

AMPARO EN ÚNICA INSTANCIA

EXPEDIENTE 1072-2011

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, EN CALIDAD DE TRIBUNAL EXTRAORDINARIO DE AMPARO: Guatemala, veinticuatro de noviembre de dos mil once.

Se tiene a la vista, para dictar sentencia, la acción de amparo en única instancia promovida contra el Presidente de la República de Guatemala por José Aníbal Cuadra Ortiz, Aura Lolita Chávez Ixcaquic, Rolando López Crisóstomo, Juan José Monterroso, Hugo Icó Perén, Domingo Hernández Ixcoy, Daniel Pascual Hernández, Magdalena Sarat Pacheco, Juana Batzibal Tujal, Natalia Atz Sunuc, José Guadalupe Gómez Romero, Pacual Martín Vásquez Ramírez, Augusto Roderico Mérida Herrera y Francisco Rocael Mateo Morales. Los postulantes actuaron con el patrocinio de los abogados Benito Morales Laynes y Lucía Inés Xiloj Cuin. Es ponente en este caso la Magistrada Vocal IV, Gloria Patricia Porras Escobar, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. EL AMPARO

A) Interposición y autoridad: presentado el veintitrés de marzo de dos mil once, en esta Corte. **B) Actos reclamados:** **a)** procedimiento iniciado por la autoridad impugnada, para aprobar el proyecto de reglamento denominado "Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes"; y **b)** la disposición por medio de la cual se concede el plazo de treinta días hábiles para opinar al respecto, contados a partir del veinticuatro de febrero de dos mil once, suscrito por Mario Roberto Illescas Aguirre, Ministro de Trabajo y Previsión Social y presentado públicamente por el Presidente de la República de Guatemala en el Patio de la Paz del Palacio Nacional de la Cultura, el veintitrés de febrero de dos mil once. **C) Violación que denuncia:** a los derechos de consulta y de los pueblos indígenas y al principio jurídico del debido proceso. **D) Hechos que motivan el amparo: D.1) Producción del acto reclamado:** **a)** en el año de mil novecientos ochenta y nueve fue adoptado en el ámbito internacional el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que fue aprobado por el Congreso de la República de Guatemala, el cinco de junio de mil novecientos noventa y seis y que es ley vigente en Guatemala; **b)** uno de los derechos más importantes que reconoce el Convenio en mención, es el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, porque con el mismo se dota a éstos de un mecanismo de participación e incidencia en la toma de decisiones que pueden afectarles y, además, porque de alguna manera contribuye a eliminar la situación de exclusión que dichos pueblos han vivido históricamente; **c)** en el año dos mil diez, el Presidente de la República de Guatemala conformó una Comisión para la elaboración de un proyecto de reglamento denominado "Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes", cuya presentación pública se realizó el veintitrés de febrero de dos mil once, fecha en la que se entregó también la disposición por medio de la cual se concede a los interesados el plazo de treinta días hábiles para que emitan observaciones y propuestas a dicho proyecto de reglamento, la que fue suscrita por el Ministro de Trabajo y Previsión Social; **d)** en tal disposición se indica que vencido el mencionado plazo, se redactará la versión final del respectivo acuerdo gubernativo por el que se emita

el reglamento aludido. **D.2) Agravios que se reprochan al acto reclamado:** indicaron que la autoridad impugnada con el procedimiento y disposición que señala como actos reclamados les causa las siguientes violaciones: **a)** al derecho de consulta contenido en la literal a) del artículo 6 del citado Convenio 169, que de conformidad con los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, constituyen un derecho humano con preeminencia sobre el derecho interno y que consiste en que todas las medidas administrativas y legislativas que afecten a los pueblos indígenas o tribales, debe consultárseles y, además, para que sea efectiva tal consulta, la misma se debe llevar a cabo con las comunidades afectadas, las personas que las representen legítimamente y las organizaciones que ellas mismas designen, de manera que no puede suplantarse a las autoridades legítimas por autoridades impuestas por el Estado, porque para la designación de éstos no se sigue el sistema propio de los pueblos indígenas; de esa forma, el derecho de consulta tiene la naturaleza de una institución jurídica especial de los derechos humanos, orientada a frenar la discrecionalidad y arbitrariedad estatal frente a los pueblos indígenas, reparando así la desigual participación y discriminación en las decisiones políticas, legislativas y administrativas que les afectan; lo anterior ha sido violentado por la autoridad impugnada, porque de manera arbitraria dispuso crear una Comisión, sin representación legítima de los pueblos indígenas, la que elaboró el proyecto de reglamento que no toma en cuenta los principios básicos de la consulta; **b)** a los derechos de los pueblos indígenas que conforman la nación guatemalteca, por cuanto se ha desarrollado un procedimiento que condujo a la elaboración de un proyecto de reglamento sobre el derecho de consulta de dichos pueblos, el que será fuente del derecho administrativo y, por lo tanto, generará normas jurídicas que implican una medida administrativa y legislativa, por lo que a tenor de la literal a) del artículo 6 del citado Convenio 169, la autoridad impugnada está obligado a consultar previamente a dichos pueblos por afectarles directamente, observando las formas y principios establecidos en el referido Convenio y en armonía con el deber de la titularidad establecido en el artículo 66 constitucional; **c)** al principio jurídico del debido proceso, por cuanto resulta evidente el abuso de poder, excediéndose de las facultades que le confiere el artículo 183 de la Constitución Política de la República, sin observar la obligación establecida en la literal a) del artículo 6 del citado Convenio 169 y el deber de reconocimiento, respeto y promoción de las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de los pueblos indígenas; **d)** por otra parte, se evidencia que el proceder de la autoridad reprochada incurrió en las violaciones denunciadas, porque no sólo de manera arbitraria se dispuso la conformación de una Comisión sin representación legítima de los pueblos indígenas, sino que no se tomaron en cuenta los principios básicos de la consulta cuando, por ejemplo, se indica públicamente en la presentación del proyecto que se realizó un seminario con la participación de funcionarios de la Organización Internacional del Relator Especial, James Anaya y de funcionarios del Gobierno, que por su naturaleza de sus funciones tienen íntima relación con el tema, lo que desvirtúa totalmente el derecho a la consulta, pues ese seminario nunca podría suplantar la obligación de darle participación a los representantes legítimos de los citados pueblos, por medio de sus mecanismos propios; **e)** además, se aduce que se hizo una conferencia presentando el proyecto de reglamento ante abogados que fungen como asesores gubernamentales, por lo que nuevamente se evidencia una violación sistemática de su derecho a la consulta; y **f)** finalmente, no basta a dicha autoridad haber violentado el citado derecho, sino pretende seguirlo violando pues únicamente se afirma que el

proyecto de reglamento se socializará, vulnerando uno de los principios fundamentales de la consulta que ya se ha analizado y que se trata del carácter previo que debe tener, el cual no se agota con la simple socialización de una decisión ya tomada sin la participación previa, libre e informada de los pueblos indígenas o de sus representantes legítimos. **D.3) Pretensión:** solicitaron que se declare la procedencia de la acción de amparo, como consecuencia, vulnerado su derecho a la consulta e ilegal el procedimiento promovido por la autoridad impugnada. **E) Uso de recursos:** ninguno. **F) Caso de procedencia:** invocaron el contenido en el inciso a) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **G) Leyes violadas:** citaron los artículos 44, 46 y 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala; y la literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: se otorgó. **B) Terceros interesados:** a) el Procurador de los Derechos Humanos; y b) el Ministro de Trabajo y Previsión Social. **C) Informe circunstanciado:** la autoridad impugnada informó: a) consta en publicaciones de prensa, que el Gobierno de la República de Guatemala, invitó a la presentación oficial de parte del Proyecto "Reglamento para el Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas en el marco del Convenio 169 de la Organización de Trabajo", efectuada el miércoles veintitrés de febrero de dos mil once, lo cual fue por iniciativa del Ministerio de Trabajo y Previsión Social; indicó que los parámetros para la elaboración del mencionado proyecto fueron los siguientes: i) se solicitó por parte de dicho Ministerio, los comentarios de la Directora del Departamento de Normas de la Organización Internacional de Trabajo y su posterior acompañamiento por parte del Secretario General de la misma Organización; ii) se sometió a consideración del Relator Especial para los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas; iii) se llevaron a cabo seminarios con la participación de funcionarios de la citada Organización, funcionarios del Gobierno de Guatemala y del Relator Especial mencionado; iv) conferencias presentadas ante abogados que fungen como asesores gubernamentales; b) la interpretación que los accionantes adoptan para la presentación de un proyecto de reglamento, es desde su particular percepción subjetiva y que en nada transgrede normas constitucionales u ordinarias, especialmente el artículo 6 del aludido Convenio, ya que dicho proyecto es el resultado de la aplicación del mismo, así como de las recomendaciones de la indicada Organización, en cuanto a la aplicabilidad del mismo Convenio, trascendiendo en las directrices o pasos a seguir, en el proceso de consulta y que erróneamente interpretan al invocar que han sido apartados de un proceso que aún no ha nacido a la vida jurídica, de ahí que se debe tomar en cuenta que la presentación del proyecto referido por iniciativa del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, carece de agravios que vedan derechos fundamentales de los postulantes; c) la viabilidad de un proyecto de reglamento referente al proceso de consulta del Convenio 169 aludido y por ser un proyecto de acuerdo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, conlleva una serie de formalidades para su aprobación, tales como dictámenes y opiniones del sector laboral conforme a la materia de su competencia, en virtud que dicho Ministerio, de conformidad con el Decreto 114-97 del Congreso de la República, la Ley del Organismo Ejecutivo, le corresponde entre otras funciones, formular la política laboral, salarial y de salud e higiene ocupacional del país; d) los accionantes alegan una serie de agravios que, según ellos, se generan por la presentación del referido proyecto, mencionando una serie de normas constitucionales y ordinarias, haciendo un análisis dentro de su concepción

ideológica; sin embargo, no hacen un razonamiento comparativo y concreto de las normas para arribar a la existencia de una violación a principios y derechos constitucionales, por lo que dichos tópicos están totalmente fuera de contexto y de la realidad actual, pues el derecho del trabajo conlleva para el Estado la obligación de adoptar las medidas pertinentes para asegurar su aplicación; y **e)** los amparistas acuden a la justicia constitucional en nombre propio, como miembros pertenecientes a los pueblos indígenas, sin embargo, al analizar la documentación que acompañan, se determinó que si bien es cierto dicen actuar como miembros de un grupo étnico, ello no les confiere una representación aparente y, por lo tanto, carecen de personería y en su caso de personalidad, por no ser una acción que afecte intereses individuales o contra su patrimonio, derivado de un acto de autoridad, pues no hay un interés legítimo, entendiéndolo éste, como se dijo, en la reparación del perjuicio que esa persona sufre en sí misma o en su patrimonio, de ahí que la pretensión colectiva que pretenden no se aplica en la presente acción. De esa cuenta no necesariamente corresponde a quien haya comparecido a invocar la justicia constitucional esa legitimación, sino a quien haya sufrido el agravio personal y directo. **D) Pruebas:** **a)** fotocopia simple de la disposición -sin día- de febrero de dos mil once, signada por el Ministro de Trabajo y Previsión Social, en la cual se describe el procedimiento iniciado por el Presidente de la República de Guatemala, que tiene por objeto aprobar el proyecto de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes; **b)** fotocopia simple de la exposición de motivos del proyecto del citado Reglamento; **c)** fotocopia simple del Reglamento mencionado; **d)** fotocopia simple del anuncio donde se invita a la presentación oficial por el Presidente de la República de Guatemala, del proyecto en mención, publicado el veintidós de febrero de dos mil once, en la página cuarenta del matutino Prensa Libre.

III. ALEGACIONES DE LAS PARTES EN LA EVACUACIÓN DE LA SEGUNDA AUDIENCIA Y EN EL DÍA DE LA VISTA

A) Los solicitantes reiteraron los argumentos expuestos en su escrito inicial y agregaron: **a)** que en la tramitación del amparo se han presentado argumentos, de los que se deduce que existe una total incompreensión por parte de la autoridad impugnada de la esencia del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y, además, se evidencia que hay un desconocimiento de la realidad social del país, de la existencia de dichos pueblos y de la discriminación a la que históricamente han sido objeto; **b)** por la trascendental importancia del derecho a la consulta, ningún funcionario público, aunque sea de la más alta jerarquía, puede suplir e imponer la forma en la cual se debe llevar a cabo; **c)** el argumento de que se está vedando la función del Organismo Ejecutivo de normar un procedimiento para la realización de las consultas, carece de sustento jurídico, pues, en primer lugar, como se ha señalado reiteradamente, antes de tomar cualquier decisión, incluso de iniciar un procedimiento, debe contar con la participación de los pueblos indígenas y esa intención no debe ser arbitraria e impositiva; en segundo lugar, si lo que le preocupa a la autoridad impugnada es incumplir con la obligación internacional, es necesario señalar que existen resoluciones que indican que esa situación (falta de representación), no es justificación para incumplir con la obligación de consultar; **d)** el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, dentro de las observaciones finales que presentó el dieciséis de marzo de dos mil diez, recomendó al Estado de Guatemala: *"...que instaure mecanismos adecuados, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el convenio No. 169 de la*

OIT, para llevar a cabo consultas efectivas con las comunidades que puedan verse afectadas por proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales con el objetivo de obtener su consentimiento libre, previo e informado. En ese sentido el Comité recuerda al Estado parte que la ausencia de reglamentación del Convenio 169 no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa..."; e) lo antes relacionado aclara que el derecho de consulta, al ser un derecho fundamental, no está sujeto a la existencia de leyes o reglamentos que lo desarrollen; por ello, su ejercicio así como la obligación de respetarlo, trasciende la necesidad de su instrumentación y en esa línea se han pronunciado diferentes autores; **f)** con los razonamientos expuestos se colige que el derecho de consulta es auto ejecutable y, por lo mismo, de obligatorio cumplimiento, entre otros casos, ante medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los comunidades originarias. Solicitaron que se otorgue el amparo y, en consecuencia, se declare vulnerado su derecho a la consulta. **B) El Presidente de la República de Guatemala, autoridad impugnada,** reiteró lo expuesto en el informe circunstanciado que rindió en su oportunidad. Solicitó que se deniegue el amparo por notoriamente improcedente. **C) El Ministerio Público** manifestó: **a)** al analizar los argumentos de los accionantes y el informe circunstanciado rendido por la autoridad impugnada y documentos adjuntos, arriba a la conclusión que el amparo solicitado es procedente, en vista que en la dilación del procedimiento que se ha llevado a cabo para la formulación del proyecto de Reglamento en mención, desde que dio inicio cuando dicha autoridad conformó la Comisión encargada de redactarlo, a la fecha en que fue presentado públicamente y en que se señaló un plazo para que cualquier interesado emitiera observaciones y propuestas al mismo, no existe ningún documento en que conste que se dio participación a las comunidades indígenas, a pesar que se trata de una medida legislativa que les concierne directamente, pues se pretende regular el procedimiento de consulta a dichos pueblos, tal y como el nombre del proyecto de reglamento lo indica; ello se corrobora al dar lectura al informe circunstanciado, en el cual en ningún momento se indica que se les haya dado participación en dicho procedimiento, sino es hasta que dicho proyecto se encuentre redactado que se hace la presentación pública del mismo y se convoca a cualquier interesado a que emita observaciones y propuestas al respecto; **b)** en el presente caso la citada autoridad ha infringido el derecho de consulta que asiste a los postulantes, dado que no se advierte indicio de acercamiento con las diferentes comunidades que representan los pueblos indígenas de Guatemala, a fin de obtener su parecer, ni mucho menos buscar acuerdos con las mismas, para adoptar el contenido del proyecto de la medida legislativa a que se ha hecho referencia; **c)** no se observa pues el cumplimiento de los principios de consulta previa, informada, de buena fe, adecuada, sistemática y transparente y al alcance de la consulta, contrario a ello, se observa en el proceder de la autoridad impugnada, poca información respecto al procedimiento llevado a cabo. Solicitó que se otorgue el amparo solicitado por los postulantes y, como consecuencia, se les restaure en la situación jurídica afectada y se dejen en suspenso en forma definitiva los actos reclamados.

CONSIDERANDO

-I-

Procede el otorgamiento de la protección constitucional de amparo cuando la autoridad, aún actuando de buena fe, limita el alcance de un derecho internacional validado por el Estado de Guatemala conforme la Constitución Política de la República de Guatemala, tal el caso del derecho de consulta que les asiste a los Pueblos Indígenas

conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

-II-

José Aníbal Cuadra Ortiz, Aura Lolita Chávez Ixcaquic, Rolando López Crisóstomo, Juan José Monterroso, Hugo Icó Perén, Domingo Hernández Ixcoy, Daniel Pascual Hernández, Magdalena Sarat Pacheco, Juana Batzibal Tujal, Natalia Atz Sunuc, José Guadalupe Gómez Romero, Pacual Martín Vásquez Ramírez, Augusto Roderico Mérida Herrera y Francisco Rocael Mateo Morales, acuden en amparo contra el Presidente de la República de Guatemala, reclamando contra **a)** procedimiento iniciado por la autoridad impugnada, para aprobar el proyecto de reglamento denominado "Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes"; y **b)** la disposición por medio de la cual se concede el plazo de treinta días hábiles para opinar al respecto, contados a partir del veinticuatro de febrero de dos mil once, suscrito por Mario Roberto Illescas Aguirre, Ministro de Trabajo y Previsión Social y presentado públicamente por dicha autoridad en el Patio de la Paz del Palacio Nacional de la Cultura.

-III-

Al respecto, esta Corte estima necesario traer a colación lo asentado por este Tribunal sobre el derecho de consulta emanado del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como la forma de regulación del mismo, en la sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil nueve, dictada en el expediente tres mil ochocientos setenta y ocho – dos mil siete (3878-2007), en la que entre otros puntos se estimó:

I) "...esta Corte ha señalado que tal convenio, considerado en su integridad, propicia la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena y reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala [Opinión consultiva de veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco, dictada en el expediente ciento noventa y nueve – noventa y cinco (199-95)...";

II) "...a la fecha aún no ha sido consolidada una plataforma legal que en el ámbito nacional regule de manera integral y eficaz el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Esta misma Corte ya señaló esa falencia al dictar sentencia dentro del expediente número mil ciento setenta y nueve-dos mil cinco, el ocho de mayo de dos mil siete: '... la normativa que regula lo relativo a las consultas populares referidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, es bastante amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta (...) En tal sentido se exhorta al Congreso de la República de Guatemala a lo siguiente (...) b) para efectivizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas, referido en los artículos 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, se legisle sobre la forma cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos, quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos...';

III) "... La Organización Internacional del Trabajo ha manifestado que el derecho previsto en el artículo 6 numeral 2 del Convenio 169 no debe interpretarse como el otorgamiento a los pueblos indígenas y tribales de un derecho de veto. No debe tomarse

de manera inconsulta ninguna medida que afecte a dichos pueblos, pero ello no significa que en caso de desacuerdo nada pueda hacerse [Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, OIT, 2003, página 16]. Otro tanto ha asentado respecto a lo dispuesto en el artículo 7, en concomitancia con la disposición que le precede, al afirmar en su Guía para la Aplicación del Convenio número 169 de la OIT, que ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Refiere en dicho documento que durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran, pero la Conferencia Internacional del Trabajo no lo entendió de esta manera, dado que el artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones, implicando que el poder público tiene la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo [Pueblos Indígenas y tribales. Guía para la Aplicación del Convenio Número 169. Organización Internacional del Trabajo (OIT), páginas 14 y 15]...";

IV) "...En la argumentación jurídica citada resaltan como constantes básicamente dos inferencias, con las que esta Corte coincide: primero, que es imperativo para los Estados partes del Convenio 169 de la OIT, observar la eficacia del derecho de consulta que asiste a las poblaciones indígenas en sus linderos nacionales, con las implicaciones que ello impone –como ya se asentó en el considerando anterior–; y segundo, que éste no equivale a una prerrogativa de veto sobre las acciones realizadas dentro de la esfera legal de atribuciones que compete a los organismos gubernamentales (...). (...). Consecuentemente, se colige que desde un ángulo sí reviste vinculatoriedad y desde otro, no. Para ilustrar de manera más precisa el punto, es oportuno traer a colación que en el Diccionario de la Lengua Española se refiere que el vocablo vincular proviene del latín *vinculāre* y entre los significados que se le atribuyen figuran: "...3. tr. Someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa. 4. tr. Sujetar a una obligación...". De tal suerte que el derecho de consulta en realidad involucra dos distintas acepciones del término vincular: por un lado, su reconocimiento por parte de un Estado conlleva que éste quede sujeto a la obligación de ejecutar las acciones que sean requeridas a fin de regularlo y hacerlo efectivo a nivel interno; y por otro, la oposición que puedan adoptar dichas poblaciones dentro de los procedimientos que sean establecidos para que éstas lo ejerzan no somete la suerte de las medidas que están por implementarse o el comportamiento de los entes gubernamentales responsables de ello. Es decir, como derecho fundamental cuyo reconocimiento se origina del consenso internacional vincula al Estado de que se trate, en cuanto a su regulación legal y protección institucionalizada, pero no es vinculante la postura de desaprobación que en definitiva puedan asumir las poblaciones indígenas en su práctica. Empero, para complementar lo anterior cabe puntualizar, en coherencia con el desarrollo normativo, conceptual y jurisprudencial vertido en el presente fallo, que el segundo de los escenarios descritos –asociado a un resultado negativo– debe ser la excepción; la regla general, pues ésa es la finalidad última con la que está concebido el derecho de consulta, es la concreción de acuerdos, en cuyo caso lógicamente éstos sí comprometen, tanto a las autoridades gubernamentales competentes como a las propias comunidades interesadas – de ahí la importancia de que los que participen directamente en nombre de éstas estén

verdaderamente revestidos de representatividad-, (...)'...";

V) *"...Por otro lado, también es imprescindible hacer la salvedad de que si bien la resistencia de las comunidades indígenas ante una determinada iniciativa de esa índole no impide al gobierno propiciar su realización, ello no desvincula a éste de la responsabilidad insita que le atañe como expresión del poder público que deriva de la delegación de la soberanía nacional, en el sentido de ser escrupulosamente respetuoso y garante de los derechos sustantivos de toda la población de la cual es mandatario; la observancia de esa máxima constituye sin duda uno de los factores determinantes en el afianzamiento de un genuino Estado Constitucional de Derecho y, por ende, debe ser pauta que prive en su proceder respecto a cualquier cuestión de su competencia.(...)' (...)Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros..." [Sentencia SU-treinta y nueve/noventa y siete, de tres de febrero de mil novecientos noventa y siete, emitida por la Sala Plena]. (...)'...".*

-IV-

De lo expuesto en el informe circunstanciado que rindió la autoridad impugnada dentro del trámite del presente amparo, se establece que la autoridad impugnada oficializó ante diversos sectores de los pueblos indígenas un proyecto del "Reglamento para el Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas en el marco del Convenio 169 de la Organización de Trabajo", lo que se efectuó el miércoles veintitrés de febrero de dos mil once, oportunidad en la cual se manifestó que los parámetros para su elaboración fueron los siguientes: i) se solicitó por parte del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, los comentarios de la Directora del Departamento de Normas de la Organización Internacional de Trabajo y su posterior acompañamiento por parte del Secretario General de la misma Organización; ii) se sometió a consideración del Rector Especial para los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas; iii) se llevaron a cabo seminarios con la participación de funcionarios de la citada Organización, funcionarios del Gobierno de Guatemala y del Relator Especial mencionado; y iv) conferencias presentadas ante abogados asesores gubernamentales.

Este Tribunal advierte que lo anterior denota que el actuar de la autoridad impugnada conlleva el objetivo legítimo de desarrollar un marco normativo que permita definir un procedimiento objetivo y previo, mediante el cual se puedan realizar las consultas a las que tienen derecho los pueblos indígenas conforme el Convenio 169 citado. Tal objetivo, no solamente es legítimo, sino su finalidad es acorde a la necesidad reconocida por esta Corte en el numeral II) de la Sentencia citada *ut supra*, en el sentido de superar la deficiencia consistente en la ausencia de *"...una plataforma legal que en el ámbito nacional regule de manera integral y eficaz el derecho de consulta de los pueblos indígenas. (...)"*.

No obstante, también advierte esta Corte que, aún cuando el actuar de la autoridad impugnada se enmarca en una evidente buena fe, en la persecución de un objetivo legítimo y en el marco de las facultades constitucionales de reglamentación que le concede el artículo 183 de la Constitución Política de la República; el procedimiento desarrollado limita el alcance del derecho de consulta que le asiste a los pueblos

indígenas conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Para el efecto, debe tenerse en cuenta que conforme el artículo 2 del Convenio citado, los Gobiernos deben *“asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos...”*.

Siendo que el derecho de consulta es uno de los derechos que le asiste a los pueblos indígenas, es claro que el desarrollo de la regulación normativa de tal derecho, sea por vía legislativa o por vía reglamentaria, debe realizarse por el Gobierno del Estado de Guatemala con la participación coordinada, sistemática y armónica, con los integrantes de dichos pueblos, pues no es concebible que el derecho de consulta que persigue concretizar los derechos de los pueblos indígenas, sea regulado sin la amplia participación de los mismos.

También es aplicable al proceso mismo de regulación normativa del derecho de consulta, lo establecido en el artículo 6 del citado Convenio que prescribe: *“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los Gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. (...)”*.

En consecuencia, de conformidad con lo que obra en autos, se establece que el procedimiento desarrollado por la autoridad impugnada no ha sido suficientemente amplio ni apropiado, pues no cumplió con dar una participación coordinada ni sistemática a los pueblos indígenas a quienes les asiste el derecho de consulta. Si bien la autoridad impugnada dio participación a órganos internacionales, expertos en la materia y a funcionarios del Gobierno para la elaboración del proyecto de reglamento que constituye el primer acto impugnado, ésta no puede sustituir en ningún momento la participación de los pueblos Indígenas que constituyen el sujeto del derecho.

También estima esta Corte enfatizar que, si bien la autoridad impugnada al oficializar el proyecto de Reglamento citado dio participación a los pueblos indígenas para que en un plazo de treinta días se pronunciaran sobre su contenido (segundo acto reclamado), esta participación no es acorde al alcance del derecho de consulta que establece el Convenio 169 de la OIT, pues es evidente que la participación de los pueblos Indígenas para esta materia debe ser amplia y no puede circunscribirse al contenido de un Proyecto de Reglamento ya elaborado por otros actores, sino la misma debe ser, incluso, para la definición del propio proceso que se desarrollará para la construcción del proyecto de reglamentación o legislación que se pretenda adoptar en esta materia.

En cuanto al instrumento que debe desarrollarse para el efectivo cumplimiento del derecho de consulta de los pueblos Indígenas, esta Corte estima que la exhortativa hacia el Congreso de la República generada desde el año dos mil nueve en la sentencia citada en el considerando anterior, no debe entenderse en un sentido limitativo. Si bien se considera que una regulación a nivel legislativo es lo más idóneo para alcanzar un mayor desarrollo del derecho de consulta de los pueblos Indígenas, también lo es que, de conformidad con nuestro sistema legal, los Convenios Internacionales aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala constituyen parte del sistema jurídico propio del Estado de Guatemala, por lo que la facultad reglamentaria del artículo 183 de la Constitución Política de la República permite al Presidente de la República desarrollar la reglamentación en esta materia, en ausencia de una normativa legislativa ordinaria.

Ahora bien, al margen de la suspensión de las acciones que fueron señaladas como actos reclamados en el presente amparo, este Tribunal estima pertinente subrayar que para lograr la protección plena del derecho que se persigue tutelar, es menester que la iniciativa reglamentaria bajo examen sea retomada y reconducida en congruencia con lo aquí considerado, a fin de que prospere y culmine adecuadamente el procedimiento de regulación interna del derecho de consulta previsto en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.

Como ya se apuntó en el apartado considerativo que precede, si bien la autoridad impugnada hizo bien al involucrar organismos internacionales especializados en la materia y funcionarios públicos relacionados, sobre todo es determinante que tenga lugar la debida participación a los pueblos indígenas. Para ello, conviene que se tenga presente, al convocárseles, las estructuras organizativas que actualmente figuran jurídicamente reconocidas y socialmente institucionalizadas como producto de sus usos, costumbres y tradiciones propias.

En ese orden de ideas, el Sistema de Consejos de Desarrollo se perfila como un valioso marco referencial, más no exclusivo. Así lo reflejan los considerandos de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto 11-2002 del Congreso de la República), cuyo contenido armoniza plenamente con el sustrato y teleología del derecho de consulta: *"...Que la Constitución Política de la República en sus artículos 119 literal b) y 224, se refieren a la necesidad imperativa de promover sistemáticamente la descentralización económico-administrativa como medio para promover el desarrollo integral del país, para lo cual es urgente propiciar una amplia participación de todos los pueblos y sectores de la población guatemalteca en la determinación y priorización de sus necesidades y las soluciones correspondientes (...) debiendo estructurarse desde la base de la población, para constituir un instrumento permanente de participación y representación de los pueblos maya, xinca y garífuna y de la población no indígena, así como de los diversos sectores que constituyen la nación guatemalteca, sin exclusión ni discriminación de ninguna especie, mediante la creación de los mecanismos y criterios idóneos en los niveles comunitario, municipal, departamental, regional y nacional (...) es esencial que este Sistema de Consejos de Desarrollo se rija por los principios de igualdad en dignidad y derechos de todos los actores sociales, y se haga efectivo en condiciones de oportunidades equitativas de participación dentro de una convivencia pacífica, en el marco de una democracia funcional, efectiva y participativa, en los procesos de toma de decisión en la planificación y ejecución de las políticas públicas de desarrollo...".* Tales lineamientos figuran recogidos dentro de la preceptiva de la citada Ley [Artículo 2], como parte de los principios generales de ese Sistema: *"... a) El respeto a las culturas de los pueblos que conviven en Guatemala. b) El fomento a la armonía en las relaciones interculturales (...) d) (...) La promoción de procesos de democracia participativa, en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades de los pueblos maya, xinca y garífuna y de la población no indígena, sin discriminación alguna. e) La conservación y el mantenimiento del equilibrio ambiental y el desarrollo humano, con base en las cosmovisiones de los pueblos maya, xinca y garífuna y de la población no indígena...".* De hecho, en su artículo 26 se hace referencia explícita a las consultas a los pueblos indígenas, preceptuándose que en tanto se emite la ley que las regule específicamente, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los Consejos de Desarrollo.

Es del caso resaltar que los Organos Coordinadores de los Consejos Comunitarios

de Desarrollo, que constituyen las unidades básicas de ese entramado institucional, son elegidos por imperativo legal "... de acuerdo a sus propios principios, valores, normas y procedimientos..." [Artículo 13, inciso b] y, de hecho, son presididos por los *Alcaldes Comunitarios* [Artículo 16], reconocidos en todas las corporaciones municipales como "... entidades representativas de las comunidades...", nombrados "... de acuerdo a los principios, valores, procedimientos y tradiciones de las mismas..." [Artículo 56 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República y sus reformas)]. Asimismo, tanto dichos Órganos como los Consejos Municipales de Desarrollo disponen del apoyo de los *Consejos Asesores Indígenas*, conformados por "... las propias autoridades reconocidas por las comunidades indígenas de acuerdo a sus propios principios, valores, normas y procedimientos..." [Artículo 23 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural].

Además, en la misma Ley está taxativamente dispuesto que en los niveles departamental, regional y nacional del sistema, intervengan representantes de los pueblos indígenas electos de acuerdo a "... sus propios principios, valores, normas y procedimientos, o sus estatutos..." [Artículo 9, inciso e] y "...sus usos y costumbres o normas estatutarias..." [Artículos 7, inciso f, y 5, inciso g].

Es decir, el Sistema de Consejos de Desarrollo ofrece un andamiaje en el que, como se desprende nítidamente de la normativa reseñada, se persigue con especial acento asegurar la presencia de representantes comunitarios en general y, específicamente, de representantes de los pueblos indígenas de las distintas regiones del país; unos y otros elegidos según sus propios principios, valores, usos y costumbres. Y, aunado a ello, cabe mencionar que su particular conformación multisectorial propicia un espacio de diálogo para el tratamiento del derecho de consulta desde una perspectiva integral y plural. Lo anterior, como ya se apuntó, no debe entenderse como el único mecanismo válido de consulta para el tema que atañe, pero sí como una base primaria para buscar el acercamiento con las distintas comunidades y pueblos indígenas que deben participar activamente en el desarrollo de la propuesta de reglamentación o regulación de su propio derecho de consulta.

En conclusión, se estima procedente otorgar la protección constitucional pedida, con lo que quedará en suspenso definitivamente la iniciativa de reglamentación del derecho de consulta tal cual fue planteada por la autoridad impugnada, que deberá reformularla en observancia de los lineamientos aquí indicados, principalmente en lo relativo a la participación activa de los propios pueblos indígenas en el proceso.

Si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la condena en costas es obligatoria cuando se declare procedente el amparo, en este caso no resulta aplicable tal sanción habida cuenta que no se desvirtuó la presunción de actuación de buena fe de la autoridad impugnada, tal y como ya se puntualizó precedentemente.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 265, 268 y 272, inciso b), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8º., 10, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, inciso a), 52, 53, 149, 163, inciso b) y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 14 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I. Otorga** el amparo solicitado por José Aníbal Cuadra Ortiz, Aura Lolita Chávez

Ixcaquic, Rolando López Crisóstomo, Juan José Monterroso, Hugo Icó Perén, Domingo Hernández Ixcoy, Daniel Pascual Hernández, Magdalena Sarat Pacheco, Juana Batzibal Tujal, Natalia Atz Sunuc, José Guadalupe Gómez Romero, Pacual Martín Vásquez Ramírez, Augusto Roderico Mérida Herrera y Francisco Rocael Mateo Morales. **II.** En consecuencia, se dejan en suspenso definitivamente los dos actos reclamados y, para que la protección del amparo sea efectiva, el Presidente de la República deberá reencausar la iniciativa de regulación de la consulta a los pueblos indígenas por medios idóneos, atendiendo las consideraciones de este fallo. **III.** No hay condena en costas. **IV.** Remítase copia certificada de este fallo al Congreso de la República de Guatemala. **V.** Notifíquese.

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE
PRESIDENTE

HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA
MAGISTRADO

ROBERTO MOLINA BARRETO
MAGISTRADO
VOTO RAZONADO DISIDENTE

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR
MAGISTRADA

JUAN CARLOS MEDINA SALAS
MAGISTRADO

VÍCTOR MANUEL CASTILLO MAYEN
SECRETARIO GENERAL ADJUNTO

**VOTO RAZONADO DISIDENTE DEL MAGISTRADO ROBERTO MOLINA BARRETO,
EN LA SENTENCIA DE VEINTICUATRO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL ONCE,
DICTADA EN EL EXPEDIENTE 1072-2011**

He disentido de la decisión mayoritaria, asumida por la Corte de Constitucionalidad que actualmente integro, de otorgar amparo definitivo a catorce personas individuales, que promovieron su pretensión constitucional contra un procedimiento *sui generis* iniciado por el Presidente de la República que finalizara con aprobación de un proyecto de reglamento que daría lugar a la emisión del denominado "*Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*".

Como efecto del otorgamiento de amparo, quedó en suspenso definitivamente aquel procedimiento *sui generis*, y con él se mantiene lo que se ha señalado como un incumplimiento de desarrollar obligaciones estatales que dimanen de la suscripción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

En la sentencia que otorgó amparo, si bien se pretende que sea objeto de tutela el derecho de consulta de los pueblos indígenas, se soslaya lo siguiente:

Uno de los objetivos, quizá el principal, para haber instado aquel procedimiento, es la intención que se tiene por parte del Organismo Ejecutivo de normar un procedimiento para la realización de las consultas a que se refiere el inciso a) del artículo 6 del Convenio

169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, y hacer así positivo, el cumplimiento de obligaciones estatales que dimanen de lo dispuesto en la norma convencional internacional antes aludida. Ello es plenamente reconocido por la Corte de Constitucionalidad cuando en aquella sentencia, invocando las consideraciones de la sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil nueve (Expediente 3878-2007), indica que el *“actuar de la autoridad impugnada conlleva el objetivo legítimo de desarrollar un marco normativo que permita definir un procedimiento objetivo y previo, mediante el cual se puedan realizar las consultas a las que tienen derecho los pueblos indígenas conforme el Convenio 169 citado”*.

Establecida entonces la legitimidad del objetivo de incoar aquel procedimiento, la buena fe y el actuar de acuerdo con una atribución constitucionalmente establecida, lo que sería objeto de cuestionamiento es la forma en la que se iba a desarrollar el procedimiento reclamado en amparo, el cual en ningún momento se determinó que se iba a desarrollar en forma secreta, sino más bien, pretendiéndose una participación sectorial, se convocó públicamente (por medio de publicaciones de prensa) a todos aquellos que pudieran manifestar interés en la posterior aprobación del *“Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”*. En el proceso de amparo no se acreditó que en aquella convocatoria hubiese existido exclusión de participantes, y menos aún que se hubiese excluido en ella a quienes promovieron la acción de amparo, pues resulta evidente que ellos, por la generalidad de la convocatoria en mención, sí se encontraban en posibilidad jurídica de participar en ella, así como de opinar y formular sugerencias respecto del contenido de aquel proyecto. De hecho, se tiene conocimiento que varias personas manifestaron su interés en participar, y de buena fe expresaron sus opiniones. Ahora, el otorgamiento de amparo, tornó nugatorias las opiniones y sugerencias que pudieron haber sido formuladas respecto del proyecto del *“Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”*, hasta antes de la suspensión provisional del procedimiento reclamado.

No advertí la manera cómo a los solicitantes de amparo, enterados como manifestaron estar de la convocatoria realizada a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, para la posterior emisión del *“Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”*, se les hubiese limitado en la formulación de opiniones y sugerencias respecto del contenido del mismo, pues es entendido que su participación conllevaba también una expresión de cuáles hubiesen podido ser las razones de su desacuerdo —si lo tuvieran— respecto del proyecto de reglamento. Considero entonces que si como consecuencia de haber asumido una decisión subjetiva y voluntaria, quienes solicitaron amparo decidieron no participar en aquella convocatoria, tal decisión no podía perjudicar manifestaciones de voluntad quienes sí decidieron participar en aquel procedimiento, y cuyas opiniones y sugerencias se han tornado inanes como consecuencia del otorgamiento de amparo definitivo.

Por aparte, he de indicar que la decisión de otorgar amparo deja de abordar lo relacionado con el presupuesto de procedibilidad del amparo de la legitimación activa de

quienes solicitan la protección constitucional. Este aspecto no puede soslayarse y debió merecer algunas consideraciones en la sentencia, en atención a que si bien son personas individuales quienes promovieron el amparo, no puede pasar por alto que es un interés difuso (derecho de consulta) el que se pretende proteger en la jurisdicción constitucional. Lo relevante de esta determinación, es por lo que se considera en la sentencia, cuando se hace alusión del artículo 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, al indicarse que en tanto no se emita una ley que regule lo relativo a las consultas a los pueblos indígenas, éstos pueden ser consultados por conducto de **sus representantes** en los Consejos de Desarrollo, de manera que la determinación de esa legitimación activa era pertinente por la invocación que se hizo del contenido de la norma antes citada.

Por aparte, creo atinente, en resguardo de la jurisprudencia emanada por esta Corte, que de haberse dado los vicios determinados en la sentencia que otorgó amparo, relacionados con que el procedimiento reclamado no fue lo suficientemente amplio ni apropiado, ni se cumplió con dar una participación coordinada ni sistemática a los pueblos indígenas, ello provocaba vicios *interna corporis* que bien pueden ser impugnados pero por medio del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, no así por medio del amparo, pues con esto se desnaturaliza esta última garantía constitucional.

Por las razones antes expresadas, y para mantener la debida congruencia de mi criterio expresado en los votos de veinticuatro de mayo, trece y dieciséis de junio, todos de dos mil seis, en el expediente 1072-2011, hago constar mi disentimiento respecto de la decisión asumida en la sentencia que, en ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 181 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, firmo razonando por este medio mi voto, y de manera atenta y respetuosa solicito que copia de este voto se agregue a la cédula de notificación respectiva de aquel fallo, para el conocimiento del mismo por las partes que intervienen en este proceso.

Guatemala, veinticuatro de noviembre de dos mil once.

ROBERTO MOLINA BARRETO
MAGISTRADO