

Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina

Farit Rojas Tudela (Bolivia)
Horst Schönbohm (Alemania)
Fernando García (Ecuador)
Ramiro Molina (Bolivia)
Waldo Albarracín (Bolivia)
Lourdes Tibán (Ecuador)
Guillermo Padilla (Colombia)
Mirva Aranda (Perú)
Eduardo Rodríguez (Bolivia)

Coordinador: Eddie Córdor

© 2011 Konrad Adenauer Stiftung e.V.

Prefacio

Susanne Käss

Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y del Programa Regional de Participación Política Indígena

Presentación

Eddie Córdor Chuquiruna

Coordinador

Área de Gobernabilidad y Democrática Comisión Andina de Juristas

Coordinador de publicación

Eddie Córdor Chuquiruna

Autores

Farit Rojas Tudela

Horst Schönbohm

Fernando García Serrano

Ramiro Molina Rivero

Waldo Albarracín Sánchez

Lourdes Tibán

Guillermo Padilla Rubiano

Mirva Aranda Escalante

Eduardo Rodríguez Veltzé

Editoras Responsables

Susanne Käss

Claudia Heins

Revisión y corrección

Eddie Córdor Chuquiruna

Claudia Heins

Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena

Av. Walter Guevara No 8037, Calacoto

(Ex Av. Arequipa casi esquina Plaza Humboldt)

Teléfonos: (+591-2) 2786910 2786478 2784085 2125577

Fax: (+591-2) 2786831

Casilla No 9284

La Paz - Bolivia

Email: info.ppi@kas.de

Página Web: www.kas.de/ppi

D.L. 4 - 1 - 2238 - 11

Impresión

Impresores & Editores "Garza Azul"

Teléfono: 2232414 - Email garzaazul@megalink.com

Impreso en Bolivia - Printed in Bolivia

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican a continuación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores y/o de la Fundación Konrad Adenauer (KAS). Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la inclusión de la fuente.

CONTENIDO

<i>PREFACIO</i>	5
<i>PRESENTACIÓN</i>	7
<i>INTRODUCCIÓN Y EXPLICACIÓN PREVIA</i>	9
DEL MONISMO AL PLURALISMO JURÍDICO: INTERCULTURALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL <i>Farit L. Rojas Tudela</i>	21
EL PLURALISMO JURÍDICO - UNA COMPARACIÓN A NIVEL DE AMÉRICA LATINA <i>Horst Schönbohm</i>	35
LA JUSTICIA INDÍGENA COMO ESPACIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS <i>Fernando García Serrano</i>	43
LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL MARCO DEL PLURALISMO JURIDICO EN BOLIVIA <i>Ramiro Molina Rivero</i>	53
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL <i>Waldo Albarracín Sánchez</i>	67
LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA JUSTICIA INDÍGENA <i>Lourdes Tibán</i>	89

**COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS
LEGALES EN CENTROAMÉRICA**

Guillermo Padilla Rubiano 105

**LA COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS DE
JUSTICIA EN COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ**

Mirva Aranda Escalante..... 127

**LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL-
DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS**

Eduardo Rodríguez Veltzé..... 141

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... 153

ANEXO: EJES TEMÁTICOS DEL PROGRAMA DEL SEMINARIO 165

COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS LEGALES EN CENTROAMÉRICA

Guillermo Padilla Rubiano⁵¹
Oaxaca, México

Una publicación sobre pluralismo jurídico de la Fundación Konrad Adenauer⁵², remarca en su introducción que en América Latina aún después del reconocimiento del pluralismo legal que comenzó a ocurrir con la ratificación del Convenio 169, las reformas constitucionales y las adecuaciones legales, dado el tiempo transcurrido, hace un poco más de 20 años en países como México, ya debería haberse traducido en un reconocimiento al derecho efectivo de los pueblos indígenas de ejercer el control de sus instituciones y forma de vida dentro de los Estados en que viven. Esto es algo que todavía está lejos de suceder.

“La interpelación entre el derecho indígena y el derecho nacional dista mucho de ser armoniosa y la validez del primero suele ser cuestionada en los tribunales estatales”, señala la publicación aludida. Esta realidad pone de presente un problema todavía mayor en América Latina, esto es que la distancia entre las leyes escritas y su práctica prueba la debilidad estructural del Estado de Derecho en nuestra región.

Desde su aparición después de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas han procurado establecer condiciones mínimas para erradicar las causas que son generadoras de conflictos que a su vez pueden dar lugar a confrontaciones bélicas. Para el caso de nuestra región latinoamericana, éstas tienen que ver con la condición de colonialismo interno, explotación y en general estructuras económicas, sociales y políticas que afectan la vigencia de una comprensión integral de los derechos humanos, que perjudica de manera particular a pobres, indígenas, afrodescendientes y mujeres.

51 Guillermo Padilla Rubiano. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y PhD en Estudios Latinoamericanos con énfasis en antropología jurídica de la Universidad de California en Berkeley. Actualmente es investigador y profesor en el CIESAS Pacífico Sur en Oaxaca, México

52 Konrad Adenauer Stiftung. Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena. Bogotá 2008

¿A qué nos referimos cuando hablamos de la necesidad de desarrollar mecanismos de coordinación entre diferentes sistemas legales? Centro América es una región donde con excepciones específicas, el poder judicial y la capacidad del Estado para ofrecer seguridad y justicia ha sido muy limitada.

En Guatemala, para mencionar el caso de la economía más fuerte de la región, durante los últimos años la violencia homicida aumentó más de 120%, pasando de 2,655 homicidios en 1999 a 5,885 en 2006. Este crecimiento equivale a un aumento mayor al 12% por año desde 1999, superando ampliamente al crecimiento poblacional, que es inferior al 2.6% anual. El índice de impunidad en Guatemala para el 2009 era del 99.75%, cifra que deriva de un estudio realizado por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien la obtuvo a partir de una muestra de 600 mil casos.⁵³

¿De qué tipo de coordinación podríamos hablar en este contexto y cuáles son las razones que lo dificultan? Considerando la dramática realidad de la justicia en la región y el contexto legal que promueve el pluralismo jurídico, debería resultar factible que los Estados se beneficiaran de la existencia de pueblos con normativas tradicionales propias, para promover las prácticas jurídicas que facilitan el acceso a la justicia a personas con idiomas y culturas propias, pero esto no es así. Para auscultar esta problemática, veremos el contexto legal que insta a los Estados a promover la participación plena de los pueblos indígenas para luego identificar algunas de las razones que obstaculizan que ésto suceda.

Con la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1989, se pretendió establecer condiciones básicas para propiciar un diálogo intercultural que facilitara la transición hacia un nuevo modelo de Estado que fuera reflejo de la diversidad y riqueza cultural que nos caracteriza.

Centro América posee afinidades como región, a la vez que grandes diferencias, producto de la historia de los últimos 60 años. El Salvador, Panamá y Belice son 3 de los 7 países de la América Latina continental que aún no han ratificado el Convenio 169. Podríamos afirmar de esta manera que el modelo de Estado colonial y republicano integracionista se mantiene vigente en sus rasgos fundamentales en estos países, pero una rápida revista de los otros donde este sí se ha ratificado, nos revela que un Estado no se transforma

53 Informe Tercer Año de Labores de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, CICIG, 2010

por que cambien las leyes o se ratifiquen o aprueben convenios o tratados internacionales. Esta renovación de los Estados requiere una introspección que facilite la emergencia de subjetividades afines a una perspectiva intercultural. Pensamos que un incremento en la coordinación entre la práctica de la justicia formal con la indígena genera este tipo de introspección necesaria para que los Estados evolucionen.

Una de las ideas centrales del marco legislativo internacional actual aplicado a pueblos indígenas, es la necesidad de promover su participación. Para lograr esto, el deber de los Estados de consultar se transforma en la piedra angular de su relación con las comunidades indígenas y tribales, así se afirma en todos los instrumentos y las decisiones de los órganos internacionales de control⁵⁴.

Para asegurar una “efectiva participación” de los grupos indígenas o tribales, el Estado tiene el deber de dialogar, facilitar acceso a todo tipo de información, de conocer y familiarizarse con las culturas, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales que constituyen la diversidad étnica y cultural de la nación, todo lo cual implica una comunicación constante entre diferentes actores sociales. Se trate de empresas que proyectan inversiones en territorios indígenas o de jueces de la república, interactuando con autoridades indígenas solucionando algún asunto o aplicando justicia.

Desde este punto de vista sugiero contemplar el tema de la coordinación entre sistemas de justicia desde una perspectiva amplia, como el deber del Estado de tomar en cuenta y valorar las instituciones indígenas, sus prácticas y valores por medio de la promoción efectiva de la participación indígena a todos los niveles. El reto es nada menos que superar la falsa creencia de percibir al indígena como remanente de un pasado que se debe superar, pues se asume, como herencia colonial, que la modernidad posee valores cuya superioridad no se puede poner en discusión.

Toda cultura es incompleta por definición y la diversidad intercultural ofrece la posibilidad de un enriquecimiento mutuo que no se debe desestimar en estos tiempos de crisis planetaria. Las nuevas lecturas que han hecho

54 Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 6 y 7; Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21, que tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana, protege el derecho a la propiedad comunitaria.

su arribo a las últimas constituciones en el sur del continente, nos han sorprendido con su exaltación de valores que trascienden el antropocentrismo y el individualismo, donde se incorpora una visión que reconoce derechos a los animales y la naturaleza bajo el concepto de la Pacha Mama, y donde se privilegia la comunidad sobre el derecho del individuo. Lo que esta epistemología milenaria plantea, pero que apenas en el actual contexto de transformación de esquemas y marcos normativos nos vemos expuestos a ella, es una alternativa novedosa de entender y vincularnos con los gobiernos locales, regionales o nacionales; otra racionalidad en la forma como vivimos nuestra relación con la tierra y los recursos de la naturaleza, con el sentido de comunidad o comunalidad, como lo han definido en Oaxaca, México, intelectuales indígenas (Martínez 2010), que deriva en un particular sistema de cargos, la búsqueda del honor y el prestigio sobre la del poder y los trabajos gratuitos y a los que los individuos se obligan para el bien colectivo. Lo que ahora emerge son otras formas de otorgar valor a lo que la modernidad le restó en su afán transformador ¿Cuánto vale un arroyo? ¿Qué valor dispensamos a la calidad del aire que respiramos? ¿Cómo evaluar el control que ejercemos sobre nuestro tiempo y nuestra libertad? Lo que para la modernidad son materias primas y recursos naturales, para los pueblos indígenas constituye algo vivo a lo que hay que tratar con respeto, proteger y venerar.

Uno de los impedimentos que suele argumentarse con más frecuencia en materia de coordinación entre sistemas legales, es el tema de los derechos humanos, debate no exento de hipocresía, pues como lo demuestra la historia reciente en esta región, los indígenas no son los únicos con tensiones en este frente. Los Estados suelen ser grandes violadores de los derechos humanos, pero no por esto se debe mirar para otro lado cuando las comunidades incurren en métodos de justicia que puedan entrar en conflicto con estos derechos.

Lo que creemos que constituye una de las ventajas más importantes de un incremento en la coordinación entre sistemas legales, es que facilita un debate franco en esta materia, uno que logre un avance hacia mejores condiciones de gobernanza en un contexto de respeto a los derechos humanos compatible con principios internacionales en perspectiva intercultural. El reconocimiento de la diversidad cultural que acompaña los nuevos marcos legales, obliga a la prudencia antes de imponer definiciones hegemónicas sobre dignidad y valores humanos. Un mecanismo de coordinación exitoso desarrollado en otros países de la región, ha incluido el análisis del caso concreto con una adecuada evaluación del marco cultural en el que se produjo el hecho, para lo cual el recurso del peritaje cultural ha sido fundamental.

Las siete naciones que constituyen Centro América, han aceptado la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Todos los Estados ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer asuntos que surgen del incumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención Americana.

Las decisiones y pronunciamientos de ambos órganos son de particular relevancia para la Región, especialmente aquellos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a su participación efectiva.

Además, en el ámbito universal, todos los Estados de la Región Centroamericana aprobaron la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 y ratificaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Por ello, son importantes los pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, así como las recomendaciones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente)⁵⁵.

Por paradójico que parezca, el primer problema que enfrenta este marco normativo en Centro América, es el cuestionamiento desde los Estados sobre la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales. En el Salvador este tema ha estado los últimos 81 años en el centro del debate sobre pueblos indígenas, con la masacre de 30 mil campesinos e indígenas asesinados durante la insurrección popular de 1932 en el tiempo de la dictadura del General Maximiliano Hernández Martínez. Este hecho supuso por muchos años el fin de los pueblos indígenas en este país. Para estos, ocultar su identidad era materia de vida o muerte, pero la realidad multiétnica y multilingüe emergió de nuevo al final de la guerra interna que se sufrió con más crudeza en la década de los 70s y 80s.

55 Para un análisis detallado de los mecanismos, ver: Justicia Global, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

El espacio de los Acuerdos de Paz firmados para poner fin a este conflicto armado, significó para los sobrevivientes indígenas, la oportunidad para reclamar el espacio que la historia de inequidad y horror les había negado. En el escenario político de hoy, en esta Nación, las organizaciones indígenas constituyen actores políticos con voz propia. Una voz organizada que reclama derechos, entre ellos la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y que cuestiona hechos políticos como el resultado del Censo de Población 2007, según el cual sólo el 0.2% de los salvadoreños descienden de los pueblos originarios. De acuerdo con este resultado, la sociedad salvadoreña es culturalmente homogénea, algo a todas luces falso. Según un estudio publicado en el 2003, la población indígena del Salvador, se estima que esté entre el 10-12% del total de la población, o sea un poco más de setecientos mil⁵⁶.

En Belice, el Estado en varias oportunidades llegó a argumentar que los indígenas mopanes y ke'kchí, que habitan en varias regiones del país, especialmente en el sur, eran en realidad guatemaltecos inmigrantes, algo que fue aclarado en una reciente sentencia de la Corte Suprema de Belice del 28 de junio del 2010, que confirma la propiedad territorial de comunidades mayas en virtud de su propio título consuetudinario anterior al colonialismo tanto español como británico. Al formular su decisión, el Juez Conteh dio peso a las pruebas presentadas por los peritos de la parte maya, que probaron con documentación etnohistórica y cartográfica realizadas por las comunidades, la existencia de una tenencia ancestral de la tierras.

Podría pensarse que el derecho territorial de estas comunidades quedó bien fundado, pero, como lo afirma Bartolomé Clavero, "en la misma sentencia todavía operan principios coloniales que enervan la posición indígena y que no sólo interesan al caso de Belice⁵⁷". Esta última sentencia es la tercera victoria jurídica maya en Belice y prueba la vitalidad de un movimiento indígena que se ha organizado para la defensa de sus derechos fundamentales, en particular lo que respeta a sus tierras, territorios y al derecho a la participación plena. La primera fue el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, en 2004 que avanzó en el establecimiento de un estándar respecto a los derechos de propiedad sobre tierras y recursos indígenas, bajo la Convención Americana

56 Información sobre los pueblos indígenas de El Salvador como insumo para el Proyecto Regional de Manejo Integrado de Ecosistemas por Pueblos Indígenas y Comunidades de Centroamérica. Octubre, 2003. Cooperación Técnica ATN-JF-7695-BID

57 Ver página web: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/juris-al/jbelice/549-belice-tierras-mayas-2010.html>

de Derechos Humanos. La segunda victoria maya ocurrió en 2007, cuando el Tribunal Supremo de Justicia de Belice acogió la demanda de dos comunidades que reclamaban sus derechos de tierras, tras el incumplimiento del Gobierno de las recomendaciones de la Corte Internacional de Derechos Humanos. Dicha sentencia fue la primera ocasión en que un tribunal aplicó la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Aquella sentencia de 2007, pese a ser favorable a los mayas, sin embargo, fue interpretada estrechamente por el Gobierno de Belice, el que concluyó que sólo era aplicable a las dos comunidades demandantes, excluyendo a las restantes. La nueva sentencia del 2010 viene a completar el cuadro y acoge la demanda planteada por el conjunto de comunidades mayas del distrito de Toledo, al sur de Belice, representadas por sus dirigentes la Asociación de Alcaldes Mayas y la Alianza de Líderes Mayas. Ambas sentencias, de 2007 y 2010, reconocen los derechos de propiedad de las comunidades mayas sobre las tierras que han ocupado, basados en el derecho consuetudinario maya. Y ambas sentencias ordenan al gobierno demarcar y titular las tierras de acuerdo a la costumbre y prácticas mayas, y que el Estado debe abstenerse de realizar por sí o tolerar de terceros actos que afecten esa propiedad. Lo que estaba en juego, no era sólo la existencia de los pueblos indígenas en esta nación, sino los derechos sobre más de 500.000 hectáreas de tierras ancestrales mayas en conflicto con los intereses de concesiones petroleras, forestales e hidroeléctricas que el Gobierno había otorgado, sin consulta ni consentimiento. Por ejemplo, el Gobierno otorgó concesiones petroleras a la empresa norteamericana Capital Energy, por una superficie que se superpone casi en su totalidad al territorio maya en cuestión. Asimismo, en diciembre de 2008 el Gobierno de Belice había otorgado una concesión para el megaproyecto hidroeléctrico de Belice Hydroelectric Development & Management Company, el cual ha sido rechazado por las comunidades mayas. La disputa legal sobre estas concesiones cuenta ahora a su favor con este fallo de la Corte Suprema.

El caso maya de Belice reviste interés para todos los pueblos indígenas pues se reafirma el reconocimiento de los derechos de propiedad sobre las tierras indígenas fundados en el derecho consuetudinario. De acuerdo a la sentencia del Presidente del Tribunal Supremo de Belice, tanto Belice como Guatemala son Estados post-coloniales y el asentamiento maya en toda la región de mesoamérica es un hecho históricamente probado. La sentencia del 28 de junio de 2010 obliga al Gobierno de Belice a poner freno a cualquier arrendamiento, donación, concesión y contratos que afecten los derechos de las tierras mayas en el Distrito de Toledo.

Este debate sobre la existencia misma de los pueblos indígenas en la región, va parejo con otro sobre los derechos de pueblos afrodescendientes que históricamente han ocupado la costa Caribe de Centro América, las comunidades Creol y Garífunas, sobre si estas constituyen poblaciones tribales y si están, por lo tanto, cubiertas por legislación internacional aplicable a estas poblaciones.

Según el artículo 1 del Convenio N° 169 y la interpretación de la Organización Internacional del Trabajo, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios o elementos para determinar la condición de pueblos indígenas: a) Condiciones económicas, culturales, organización social y forma de vida que los distingan de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo, la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.; b) Tener tradiciones y costumbres y/o un reconocimiento legal especial⁵⁸. c) Conciencia de su identidad tribal (artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT).

Respecto de los pueblos tribales, la Corte Interamericana ha señalado que éstos deben tener características similares a las de los pueblos indígenas, como: 1. Tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, 2. Identificarse con sus territorios ancestrales y 3. Estar regulados, al menos parcialmente, por sus propias normas, costumbres o tradiciones⁵⁹.

Además de este aspecto jurídico-político que enrarece la discusión sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales en Centro América, se encuentra otro aspecto socioeconómico que dificulta aún más la participación plena y, por ende, la coordinación entre sistemas de derecho, esto es que ante la realidad de proyectos legislativos o de otra naturaleza que ya están en ejecución o próximos a ejecutarse y que afecten sus modos de vida, formas de organización o sus tierras, los pueblos deben enfrentarse a numerosas dificultades para acceder a información básica sobre los proyectos y sus consecuencias, lo que se suma a los obstáculos lingüísticos, geográficos, culturales y la ausencia de información sobre los mecanismos jurídicos de protección de sus derechos.

58 Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante Convenio N° 169 de la OIT), disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 89.

Esta problemática se ve agravada, como en el caso de Belice, por el retraso histórico en la aplicación de la legislación favorable a los pueblos indígenas, en particular, el reconocimiento legal, titulación y demarcación de sus tierras, lo que los pone en una situación de debilidad y de poder disminuido frente al Estado y empresas que llegan a sus territorios con contratos de concesión avalados por los gobiernos y organismos financieros internacionales.

En este contexto, resulta difícil considerar que el poder judicial lleve a cabo esfuerzos para reconocer, para no hablar de coordinar, los sistemas legales que existen en el país. Es frente a este contexto que la legislación internacional plantea salidas que potencialmente sirvan al fortalecimiento del Estado de Derecho.

El tema de la participación, coordinación y consulta tiene su origen en el Convenio 169 de la OIT que consagra en su artículo 6 el deber del Estado de consultar a los pueblos *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*. Este mismo artículo señala que las consultas *“deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*. El artículo 7 del mismo Convenio dispone que los pueblos interesados *“deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”*.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su reciente Observación General de 2011, sobre la obligación de consultar bajo el Convenio 169 de 1989, manifestó lo siguiente: *“En relación con la naturaleza de las consultas, de la revisión de los trabajos preparatorios para el Convenio 169 y de la revisión del Convenio en los dos textos que dan fe, la Comisión concluye que la intención de los redactores del Convenio era que la obligación de consultar en virtud del Convenio significase que: 1. las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo; 2. tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias; 3. tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas; 4. deben llevarse a*

*cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.*⁶⁰

Otro aspecto que ha sido relevante en el debate jurídico-político en Centro América, es el valor jerárquico que los tratados y convenios internacionales tienen respecto al orden jurídico interno de los países. Este tema gracias a sentencias y resoluciones de altos tribunales en la región, así como a nivel más global, ha comenzado a clarificarse. Como se afirma en varios textos constitucionales y se aplica en fallos judiciales, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos tienen rango constitucional y conforman lo que en algunos países se denomina el bloque de constitucionalidad.

Sobre esto es esclarecedora una reciente sentencia del Tribunal Constitucional del Perú⁶¹: *“El rango constitucional que detentan (los tratados internacionales) trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos”*⁵²

60 Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT. Conclusiones. 2011

61 Tomado del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Documento de la Fundación “para el Debido Proceso Legal, para OXFAM América. La Observación General está disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/725-2011-ceacr-obs-general-consulta.html> y en la Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Cit., párr. 133.

62 Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento N° 33.

El Tribunal Constitucional de Perú, en la sentencia 0022-2009-PI/TC, identificó las reglas que según la doctrina y jurisprudencia internacional deben ser observadas para llevar a cabo procesos de consulta previa con las comunidades que puedan resultar afectadas con medidas legislativas o administrativas.

El Tribunal señala las siguientes pautas para que se pueda configurar correctamente el proceso de consulta: “1) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida. 2) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación. 3) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha. 4) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación. 5) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena”⁶³.

El Derecho Internacional ha establecido algunas pautas para establecer cuando lo que se debe dar no es sólo la Consulta del Convenio 169, sino el consentimiento de que trata la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. En estos casos, el consentimiento no debe ser sólo el objetivo de la consulta, sino entendido como un derecho en sí mismo, es decir un requisito sin el cual no se puede llevar a cabo la iniciativa materia de la misma.

Las situaciones previstas por el derecho internacional son las siguientes: 1. Cuando el proyecto implique traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales (Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 10. 2. Cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios

63 Tribunal Constitucional de Perú, en la sentencia 0022-2009-PI/TC

(Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 29.2). 3. Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo de Samaraka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 133). 4. Cuando se trata de actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos.

En declaración pública del Relator Especial sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, el 7 de julio de 2010, el relator agregó este último punto, sobre impactos significativos, lo que a partir de declaraciones y recomendaciones del derecho internacional se da cuando, dichas actividades de extracción de recursos ocasionen: 1. La pérdida de territorios y tierra tradicional; 2. El desalojo; 3. La migración; 4. el posible reasentamiento; 5. El agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 6. La destrucción y contaminación del ambiente tradicional; 7. La desorganización social y comunitaria; 8. Los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración; 9. El abuso y la violencia⁶⁴.

Honduras es un ejemplo de país que ha ratificado el Convenio 169 desde 1996, pero que registra un atraso notable en la adecuación del Estado a la diversidad jurídica que caracteriza la nación. Aproximadamente un 20% del total de la población del país está compuesta por pueblos indígenas y afrodescendientes, principalmente **Chorti, Lenca, Tawaka, Tolupa, Pech, Miskitu, Garífuna** y Creol, destinatarios de la legislación especial para pueblos indígenas y tribales.

En reciente movilización de cerca de 1.800 representantes de estos pueblos, al finalizar su primera sesión de tres días, en San Juan, Durugubüti, Tela, Honduras, el pasado 23 de febrero del año en curso, declarados en

64 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, citado en Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Cit., párr. 134. Tomado de “El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.” Documento de la Fundación para el Debido Proceso Legal, para OXFAM América.

Asamblea Constituyente Refundacional, aprobaron un texto en donde se propone frente al tema del pluralismo judicial, exigir que el Estado reconozca y promueva los sistemas de justicia practicados por los pueblos indígenas y negros. Es decir, que se de cumplimiento a lo que está contenido en el Convenio 169, aprobado 15 años atrás. En el texto se propone específicamente que existan tribunales indígenas y negros con el mismo rango que en el sistema ordinario. Es clara la distancia que hay en Honduras para esperar avances en la coordinación entre sistemas legales, si 15 años después la lucha todavía es por su reconocimiento.

Panamá, con el triunfo de la Revolución Dule en 1925, la estructura político-social de su Estado cambió al declararse la llamada República Tule, independiente y soberana, una de cuyas causas era la lucha por la soberanía de las formas de organización de los Kunas, la cual era percibida y amenazada por una perspectiva homogenizante de la sociedad. A esta revolución se integraron 32 comunidades, de las cuales sólo dos no eran eminentemente indígenas. A raíz de este hecho el Estado reconoció un amplio esquema de autonomías regionales a los pueblos nativos, lo que en su época significó un hito en la historia de América Latina. En el documento que se firmó al finalizar el levantamiento, el gobierno de Panamá se comprometió a respetar y salvaguardar las costumbres de los Dules y les aseguraba “la misma protección y los mismos derechos de que gozaban los demás ciudadanos de la República”. La importancia de este hecho histórico, tanto para los pueblos indígenas como en el imaginario colectivo de la nación, ha permitido el desarrollo de un sistema de autonomía comarcal, que articula circunscripciones indígenas y en ellas los entornos de validez de sus normas así como la jurisdicción de sus instituciones. La Comarca es un territorio demarcado físicamente, habitado por poblaciones indígenas y que se guía por un régimen de administración especial: el autogobierno. Esta figura aseguró el respeto a la identidad y derechos específicos de los pueblos indígenas y reconoció a los Congresos como órgano de poder comunal; el carácter colectivo de la tierra; a las autoridades tradicionales (caciques, sailas); y a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. En este sentido, Panamá se ha destacado como una nación donde se ha dado un grado de respeto y coordinación entre las distintas formas de justicia que se practican.

Nicaragua adoptó desde la época del triunfo de la revolución andinista, con el Estatuto de Autonomía de la Costa Atlántica, un modelo que reconoce un cuerpo de derechos que rompe con el paradigma del Estado centralizado y monista. Sin embargo, la debilidad de sus instituciones y la falta de voluntad

política han hecho que avances esenciales en la consolidación de este nuevo modelo se queden en el papel. Tal es el caso de la famosa sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2001 que obliga al Gobierno de Nicaragua a indemnizar y respetar la primacía de derechos sobre el territorio y los recursos naturales del pueblo indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni, que aún dista mucho de ser cabalmente implementada a pesar de los años transcurridos.

Costa Rica es el país con el desarrollo institucional más consolidado en la región. Allí se reconoce una población indígena de aproximadamente 63.876 personas (el 1.5% de la población total según el censo del año 2000). De las más de 5.210.000 hectáreas que abarca el territorio nacional, cerca de 350 mil, es decir aproximadamente el 7% del total de tierra, son territorios indígenas. En 1977 se emitió la “Ley Indígena de Costa Rica” que regula temas sobre identidad y territorios. Se reconocen ocho culturas indígenas: Huetar, Chorotega, Teribe, Brunka, Guaym’, Bribri, Cabúcar y Maleku y en ellas Tribunales de Derecho Consuetudinario. Dada la tradición jurídica más consolidada del Istmo centroamericano, en Costa Rica no son raros los fallos judiciales que expresan sensibilidad y procuran la coordinación hacia la diversidad y las tradiciones culturales indígenas. Tal es el caso de la sentencia del Tribunal Superior Penal de Pérez Zeled en sentencia N. 19-90 del 6 de Febrero de 1990, que declaró que el tipo delictivo de estupro no se configuraba en el caso de una relación de convivencia que sostenían entre sí una pareja de indígenas Ngobes (o guaym’s), pese a que ella era menor de edad, en razón que esa práctica era socialmente aceptada por la comunidad indígena.

En el Voto 12743-04 de la Sala Constitucional del 12 de noviembre del 2004, que surge de otro recurso de amparo interpuesto contra la Asociación de Desarrollo Integral Indígena de 2005 (Chacòn 2005) San Rafael de Cabagra y el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra de Buenos Aires de Puntarenas, el Tribunal de Derecho Consuetudinario fundamentaba la acusación de que se trataba de un tribunal especial lo que violaba los principios constitucionales de “juez natural” y el de “universalidad de la función jurisdiccional en manos del poder judicial”. La Sala desestimó tal alegato aduciendo que dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se suscitan entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente. También estableció que su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres, de modo que no administra justicia jurisdiccional en el

mismo sentido que lo hace el Estado. Finalmente, asentó que estas acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario se enmarcan en el concepto que en el sistema jurídico costarricense no sólo existe la justicia jurisdiccional, sino otros tipos como la justicia arbitral, lo cual es compatible con el orden constitucional.

Guatemala, que es el caso que exploraremos con más énfasis, no sólo por ser el país con la población indígena más numerosa en la región (por lo menos el 55% del total de la población según estimaciones de la cooperación internacional), sino por constituir el mejor ejemplo de segregación social. Finalmente, luego de años de debate sobre la importancia jurídica de las obligaciones asumidas por el Estado a raíz de la aprobación y ratificación de tratados y convenios internacionales y gracias a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el 2004⁶⁵, donde se declara que el Estado guatemalteco se obliga a respetar derechos específicos de los pueblos indígenas y estándares internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos el principio del *non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho), que había sido violado al juzgarse nuevamente un indígena que ya había sido juzgado por la comunidad. Con esta y otras sentencias de los más altos tribunales de justicia, Corte Suprema y Corte de Constitucionalidad se ha logrado superar la discusión sobre la existencia o no del derecho indígena y su reconocimiento. Este es ya un hecho oficial, no sólo por lo que contiene la Constitución Política sino el marco normativo internacional de tratados, declaraciones y convenios, que han sido reconocidos y ratificados por el Estado de Guatemala, de modo que forman parte del ordenamiento jurídico nacional vigente y que constituyen el bloque de constitucionalidad. Continua, sin embargo, el debate sobre la falta de una ley que reglamente la coordinación entre los sistemas de derecho, y esta excusa sigue sirviendo para que muchos jueces hagan caso omiso del marco normativo existente. Mientras esta ley se produce, si es que algún día sucede, muchos jueces sí aplican las normas, reconocen y coordinan. Con el proceso de paz que siguió a la firma de los acuerdos que pusieron fin al conflicto armado, muchos jueces fueron sensibilizados y capacitados en esfuerzos mancomunados de la cooperación internacional, organizaciones indígenas y de la sociedad civil. Estos han sido testigos de las ventajas de la existencia del pluralismo legal al mismo tiempo que han sufrido la congestión de los juzgados y la impunidad que es una consecuencia inevitable de un órgano judicial estructuralmente débil, que además de generar problemas

65 Caso contra Francisco Velázquez López, Sentencia del 7 de octubre del 2004 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

de todo orden, incrementa la falta de credibilidad y legitimidad no sólo del órgano judicial, sino de toda la estructura estatal.

Es en este marco, el Estado ha otorgado concesiones a lo largo de las últimas administraciones, particularmente a empresas mineras canadienses para desarrollos de explotación a cielo abierto, con graves e irreversibles impactos al medio ambiente, las mismas que han sido respondidas por los pueblos afectados de manera contundente. Estos pueblos asumieron la vigencia de normas de la legislación internacional que el Estado no ha desarrollado, pero cuya existencia y vigencia, no puede negar, han organizado no menos de 50 consultas populares o referendos, dependiendo de la definición constitucional que se aplique a lo que allí ha ocurrido.

La siguiente información ha sido recopilada del estudio⁶⁶ llevado a cabo por la Universidad de Amsterdam y publicada en el 2009. Dadas las consecuencias adversas de la explotación emprendida por la empresa Montana en el Dpto. de San Marcos, las comunidades de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa, organizaron sus propios referendos populares o consultas comunitarias para pronunciarse en contra de la explotación de minerales en sus territorios, haciendo para ello uso de los recursos legales de que disponen (el Código Municipal y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo). Mientras que las consultas han sido social y políticamente exitosas, el Gobierno se ha negado hasta ahora a aceptar los resultados como jurídicamente vinculantes. En relación con este hecho, Sipacapa llevó su caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero más allá de las consecuencias jurídicas de esta demanda de los pueblos indígenas por ser tomados en cuenta frente a obras que impactan de manera significativa sus vidas y territorios, ha habido consecuencias colaterales que tienen gran significación en el proceso de consolidación de los derechos de participación, coordinación y consulta. Grupos de miembros comunitarios comenzaron a desarrollar proyectos agrícolas sostenibles, como una alternativa explícita al desarrollo basado en la minería a gran escala.

En San Miguel Ixtahuacán, las comunidades que protestaban contra el proyecto minero, decidieron darle nueva vida a su estructura de autoridad indígena tradicional, la alcaldía del pueblo, o alcaldía comunitaria, como contrapeso al autocrático gobierno municipal que posiblemente había sido

66 Joris van de Sandt, Septiembre 2009 Informe encargado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Amsterdam y financiado por Cordaid, La Haya. Supervisión académica, Prof. Andrž J. Hoekema

comprado para favorecer a la minería. Las comunidades en resistencia tomaron en sus propias manos su representación ante el Gobierno y las compañías, con la creación del Consejo de los Pueblos de Occidente (CPO). Este logró consolidarse y ha funcionado como una plataforma regional para la coordinación de la oposición contra el mega desarrollo, destructivo y contaminante.

Las respuestas organizativas de la comunidad a la minería, además han contribuido a la revitalización de la identidad indígena, lesionada durante 36 años de guerra interna. Algunos analistas interpretan las consultas comunitarias como una recuperación de la comunidad indígena como sujeto colectivo. Según el censo del año 2002, Guatemala tenía una población de 11.2 millones de habitantes, 4.4 millones de los cuales se identificaban como indígenas Mayas, 16.200 como Xinca (un pueblo indígena no Maya) y 5.000 como Garífuna (afrodescendientes), conformando el 39% del total de la población; los 6.8 millones de personas restantes (61%) se identificaron como ladinos (sin identidad indígena). Sin embargo, el Informe sobre Desarrollo Humano publicado en 2004 por el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas, estima en un 66% la población indígena del país y atribuye el dato del censo a errores en su diseño e implementación.

El presidente Alvaro Arzú (1996-1999), en un esfuerzo por atraer el capital extranjero y según éste, darle impulso a la economía guatemalteca, decidió privatizar el sector energético y promulgar una nueva Ley de Minería, medidas que corresponden a lo que en otras partes de Latinoamérica fueron implementadas en el marco de los Programas de Reajuste Estructural, con carácter neoliberal, impuestos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Los incentivos más importantes de la Ley de Minería (Decreto 48-97) consisten en reducir el porcentaje de regalías correspondientes a los ingresos brutos que percibe el Estado, del 6 al 0.5% para este y 0.5% para el municipio donde se ubique la obra, y permitirles a las empresas extranjeras adquirir la propiedad total (100%) de las empresas mineras, siendo exentas al mismo tiempo del pago de varios impuestos, entre otros sobre el uso del agua y la maquinaria importada (PDH 2005: 15; Solano 2005; López 2007). Todo esto sin que en ningún momento se tomara en cuenta a la población indígena afectada a pesar del hecho de que la Ley Minera fuera promulgada después de la ratificación del Convenio 169 realizada en 1996.

Para el momento cuando las comunidades reaccionaron a lo que consideraban un asalto a su buena fe y la carencia mal intencionada de

información y ausencia de su derecho a la consulta previa, amén de otros derechos contemplados en la legislación internacional, accionaron paralizando el transporte en la carretera panamericana a la altura de Sololá para impedir el paso de maquinaria vital para la empresa minera Montana, que comenzaba la explotación en el Departamento de San Marcos. La administración Berger (2004-2008) ya había concedido cientos de licencias mineras sin haber consultado a la población indígena local en ninguna de ellas (McBain-Haas & Bickel 2005; Castagnino 2006). Demostrando su falta de voluntad y la incapacidad del Gobierno para negociar, el Ministro del Interior ordenó el 11 de enero de 2005 el envío de 1.500 tropas de policía y 300 soldados del ejército para despejar por la fuerza la carretera. En la confrontación que siguió, un manifestante indígena resultó muerto como consecuencia de las descargas militares y varios civiles y policías fueron seriamente heridos. El Presidente Berger defendió más tarde su autoritaria decisión con el argumento que *"el Gobierno tenía que proteger a los inversionistas"* (Solano 2005: 112; Vogt 2005; Castagnino 2006; Yagenova 2006).

El enfrentamiento en Sololá causó mucha agitación social y política, lo que obligó al Gobierno a secundar la creación de una Comisión de Alto Nivel sobre la Minería, la que se encontró por primera vez en febrero de 2005. Esta comisión fue presidida por Monseñor Alvaro Ramazzini, Obispo de San Marcos, y estuvo conformada por funcionarios gubernamentales, representantes de las Iglesias Católica y evangélicas, académicos y miembros de diferentes organizaciones de la sociedad civil. Curiosamente, aunque no tanto para el Estado de Guatemala, dado su historial al respecto, la Comisión no incluyó a representantes de las organizaciones indígenas o de las comunidades afectadas.

Aunque las actividades mineras ya habían comenzado, las comunidades indígenas de Sipacapa, informadas sobre los beneficios y riesgos de la minería por parte de sus líderes y algunas ONG, decidieron organizar independientemente un referendo o consulta comunitaria para dar a conocer su posición sobre la minería al público guatemalteco (Imai, Mehranvan & Sander 2007; COPAE 2008a), comenzando de esta manera lo que sería luego una serie de referendos o consultas comunitarias que suscitó un gran debate político nacional sobre si los resultados de las consultas hechas por los mismos pueblos resultaban jurídicamente vinculantes. La respuesta a esta cuestión dependía de la interpretación a las leyes correspondientes, lo que corresponde a la Corte de Constitucionalidad (Castagnino 2006; Otzoy 2006). Casi dos años después de la consulta, en mayo de 2007, la Corte de

Constitucionalidad decidió que esta clase de ejercicio de la ciudadanía es válida desde el punto de vista procesal, pero no tiene un carácter vinculante (Prensa Libre 09/05/2007; ver también Prensa Libre 05/04/2006). El 19 de junio de 2008, la Corte de Constitucionalidad, en respuesta a una solicitud de CALAS, una ONG ambientalista declaró inconstitucionales siete artículos de la Ley de Minería (Decreto 48-97), especialmente aquellos que se refieren a la emisión de licencias. En la práctica, esto creó una “moratoria técnica” en el otorgamiento de más licencias de minería, hasta que haya un consenso nacional sobre reformas a la Ley de Minería (CALAS 2008).

La administración del Presidente Alvaro Colom (2008-2012) no ha logrado hasta ahora presentar iniciativas viables para encontrar una salida al conflicto minero en Guatemala. Aún sin establecer realmente un diálogo real con las comunidades el Ejecutivo, por conducto del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el pasado 2 de febrero del año en curso emitió un anteproyecto de Reglamento para la Consulta Previa, el que ha sido puesto a disposición de los pueblos y comunidades indígenas en un intento de consulta para la consulta, el cual vence el próximo 6 de abril. Tanto el anteproyecto como el método de “consulta” han sido claramente cuestionados por organizaciones indígenas e indigenistas de la sociedad civil.

Los órganos internacionales de protección de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también han adoptado decisiones al respecto. En mayo de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la solicitud de medidas cautelares presentada por las Comunidades del Pueblo Maya de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán, en el Departamento de San Marcos en Guatemala, relacionada con la licencia de explotación minera de oro y plata concedida por 25 años a la empresa Montana. Las actividades mineras ocupan una extensión de 20 kilómetros cuadrados y abarcarían el territorio de 18 comunidades del pueblo maya, quienes quedarían ubicadas dentro del área de impacto ambiental e hidrológico.

Tanto el proceso de obtención de la concesión minera como el inicio de la explotación fueron realizados sin consulta previa con las comunidades afectadas. La construcción de la Mina Marlin y la subsecuente extracción de oro y plata, han provocado efectos graves en el bienestar y ambiente del pueblo maya por concentración de metales de desecho en el río Tzálá, su principal fuente de agua. Debido a la falta de cumplimiento del proceso de consulta previa, libre e informada con el pueblo indígena maya, aunado a

los efectos directos en la vida e integridad personal de estas comunidades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le pidió al Estado de Guatemala que suspenda las actividades del proyecto minero. La información consultada: *“La Comisión Interamericana solicitó al Estado de Guatemala que suspenda la explotación minera del proyecto Marlin I y demás actividades relacionadas con la concesión otorgada a la empresa Goldcorp/Montana Exploradora de Guatemala S.A., e implementar medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental, hasta tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adopte una decisión sobre el fondo de la petición asociada a esta solicitud de medidas cautelares. La Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitó asimismo al Estado adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las 18 comunidades afectadas y asegurar el acceso de sus miembros a agua apta para el consumo humano; atender los problemas de salud objeto de estas medidas cautelares, en particular, iniciar un programa de asistencia y atención en salubridad para los beneficiarios, a efectos de identificar a aquellas personas que pudieran haber sido afectadas con las consecuencias de la contaminación para que se les provea de la atención médica pertinente; adoptar las demás medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de los miembros de las 18 comunidades mayas mencionadas; y planificar e implementar las medidas de protección con la participación de los beneficiarios y/o sus representante”*⁶⁷.

La resolución se expidió en el caso sobre consulta comunitaria en el Municipio de San Juan Sacatepéquez, Departamento de Guatemala, y se aplica a la consulta previa, la autorización de licencias mineras e hidroeléctricas, leyes, reglamentos y políticas públicas en territorios de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca (tomado de Servicios de Comunicación Intercultural Servindi).

Son varios los ejemplos que demuestran las rupturas en Guatemala que resquebrajan una nunca bien lograda consolidación del Estado que logre algún nivel importante de legitimidad. Cada vez son más los jueces, que ante la ausencia de reglas claras para la coordinación y participación efectiva de los pueblos indígenas, no se arriesgan a aceptar plenamente la validez de las actuaciones de las autoridades tradicionales en la aplicación de la justicia propia, cuando menos miran a otro lado cuando estos actúan.

67 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), MC 260/07 – Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.sp.htm> (consultada el 6 de marzo de 2011).

Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), MC 260/07 – Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam(2007).
- Fundación para el Debido Proceso Legal y OXFAM (2011) *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.*
- Información sobre los Pueblos Indígenas de El Salvador como insumo para el Proyecto Regional de Manejo Integrado de Ecosistemas por Pueblos Indígenas y Comunidades de Centroamérica. Octubre, 2003. Cooperación Técnica ATN-JF-7695-BID
- Informe Tercer Año de Labores, de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, CICIG, 2010
- Konrad Adenauer Stiftung (2008) *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena.* Bogotá.
- Martínez Luna, Jaime (2010) “Eso que llamamos Comunalidad.” México.
- Organización Internacional de Trabajo (2011) Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT. Conclusiones.
- Rubén Chacón Castro (2005) “El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial.” *Revista IIDH Vol. 141.*
- Tribunal Constitucional de Perú: Sentencia N° 0022-2009-PI/TC, Sentencia N° 0025-2005-PI/TC, Sentencia N° 0026-2005-PI/TC
- Van de Sandt, Joris (2009) Informe encargado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Amsterdam y financiado por Cordaid, La Haya. Supervisión académica, Prof. Andrž J. Hoekema