pueblos indígenas es la consulta previa. Sin ese derecho, lo que procede no puede llevarse a cabo ya que todo depende de la capacidad del Estado de tomar en cuenta las decisiones de los pueblos indígenas. Los resultados pueden no ser vinculantes, pero si hay negativa se deberá establecer el procedimiento legal para buscar una solución. No se considera prudente utilizar la fuerza, cuando lo consultado afecta la vida y la subsistencia de las personas. Es tan relevante la consulta previa que si no se lleva a cabo las actuaciones posteriores podrían ser inválidas. He ahí la importancia de regular adecuadamente la consulta previa.

Castillo Meneses adiciona que el Convenio 169 les establece a los Estados la obligación de respetar el concepto de desarrollo de las comunidades y de permitirles decidir la manera como estructuraran la satisfacción del mismo en una visión sistémica. De una manera más enfática, la Convención dispone que los “recursos naturales existentes en sus tierras –en los pueblos interesados– deberán protegerse especialmente”. En otro sentido, prevé la posibilidad que los recursos minerales presentes en el subsuelo pertenezcan al Estado, caso en el cual, “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados”, con el fin de determinar la afectación de los intereses de los pueblos, antes de emprender o autorizar actividades de prospección o explotación. Con todo, es claro, bajo la redacción de la Convención, que los pueblos interesados deberán participar de los beneficios reportados por tales actividades, y en caso de sufrir un daño, percibir una indemnización equitativa.⁵²⁴

⁵²³ Galvis Patiño, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. *Op. Cit.* Pág. 53

⁵²⁴ Castillo Meneses, Yadira. “El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas. La experiencia en Colombia”. *Revista de Derecho.* N° 37. Colombia. Enero-junio 2012. Pág.

En este sentido hay que considerar el desarrollo de los pueblos indígenas como un grupo de personas que buscan un interés en común. No obstante hay que enfatizar que los proyectos de extracción, de explotación o hidroeléctricos se pueden llevar a cabo ya que el subsuelo y las aguas son bienes del Estado. La consulta no es un obstáculo para las megaempresas. Es un requisito que se debe cumplir para seguir los lineamientos indicados. Implica asumir un comportamiento ético y moral que además el Estado debe observar que se cumplan. Al momento de concretar un acuerdo con los pueblos indígenas es evidente que existe un beneficio para ambos, no solamente para una de las partes. Si se viola el acuerdo están previstas indemnizaciones y, si fuera necesario, imponer otras sanciones.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón consideran que los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas prevén diversas formas de participación. Una primera forma “tiene que ver con la participación de los pueblos indígenas en la vida pública general del Estado”, dimensión esta que impone a los Estados el deber de adoptar medidas especiales para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en las instituciones políticas del Estado. Una segunda forma tiene que ver con el derecho de los pueblos indígenas a participar en los procesos de adopción de decisiones estatales que puedan afectarlos, cuyo corolario es el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas dichas decisiones.⁵²⁵

Pertinente es tener en cuenta la diferencia entre la participación en la vida pública general del Estado (elecciones) y la participación como derecho colectivo que tienen los pueblos indígenas para asuntos que les atañen (la consulta previa). Las dos son importantes ya que ambas buscan la inclusión en la toma de decisiones del Estado. La primera es para que la interculturalidad busque una aceptación nacional, para que se comprendan las diferentes visiones que pueden renovar un Estado muy golpeado por una historia de discriminación. La segunda es una participación directa en la toma de decisiones sobre eventos que afectan directamente a los pueblos indígenas. Es una participación que permitirá una democracia más efectiva y un Estado que cumple con sus obligaciones.

⁵²⁵ Galvis Patiño, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. *Op. Cit.* Pág. 60

Galvis Patiño y Ramírez Rincón apuntan que el derecho internacional de los derechos humanos, desde los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos sociales y culturales, ha consagrado el derecho de libre determinación, de manera general, referido a “todos los pueblos”. Respecto de los pueblos indígenas, este derecho fue consagrado, en el ámbito internacional, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos los Pueblos Indígenas. Según la propia declaración, comprende el derecho a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural. La libre determinación se refiere al derecho que tienen los pueblos indígenas a decidir sobre su propio destino como pueblos distintos. Este derecho ha sido reconocido ampliamente como un principio del derecho consuetudinario internacional e incluso como una norma de carácter perentorio.⁵²⁶

Se menciona la libre determinación de los pueblos indígenas, no en el Convenio 169 de la OIT sino en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, esto les permite tener una base para sustentar su organización política, jurídica y social. Y, de esta manera, encontrar la dirección que les permita lograr desarrollarse de forma integral para cumplir con sus objetivos colectivos, culturales, sociales y culturales. Un paso concreto en ese camino es la consulta previa, procedimiento que les permite decidir sobre las acciones que les afectan como individuos y como comunidad.

Rodríguez Garavito agrega que el Convenio 169 es una de las fuentes internacionales que ha contemplado un mayor número de situaciones en las que debe consultarse a los pueblos indígenas y, en ese sentido, ha sido uno de los instrumentos más protectores de este derecho de las comunidades. Paulatinamente, las situaciones contempladas en este Convenio han sido adoptadas por otros instrumentos jurídicos y pronunciamientos de las instancias internacionales. En algunos casos, éstos han contemplado nuevas situaciones en las que existe el deber de consultar a las

⁵²⁶ *Ibíd.* Pág. 68

comunidades o han delimitado con un mayor grado de especificidad las situaciones en que deben llevarse a cabo las consultas.⁵²⁷

Desde una perspectiva internacional, el Convenio 169 de la OIT es el instrumento internacional en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas; es la base convenios posteriores para profundizar sobre el derecho de los indígenas.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón confirman que las normas internacionales y los pronunciamientos de órganos internacionales establecen con claridad los lineamientos básicos sobre la manera de realizar los procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales. Estos lineamientos constituyen, a su vez, el contenido esencial del derecho a la consulta previa. Así, los desarrollos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales del derecho internacional de los pueblos indígenas han determinado que las consultas deben ser previas (antes de aprobar la ley, la medida administrativa, el plan de desarrollo o el proyecto de exploración o explotación), libres (sin violencia, presiones o condicionamientos de ninguna índole) e informadas (sobre las condiciones de ejecución y las consecuencias del proyecto, plan, ley o medida).⁵²⁸

Básicamente se tienen las pautas generales para que los Estados considerados plurinacionales puedan realizar una consulta previa y así normar en la legislación nacional de la consulta previa. No hay excusa. Las consultas deben ser previas, libres e informadas.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón agregan que las consultas deben contar con un marco regulatorio adecuado. Adicionalmente, en los procesos de consulta previa las partes deben someterse al deber de acomodo (flexibilidad para acomodar los intereses y derechos en juego y disposición para ajustar o cancelar el proyecto) y las autoridades estatales, al deber de adoptar decisiones razonadas, objetivas y proporcionales, cuando no se logre el acuerdo o el acomodo del proyecto no sea posible.⁵²⁹

⁵²⁷ Rodríguez, César y otros. La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Colombia. Universidad de los Andes. 2009. Pág. 33.

⁵²⁸ Galvis Patiño, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. *Op. Cit.* Pág. 72

⁵²⁹ *Loc. Cit.*

Ya no es necesaria la imposición; las circunstancias han cambiado; ahora lo que se busca, en todos los ámbitos, es el diálogo y llegar a un consenso. La comunicación es indispensable pero, sobre todo, hablar con la verdad para poder decidir de forma coherente lo que se requiere. Por este motivo la información es clave, se deben dar los detalles más específicos, todo lo que implica hacer un proyecto, una norma o como se ha dicho anteriormente todo lo que afecte a los pueblos indígenas.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón explican que al interpretar las normas que regulan el derecho a la consulta previa, los órganos internacionales han precisado que esta no puede entenderse como un momento ni como un acto singular, sino como un proceso de diálogo y negociación realizado de buena fe por ambas partes y con la finalidad de alcanzar un acuerdo. El concepto de consulta, según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, comporta el establecimiento de un diálogo verdadero y genuino entre ambas partes, “caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo”. La piedra angular de la consulta, como proceso de diálogo, está entonces en “encontrar soluciones conjuntas”.⁵³⁰

No es un acto; como bien lo indican las autoras es un proceso en el que el Estado es el ente encargado de permitir un diálogo de forma armoniosa y sincera. El Estado es el interlocutor con los pueblos indígenas. Su papel es de informar bien sobre los antecedentes, las condiciones, efectos y consecuencias de los proyectos que previsiblemente se implementarán en los territorios de los pueblos indígenas. Lo que se busca es un acuerdo consensuado, sin violentar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y lograr beneficios para ambas partes.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón afirman que en sintonía con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las cortes o tribunales constitucionales han reiterado en el ámbito interno que la finalidad de la consulta previa consiste en llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre las

⁵³⁰ *Ibíd.* Pág. 76

medidas legislativas o administrativas que el Estado pretende adoptar, antes de que estos tomen una decisión que pueda afectar a los pueblos indígenas.⁵³¹

La consulta previa lo que persigue es que el Estado, antes de tomar cualquier iniciativa que pueda causar daños en el medio ambiente o entorno de los pueblos indígenas, tome las disposiciones, de diferente naturaleza, para que se den todas las condiciones que permitan concretar un acuerdo que sea beneficioso para las partes involucradas.

Charris Benedetti esclarece que es preciso señalar que el Convenio 169 de la OIT concibe la consulta previa como un proceso, pues las características de los grupos étnicos, sus formas de gobierno y representación exigen del Estado una metodología adecuada para que, a medida que el proceso se vaya desarrollando, los indígenas y sus representantes adquieran el conocimiento necesario sobre la normatividad y el proyecto o programa a realizar. De esta forma, la doctrina ha identificado tres fases para la elaboración de la consulta previa: “i) fase de información, ii) fase de concertación e identificación de impactos y medidas, y iii) fase de sistematización y seguimiento”.⁵³²

Como todo proceso, lleva etapas bien estipuladas que no se pueden saltar. Por ese motivo es necesario establecerlo determinarlo en la ley, para evitar arbitrariedad por parte del Estado. Es más fácil saltarse las etapas y distorsionar los procedimientos cuando no hay una fundamentación legal. Se considera entonces, que las tres fases, antes indicadas, dan una idea y pauta de cómo debe establecerse el procedimiento de la consulta previa.

La primera fase consiste en recopilar información. Ésta debe estar guiada desde la perspectiva de las costumbres de los pueblos indígenas, pero también desde la perspectiva de la naturaleza del proyecto y en qué va a consistir. La segunda fase se refiere al análisis de la incidencia, de diferente naturaleza, que el proyecto producirá en el entorno del territorio y sus pobladores, así como de la concertación para determinar

⁵³¹ *Ibid.* Pág. 89

⁵³² Charris Benedetti, Juan Pablo. *Op. Cit.* Pág. 137

las medidas para mitigar los efectos negativos y dañinos. La última es una fase de monitoreo, de corto, mediano y largo plazo que buscará sistematizar el seguimiento de la evolución del proyecto para identificar y caracterizar los problemas que pudieran surgir. Se trata de supervisar el desenvolvimiento del proyecto que fue objeto de la consulta previa.

En este orden de ideas Charris Benedetti asiente que durante la fase de información se lleva a cabo la labor de coordinación entre el Estado y la comunidad indígena, que implica la adopción de las directrices bajo las cuales se desarrollará el proceso, la información de los planes de trabajo y las particularidades del proceso con sus impactos positivos y negativos. En esta etapa se identifican los actores de la consulta, esto es: representantes legítimos de las comunidades interesadas; representantes de las empresas interesadas; representantes de otros organismos estatales interesados, y representantes de los órganos de control. Por consiguiente, se llevan a cabo reuniones de trabajo en las cuales se presenta formalmente el marco normativo del proceso, se hace una explicación detallada del proyecto por parte de la empresa interesada y la comunidad se manifiesta sobre sus apreciaciones del proyecto.⁵³³

Lo interesante de la fase informativa, es el establecimiento de la primera aproximación entre las partes. Las partes deben estar bien identificadas y la información deberá ser concreta, objetiva, veraz y con lenguaje comprensible. Si se establece un verdadero diálogo, se podrá romper el hielo inicial. El diálogo y la información es la fundamentación de una buena consulta previa ya que sin él será difícil llegar a un acuerdo.

Es necesario que los pueblos indígenas expresen claramente sus puntos de vista y tengan credibilidad en las instancias públicas, que el Estado responda a esta confianza siendo árbitro justo entre las partes y que las empresas proporcionen datos completos y objetivos de sus procesos productivos. El denominador común debe ser la buena fe.

Charris Benedetti aclara que la fase de concertación e identificación de impactos y medidas implica la elaboración de los estudios concretos del proyecto, que permiten

⁵³³ *Loc. Cit.*

apreciar, con certeza, las ventajas y desventajas del proyecto. Durante esta fase se deben garantizar los espacios de reflexión propios de cada comunidad.⁵³⁴

Lo que se busca con esta etapa es resolver dudas que puedan tener los pueblos indígenas, para disponer de elementos para encontrar los pros y contras que se puedan generar al momento de implementar y hacer funcionar el proyecto. Esta fase constituye el espacio y el tiempo para que las comunidades analicen bien y lleguen a visualizar si el proyecto, que se realizará en sus territorios, será positivo o negativo para ellas.

Por último, Charris Benedetti reseña que la fase de sistematización y seguimiento consiste en la verificación de cada una de las actividades acordadas dentro del acta de protocolización o Estudio Social, y supone la revisión periódica al cumplimiento de los acuerdos allí contemplados. La Dirección de Etnias, en virtud de su función de protección de los derechos de las Etnias, supervisa el desarrollo de los acuerdos pactados.⁵³⁵

La tercera fase consiste en corroborar todo lo planteado y formulado en las dos fases anteriores. Se trata de monitorear el proyecto a lo largo de su desenvolvimiento; de supervisar y evaluar sus efectos; de velar por el cumplimiento de lo pactado por las partes, sobre todo en función de los derechos colectivos de la comunidad. Las dos primeras fases constituyen factores para la realización de la consulta previa; la tercera para asegurarse que lo pactado se cumple tal como previsto.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón mencionan que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas son la base jurídica de que las consultas deben ser culturalmente adecuadas. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha precisado que no existe un modelo único de procedimiento apropiado sino que las circunstancias de cada país y de cada pueblo deben tenerse en cuenta para que el proceso de consulta sea adecuado a dichas circunstancias y a la

⁵³⁴ *Loc. Cit.*

⁵³⁵ *Loc. Cit.*

naturaleza de la medida que se pretende consultar. Los procesos de consulta deben adecuarse a las circunstancias particulares tanto geográficas como temporales propias de cada pueblo indígena.⁵³⁶

En este orden de ideas se sigue manifestando la confianza que deben tener los pueblos indígenas hacia el Estado. Entre las condiciones que se deben establecer para que se tome cuenta una consulta previa legítima es reconocer las diferentes culturas del país. Lo que se debe considerar es la idiosincrasia de cada pueblo para poder determinar cómo se llevará a cabo la transmisión de la información: en qué idioma, si es necesario un asesor o un intérprete. Son condiciones claves que se tomarán en cuenta para poder realizar una consulta previa, libre e informada.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón afirman que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que el consentimiento que otorguen los pueblos indígenas o los acuerdos a que lleguen con las autoridades estatales deben ser expresados en forma libre. Para que un proceso de consulta sea libre, los Estados deben abstenerse de influir en las posiciones de los indígenas.⁵³⁷

La decisión de los pueblos indígenas no puede verse empañada por ningún ente externo. Las manipulaciones, la negociación o cualquier acto que obstruya la decisión libre no se debe tomar en cuenta. No se pueden comprar decisiones y no se puede manipular; se estaría actuando arbitrariamente; además es evidente que al influir en la decisión a través de mecanismos poco éticos, está claro que el proyecto es dañino al medio ambiente y, por consiguiente, para los pueblos indígenas y, posiblemente, para la población de la región.

Galvis Patiño y Ramírez Rincón refieren que el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas explica que la consulta debe ser informada. En relación a los proyectos de explotación de recursos naturales o de desarrollo, ha precisado que los pueblos indígenas deben recibir información objetiva y completa, lo que incluye el conocimiento de las repercusiones

⁵³⁶ Galvis Patiño, María Clara y Ángela María Ramírez Rincón. *Op. Cit.* Pág. 139

⁵³⁷ *Ibíd.* Pág. 120

del proyecto en la vida y el entorno de los pueblos en cuyo territorio se pretende llevar a cabo el proyecto. Por esta razón, los pueblos indígenas deben tener acceso oportuno a los estudios de impacto ambiental y contar con el tiempo suficiente para entenderlos, presentar observaciones y recibir información sobre las inquietudes o preocupaciones que les generen dichos estudios.⁵³⁸

Otro aspecto a tener en cuenta es la investigación que se hace antes de realizar la consulta previa. Varios entes participan. Se trata de una serie de pasos que se llevan a cabo para poder informar a los pueblos indígenas de todo lo que les pueda perjudicar a mediano, corto o largo plazo. No es una decisión que van a tomar a la ligera. Deben de tener la capacidad de analizar la situación en todos sus ámbitos; no pueden tomar una decisión válida y correcta si falta información oportuna y pertinente. La esencia de la consulta previa es la veracidad de los hechos y un dialogo profundo.

Salinas Alvarado argumenta que el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que los pueda afectar en su identidad cultural y étnica; o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían afectarles negativa o positivamente, es decir, incluso en aquellos casos en los cuales se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de la minoría étnica.⁵³⁹

Se comparte el punto de vista del autor. La idea de la consulta previa, es un requisito anterior que debe cumplir el Estado si desea efectuar actos que afecten a los pueblos indígenas; si no se cumple esa etapa previa, el Estado estaría incumpliendo obligaciones contenidas en el convenio 169 de la OIT. Además se trata de un derecho colectivo ya que es la forma en que los pueblos indígenas puedan manifestar sus inquietudes a la hora de que el Estado decida explotar sus bienes y pueda afectar el desarrollo de territorios indígenas y damnificar a los pueblos que las habitan.

⁵³⁸ *Ibíd.* Pág. 122

⁵³⁹ Salinas Alvarado, Carlos Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 238

Rodríguez plantea que, como es sabido, en todas las actuaciones judiciales y administrativas se aplica el debido proceso y, en materia de consulta previa, esto significa tener condiciones de igualdad, de información y de incidencia en las decisiones a adoptar. Se viola el debido proceso cuando no se convoca a la consulta previa o ésta se hace sin la participación de todos los miembros de la comunidad. También, cuando se realiza sin tener en cuenta los procedimientos y los tiempos de los pueblos indígenas o cuando la consulta se limita a una simple reunión informativa. De igual forma, los pueblos indígenas no conocen el proyecto en su totalidad, cuando los procesos de concertación son desiguales y cuando la decisión final es tomada por la autoridad sin tener en cuenta lo que han dicho los pueblos en desarrollo de la consulta.⁵⁴⁰

El autor deja claro que el debido proceso se aplica en cualquier actividad administrativa y judicial por este motivo como cualquier procedimiento administrativo o judicial, se debe velar por las etapas del proceso de la consulta previa, si alguna etapa se viola toda la actividad debería de considerarse ilegal.

Charris Benedetti puntualiza que de esta forma, la consulta previa constituye un mecanismo que pretende mediar en los conflictos entre prioridades de desarrollo del Estado y derechos de las minorías. En este escenario, trazar el límite entre la potestad del Estado y el derecho de autodeterminación de los grupos étnicos hace de la consulta previa uno de los temas más controvertidos tanto en el ámbito nacional como en el internacional, puesto que contrasta el interés general con la supervivencia de las minorías, razón por la que la consulta previa se erige como un derecho de índole contra mayoritaria.⁵⁴¹

Al cumplir el Estado con la obligación de realizar la consulta previa, se da un paso significativo en relación a la inclusión de los pueblos indígenas y sobre todo a la autodeterminación de los mismos. Al buscar resolver los problemas sin enfrentamientos y confrontaciones, se da la posibilidad a los pueblos indígenas de decidir libremente la opción que les sea más beneficiosa.

⁵⁴⁰ Rodríguez, Gloria Amparo. *Op. Cit.* Pág. 45

⁵⁴¹ Charris Benedetti, Juan Pablo. *Op. Cit.* Pág. 125

Charris Benedetti aclara que se rechazó, el decreto que reglamenta la consulta previa para la explotación de recursos naturales en Colombia, porque la norma fue expedida sin consultarlo previamente con las comunidades étnicas; además la consulta se realizaría cuando el proyecto afectare zonas de resguardo indígenas o zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras, resulta restrictivo puesto que tanto la Constitución Política como el Convenio 169 se refieren a la realización de la consulta cuando los proyectos afecten territorios indígenas, concepto que va más allá de las áreas tituladas, habitadas y explotadas, comprendiendo aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas, políticas y culturales; también la norma fue objeto de rechazo en razón del tiempo establecido para la realización de la consulta, que a la postre termina reduciéndola a un mero procedimiento de audiencias.⁵⁴²

Anteriormente se indicó que al referirse al territorio es un término más extenso que al de tierra. La consulta previa es un proceso que debe cumplir etapas. Si se incumplen los requisitos de una consulta previa, libre e informada es natural que se esté violando el procedimiento y por consiguiente éste sería nulo. En este sentido el procedimiento que se viola es el derecho que tienen de ser consultados de forma pertinente y con plazos pertinentes. Por consiguiente se les debe dar plazo suficiente para tomar una decisión, además no se puede interpretar la norma restringiendo los derechos. Los derechos se pueden mejorar pero jamás disminuir.

Charris Benedetti afirma que la Corte Constitucional [Colombia] ha sido enfática en señalar el carácter fundamental del derecho a la consulta previa. Para tal efecto, en algunos casos ha ordenado la suspensión de los proyectos u obras que potencialmente pueden afectar o han afectado territorios de comunidades étnicas, hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. De igual manera, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado, como también la adopción de medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas o aquellas con inminente potencialidad de serlo.⁵⁴³

⁵⁴² *Ibíd.* Pág. 129

⁵⁴³ *Ibíd.* Págs. 130-131

Está claro que los efectos, de la consulta previa, son preventivos y de protección. No se pueden realizar actos que sean perjudiciales para la salud, el sustento y la cultura. El Estado está obligado a respetar los derechos de los pueblos indígenas planteados a nivel del derecho internacional.

Rodríguez admite que en el ordenamiento jurídico interno y como complemento del Convenio núm. 169, están las normas Constitucionales colombianas que protegen a las comunidades étnicas y sus derechos, entre los cuales está el de participar en la toma de decisiones. En este sentido, la Carta Magna considera que uno de los fines del Estado, es el de facilitar la participación de todos los colombianos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. Como se ha mencionado, la participación se constituye en un elemento fundamental para el desarrollo y la garantía de los derechos indígenas, por eso se protege en la explotación de los recursos naturales y en cualquier tipo de proyecto que se vaya a realizar en los territorios de estos pueblos.⁵⁴⁴

Así como en Colombia, la República de Guatemala va en la misma dirección participar en la toma de decisiones. En este orden de ideas si se quiere el desarrollo de Guatemala es necesario que el Estado cumpla con su deber y propiciar dar la participación que requieren los pueblos indígenas.

Rodríguez subraya que la importancia que tiene garantizar el derecho de los pueblos indígenas decidir sus prioridades de desarrollo, a través de consultas significativas y eficaces, y de la participación de esos pueblos en todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo nacional y regional. No realizar dichas consultas tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que los mismos reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas.⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ Rodríguez, Gloria Amparo. *Op. Cit.* Pág. 56

⁵⁴⁵ *Ibíd.* Págs. 72-73.

La consulta previa no tiene como objeto perjudicar el desarrollo de la sociedad (guatemalteca si ese fuera el caso), sino buscar que la iniciativa o el proyecto cumpla con una visión pluricultural para el beneficio de todos los ciudadanos (guatemaltecos, si ese fuera el caso).

Charris Benedetti agrega que en la sentencia T-619 de 2009, la Corte Constitucional adoptó lo dispuesto por la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs Surinam*, en el que se señaló que el consentimiento de estas comunidades debe ser “libre, informado y previo según sus costumbres y tradiciones”. Con base en lo anterior, le impuso al Gobierno la obligación de adelantar un proceso con las autoridades de los grupos, en el que se definan las bases del procedimiento que se va a seguir, acorde a las particularidades culturales que definen cada comunidad. En este sentido, se buscó avanzar, de una simple consulta formal, al agotamiento de una consulta material abarcadora de un conocimiento oportuno, completo y veraz por parte de la comunidad de las implicaciones del proyecto, obra o actividad en su territorio.⁵⁴⁶

Es un proceso largo, en un país como el de Guatemala donde un porcentaje significativo de la población es indígena. Se deben respetar las costumbres y tradiciones de cada uno. En ese contexto, procede llevar a cabo un estudio muy profundo para elaborar una ley que norme la consulta previa. Es necesario, que cuando se establezca una comunicación entre el Estado y el pueblo indígena ésta sea la más objetiva posible. El Estado no puede manipular la decisión de los pueblos indígenas y además no se puede dejar conducir por intereses del gobierno; la idea es que la decisión sea lo más objetiva posible ya que se debe poner en la balanza los pro y los contra tanto para el desarrollo de la sociedad guatemalteca como para el progreso de los pueblos indígenas. Y la posibilidad de visión de los pro y los contra, sólo puede lograrse a través de una consulta previa, libre y sin presiones.

Asimismo Charris Benedetti explica que la sentencia T-129 de 2011 constituye un hito en cuanto al reconocimiento del derecho a la consulta previa. En esta providencia la Corte reitera el carácter fundamental de la consulta previa y exhorta al legislador a la

⁵⁴⁶ Charris Benedetti, Juan Pablo. *Op. Cit.* Pág. 132

regulación de la temática a través de una ley estatutaria. Precisa que la consulta debe realizarse en el marco del respeto de los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades étnicas, lo cual implica que el Estado no puede definir unilateralmente un término o plazo específico para la consulta, sino que esta dependerá de los procesos internos y propios de cada comunidad. Por otro lado, se enfatiza en que la consulta debe agotarse previo a la ejecución de los proyectos. De tal forma, la Corte le imprime obligatoriedad, seriedad y compromiso a este mecanismo, dejando atrás la concepción formal con la que era realizada.⁵⁴⁷

Dos aspectos de la consulta previa que vale la pena tener en mente son, que es pertinente que se regule la consulta previa, cumpliendo con los requisitos establecidos en el Convenio 169 de la OIT, tal como lo menciona la Corte de Constitucionalidad de Colombia; y que se trata de un proceso que debe tener un plazo en función de cada caso particular; tomando en cuenta a las partes, puesto que se debe resolver toda duda o cuestionamiento que surja, antes de permitir que se lleve a cabo. Es un tema serio; un Estado pluricultural no puede dejarlo a la potestad o a la voluntad de cualquier institución. El Estado, a través del poder Ejecutivo y las instancias del sector público que corresponda, debe establecer las pautas claras y precisas para que la consulta previa se lleve a cabo.

Charris Bendetti cita que cuando el objetivo es contar con el consentimiento de un pueblo indígena, el Estado debe implementar procedimientos para entablar un proceso de diálogo con el propósito de lograr dicho consentimiento. Esto demuestra que la consulta no puede consistir en una mera audiencia informativa, sino que debe buscar el consentimiento en un diálogo de buena fe, con información oportuna y veraz, que permita que el pueblo indígena pueda determinar conscientemente si la propuesta lo beneficiará o, por el contrario, lo perjudicará. Rechazada la propuesta, debe iniciarse un proceso de negociación para llegar a un acuerdo. No obstante, el Estado tiene la última palabra: en consecuencia, puede tomar la decisión unilateral de proseguir con la

⁵⁴⁷ *Loc. Cit.*

medida aún en contra de la posición de las comunidades indígenas que participan en la consulta.⁵⁴⁸

Se busca el consentimiento de los pueblos indígenas. Pero, a pesar de esto, el Estado tiene la última palabra. Cabe señalar que se plantea un precedente, ya que a pesar de haberse opuesto al proyecto, el Estado tomó la iniciativa de continuar con el proyecto, pero después de haberlos consultado. A través del diálogo se busca encontrar términos y caminos de consenso. En algunos casos las partes cederán, para llegar a un acuerdo. En otros no. Se espera que los consensos superen los desencuentros, para que la decisión del Estado de autorizar el proyecto tenga, la mayoría de las veces, la aprobación de las partes. Ya que si se toman las medidas correctivas, el Estado puede aducir que los proyectos el Estado son convenientes para el desarrollo del país en su conjunto. Por otro lado puede decirse que el contenido de los diálogos abre también los ojos de las partes, pero sobre todo del Estado, en los aspectos que plantean los pueblos indígenas y que en algunos casos pueden ser determinantes para que el proyecto no sea autorizado.

Patiño Palacios considera que la consulta previa se ha convertido entonces en una garantía de pervivencia en un contexto de riesgo de exterminio físico y cultural, ya que su nacimiento se dio como una respuesta para empoderar a los pueblos indígenas luego de todas las violaciones de sus derechos cometidas en su contra. Además, la consulta se convierte en un mecanismo para hacer efectivos sus derechos, siendo un reto en la actualidad para que sea realizada y cumplida de forma adecuada y no se convierta en un mero trámite administrativo, o reunión, sino “un verdadero instrumento de participación”.⁵⁴⁹

Es claro que se implanta la consulta previa para dar voz a pueblos oprimidos por décadas, cansados de esperar que el Estado los tomara en cuenta. Tuvieron que surgir planteamientos jurídicos de instituciones internacionales para que los derechos de los pueblos indígenas fueran reconocidos y aceptados. Como bien se explica anteriormente no es un acto administrativo es un derechos colectivo de los pueblos

⁵⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 140-141

⁵⁴⁹ Patiño Palacios, Luz Ángela. *Op. Cit.* Pág. 71

indígenas para demostrar que conocen su cultura y que saben lo que les conviene y lo que no, para el desarrollo de sus actividades productivas, de sus comunidades, de su cultura, de su espiritualidad y de su integridad física.

Patiño Palacios especifica que el derecho-deber de consulta genera conflictos desde su concepción, ya que, por una parte, los pueblos indígenas, consideran la consulta previa como aquella facultad que tienen para tomar decisiones sobre todos los asuntos que les afecten, incluidas las actividades extractivas en sus tierras y territorios; en cambio, visto desde los órganos del poder estatal y la empresa privada, generalmente hay una coincidencia respecto a que la consulta previa es una herramienta para el establecimiento de medidas de prevención y remediación de impactos como los socio-ambientales manifestado que la potestad de decidir es exclusiva del Estado.⁵⁵⁰

Al ser un derecho inherente a los pueblos indígenas no es una simple herramienta de prevención; lo que se requiere son análisis concretos emitidos por peritos que sepan sobre la materia; no se trata de inventar datos y manipular a los pueblos indígenas para que aprueben el proyecto simplemente porque el mismo lo apoya el Estado en la perspectiva del desarrollo del país. Se debe evitar la confrontación y buscar la convicción de que realmente serán actos positivos para los pueblos indígenas y para el país.

Patiño Palacios y infieren además que la consulta debe ser libre, esto es, participar en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que los afecten, sin ningún tipo de intromisión o de presión sobre la comunidad que afecte el principio de libertad y por lo tanto vicie las decisiones que se tomen. La libertad de decisión de los pueblos indígenas también se afecta cuando se asesina o se desaparece a los líderes que se opongan a la realización de un proyecto. Significa entonces que la consulta debe ser libre en el sentido en que no debe existir ninguna manipulación o predeterminación que conduzca a la adopción de determinada

⁵⁵⁰ *Ibíd.* Págs. 71-72

posición, es decir, no debe haber intimidación o presión, esta última implica riesgos reales.⁵⁵¹

Las presiones para que se implementen programas o medidas pueden ser de diferente índole. En situaciones extremas, como secuestros, desapariciones o asesinatos de líderes, las circunstancias de la consulta previa se distorsionan sobremanera ya que al ver este tipo de eventos, los pueblos indígenas debido a las presiones, dan su brazo a torcer. Es por esto que el Estado debe proteger a los pueblos indígenas y garantizar el derecho fundamental de ser consultados sobre cualquier cosa que los afecte directa o indirectamente sin presiones de ninguna índole.

Patiño Palacios refiere que la consulta debe ser informada, lo cual implica que los pueblos indígenas deben disponer de tiempo suficiente para realizar su propio proceso de adopción de decisiones y participar en las decisiones tomadas en consonancia con sus prácticas culturales y sociales. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes, brindando información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible ya que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (acceso a la información). Por ejemplo, tratándose de proyectos se deben conocer los alcances del proyecto a desarrollar.⁵⁵²

Al ser una consulta informada, los pueblos indígenas puedan ver todos los factores y situaciones que los puedan perjudicar a futuro. Es de suma importancia que vean todos los escenarios de lo que implica una exploración, explotación, proyecto o ley que concierna su territorio, su cultura o identidad. La capacidad de decidir en parte se logra por la información a corto, mediano y largo plazo siempre con el apoyo del Estado.

Patiño Palacios agrega que una interpretación sistemática de la jurisprudencia y de los instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos permite establecer que el derecho de acceso a la información “apareja el acceso de los

⁵⁵¹ *Ibíd.* Págs. 84-85

⁵⁵² *Ibíd.* Pág. 85

pueblos indígenas a que el Estado les suministre información accesible, suficiente y oportuna sobre dos aspectos: (1) la naturaleza y el impacto de la intervención externa sobre bienes o recursos de su propiedad y (2) el proceso de consulta que se va a adelantar y las razones que lo justifican. Solo de esta manera puede asegurarse que la información entregada por el Estado conducirá a que la formación de la voluntad de las comunidades en los procesos de decisión, en torno a la exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios, sea genuinamente libre e informada”.⁵⁵³

Siguiendo con la característica de la información e incluyendo la interpretación sistemática, se observa que es un derecho humano; el artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos o de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia”. Aunado a esto, el derecho colectivo de los pueblos indígenas, la consulta previa, obliga a que se de toda la información necesaria para poder aceptar o negar de forma incuestionable la medida o proyecto a realizar en sus territorios.

Patiño Palacios explica que la información debe ser transparente, lo cual se refiere al conocimiento de las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante que también se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia a su vez implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a la lengua tradicional a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse con plenitud, así como el acompañamiento de intérpretes en todo el diálogo.⁵⁵⁴

El aspecto de la transparencia es innegable; no pueden maquillarse los informes o la información ya que se estaría violando la esencia de la consulta previa, pues se busca un dialogo basado en hechos concretos, veraces no ficticios. La traducción debe ser

⁵⁵³ *Ibíd.* Pág. 85-86

⁵⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 86

muy precisa y fidedigna ya que debe conocerse y entenderse la costumbre de los pueblos indígenas, por consiguiente el traductor debe tener experiencia para que al momento de traducir pueda plasmar el sentido de lo expresado en un código de comunicación que entiendan los representantes de los pueblos indígenas.

Patiño Palacios determina que el proceso de consulta debe realizarse con procedimientos culturalmente adecuados o apropiados teniendo como fin llegar a un acuerdo, consenso u obtención de consentimiento. Estos procedimientos no se encuentran regulados de forma particular en el plano internacional, sin embargo, deben tener formas flexibles de acuerdo a sus usos y costumbres.⁵⁵⁵

En un Estado pluricultural esto puede dificultar un poco la realización de la consulta previa. Es lo que ayuda, sin embargo, a fortalecer una sociedad que se encuentra dividida. Interesarse en las diferentes culturas de un país y conocer la forma en que abordan la problemática de un hecho concreto, permite que el dialogo sea más preciso y por consiguiente que las respuestas también lo sean.

Patiño Palacios reitera que por otro lado, la consulta debe ser efectiva y garantizar la participación real de las comunidades afectadas. Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado y, si llega a estar en contra del consentimiento indígena, deberá justificar o motivar su pronunciamiento y establecer, entre otras cosas, que el proyecto la beneficia y no viola la integridad cultural. Otros criterios para que sea adecuada es que debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad (acto dictado exclusivamente por la voluntad del sujeto).⁵⁵⁶

Deben de participar en la consulta previa todas las poblaciones indígenas que pueden ser afectadas por el proyecto. Sin embargo por ser los recursos naturales bienes del Estado, le corresponde decidir en última instancia pero no puede ir en contra de la integridad de los pueblos indígenas. Además la consulta previa no es un acto irrelevante, son las opiniones de todo un pueblo que vela por la salud y bienestar; es pertinente y conveniente tomarlas en cuenta.

⁵⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 86

⁵⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 88

Patiño Palacios indica que un aspecto importante sobre la consulta es determinar el sujeto de esta, que es el pueblo indígena como colectividad. El Estado no debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo implicado, sino son ellos mismos los que en cada proceso de consulta según sus costumbres y usos deben decidir sus representantes. Es el mismo pueblo quien informara al Estado sus representantes en cada uno de los procesos de consulta. Por consiguiente, es incompatible el establecimiento mediante leyes fijas de los representantes de un pueblo indígena determinado, y en consecuencia obviar el autogobierno al interior de las comunidades.⁵⁵⁷

No compete al Estado definir quienes deberán participar en la consulta previa. Esa designación depende totalmente de los pueblos indígenas. Por tal motivo al legislar sobre la consulta previa, los diputados deben tomar en cuenta que quienes designaran a los participantes-representantes de los pueblos indígenas, deben ser ellos mismos a través de los procedimientos de sus organizaciones legítimamente establecidas.

Patiño Palacios señala que el Estado debe garantizar que las comunidades, autoridades y líderes indígenas en situación de desplazamiento sean también sujetos de la consulta previa o, en su defecto, la participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas a nivel regional y nacional.⁵⁵⁸

Otro aspecto a tener en cuenta para realizar la consulta previa son los desplazamientos de los pueblos indígenas dentro de sus territorios. Deben ser adecuadamente identificados y registrados. El Estado no puede, arbitrariamente, desalojarlos y desplazarlos de un lado a otro sin antes indicar los motivos. Además se deben mencionar hacia donde los movilizará todo esto con el objeto de que tengan suficiente información y, en base a la buena fe decidir, qué es lo que les conviene según su saber y gobierno transmitido a sus representantes.

Patiño Palacios asevera que las empresas no pueden ni deben llevar a cabo procesos de consulta que sustituyan las obligaciones que corresponden a las autoridades

⁵⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 96

⁵⁵⁸ *Loc. Cit.*

competentes en esta materia, sin involucrar activamente estas autoridades y sin su supervisión directa, proporcionando, por ejemplo, una orientación efectiva a las empresas sobre la manera de respetar los derechos humanos en todas sus operaciones. Asimismo, con el fin de identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo responder a sus impactos negativos en los derechos humanos, las empresas deben cumplir con la debida diligencia en derechos humanos.⁵⁵⁹

Es evidente que las empresas por su falta de entendimiento en materia de derechos humanos muchas veces incumplen los requisitos legales con tal de sacar provecho a sus negocios. Sin embargo debido a la importancia que han adquirido las instituciones internacionales y nacionales en derechos humanos, se han realizado informes y dictado sentencias para proteger a los pueblos indígenas de las violaciones de la industria aduciendo desconocimiento en el ámbito jurídico.

Patiño Palacios señala que mucha confusión se ha generado en relación al alcance, la aplicación y los efectos del consentimiento. En efecto, existe una diferencia entre “consulta” y “consentimiento”, entendiéndose por este último en su sentido corriente como una manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. En consecuencia, el llamado derecho al veto u oposición vinculante de parte de los pueblos indígenas para no realizar determinada medida que los afecta no es aplicable en casos de consulta, pero sí cuando se requiere consentimiento.⁵⁶⁰

Hay que aseverar, definitivamente, que consulta y consentimiento no producen los mismos efectos. El consentimiento o el no consentimiento, es la expresión explícita de la voluntad, de aceptar o no un compromiso. Hay claridad, definición y además precisión hacia lo positivo o hacia lo negativo, luz verde o luz roja. Una consulta previa con resultado negativo, no produce automáticamente un veto. Se conocen los argumentos contra el proyecto, pero eso no significa que el proyecto se va a descartar. El Estado tiene, en última instancia la decisión, positiva o el veto. Lo que no significa que la oposición no tenga valor o proyección hacia la sociedad.

⁵⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 97

⁵⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 98-99

Iván Bascopé Sanjinés expone que el manejar bajo abstracción el marco jurídico que iría en relación a los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, se hace a fuerza de, como ha sido la propia experiencia de estos pueblos, procesos sociales que han afirmado sus reivindicaciones. Sin embargo, la historia reciente también se ha caracterizado en mucho por la capacidad de sus propuestas e incidencia frente al Estado. Por lo tanto, tras la revisión de la concepción del marco jurídico que pueda hacerse, se ha requerido de una construcción válida y legítima de procesos políticos y orgánicos que representen sus intereses, necesidades y demandas, propias de este proceso de cambio que atraviesa el país.⁵⁶¹

Se necesita una organización de pueblos indígenas que tenga propuestas, pero también se precisa que el Estado tenga la voluntad política de escucharlas y atenderlas. Los pueblos indígenas pueden tener propuestas concretas pero si el gobierno no tiene la voluntad de realizarlas es difícil convencerlo. Este diálogo que provoca la consulta previa puede ser el origen de un Estado plurinacional consolidado y que vele por los derechos de todos sus ciudadanos.

Bascopé Sanjinés agrega que de esta forma, el ejercicio de este derecho debe ser entendido por parte del Estado y sus operadores gubernamentales como un elemento articulador que permite avanzar en la construcción del Estado Plurinacional, permitiendo que la consulta sea desarrollada, no solo cuando se prevea la explotación de recursos naturales, minerales, hidrocarburíferos o maderables o el desarrollo de proyectos de infraestructura, carreteras, hidroeléctricas y otros, sino también sirva para la definición del derecho de participación política colectiva en el diseño y puesta en marcha de las políticas públicas dentro del Estado.⁵⁶²

El Estado debe tener presente que cualquier medida en estos ámbitos puede afectar a los pueblos indígenas. Es la razón por la que se les debe informar y hacerlos partícipes en la toma de decisiones que les conciernen. El Estado podría avanzar hacia la figura

⁵⁶¹ Bascopé Sanjines, Iván. Lecciones aprendidas sobre consulta previa. Bolivia. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social. 2010 Pág. 10

⁵⁶² *Ibíd.* Pág. 16

del Estado plurinacional, y después de mucho tiempo, dar el apoyo que los pueblos indígenas necesitan y han buscado desde siglos pasados.

Bascope Sanjinés admite que en la lucha por el reconocimiento jurídico de sus territorios, los pueblos indígenas han conseguido en décadas recientes algunos logros, aunque no siempre la legislación respectiva es respetada en la práctica. En la actualidad muchos de estos territorios están amenazados por las actividades casi incontrolables de empresas extractivas (petroleras, mineras, hidroeléctricas, madereras) o por proyectos de desarrollo (industriales, turísticos, urbanos, portuarios) que arrasan con el medio ambiente y las formas de vida de los indígenas.⁵⁶³ Es necesario un cambio de perspectiva, no puede ser posible que en el siglo XXI, el medio ambiente no sea un tema de actualidad, vigente. Los pueblos indígenas velan por la protección de la madre tierra; la espiritualidad de los pueblos indígenas está muy apegada a la naturaleza, a sus territorios, esto forma parte de su cultura. No solo debe aprobarse la ley sino que se debe aplicar.

Vladimir Pinto López infiere que durante muchos años, los pueblos originarios han sido objeto de políticas de asimilación cultural o de tutela por parte de los Estados en los cuales habitan. Debido a su situación de pobreza o marginación social, eran considerados un segmento de la población que debía ser protegido y dirigido por entes externos, hasta que logren “desarrollarse” e integrarse.⁵⁶⁴

En un Estado pluricultural ya no tiene vigencia el paternalismo. Al reconocer la libre determinación de los pueblos indígenas, éstos pueden organizarse de la forma más acorde a su cultura, su identidad y su desarrollo social.

Pinto López añade que la consulta previa no es un simple trámite para comunicar decisiones estatales o recoger percepciones en torno a hechos consumados. El procedimiento debe concebirse y desarrollarse como un verdadero diálogo intercultural

⁵⁶³ *Ibid.* Pág. 23

⁵⁶⁴ GIZ. Pinto López, Vladimir. Implementación del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en la región andina, avances y desafíos. Alemania. 2013 Disponible en : http://www.giz-governance-inclusion-social-seguridad.org/wp-content/uploads/2013/09/Pinto_consulta-previa_-region-andina_2013.pdf Fecha de consulta : 5/3/2015

orientado a que ambas partes evalúen posibilidades, alternativas a las propuestas originales y mecanismos de conciliación.⁵⁶⁵

Lo que se busca con la consulta previa no es detener todo proyecto que se vaya a realizar en territorio o medidas que afecten a los pueblos indígenas, lo que se requiere es llegar a un consenso, para determinar qué es viable y qué no lo es para el desarrollo del país, en el marco del respeto de los intereses de diferente naturaleza de los pueblos indígenas.

Pinto López estipula que de otro lado, la consulta no debe ser concebida como un momento puntual o un procedimiento aislado. Los Estados tienen la obligación de generar condiciones adecuadas e institucionalidad sólida, para entablar diálogos permanentes y respetuosos con los pueblos indígenas. Al respecto, la Comisión de Expertos de OIT en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha establecido que la consulta prevista por el Convenio 169 no se limita a un procedimiento en un caso preciso, sino que “tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas”, lo cual supone “un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”.⁵⁶⁶

A lo que se va es que la interacción entre Estado y los pueblos indígenas debe ser continuo. La comunicación sirve para obtener otra perspectiva en la toma de decisiones y así lograr una estructura incluyente en el gobierno.

Pinto López apunta que la polémica se instala sobre los supuestos en que no exista acuerdo o consentimiento en torno a la medida o actividad propuesta por el Estado. ¿Es el consentimiento previo, libre e informado una exigencia general? ¿O el derecho a la consulta se agota en el mecanismo de diálogo, reservando la decisión final al criterio de los Estados? Al respecto, la OIT ha señalado: “Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado

⁵⁶⁵ *Loc. Cit.*

⁵⁶⁶ *Loc. Cit.*

alcanzado (...). No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento.” En su Observación General N° 2011, la Comisión de Expertos de OIT estableció que el único supuesto donde el consentimiento es un requisito indispensable, conforme al Convenio 169, es cuando la medida implica traslado de población.⁵⁶⁷

Con la consulta previa lo que se persigue es una perspectiva diferente a lo que se está acostumbrado. No se desea perjudicar el desarrollo del país. Lo que se pretende es señalar que para llegar al objetivo puede haber otras vías; no siempre las que se han utilizado son las mejores. Se debe buscar alternativas que vayan más acorde a la cultura de los pueblos indígenas. Al final estas nuevas vías pueden ser más beneficiosas para todos. No se trata de un consentimiento *per se* ya que, a pesar de la consulta, de todas maneras se puede ejecutar el proyecto o aplicar medidas. La excepción es el desalojo de sus tierras. En este caso se requiere el consentimiento. Éste no puede obviarse.

Clavero asiente que el consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión. En cambio, hay otras situaciones en las que el consentimiento no es sólo el horizonte o finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión. Este es el caso de situaciones en las que se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, como ocurre en los traslados poblacionales o casos afines.⁵⁶⁸

Nuevamente se reitera, al finalizar este capítulo, que el Estado pluricultural ya sea constitucional o no, tiene la última palabra salvo que se encuentre en riesgo la integridad de los pueblos indígenas. Lo anterior, no obstante la realización de consultas

⁵⁶⁷ *Loc. Cit.*

⁵⁶⁸ Ministerio de la Defensa Pública Argentina Provincia del Chubut. Clavero, Bartolomé. Consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Argentina. 2012. Disponible en: http://www.defensachubut.gob.ar/userfiles/files/derindigena/clpi_bartolome_clavero.pdf Fecha de consulta: 4/3/2015

previas y de todas las etapas necesarias para llegar a un acuerdo, que en ciertas ocasiones puede que no se concrete. Ante este estado de cosas, es pertinente que se tomen en cuenta los razonamientos por los cuales los pueblos indígenas se oponen, a llevar a cabo proyectos y valorarlos en función de las visiones e intereses de esos pueblos y, en el caso de Guatemala, en función del desarrollo del país.

Anaya informa que estas iniciativas han sido objeto de una amplia polémica en el país, en la que sectores gubernamentales y empresariales han cuestionado tanto la metodología como la validez y el carácter vinculante de estas consultas. En 2007, la Corte de Constitucionalidad se pronunció sobre la legalidad de la consulta comunitaria de Sipacapa, concluyendo que, si bien el Gobierno de Guatemala estaba obligado a llevar a cabo consultas a las comunidades afectadas por proyectos que les afecten directamente, dicha obligación no correspondía ejercitarla a los municipios, sino al Gobierno central, en la medida en que la gestión de los recursos naturales es una competencia que le corresponde exclusivamente a éste. En otros casos posteriores, la Corte ha reafirmado esta jurisprudencia.⁵⁶⁹

En Guatemala todavía no se ha reflexionado lo suficiente sobre la importancia de la consulta previa en un país pluricultural; que lo que lo que está en el fondo es el bienestar de los pueblos indígenas que, en parte, tiene que ver con la protección de los territorios ancestrales.

Asimismo Anaya aclara que la trascendencia de las consultas comunitarias no se agota con la cuestión de que si son o no vinculantes. Si se enfoca exclusivamente en esa cuestión, el debate resulta demasiado limitado para incorporar el espíritu y la finalidad de la consulta tal y como se desprende de las normas internacionales. Por ello, el Relator Especial es de la opinión de que las “consultas comunitarias” no deben considerarse necesariamente como un punto final, sino más bien como punto de partida para procesos más amplios de consulta, en el marco de procedimientos

⁵⁶⁹ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Anaya, James. Observaciones 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. Estados Unidos. Junio 2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/A-HRC-18-35-Add-3_sp.pdf De fecha de consulta 18/9/2015 Pág. 10

adecuados y conformes con las normas internacionales, y en los que el Estado participe activamente de acuerdo con sus obligaciones.⁵⁷⁰

Es claro que el implementar la consulta previa como proceso democrático antes de decidir sobre una situación en concreto que afecte a los pueblos indígenas es un gran paso, es el inicio como dice el autor para lograr los objetivos de un Estado pluricultural.

Anaya aclara que si bien el Gobierno ha llevado a cabo algunos procesos de socialización en las comunidades y facilitación de la participación y el diálogo con las mismas, en la mayoría de los casos las consultas han sido delegadas, de facto, en las empresas responsables de la ejecución de los proyectos, sin la debida supervisión estatal. Esta delegación es un resultado de la normativa ambiental actualmente vigente, que confunde el requisito de la consulta con la participación de la población local potencialmente afectada en el contexto de la realización de los estudios de impacto ambiental y social en adelante (EIAS). Pero está claro que estas actividades no responden a la consulta tal y como es definida por el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales relevantes.⁵⁷¹

Es un punto interesante. Las consultas no pueden ser responsabilidad de las empresas por delegación del Estado. Se infiere la necesidad que se regulen las consultas previas de acuerdo a la normativa legal internacional.

Anaya señala que una percepción errónea de la consulta en Guatemala es que ésta consiste en un acto de votación o de expresión de opinión individual respecto a la aprobación o no de un proyecto (un “sí” o un “no”). Aunque idealmente la consulta debería conducir a un acuerdo total sobre la medida o medidas propuestas, también sería posible una situación en la que se lograran alcanzar acuerdos parciales sobre al menos algunos de los aspectos más relevantes de dicha medida. Por el contrario, si se concibe la consulta como la expresión de un voto a favor o en contra de los proyectos, se estaría impidiendo considerar estos proyectos como una suma compleja de acciones que deben constituir el objeto del diálogo o negociación, incluyendo la

⁵⁷⁰ *Loc. Cit.*

⁵⁷¹ *Ibíd.* Pág. 11

adopción de medidas de mitigación o reparación de los impactos negativos del proyecto, el reparto de beneficios derivados del mismo y otros aspectos específicos.⁵⁷²

Es claro que en Guatemala no se ha logrado aún es dialogo que caracteriza la consulta previa y que llega al fondo, a la fundamentación de los proyectos y decisiones. No se trata de la aceptación o de la negación de un proyecto. Un sí o un no, no refleja la profundidad de los temas que se deben de considerar a la hora de responder la consulta previa.

Finalmente, para concluir el capítulo, por la relevancia y el contenido que tienen para comprender en su justa dimensión la consulta previa en Guatemala, se transcriben a continuación párrafos de James Anaya, Relator Especial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Anaya argumenta que el deber de acomodación no sólo responde a la fundamentación de la consulta como mecanismo reforzado de garantía de los derechos indígenas, sino también, en términos más amplios, con el deber de todos los poderes públicos, incluyendo también las instancias administrativas, de fundamentar sus decisiones como parte de la garantía del derecho al debido proceso. Toda vez que no haya sido posible alcanzar un acuerdo con los pueblos afectados, y el Estado siga con la pretensión de seguir adelante con el proyecto, el Estado tiene, como mínimo, el deber de ofrecer formalmente los argumentos objetivos y razonables que motiven por qué dicho acuerdo no ha sido posible, así como las modificaciones adoptadas en las medidas inicialmente previstas con miras a acomodar las demandas e inquietudes de los pueblos indígenas. La carga de la justificación sobre la actividad propuesta recae aquí sobre el Estado.⁵⁷³

Anaya constata también la existencia de un vacío jurídico en torno a la regulación de la participación en los beneficios generados por los proyectos. En relación con los proyectos mineros, por ejemplo, la Ley de Minería establece una regalía del 1% sobre los beneficios reportados de los proyectos, de los cuales la mitad corresponde al Estado central y la otra mitad a la municipalidad o municipalidades correspondientes.

⁵⁷² *Ibíd.* Págs. 12-13

⁵⁷³ *Ibíd.* Pág. 13

Dentro de este mecanismo no existe ningún tipo de previsión jurídica para el reparto de beneficios a las comunidades directamente afectadas, y resulta evidente que la atribución directa de regalías al Estado y a las municipalidades no siempre beneficia a estas comunidades.⁵⁷⁴

Anaya recomienda que debe procederse, con la misma urgencia, a la revisión de la legislación sectorial relativa a la aprobación de los proyectos extractivos y otros proyectos de inversión en la medida en que afecten a los pueblos indígenas. Ello incluye, notablemente, la Ley de Minería, que debería ser reformada para incorporar garantías específicas relativas a la consulta y participación de los pueblos indígenas, así como mecanismos formalizados de reparto de los beneficios derivados de la explotación, en consulta con los pueblos indígenas.⁵⁷⁵

Anaya considera las serias violaciones de los derechos individuales y colectivos de estos pueblos como resultado de la falta de consulta y de la deficiente implementación de los proyectos de desarrollo en sus territorios tradicionales. Comprende su sentimiento de frustración, y hasta de humillación, ante los abusos que han sufrido y continúan sufriendo, y comparte sus legítimas aspiraciones de vivir en condiciones de paz y dignidad. Sin embargo, estos factores no deberían impedir que los pueblos indígenas avancen en la búsqueda de fórmulas que permitan la aprobación de proyectos que respeten sus derechos internacionalmente reconocidos y contribuyan positivamente a su desarrollo económico y social, y, en general, su plena participación en la toma de decisiones que afecten directamente a sus vidas.⁵⁷⁶

Anaya aclara que las empresas deben actuar en el marco de la diligencia debida derivada de su obligación de respetar los estándares internacionales de derechos humanos, y en particular los relativos a los derechos de los pueblos indígenas, más allá de los estándares exigidos actualmente por la legislación interna de Guatemala. El Relator Especial insta a las empresas a frenar todo tipo de violación de los derechos

⁵⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 15

⁵⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 20

⁵⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 21

humanos que pueda ser cometido en el ámbito de su actuación, ya sea directa e indirectamente, y a que investiguen y denuncien toda violación alegada.⁵⁷⁷

Anaya indica finalmente que el alto grado de conflictividad social existente en Guatemala en torno a la aprobación e implementación de proyectos en territorios indígenas no sería explicable si se atendiera la cuestión clave de los derechos sobre sus tierras y territorios. Sobre esta cuestión, el Relator Especial observa, con especial preocupación, que el actual marco jurídico e institucional guatemalteco relativo a los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras, territorios y recursos naturales dista todavía mucho de estos estándares internacionales y de los avances logrados en el ámbito latinoamericano.⁵⁷⁸

Se sintetiza el presenta capítulo en una frase: Para un país como Guatemala, multiétnico, pluricultural y plurilingüe, legislar y normar, la aplicación plena de la Consulta previa (compromiso adquirido por el Estado al ratificar el Convenio 169 de la OIT), se convierte en un imperativo social que no puede ser postergado.

⁵⁷⁷ *Loc. Cit.*

⁵⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 15

Capítulo 6.

Presentación, análisis y discusión de resultados

En la actualidad los derechos específicos de los pueblos indígenas han sido un tema de consideración en varios continentes, para este trabajo de investigación tiene una particular relevancia para Latinoamérica y en especial para Guatemala.

Con el objetivo de determinar en las Constituciones latinoamericanas cómo se regulan el tema de los pueblos indígenas que forman parte de cada estado. En este capítulo se enfoca en los países de América Latina que han reformado su constitución para, entre otros propósitos, dar participación efectiva a los pueblos indígenas así como reconocer sus derechos colectivos y su identidad. El análisis comparativo se realizará tomando como referencia el país que ha incluido en su Constitución el más completo reconocimiento de los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas: el Estado Plurinacional de Bolivia.

Para alcanzar estos objetivos trazados se procederá a comparar las obligaciones constitucionales de los Estados de Bolivia, Ecuador, Colombia, los Estados Unidos Mexicanos, Nicaragua, Honduras y Guatemala.

Para facilitar el análisis comparativo, se realizó un cuadro de cotejo, el que comprende los siguientes indicadores: Derecho a la identidad, derecho a la libre determinación o autodeterminación, consulta previa, tierras y territorios, derecho al desarrollo, educación y el principio de solidaridad.

A continuación se presentan y describen los resultados del análisis comparativo, a partir del cuadro de cotejo.

6.1. El indicador de la identidad.

Del análisis, se determina que la Constitución Política del Estado (Bolivia) y la Constitución Política de la República de Ecuador, establecen un Estado plurinacional e intercultural. Las Constituciones Políticas de Colombia, México, Nicaragua, Honduras y Guatemala no lo establecen, no se plantea ese reconocimiento. En relación a la nación

boliviana, la Constitución estipula que está conformada por todos los bolivianos y además las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, las comunidades interculturales y afroboliviana. En el mismo sentido, la Constitución de Ecuador aclara que las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. Las Constituciones de Colombia, México, Nicaragua, Honduras y Guatemala no contienen nada al respecto.

Siguiendo con la identidad, en relación a los idiomas, castellano y los de los demás pueblos indígenas, para el Estado de Bolivia, todos los idiomas, sin hacer distinción, son oficiales. En Ecuador sólo son oficiales el castellano, el kichwa y el shuar de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. En Colombia en su Constitución establece que solo es oficial el castellano y los otros dialectos y lenguas, solo en sus territorios; sorprende que no los reconozca como idiomas. En el caso del Estado de Nicaragua el castellano es el idioma oficial y las lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley. Los Estados de Guatemala y Honduras reconocen como idioma oficial el español y castellano respectivamente. El Estado de México no indica nada al respecto.

La Constitución de Bolivia establece que es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión y colonización española. En esta línea, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los pueblos indígenas son aquellos que descenden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. El resto de las constituciones no contienen el concepto.

La constitución de Bolivia agrega como derechos: la identidad cultural, la creencia religiosa, las espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión. Dirigido a proteger la identidad, el Estado de Ecuador establece en su Constitución

como derecho colectivo el de mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. En la Constitución Política de la República de Nicaragua se establece que el Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura. Las constituciones de Honduras y Guatemala no profundizan sobre esos derechos en específico. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le da otro aspecto al reconocimiento de la identidad ya que establece que reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para que preserven y enriquezcan sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

Es pertinente resaltar que las Constituciones de Bolivia y Ecuador son las que más importancia le dan tanto a la identidad (la mencionan a lo largo de su carta magna) como a la protección de la misma. Es importante finalmente, visualizar qué efectos tiene que un país multicultural no tenga contemplado ese derecho o que lo tenga contemplado y no lo cumpla. El análisis se realizará desde tres perspectivas: la de los pueblos indígenas, la del Estado y la de la sociedad.

Desde la primera perspectiva, al no reconocer el Estado su identidad y lo que implica, los pueblos indígenas se ven despojados de lo más profundo del ser humano, su identidad, la que los hace diferente culturalmente de los otros habitantes del país.

Desde la perspectiva del Estado, al no cumplir con el reconocimiento de sus idiomas y en general todas las características que los identifican como pueblos indígenas, falla a sus obligaciones con un sector poblacional que puede ser significativo.

Desde el punto de vista de la sociedad, mantiene discriminaciones que vienen del pasado, genera tensiones y conflictos entre pueblos despersonalizados, desprotegidos y vulnerables con otros sectores de la población.

6.2. La autodeterminación o libre determinación.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia garantiza la libre determinación en el marco de la unidad del Estado; consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales. Asimismo garantiza: que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía; que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. También la Constitución boliviana reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas y establece que la autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno, como ejercicio de la libre determinación de las naciones y de los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

Es relevante aclarar las posibilidades que esto implica en un Estado plurinacional como el de Bolivia ya que colocaron la organización indígena en igualdad de condiciones con la jurisdicción ordinaria.

En menor grado pero con el mismo concepto, la Constitución de Ecuador reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas y establece como derecho el de conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. Aclara que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Comparado con la Constitución de Bolivia no le dan igualdad en jerarquía a la jurisdicción ordinaria.

La Constitución Política de Colombia establece que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

La Constitución de Nicaragua solo considera el derecho a la organización indígena pero no profundiza; se reconoce a los pueblos indígenas el derecho de dotarse de sus propias formas de organización social y de administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce, el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación pero en forma acotada. Primeramente en el marco constitucional de autonomía que preserve la unidad nacional. Y, en segundo lugar, en su finalidad. A este último respecto se refiere entre otras a: la libre determinación para sus formas internas de convivencia y organización (social, económica, política y cultural); a la aplicación de sus propios sistemas normativos en la regulación de sus conflictos internos; a la elección de sus autoridades o representantes, formas propias de gobierno, de acuerdo a sus normas o procedimientos tradicionales; a la preservación y enriquecimiento de sus lenguas y conocimiento; a la conservación y mejora de su hábitat.

Las Constituciones de Honduras y Guatemala no establecen nada con relación a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos indígenas. Al igual que el indicador anterior se finaliza comentando la falta de reconocimiento del derecho a la autodeterminación. Se utilizará también la mecánica de las tres perspectivas.

Desde la visión de los pueblos indígenas el no reconocer ese derecho específico implica no poder elegir de forma democrática sus autoridades, no poder resolver sus conflictos y no organizarse de acuerdo a sus costumbres.

Desde la perspectiva del Estado pueden generarse tensiones con los pueblos indígenas ya que no están satisfechos que se les obligue a un sistema que no sea el propio. Además al usar los órganos jurisdiccionales del Estado no se logra el objetivo

que se persigue de resolver, por vía propia, conflictos en un sector significativo de su población.

La sociedad, en general, no se ve afectada por la falta de reconocimiento de la autodeterminación.

6.3. La consulta previa.

En la Constitución de Bolivia se reconoce la consulta previa como una expresión democrática, como una forma de democracia participativa. Se indica que deberán ser consultados (los pueblos indígenas originario campesinos,...) mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se, prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. Finalmente la explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios.

En la Constitución de Ecuador el derecho de la consulta previa se reconoce pero además agrega que los pueblos indígenas participarán en los beneficios que esos proyectos reporten y recibirán indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. Se plantea también, que en la eventualidad que no haya un acuerdo, lo resolverá la ley.

Ambas constituciones desarrollan más ampliamente este derecho. Sin embargo, en la Constitución de Ecuador se percibe un mayor interés económico en relación a la de Bolivia que vela más por el medio ambiente.

En comparación con las constitución de Bolivia la Constitución de Colombia no reconoce la consulta previa como forma de participación democrática debido a que ya existen mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato”. Sin embargo da un destello de un tipo consulta a los pueblos indígenas pero es muy general y no lo determina como previo sino que luego de adoptar la decisión se les dará la participación de los representantes. Es lo que se percibe del contenido del “Parágrafo” que se transcribe a continuación: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Las constituciones de los otros países analizados, no establecen nada en relación a la consulta previa. Sin embargo la Constitución mexicana indica: “Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.” No toca nada específico en relación a que sea libre, previa e informada y tampoco sobre el tema de los territorios.

Está claro que la consulta previa es un medio democrático por excelencia de los pueblos indígenas, es la única forma que tienen para poder expresar con argumentos sólidos, en base a una información clara, su opinión. Sin este derecho no pueden expresar de forma idónea sus inquietudes y defender sus intereses.

Al no existir la consulta previa dentro de la legislación nacional se incumple con la obligación que adquirió el Estado de consultar a los pueblos indígenas, cuando se les afecte directamente por medidas administrativas o legislativas que adopte el Estado.

La sociedad no se vería afectada a nivel económico ya que Guatemala al no tener regulado la consulta previa permitiría el acceso de las multinacionales para la explotación de los territorios que pertenecen a los pueblos indígenas violado así unos de sus derechos colectivos. Sin embargo con estas actividades extractivas lo que se

vería afectado naturalmente sería el medio ambiente algo que interesa a toda la sociedad.

6.4. Tierras y territorios.

En la Constitución boliviana queda muy claro que es un derecho que debe de ser respetado. Se menciona, desde el artículo dos, consolidar las entidades territoriales, pero no lo reconoce como un derecho per se. Es más adelante que reconoce el derecho a la territorialidad, a la titulación colectiva de tierras y territorios. También otorga el derecho de usar y aprovechar exclusivamente sus recursos naturales renovables de sus territorios sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros. Son reconocimientos que hace la Constitución de Bolivia para ir consolidado poco a poco el Estado plurinacional ya que se determina que los territorios indígena originario campesinos además de ser autónomos forman parte de la organización territorial de Bolivia.

En este mismo sentido la Constitución de Ecuador reconoce a los pueblos indígenas los derechos de conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias; éstas serán inalienables, inembargables e indivisibles, además estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos; se reconoce asimismo el mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. También el derecho de participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. Asimismo en el marco de la organización político administrativa, podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.

No desarrolla tan a fondo el derecho a la tierra y territorio la Constitución de Colombia pero deja claro: que son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas; y que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se planteó en el indicador correspondiente reconoce y garantiza a los pueblos indígenas la libre determinación y en consecuencia la autonomía para acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades; salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

La Constitución de Nicaragua reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

La Constitución de Honduras indica que es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial y el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas.

No se reconoce en las constituciones centroamericanas, como en otros países latinoamericanos, la importancia de los territorios de los pueblos indígenas; no se le da esta autonomía para tener su propia jurisdicción en sus tierras y organizarse como lo consideren necesario. Las constituciones centroamericanas se enfocan más en la propiedad, en la tenencia y protección por parte de los Estados y no como un reconocimiento de la identidad y cultura, como algo propio, la compenetración con sus tierras y el uso de los recursos naturales.

En primer lugar al no reconocer las tierras de los pueblos indígenas se les viola su derecho de propiedad. En segundo lugar al no poder desenvolverse en sus territorios les afecta directamente a su sustento y la explotación de sus recursos.

En este sentido el Estado demuestra la falta de capacidad que tiene para organizar sus territorios y el reconocimiento de las tierras que forman parte de la propiedad de los pueblos indígenas. Evidenciado la falta de compromiso que tiene para proveer a los pueblos de sus tierras y la falta de voluntad política.

Para un país eminentemente agrícola las tierras, que habitualmente son explotadas por los indígenas, ayudarían para aumentar la producción y en este sentido se beneficiaría la sociedad con el desarrollo económico de Guatemala.

6.5. Derecho al desarrollo de los pueblos indígenas.

La Constitución Política del Estado Bolivia refiere que promoverá y garantizará el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsará su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras. Además el Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria.

Esta forma de organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos. A lo largo de la Constitución de Bolivia lo que se busca es fomentar los insumos económicos de los pueblos indígenas además de impulsar la participación de los pueblos indígenas al comercio nacional.

La Constitución de Ecuador establece y plantea la promoción del desarrollo y alcanzar el buen vivir, para todos sus ciudadanos. El desarrollo lo concibe como el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*. Al utilizar el plural para referirse a los sistemas, se infiere la consideración, en la

Constitución, de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales de los pueblos indígenas, además de la utilización de un término indígena para el buen vivir. Concretamente se plantea el fomento de la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa en todas las fases de la gestión del poder público; así como proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio.

La Constitución de Colombia aclara que los gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades promoverán las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.

La Constitución de México reconoce que para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas se impulsará el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar: la suficiencia de sus ingresos económicos; la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos; la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

La Constitución de Bolivia reconoce que el medio ambiente es primordial para el desarrollo de los pueblos indígenas por eso la constante protección a sus territorios. En cambio las constituciones de Colombia y México solo se enfocan en cómo desarrollar la economía sin establecer la base que proveerá dicho impulso económico. La Constitución de Ecuador establece el desarrollo de todos sus ciudadanos para alcanzar el buen vivir.

La Constitución de Nicaragua, Guatemala y Honduras no especifican nada sobre el desarrollo de los pueblos indígenas.

El derecho al desarrollo permite que los pueblos indígenas logren superar sus necesidades económicas a base de sus recursos naturales. Sin este reconocimiento los pueblos indígenas no podrían salir adelante de forma independiente. En este sentido el Estado estaría incumpliendo su fin supremo que es la realización del Bien Común.

Sin aumento de producción no hay crecimiento económico y se afectaría a toda la sociedad en general.

6.6. Indicador del derecho a la educación.

La constitución de Bolivia establece que tienen derecho a recibir una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo. Además la educación contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todas y todos como parte del Estado Plurinacional, así como a la identidad y desarrollo cultural de los miembros de cada nación o pueblo indígena originario campesino, y al entendimiento y enriquecimiento intercultural dentro del Estado. Asimismo garantiza la participación social, la participación comunitaria y de los padres de familia en el sistema educativo. Lo que busca Bolivia es desarrollar los conocimientos de cada cultura integrándola con las culturas nacionales e internacionales y al mismo tiempo complementar la educación con otras culturas por ser un Estado plurinacional. Les da participación a los diferentes sectores de la sociedad para buscar una educación integral.

La Constitución de Ecuador establece que la educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de

enseñanza y aprendizaje. Comparándola con la Constitución boliviana la constitución ecuatoriana individualiza cada identidad en cambio Bolivia le da un aspecto más holístico a la educación. No le da tanto ese enfoque de la educación como identidad colectiva como Bolivia pero buscan mecanismos para que sea de calidad en todos los niveles.

La Constitución de Colombia establece que la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe y que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. Solo se refiere a una educación bilingüe pero no que sea intercultural ni que se vincule a los pueblos indígenas para buscar esa educación que busque la integración y tolerancia como una nación pluricultural.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza e incrementa los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establece un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Define y desarrolla programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsa el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación. En relación a la Constitución de Bolivia la Constitución mexicana es muy general; hace falta desarrollar más sobre la cooperación de la sociedad y el enriquecimiento cultural.

De acuerdo a la Constitución Política de la República de Nicaragua, los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica tienen derecho, en su región, a la educación intercultural en su lengua materna, de acuerdo a la ley. Se reconoce la educación intercultural pero hace falta establecer, con mayor detalle, sobre cómo se desarrollara esa educación intercultural, qué iniciativas tomará el Estado para lograr que se lleve a cabo.

La Constitución Política de la República de Guatemala no desarrolla el tema de la educación intercultural solamente establece que en la zonas de predominio indígena la educación será bilingüe.

La Constitución de Honduras no establece nada sobre el tema.

Para los pueblos indígenas la educación es básica para su identidad; un pueblo que conoce su cultura e historia logra que prevalezcan sus raíces y sus tradiciones. Al no proteger este derecho se violarían sus derechos específicos como comunidades indígenas organizadas.

El Estado debe comprender que se es un país intercultural y no monocultural. El tener muchas culturas en un Estado es beneficioso. Si no se respeta la educación multicultural se desaprovecharía la oportunidad de tener una riqueza cultural, económica y social.

Al no tener ese tipo de educación, un país intercultural no puede lograr el reconocimiento y la tolerancia hacia todos sus ciudadanos para favorecer el desenvolvimiento pertinente de la sociedad. Un país intercultural y multilingüe debe tener la oportunidad de ver de forma distinta, múltiple, y más amplia la vida y la realidad. Esto se imposibilita sin la educación proporcionada a los pueblos indígenas.

6. 7. La solidaridad.

La solidaridad sirve de base y fundamento de la interculturalidad, se indica lo anterior debido a que dicho principio busca proteger a las personas más vulnerables. En este sentido la relación que existe con este indicador y los pueblos indígenas es que éstos últimos generalmente son los más vulnerables en un país.

En la Constitución de Bolivia el Estado se sustenta en base al principio de solidaridad. Tanto la salud como la seguridad social se basan en el principio de solidaridad. Uno de los principios que rigen la organización territorial es el de la solidaridad. Siempre buscando una mejor calidad de vida.

La Constitución de la República del Ecuador establece que se promoverá el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización. Además agrega que la seguridad social se regirá por los principios de solidaridad.

La Constitución Política de Colombia establece que es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. También se dirigirá la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El principio de solidaridad busca una mejor forma de vida dentro de una sociedad que sea más tolerante a las diferencias.

Las constituciones de México, Nicaragua, Honduras y Guatemala no profundizan sobre el principio de solidaridad a nivel nacional sino que solamente en la relación entre Estados Soberanos. Con el principio de solidaridad se busca englobar todas las demás obligaciones del Estado y va dirigido a que la sociedad ayude al prójimo en problemas o en crisis. Sin este principio los pueblos indígenas estarían más desamparados.

El Estado no fomentaría la unidad que tanto busca para ser un país diverso y multicultural.

Si no se reconoce dicho principio no existiría cohesión entre todos los ciudadanos; se trataría de una sociedad más individualista, y lo que busca una sociedad multicultural es alcanzar consensos solidarios.

Cuadro de Cotejo. Obligaciones constitucionales de los Estados hacia los Pueblos Indígenas.

Unidades de análisis. Indicadores.	Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.	Constitución de la República del Ecuador.	Constitución Política de Colombia.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Constitución Política de la República de Nicaragua	Constitución Política de la República de Guatemala.	Constitución Política de la República de Honduras.
Derecho a la identidad	Artículos: 1, 3, 5, 21,30#I; 30#II#3, 30#9, 98#II, 98# III, 100, 334#3, 406 #II.	Artículos: 1, 2, 11#2, 16, 21, 56, 57#1, 57#2, 57#12, 57#13, 57#19, 58, 59, 83#10, 83#14, 276#7, 281#6, 341, 423#4.	Artículos: 7, 10.	Artículo: 2°, 2° literal A# IV.	Artículos: 5 párrafo 3, 8, 90, 181.	Artículo: 66.	
Derecho a la libre determinación o autodeterminación.	Artículos: 2, 11#II#1, 11#II#3, 26#4,30#II#1, 30#II#4, 30#II#5, 30#II#14, 119,179#I, 179#II, 190, 191, 192, 209, 210, 211, 284, 289, 290, 304, 374#II, 391, 403.	Artículos: 57#9, 10, 15, 16, 96, 97, 98, 99, 171, 257.	Artículos: 171, 246, 247, 248.	Artículo: 2° literal A#II, 2° literal A#III, Artículo 2° literal A#VII.	Artículos: 5, 5 párrafo 3, 89, 180, 181.		
Consulta previa.	Artículos: 11#II#1, 30#II#15, 294, 304#21, 403, 352.	Artículos: 57#7, 57#17, 398.	Artículos: 79, 330 Parágrafo.	Artículo: 2° literal B#IX.			
Tierras, territorios. (Respeto, propiedad y posesión)	Artículos: 2, 30#II#4, 30#II#6, 30#II#7, 30#II#17, 30#II#31, 269, 270, 273, 275, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 303, 304, 319, 353, 385, 388, 394#III, 395, 396, 403.	Artículos: 57#4, 57#5, 57#6, 57#11, 57#12, 57#20, 57 penúltimo párrafo, 60, 242, 257, 276#6, 282.	Artículos: 63, 286, 287, 321, 329, 330#5,330#6, 330#8.	Artículo: 2° literal A#VI, 27#VII.	Artículos: 5 párrafo 3, 89, 107.	Artículo: 68	Artículo: 346.

Unidades de análisis. Indicadores.	Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.	Constitución de la República de Ecuador.	Constitución Política de Colombia.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Constitución Política de la República de Nicaragua.	Constitución Política de la República de Guatemala.	Constitución Política de la República de Honduras.
Derecho al desarrollo.	Artículos: 9#6, 30#11, 30#16, 300#2, 300#24, 307, 311, 337, 340, 353, 392, 395, 397#III, 406.	Artículos: 57#8, 275, 276.	Artículo: 330#2, 330#3.	Artículo: 2° literal B#I, 2° literal B#VII.			
Educación. (bilingüe e intercultural)	Artículos: 9#2, 9#5, 17, 30#II#12, 78#II, 78#III, 79, 80#II, 83, 86, 91#II, 93, 96#I, 304#III#2.	Artículos: 27, 28, 29, 57#14, 57#21, 57#29, 343, 347#9.	Artículos: 10, 68.	Artículo: 2° literal B#II, 2° literal B#V.	Artículo: 121.	Artículo: 76.	
Principio de solidaridad.	Artículos: 18#III, 19#II, 34, 43, 45, 78#III, 135, 270.	Artículos: 3#6, 27, 34, 66#15, 83#9, 85#1, 281#11, 283, 340.	Artículos: 1, 48, 49.				

Conclusiones

1. La monoculturalidad del Estado guatemalteco es un problemática que aqueja el engranaje social, jurídico y político desde tiempos ancestrales. Esta situación ha colocado a los pueblos indígenas en un estado de exclusión en relación a la participación política y con ello ha coartado su incidencia en la toma de decisiones no solo a nivel ciudadano sino que también en lo relacionado con las necesidades propias de los pueblos indígenas.
2. La problemática histórica de la propiedad sobre los recursos, específicamente de la tierra, ha afianzado más aún los roces sociales que se traducen en conflictos internos y polarizan a la sociedad de forma casi irreconciliable. Tras un devenir histórico en el cual se expropió de tierras comunales e individuales a los pueblos indígenas, las cuales constituyeron tanto su patrimonio como su sustento, es preciso que existan acciones políticas y jurídicas concretas de resarcimiento en aras de lograr una reconciliación social.
3. A través de la cronología social, política y legal realizada se reflejó la falta de integración de los pueblos indígenas en la realidad social imperante en cada momento histórico. La situación de los pueblos se debió a factores diversos: la falta de voluntad política del Estado, la ausencia de legislación en materia de protección de los pueblos indígenas, las lagunas legales dejadas al momento de comenzar a legislarse esta temática, la falta de cumplimiento de las obligaciones estatales constitucionales, la polarización social por la propiedad de las tierras, entre otros.
4. La utilización del dialogo constituye una herramienta útil que de ser utilizada apropiadamente deberá incluir tanto a los pueblos indígenas, garífunas, xincas como al Estado en representación del conglomerado social con la finalidad de concertar políticas de estado encaminadas a la superación de todo tipo de

barreras que puedan limitar el pleno desarrollo de los pueblos indígenas en Guatemala.

5. El reconocimiento de la multiétnicidad, multilingüidad y pluriculturalidad estatal realizado mediante los Acuerdos de Paz no es una simple alusión elaborada, sino que implica obligaciones especiales para el Estado de Guatemala que deben salir del texto de los acuerdos y convertirse en principios y valores cotidianos de integración.
6. El reconocimiento de un derecho se logra mediante lucha y responde necesariamente a una realidad que debe ser modificada en aras de la convivencia social pacífica. En la búsqueda del tan anhelado bien común, los derechos de los pueblos indígenas cobró relevancia precisamente como resultado de las injusticias sociales sufridas durante siglos y en virtud de ello nace una corriente proteccionista tanto doctrinaria como legal.
7. La voluntad política debe ir acompañada de un verdadero interés de los sujetos involucrados para lograr cambios a nivel legal, social, político, económico y social en beneficio de toda la población con una especial atención en los grupos que históricamente se han visto marginados por un sistema monocultural. Muestra de lo anterior lo constituyen los ejemplos acotados en materia de derecho comparado con diversos países que han llevado el proteccionismo e internacionalismo de sus pueblos indígenas de un plano ideológico o una realidad objetivada.
8. La protección de los pueblos indígenas y con ello su integración social a todo nivel implica necesariamente tanto el reconocimiento como la observancia de sus derechos colectivos en instituciones sociales, económicas, políticas y jurídicas. Sin embargo, debe tenerse el cuidado necesario en relación a no convertirse un estado dentro de otro estado, esto en razón que tanto el órgano estatal como el pueblo indígenas organizado deben concertar acciones

tendientes a continuar una política estatal común para evitar contrariedad de funciones.

9. El primer paso para la consecución del fin planteado en el trabajo de investigación realizado se alcanzará mediante la consulta a los pueblos indígenas sobre aquellos actos administrativos o legislativos o de cualquier otra índole que les afecte directamente e incluso en aquellos en los cuales los efectos sean indirectos con la finalidad de fortalecer la inclusión que se busca fomentar y preservar. De no realizarse ese acercamiento por parte del gobierno en representación del Estado deberá de igual forma procurarse mediante el proceso de la autogestión el acatamiento de los intereses, cultura y costumbres de los pueblos indígenas.

10. La concientización ciudadana y sobre todo la solidaridad social son elementos que las autoridades gubernamentales deben fomentar en toda la población guatemalteca, con el objeto de alcanzar una cohesión social definitiva, en la que se permita la integración y participación sistemática de todos los sectores sociales, afianzando la multiculturalidad como una fortaleza para el Estado de Guatemala y reflejar un ejemplo para los demás países vecinos que aun no han logrado superar esas barreras culturales históricas.

Recomendaciones

1. Se insta al Estado guatemalteco mediante sus órganos, instituciones, entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas a observen los mandatos constitucionales e internacionales ratificados por Guatemala en materia de protección a los pueblos indígenas para poder garantizarles el goce de sus derechos sociales, económicos y culturales.
2. Se invita al Organismo Ejecutivo a reflejar esa voluntad política para verificar la observancia de las normas jurídicas que protegen a los pueblos indígenas y con ello fomentar la participación en el sistema político guatemalteco de los pueblos indígenas. Por otro lado al Organismo Judicial al procurar la consecución de justicia pronta y cumplida en relación a conflictos legales derivados de la propiedad sobre la tierra, fallando informadamente y auxiliándose de medios de prueba idóneos para estos casos particulares. Asimismo a la población a procurar el respeto a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas.
3. Se invita al Organismo Ejecutivo a coordinar con su gabinete políticas de Estado tendientes a la integración de los pueblos indígenas, mediante la utilización de estrategias de diversa índole para brindar una protección integral: en materia jurídica, mediante capacitación de los operadores de justicia y de los pueblo en relación al conocimiento de sus derechos; en materia legislativa, mediante la promoción tanto de la observancia de las normas establecidas para este fin así como la creación de nueva legislación tendiente a este fin; en materia social, por medio de programas de ayuda social que colaboren efectivamente al desarrollo integral de las personas y familias; en materia educacional, mediante la enseñanza bilingüe, entre otros aspectos.
4. Se exhorta al Organismo Ejecutivo a conformar mesas de diálogo que integren no solo a las comunidades indígenas sino a las diferentes étnicas que habiten determinados territorios ante posibles proyectos u obras que puedan afectarlos

de alguna forma. Esto mediante las gestiones pertinentes de asociaciones de vecinos, consejos comunitarios de desarrollo, corporaciones municipales, gobernaciones departamentales, mediante el proceso de autogestión, así como en cumplimiento a las obligaciones adquiridas mediante la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

5. Se sugiere al Organismo Ejecutivo mediante el Ministerio de Cultura y Deporte la implementaciones de planes estratégicos con la finalidad de promover la multietnicidad, multilinguicidad y pluriculturalidad. Asimismo al Ministerio de Educación en relación a la contratación y capacitación de maestros bilingües con la finalidad de fortalecer el sistema educativo nacional intercultural.
6. Se sugiere al Organismo Ejecutivo por conducto del Ministerio de Educación la inclusión en el pensum de estudio de forma más analítica de los derechos y la protección a los pueblos indígenas, especialmente en las áreas rurales con la finalidad de instruir en sus derechos a los miembros de las comunidades indígenas y de otras etnias. Además a las diferentes universidades del país a fomentar en sus estudiantes con independencia de la carrera una formación en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades en relación a la cátedra de Derecho de los pueblos indígenas deberá enriquecerse el contenido y fomentar el vasto conocimiento de la memoria histórica que marca la realidad imperante en este sentido.
7. Se recomienda a las autoridades en su conjunto, a los sujetos que gozan de iniciativa de ley para procurar mediante el Organismo Legislativo la emisión de leyes que brinden una protección real a los derechos de los pueblos indígenas y el resguardo legal de su cosmovisión; al Organismo Judicial para que mediante el juzgamiento y la ejecución de lo juzgado procure una tutela judicial efectiva a los miembros de las comunidades indígenas de forma individual o colectiva indistintamente; al Organismo Ejecutivo, por medio de la planificación y ejecución

de planes de Estado que procuren el desarrollo individual y social de los miembros de las comunidades indígenas y su integración social plena.

8. Las autoridades gubernamentales deberán mantener acercamientos constantes con autoridades locales indígenas, con el propósito de incorporarlos a las decisiones que puedan afectar los intereses de estas poblaciones, por lo que es urgente concederle prioridad a la conformación y nombramiento de los miembros de las alcaldías indígenas y comunitarias. Este sería un paso fundamental para establecer un enlace directo y eficiente entre la población indígena y el gobierno central.
9. Se exhorta al Estado de Guatemala a formalizar diálogos y consultas a los pueblos indígenas o a las autoridades que legalmente las represente sobre cualquier decisión que se tome y que directa o indirectamente les pueda perjudicar. De igual manera, el Estado de Guatemala deberá respetar cualquier proceso de autogestión que cada comunidad desarrolle dentro de un marco de legalidad que les permita la defensa y superación de sus intereses, cultura y costumbres, reconocidos constitucionalmente.
10. El Estado de Guatemala, a través de sus autoridades administrativas debe fomentar programas y proyectos de integración social, para que las nuevas generaciones no continúen con los prejuicios que existen actualmente en la sociedad guatemalteca, sino que dentro de su aprendizaje integral, concorra la relación multiétnica y pluricultural como punto de partida en la proyección de un Estado de derecho en donde exista respeto a la identidad de los distintos grupos sociales, sus costumbres y tradiciones, apoyo en la defensa de sus intereses, solidaridad y sobre todo el respeto a los derechos humanos reconocidos a todos los guatemaltecos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado de Guatemala.

REFERENCIAS

1 . Referencias Bibliográficas

- 1.1 Balsells Tojo, Edgar Alfredo. *Manual de nuestros derechos humanos. Guatemala. Editorial Óscar De León Palacios. 2000.*
- 1.2 Bendaña Perdomo, Ricardo. *Una historia repensada y desafiante 1500-2000. Guatemala. Artemis Edinter. 2012.*
- 1.3 Bidart Campos, Germán J. Teoría general de los derechos humanos. Editorial Astrea. Argentina. 1991
- 1.4 Brett, Roddy. Movimiento social, etnicidad y democratización en Guatemala, 1985-1996. Guatemala. F&G Editores. 2006.
- 1.5 Buerghental, Thomas. Derechos humanos internacionales. México. Editorial Gernika. 1991.
- 1.6 Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ecuador. 2008.
- 1.7 Cassese, Antonio. Los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Traducción de Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga. España. Editorial Ariel. 1991.
- 1.8 *Castellanos Cambranes, Julio. Guatemala: sobre la recuperación de la memoria histórica. Entrevista a dos voces. Guatemala. Editora Cultural de Centroamerica.2008*
- 1.9 Castillo, Mireya. Derecho internacional de los derechos humanos. España. Tirant Lo Blanch. 2003
- 1.10 Galvis Patiño, María Clara y Angela María Ramírez Rincón. Digesto de jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. Estados-Unidos. DPLF
- 1.11 González Davison, Fernando. Guatemala 1500-1970 (reflexiones sobre su desarrollo histórico).
- 1.12 Guzmán Böckler, Carlos y Herbert, Jean-Loup. Guatemala: una interpretación histórico-social. México. Siglo veintiuno editores. 1970.
- 1.13 Guzmán Böckler, Carlos. Colonialismo y Revolución. México, Argentina, España. Editorial Siglo XXI editores, S.A. 1975
- 1.14 Hitters, Juan Carlos. Derecho Internacional de los derechos humanos Tomo 1. Argentina. Editorial EDIAR. 1991
- 1.15 Luján Muñoz, Jorge. Breve historia contemporánea de Guatemala. México. Fondo de cultura económica. 1998.
- 1.16 Maldonado Aguirre, Alejandro. Las Constituciones de Guatemala. Guatemala. Editorial Piedra Santa. 1984
- 1.17 Mariñas Otero, Luis. Las Constituciones de Guatemala. España. Instituto de estudios políticos. 1958

- 1.18 Móbil, José Antonio. Guatemala, el lado oscuro de la historia, tomo II. Guatemala. SERVIPRENSA, 2012
- 1.19 Pereira, Alberto y Marcelo Richter. La constitución –Su concepto y aspectos generales relacionados al tema-. Guatemala. Ediciones EDP de Pereira. 2012.
- 1.20 Pereira-Orozco, Alberto. Órganos de control y defensa del orden constitucional del Estado de Guatemala. Guatemala. Ediciones EDP de Pereira. 2009
- 1.21 Poitevin, René y otros. Compendio de Historia de Guatemala 1944-2000. Guatemala Asies. 2005.
- 1.22 Solórzano Martínez, Mario. Guatemala: autoritarismo y democracia. Costa Rica. EDUCA-FLACSO. 1987
- 1.23 Villán Durán, Carlos. Curso de derecho internacional de los derechos humanos. España. Editorial Trotta.2002

2 Referencias normativas

2.1. Nacionales

- 2.1.1. Asamblea General de las Naciones Unidas. Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Año 1989. Ratificado por Guatemala bajo el Decreto 2-89 del Congreso de la República en el año 2006.
- 2.1.2. Asamblea Nacional Constituyente del 5 de diciembre de 1839, consignada en el Acta Constitutiva de la República de Guatemala de 1851.
- 2.1.3. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala y sus reformas, 1985. Guatemala 1985.
- 2.1.4. Congreso de la República. Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Decreto 11-2002. Guatemala 2002.
- 2.1.5. Congreso de la República. Ley de Desarrollo Social. Decreto 42-2001. Guatemala 2001.
- 2.1.6. Congreso de la República. Ley Marco de los Acuerdos de Paz 52-2005. Guatemala 2002.

2.2. Internacionales

- 2.2.1. Asamblea Constituyente. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia 2009
- 2.2.2. Asamblea General Naciones Unidas. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución A/61/L.67. Año 2007.
- 2.2.3. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador. 2008
- 2.2.4. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia 1991
- 2.2.5. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Honduras. Decreto Número 131. Tegucigalpa 1982.
- 2.2.6. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Nicaragua y sus reformas. Nicaragua, 1986

2.2.7. Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus reformas. México 1917.

3. Referencias electrónicas.

- 3.1 ALERTANET. Gómez, Magdalena. Derecho indígena y constitucionalidad. Chile. 2000. Disponible en <http://www.alertanet.org/dc-mgomez.htm>
- 3.2 Anaya, James. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. Perú. 2013. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>
- 3.3 Barahona, Adán y otros. Información sobre los pueblos indígenas de Honduras como insumo para el proyecto regional de manejo integrado de ecosistemas por pueblos indígenas y comunidades de Centroamérica. Honduras. 2003. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan027543.pdf>
- 3.4 Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Castillo Gallardo, Mayarí. Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/71/pr/pr2.pdf> México. 2009.
- 3.5 Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Anaya, James. Los pueblos indígenas y el Estado multicultural. México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2482/6.pdf>
- 3.6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. Costa Rica. 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- 3.7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. Costa Rica. 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- 3.8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Costa Rica. 2005. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- 3.9 Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola. Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Nota técnica de país sobre cuestiones de los pueblos indígenas. República de Honduras. Italia. Noviembre 2012. Disponible en: <http://www.ifad.org/english/indigenous/pub/documents/tnotes/honduras.pdf>
- 3.10 Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola. Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Nota técnica de país sobre cuestiones de los pueblos indígenas. República de Nicaragua. Italia. Noviembre 2012. Disponible en: <http://www.ifad.org/english/indigenous/pub/documents/tnotes/nicaragua.pdf>
- 3.11 Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH). Saavedra, Luis Ángel (editor). Nuevas Instituciones del Derecho constitucional ecuatoriano. Ecuador. 2009. Disponible en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf
- 3.12 GIZ. Pinto López, Vladimir. Implementación del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en la región andina, avances y desafíos. Alemania. 2013

- Disponible en : http://www.giz-governance-inclusion-social-seguridad.org/wp-content/uploads/2013/09/Pinto_consulta-previa_-region-andina_2013.pdf
- 3.13 GIZ. Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe (KIVLAK/GIZ). Pueblos Indígenas en Honduras. Alemania. 2010. Disponible en: <http://www.giz.de/expertise/downloads/giz2010-es-laenderpapier-honduras.pdf>
 - 3.14 Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. Martínez Torres, María Elena y Ana Lucía Valadez Ortega. El mundo indígena 2009. Dinamarca. 2009. Disponible en: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0290_MI_2009.pdf
 - 3.15 Instituto Centroamericano de Administración Pública. Collado Vanegas, Julio Cesar. Información sobre los pueblos indígenas de Nicaragua como insumo para el proyecto regional de manejo integrado de ecosistemas por pueblos indígenas y comunidades de Centroamérica. Nicaragua. 2003. Disponible en: http://biblioteca.icap.ac.cr/BLIVI/UNPAN/CARPETA%20OCTUBRE/CI_%20Inf_PI_Nicaragua_Insumo_PMIIE.pdf
 - 3.16 Ministerio de la Defensa Pública Argentina Provincia del Chubut. Clavero, Bartolomé. Consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Argentina. 2012. Disponible en: http://www.defensachubut.gob.ar/userfiles/files/derindigena/clpi_bartolome_clavero.pdf
 - 3.17 Naciones Unidas. Diène, Doudou. El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación. Estados- Unidos. 2005. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/117/72/PDF/G0511772.pdf?OpenElement>
 - 3.18 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Conceptos básicos de derechos humanos. Guatemala. Disponible en: http://www.ohchr.org.gt/conceptos_basicos.asp.
 - 3.19 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Anaya, James. Observaciones 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. Estados Unidos. Junio 2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/A-HRC-18-35-Add-3_sp.pdf
 - 3.20 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Del Cid. Víctor. Diagnostico sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central, Tomo II. Noruega. 2012. Disponible en: <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/10/TOMO-2.pdf>
 - 3.21 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Del Cid. Víctor. Diagnostico sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central, Tomo II. Noruega. 2012. Disponible en: <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/10/TOMO-2.pdf>
 - 3.22 Pueblos Indígenas PCN. Mattern, Jochen. Autonomía Regional en Nicaragua: una descripción descriptiva. Nicaragua. 2002. Disponible en: http://www.pueblosindigenaspcn.net/biblioteca/nicaragua-multicultural/doc_view/40-autonomia-regional-en-nicaragua-una-aproximacion-descriptiva.html
 - 3.23 Sistema de Consulta de Jurisprudencia Constitucional. Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2010-2015. Disponible en: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>

- 3.24 Universidad de El Salvador. Ortega Hegg, Manuel. El régimen de autonomía en Nicaragua: contradicciones históricas y debates recientes. El Salvador. 1997. Disponible en: <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10800283-6.pdf>
- 3.25 Universidad Nacional Autónoma de México. Adame Goddard, Jorge. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad. México. 2002. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/340/5.pdf>.
- 3.26 Universidad Nacional Autónoma de México. Ayala Corao, Jorge. Instituto de Investigaciones Jurídicas. La mundialización de los derechos humanos. México. 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2962/10.pdf>.
- 3.27 Universidad Nacional Autónoma de México. Canosa Usera, Raúl. La interpretación constitucional como modalidad del control del poder. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2962/17.pdf>
- 3.28 Universidad Nacional Autónoma de México. Carpizo, Jorge y Héctor Fix-Zamudio. Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano, primera parte. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1975. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1052/3.pdf>.
- 3.29 Universidad Nacional Autónoma de México. Hernández Valle, Rubén. La interpretación constitucional en Costa Rica. México. 2009 Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2701/27.pdf>.
- 3.30 Universidad Nacional Autónoma de México. Orozco Henríquez, José de Jesús. El derecho constitucional consuetudinario. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1993. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/862/4.pdf>
- 3.1 Universidad Nacional Autónoma de México. Tamayo y Salmorán, Rolando. El derecho consuetudinario y la constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1977. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/847/9.pdf>

4. Otras Referencias.

- 4.1 “El medio ambiente en la memoria histórica, en el presente y en la construcción del porvenir”. *Temas de nuestra América #35*. Costa Rica. 2003. Siglo XXI editores
- 4.2 “El uso del canon internacional de los derechos humanos. *Opinión Jurídica* .Vol.12. N° 24. Colombia. (julio-diciembre 2013).
- 4.3 Acosta María, Luisa. “La autodeterminación de los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua.” *Wani: Revista del Caribe nicaragüense*. Vol. 26. Nicaragua. Julio-septiembre 2010.
- 4.4 Ajcip, Edgar y otros. Diagnostico del racismo en Guatemala. Perspectivas y visiones ciudadanas. Volumen IV. Guatemala. Vicepresidencia de la República de Guatemala. 2006
- 4.5 Aragón, Manuel. Constitución, democracia y control. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002.
- 4.6 Aylwin, José. (Comp.). Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación. Dinamarca. IWGIA. 2014.

- 4.7 Barié, Cletus Gregor. "Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos." *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. Núm. 3, Ecuador. Enero 2008. FLACSO.
- 4.8 Bastos, Santiago y Aura Cumes (Coordinadores). *Mayanización y vida cotidiana. La ideología multicultural en la sociedad guatemalteca. Introducción y análisis generales. Volumen 1 Guatemala*. FLACSO- CIRMA. 2007
- 4.9 Bustillos Ramírez, Linda María. "Algunos elementos para la configuración de Estados-plurinacionales en América Latina desde la mirada de los derechos indígenas." *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 29, 2014-I. España. Diciembre 2014.
- 4.10 Cabedo Mallol, Vicente. "De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena." *Política y Cultura*. Núm. 21 México. Primavera 2004.
- 4.11 Cæcilie, Mikkelsen (compilador). *El mundo indígena 2013*. Perú. IWGIA 2013.
- 4.12 Camisón Yagüe, José Ángel. "Los derechos civiles y políticos en la Constitución boliviana." *Revista Derecho del Estado*. Núm. 28. Colombia. Enero-junio 2012.
- 4.13 Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*. Guatemala. Colección de cuadernos de Derechos Humanos (PDH). 1995.
- 4.14 Carillo González, Diana y Nelson Santiago Patarroyo Rengifo (editores). *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*. Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho. Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009.
- 4.15 Carmona Caldera, Cristóbal Carmona. "Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas." *Revista Ius et Praxis*. Vol. 19. N° 2. 2013. Chile.
- 4.16 Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La interpretación judicial constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1996.
- 4.17 Carnota, Walter Fabián. "Los problemas económicos y la Constitución: una relación difícil pero necesaria". *Díkaion*. Año 21- Núm. 16. Colombia. Noviembre 2007. Universidad de La Sabana
- 4.18 Carrillo de la Rosa, Yezid. "Derecho, diferencias y minorías étnicas en la Constitución Política de 1991." *Saber, ciencia y libertad*. Vol. 6. Núm. 1. Colombia. Ene-Jul. 2011.
- 4.19 Casaús Arzú, Marta y otros. *Diagnostico del racismo en Guatemala. Informe general y costos de la discriminación. Volumen I*. Guatemala. Vicepresidencia de la República de Guatemala. 2006.
- 4.20 Castellanos Howell, Alvaro. *Derecho Constitucional, la técnica de la libertad*. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 1998.

- 4.21 Castillo González, Jorge Mario. Constitución Política de la República de Guatemala, comentarios, explicaciones, interpretación jurídica, documentos de apoyo opiniones y sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Sexta edición. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas.
- 4.22 Castillo Meneses, Yadira. “El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas. La experiencia en Colombia.” *Revista de Derecho*. N° 37. Colombia. Enero-junio 2012.
- 4.23 Cerdas Cruz, Rodolfo y Rafael Nieto Loaiza. (Comp.). Estudios básicos de derechos humanos I. Costa Rica. IIDH. 1994
- 4.24 Charris Benedetti, Juan Pablo. “El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública.” *Revista Derecho del Estado*. N° 33. Colombia. Julio-diciembre 2014.
- 4.25 Chenaut, Victoria y otros (coordinadores). Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos Indígenas ante la globalización. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador. 2011.
- 4.26 Clavero, Bartolomé. “Nación y naciones en Colombia entre Constitución, concordato y un convenio (1810-2010)”. *Revista de Historia del Derecho*. Sección de investigaciones. Núm. 41. Argentina. Enero-junio 2011.
- 4.27 D’Atena, Antonio. “Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional”. *UNED. Revista de Derecho Político*. N° 74, enero-abril. España 2009.
- 4.28 Dary, Claudia (Comp.) La construcción de la nación y la representación ciudadana en México, Guatemala, Perú, Ecuador y Bolivia. Guatemala. FLACSO. 1998.
- 4.29 Derechos del hombre. Diccionario de derecho. México. Editorial Porrúa. 1998. Vigésimoquinta edición.
- 4.30 Esquit, Edgar e Iván García. El derecho consuetudinario: la reforma judicial y la implementación de los acuerdos de paz. Guatemala. FLACSO, 1998.
- 4.31 Figueroa-Mejía, Giovanni Azael. “Duplicidad interpretativa: interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular.” *Díkaión*. Vol. 19. Núm. 1. Colombia. Junio 2010. Universidad de La Sabana.
- 4.32 Gamboa Rocabado, Franco. “Transformaciones constitucionales en Bolivia. Estado indígena y conflictos regionales.” *Colombia Internacional*, núm. 71. Colombia. enero-junio, 2010.
- 4.33 Gamboa, Franco y otros. Reflexión crítica a la nueva Constitución del Estado. Bolivia. Konrad Adenauer.
- 4.34 García Belaunde, Domingo. La Constitución y su dinámica. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2004.

- 4.35 Goig Martínez, Juan Manuel. “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional.” *Revista de derecho UNED*. Núm. 12. España. 2012. UNED
- 4.36 Grueso, Delfín Ignacio. “Constitución de 1991, identidades étnicas y política transformativa.” *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Año 15, Núm. 19. Colombia. Primer semestre de 2013.
- 4.37 Hakansson-Nieto, Carlos. “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación.” *Revista Dikaion*. Vol. 23. N° 18. Perú. Diciembre 2009. Universidad de la Sabana.
- 4.38 Landa Arroyo, César. “La globalización del Derecho Constitucional”. *Revista de Economía y Derecho*. Vol. 4. N° 16. Perú. (Primavera 2007). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- 4.39 Lavalle Valdés, Roberto. Apuntes sobre la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales, con particular referencia al caso de Guatemala. Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- 4.40 López Bárcenas, Francisco. Legislación y derechos indígenas en México. México, tercera edición, CEDRSSA, H. Cámara de Diputados, 2010.
- 4.41 López Nájera, Verónica Renata. “Reflexiones y visiones sobre la antropología social en el México contemporáneo desde una mirada descolonial.” *Revista Universitas Humanística*. N° 77. Colombia. Enero-junio 2014.
- 4.42 Maldonado Ríos, Erick Mauricio. Derecho guatemalteco de los tratados internacionales. Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013.
- 4.43 Martínez de Bringas, Asier. “Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos indígenas.” *UNED. Revista de Derecho Político*. Núm. 86, España. enero-abril 2013
- 4.44 Mora-Donatto. Cecilia. El valor de la Constitución normativa. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2002.
- 4.45 Morales, Benito y otros. Diagnóstico del racismo en Guatemala. Marco jurídico y políticas comparadas. Volumen II. Guatemala. Vicepresidencia de la República de Guatemala. 2006
- 4.46 Paiva Goyburu, Dante. “El impacto de los principios constitucionales Gaditanos en el Perú”. *UNED. Revista de Derecho Político*. N° 84. España, mayo-agosto, 2012. *Derecho Político*. N° 84. España, mayo-agosto, 2012
- 4.47 Patiño Palacios, Luz Ángela. “Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Colombia. 2014.

- 4.48 Peña Romero, Patricio y otros. El Tribunal de Garantías Constitucionales: conflictos y jurisprudencia, periodo 1980/1990. Ecuador: ILDIS: Fundación Friedrich Ebert. 1990
- 4.49 Prada Alcoreza, Raúl. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. En: Crítica y emancipación: Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, no. 1 (jun. 2008-). Buenos Aires : CLACSO, 2008
- 4.50 Ramírez Gallego, Andrés Felipe. “La etno-Constitución de 1991: criterios para determinar derechos comunitarios étnicos indígenas.” *Revista Estudios Socio-Jurídico*. Núm. 9 (1). Colombia. Enero-junio 2007
- 4.51 Roa Roa, Jorge Ernesto. “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia.” *Revista Derecho del Estado*. Núm. 33. Colombia. Julio-diciembre 2014.
- 4.52 Rocabado, Franco. “Estado indígena y conflictos regionales: los problemas para implementar la Constitución en Bolivia.” *Revista Ciencias Sociales*. Vol. 125 Núm. 3. Bolivia. Septiembre 2009.
- 4.53 Rodrigues Pinto, Simone y Carlos Federico Domínguez Ávila. “Sociedades plurales, multiculturales y derechos indígenas en América Latina.” *Política y Primavera*. Núm. 35 México
- 4.54 Rodríguez, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Colombia. Grupo editorial Ibáñez S.A.A. 2014.
- 4.55 Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. *Revista Jurídica /Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar. 1ª. Época, No.6 (enero-junio 2003).
- 4.56 Rojas Tudela, Farit y otros. Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina. Bolivia. Konrad Adenauer Stiftung. 2011.
- 4.57 Rojas Tudela, Farit y otros. Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina. Bolivia. Konrad Adenauer Stiftung. 2011.
- 4.58 Sagastume Gemmell, Marco Antonio. “Derecho consuetudinario indígena y derechos humanos”. *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*. Número 46. Guatemala. Enero-junio 2003. Colegio de Abogados
- 4.59 Salinas Alvarado, Carlos Eduardo. “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia.” *Revista Derecho del Estado*. N° 27. Colombia. Julio-diciembre 2011
- 4.60 Serra Giménez, Francisco. El derecho en la época constitucional: un ensayo de interpretación. España. Clásica Dykinson. 2013

- 4.61 Sieder Rachel y otros. Guatemala 1983-1997: ¿Hacia dónde va la transición? Guatemala: Conciliation Resources/FLACSO 1997.
- 4.62 Simabaña, Floresmilo. "Consulta previa y democracia en el Ecuador." *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui*. Núm. 120. Ecuador. Ecuador. Diciembre 2012.
- 4.63 Stavenhagen, Rodolfo y otros. Antología: grandes temas de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica en honor a June Collier. México.2006.
- 4.64 Steiner, Christian. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario. Bolivia. Konrad Adenauer Stiftung. 2014.
- 4.65 Suárez Rodríguez, José Julián. "El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista". *CIVILIZAR*. Vol. 12, N° 22. Colombia, enero-junio 2012
- 4.66 Thedieck, Franz. Desafíos y nuevos paradigmas constitucionales. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS). Ecuador. 2008.
- 4.67 Uribe Arzate, Enrique. "Principios constitucionales y reforma de la Constitución". *Boletín Mexicano de derecho comparado*, vol. XXXIX, Núm. 115, México. Enero-abril. UNAM
- 4.68 Valdivia Dounce, Teresa. "Reconocimiento de derechos indígenas: ¿Fase superior de la política indigenista del siglo XX?" *Revista Nueva Antropología*. Vol. 26. N° 78. México. Enero-junio 2013.
- 4.69 Villagrán Kramer, Francisco. Biografía política de Guatemala, los pactos políticos de 1944 a 1970. Guatemala. FLACSO. 1993.
- 4.70 Villagrán Kramer, Francisco. *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*. N° 45. Guatemala. (julio-diciembre 2002).
- 4.71 Wagner Mota, Karin Paola. El derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados. Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ/URL), 2013
- 4.72 Warner Mota, Karin Wagner. Interpretación normativa de la Corte de Constitucionalidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Guatemala. Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ/URL) (Cuaderno de estudio 109)
- 4.73 Woischnik, Jan (editor). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Tomo II. Uruguay. Konrad Adenauer Stiftung.
- 4.74 Xochitl Leyva, Aracely Burguete y Shannon Speed. (Comp.). Gobernar (en) la diversidad: experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2008.

ANEXO

Cuadro de Cotejo. Obligaciones constitucionales de los Estados hacia los Pueblos Indígenas.

Unidades de análisis.	Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.	Constitución de la República del Ecuador.	Constitución Política de Colombia.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Constitución Política de la República de Nicaragua	Constitución Política de la República de Guatemala.	Constitución Política de la República de Honduras.
Indicadores.							
6.1 Derecho a la identidad							
6.2 Derecho a la libre determinación o autodeterminación.							
6.3 Consulta previa.							
6.4 Tierras, territorios. (Respeto, propiedad y posesión)							
6.5 Derecho al desarrollo.							
6.6 Educación. (bilingüe e intercultural)							
6.7 Principio de solidaridad.							