



Las consultas de buena fe en Guatemala y la Corte Interamericana de derechos humanos

Por Carlos Loarca

Introducción

Debido a la grave crisis por la que atraviesa el país, transparentada a partir del final del conflicto armado en cuanto al modelo político, jurídico, ideológico y económico del Estado de Guatemala y sus pueblos, se encuentra en constante pugna un nuevo contrato social de tipo incluyente, que pretende destruir el sistema excluyente socioeconómico, patriarcal y racista.¹ El nuevo modelo defendido por las mayorías en contra de las oligarquías guatemaltecas, pretende de una vez por todas, imponer una verdadera democracia.

En dicho contexto, por supuesto mucho más complejo, se inscribe la lucha indígena y vecinal por formas más legítimas de participación directa en los asuntos públicos.

En cuanto a los pueblos indígenas, el derecho de consulta de buena fe entre pueblos y Estado, es uno de los principales mecanismos comunitarios y municipales practicados cada día con mayor extensión geográfica y política.

Dichas consultas se están constituyendo en un movimiento social comunitario² que pretende fortalecerse a través de la autonomía municipal, de ahí las pugnas entre los tipos de administración pública en el Estado guatemalteco:

¹ En la capital, por cada Q100.00 que ganan los trabajadores no indígenas, los indígenas ganan Q50.00; los profesionales mayas alcanzan un 36% menos de salario en comparación con los ladinos; por cada 95 ladinos universitarios un 5% son mayas; de los 677 mil niños y niñas que están fuera del sistema escolar, el 62% son indígenas. Diario de Centroamérica, órgano oficial del Estado de Guatemala, 23 de abril de 2008, p. 3.

² Pobladores de 20 municipios no están de acuerdo con la actividad minera y advierten que no permitirán la misma... Más de medio millón de guatemaltecos, que habitan esas tierras, ratificaron su decisión de no permitir la actividad de esas compañías, según confirmaron ayer dirigentes de la Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas –CNOC-. Diario de Centroamérica, diario oficial del Estado de Guatemala, 20 de mayo de 2008, p.4.

- 1) La administración pública del gobierno municipal; y,
- 2) La administración pública del gobierno central o nacional.

En la democracia formal representativa guatemalteca, ambas administraciones deberían coordinar y complementar las políticas públicas de desarrollo, pero a la inversa el gobierno central está continuamente imponiendo sus designios a los gobiernos municipales para mantener los privilegios de las clases sociales ricas del país, y las transnacionales.

Debido a esta lucha entre clases sociales y étnicas, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, los discapacitados, los enfermos, etc., las consultas de buena fe se constituyen en el principal mecanismo de coordinación entre las políticas públicas de desarrollo entre ambas administraciones, para paliar el fracaso de la democracia representativa guatemalteca, inyectando mecanismos de democracia participativa y deliberativa.

Es decir, necesitamos además de representantes en los órganos del gobierno central, que los pueblos participen directamente en tomas de decisión de trascendencia nacional, generando niveles de deliberación sobre los asuntos públicos ya no solo entre élites, sino entre pueblos, y sectores.

De ahí la necesidad de añadir a la democracia representativa elementos de democracia participativa. El incremento relativo de la pasividad del Estado resultante de la pérdida de su monopolio regulador, debe compensarse intensificando la ciudadanía activa, a menos que queramos ver cómo los fascismos societales invaden y colonizan esa pasividad.³

Contra dicha pasividad, el movimiento social de las consultas de buena fe dirigidas principalmente por liderazgo indígena comunitario, reivindica el derecho a su autodeterminación y autogobierno en la unidad del Estado guatemalteco, así como, el cuidado de la naturaleza a manera de incluirla dentro del contrato social de la democracia participativa, y el respeto de los derechos colectivos, todo esto con la finalidad última de que la lógica de la democracia participativa conlleve a la democracia redistributiva la cual debe significar solidaridad fiscal,⁴ que permita la democracia comunitaria.

³ Santos, Boaventura de Sousa, 2005: Reinventar la democracia, reinventar el Estado. CLACSO.

⁴ Idem.

Pero la resistencia de las élites a través del gobierno central ha llevado a violentar el derecho interno con consecuencias internacionales, de ahí que las más de 20 consultas de buena fe no sean reconocidas como legales en toda su dimensión, y sus resultados no sean considerados vinculantes.

Para demostrar la trascendencia jurídica y política de las consultas de buena fe, analizaré la sentencia de la Corte Interamericana a favor del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, comparándola con el caso del pueblo maya sipakapense ante la Comisión Interamericana contra el Estado de Guatemala.

La Corte Interamericana condenó al Estado de Surinam por no realizar consultas de buena fe con el pueblo tribal de Saramaka, por no beneficiarle económicamente de la explotación y comercialización de los recursos naturales en su territorio, y no realizar o supervisar estudios de impacto social y ambiental para prevenir daños ambientales irreversibles.

El caso del pueblo Saramaka

Debido a la interrelación de los argumentos presentados ante la Corte en el presente caso, el Tribunal abordó en un único capítulo las faltas de cumplimiento con el artículo 2⁵ (Disposiciones de derecho interno) y violaciones de los artículos 3⁶ (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 21⁷ (Derecho a la propiedad privada) y 25⁸

⁵ El artículo 2 establece que: “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

⁶ El artículo 3 establece que: “[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

⁷ El artículo 21 establece, *inter alia*, que: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

⁸ El artículo 25 establece que: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen:

a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y

a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

(Derecho a la protección judicial) en relación con el artículo 1.1⁹ (Obligación de respetar los derechos) de la Convención.

La Corte analizó las graves violaciones contra el pueblo Saramaka, no en un análisis clásico de los hechos y derechos, debido a la complejidad del mismo. La situación tan grave de los pueblos indígenas en las democracias formales, obliga a realizar análisis creativos, integradores, solidarios, serios y profundos de los hechos y derechos, como sucedió en la caso Sipakapa el cual veremos adelante.

La Corte Interamericana sentenció el 28 de noviembre de 2007 que los planes de desarrollo o inversión dentro del territorio del Pueblo Indígena Saramaka, cuando se otorguen concesiones para la extracción de sus recursos naturales, deben cumplir tres garantías establecidas por el derecho internacional¹⁰:

- 1) Participación efectiva;
- 2) Beneficios compartidos;
- 3) Evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

1) Participación efectiva:

La Corte sentencio que la primera garantía que el Estado debe cumplir al considerar planes de desarrollo es la de garantizar la participación efectiva del pueblo indígena Saramaka, a partir del derecho de consulta el cual debe ser de buena fe, en consecuencia, el Estado tiene el deber de realizarla. Dicho derecho sólo puede ser efectivo, cuando se realiza activamente, y según las costumbres y tradiciones del pueblo afectado.

La consulta de buena fe debe ser activa

El Estado tiene el deber de brindar información, e implica una comunicación constante entre las partes. Dichas consultas deben ser realizadas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.

Las consultas sólo pueden ser de buena fe si son realizadas activamente, es decir, desde las primeras etapas de la formulación o planificación del plan

⁹ Artículo 1(1) establece que: [L]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹⁰ Apartado F de la sentencia.

de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades, y así, brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.

Finalmente, de la consulta, el Estado debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo.

Sólo cumpliendo con los presupuestos descritos en los párrafos anteriores, una consulta puede ser considerada de buena fe, y en consecuencia, legal.

La consulta de buena fe debe ser según las costumbres y tradiciones

El Estado debe garantizar que la decisión del pueblo Saramaka sobre los planes de desarrollo o inversión en sus territorios, se tomen por medio de sus costumbres y tradiciones, lo cual significa que los procedimientos anteriores de comunicación, información y consulta, deben ser en su propio idioma, por medio de sus propios líderes y representantes que ellos mismos nombren para su representación, a través de sus propios mecanismos de consulta o métodos tradicionales de toma de decisiones.

2) Beneficios compartidos

La segunda garantía que el Estado debe cumplir antes de autorizar planes de desarrollo dentro del territorio indígena, es la de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo afectado.

Dicho concepto de compartir los beneficios, se encuentra tanto en la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas de las naciones unidas, como en el Convenio 169 de la OIT.

Sentencia la Corte, que conforme al derecho de indemnización contenido en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, le otorga el derecho al pueblo indígena Saramaka de participar en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de sus tierras y recursos naturales.

3) Evaluaciones previas de impacto ambiental y social

La tercera garantía que el Estado está obligado a cumplir en los proyectos de desarrollo son estudios de impacto ambiental y social antes de autorizar las concesiones solicitadas.

El objetivo es garantizar la prevención y por tanto, evitar, daños destructivos a las funciones ecológicas y culturales de dicho pueblo.

Para lo cual, dichos estudios deben hacer un análisis integral del total del territorio afectado tanto en sus ríos, arroyos y demás aguas en general, como los bosques y montañas, que puedan afectar culturalmente a dicho pueblo, como todo aquello que ecológicamente sea importante proteger.

Reparaciones

Entre otras reparaciones, la Corte condenó al Estado de Surinam por daños materiales por haber extraído una considerable cantidad de madera del territorio del pueblo Saramaka sin antes consultarle o brindarle una indemnización; debido a que las concesiones que otorgó el Estado causaron gran daño a la propiedad en el territorio del pueblo Saramaka, la Corte fijó en equidad \$.75,000.00 (setenta y cinco mil dólares estadounidenses) a favor del pueblo Saramaka, la cual deberá pagar el Estado.

En cuanto al daño Inmaterial la Corte sentencio que debido al daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo Saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no sólo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que el pueblo Saramaka tiene con su territorio, por el sufrimiento y la angustia que el pueblo Saramaka ha atravesado como resultado de una larga y continua lucha por el reconocimiento legal de su derecho al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado durante siglos, así como la frustración respecto del sistema legal interno que no los protege contra violaciones a dicho derecho. Todo ello constituye una denigración de sus valores culturales y espirituales. La Corte considera que el daño inmaterial que estas alteraciones causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo Saramaka les da el derecho de obtener una justa indemnización.

Por estas razones, la Corte ordena, en equidad, que el Estado asigne la suma de US\$ 600,000.00 (seiscientos mil dólares estadounidenses) a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional.

El caso del pueblo Sipakapense

El Pueblo Maya sipakapense¹¹ ubicado en el municipio de Sipacapa¹² del Departamento de San Marcos de Guatemala, realizó una consulta de buena fe, el 18 de junio de 2005 en su territorio, en contra de la exploración, explotación y comercialización minera de la empresa Montana S.A., el resultado fue que la gran mayoría rechazó dicha actividad con el objeto de que la misma suspenda sus actividades mineras.

La consulta fue regulada por medio de un Acuerdo del Consejo municipal de Sipacapa que determinó su reglamento, estableciendo que los resultados de la consulta serían vinculantes, es decir, obligatorios.

La empresa minera Montana, entre otras acciones legales, presentó una acción de inconstitucionalidad ante la Corte de Constitucionalidad, alegando que el reglamento municipal es ilegal.

La Corte de Constitucionalidad, sentenció el 8 de mayo de 2005¹³ la inconstitucional de los resultados, puesto que considera que los mismos no pueden ser vinculantes.

El 11 de diciembre de 2007 la Comisión Interamericana de derechos humanos recibió una denuncia del pueblo maya sipakapense contra la sentencia de la corte de constitucionalidad, la cual se encuentra en estudio por parte de la Comisión.¹⁴

A continuación, planteo algunos de los fundamentos de la denuncia del caso Sipakapa para demostrar en forma resumida, que la sentencia de la Corte de Constitucionalidad señalada viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque violenta reiteradamente el derecho interno guatemalteco.¹⁵

¹¹ <http://www.almg.org.gt/portal/index.php?id=53&idioma=1>

¹² Cuando se escribe Sipakapa con “k” se refiere al ámbito lingüístico, y cuando se escribe con “c” se refiere al ámbito geográfico.

¹³ Expediente 1179-2005.

¹⁴ Comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 10 de enero de 2008.

¹⁵ La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala expresa que según el art. 46 constitucional, los tratados y convenciones internacionales en derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala son superiores al derecho interno, es decir, a las leyes ordinarias y demás reglamentaciones y disposiciones generales, pero que no incluye la Constitución Política. Al respecto, dichos tratados y convenciones en derechos humanos, ingresan por el art. 44 constitucional con la misma jerarquía normativa que la Constitución Política. Es decir, que los tratados y convenciones internacionales en derechos humanos tienen la misma jerarquía normativa que la Constitución Política de la República en Guatemala, y que por tanto, tienen preeminencia sobre las leyes, reglamentos y demás disposiciones del sistema jurídico guatemalteco. La Corte de Constitucionalidad reiteradamente ha sentenciado que los convenios y tratados no pueden

El pueblo maya sipakapense solicita a la Comisión Interamericana que el gobierno debe decretar el cierre de la mina, indemnizar a dicho pueblo por los daños culturales y ecológicos, y que la Corte de Constitucionalidad revierta su sentencia contra el reglamento de la consulta que regula la vinculación de los resultados.

Como ha expresado la propia Corte de Constitucionalidad, la legitimidad desde el ángulo de vista del acceso a la justicia, autoriza a la misma Corte a revisar sus fallos por una interpretación errónea de la Constitución Política, puesto que, el error judicial no constituye fuente de derecho. La Corte en este fallo acepta que se equivoca y que puede auto corregirse, lo cual esperamos también ocurra en el presente caso.¹⁶ Además, por el principio internacional de que el Estado no puede argumentar su sistema interno para incumplir con su responsabilidad internacional.

Trámite de la inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad ante la Corte de Constitucionalidad fue presentada el 7 de junio de 2005 por la abogada Rosa María Montenegro de Garoz en contra del Acuerdo del Consejo municipal de Sipacapa del Departamento de San Marcos, que reglamentó la consulta de buena fe.

Una semana después, el 13 de junio del mismo año, el gerente de la empresa montana Milton Estuardo Saravia Rodríguez, presenta una acción de amparo ante el juzgado de primera instancia civil del departamento de Guatemala, en contra de la misma consulta de buena fe, contra las mismas autoridades municipales, y contra el mismo Acuerdo municipal de Sipacapa.

El 16 de junio, dos días antes de llevarse a cabo la consulta de buena fe, por medio del piloto del Gobernador departamental de San Marcos se notificó al Consejo municipal de Sipacapa la suspensión provisional de dicha la consulta dictada por el juzgado de primera instancia civil del departamento de Guatemala constituido en tribunal de amparo. No fue notificada por el juzgado competente sino por la Gobernación, lo cual

colisionar con la Constitución Política debido a la supremacía y rigidez de nuestra Constitución Política, por ello, siempre, se debe preferir la interpretación que integre las normas contenidas en la Constitución con los convenios y tratados en derechos humanos. Ahora bien, las normas contenidas en las leyes, reglamentos y demás disposiciones que colisionen con los tratados y convenciones en derechos humanos, son ilegales, y en consecuencia inaplicables.

¹⁶ Petición formulada a la Corte de Constitucionalidad contra la sentencia de la misma Corte de 14 de julio de 2003, proferida dentro del amparo promovido por José Efraín Ríos Montt en su calidad de secretario general del partido político FRG contra el Tribunal Supremo Electoral. Corte de Constitucionalidad, expediente 2395-2006, Guatemala, 10 de octubre de 2006.

demuestra la subordinación entre el organismo ejecutivo y el organismo judicial, violando el artículo 8.1 de la Convención Americana al regular el debido proceso legal ante un tribunal independiente e imparcial.

Un día después, el 17 de junio, el Consejo municipal de Sipacapa es notificado por la Corte de Constitucionalidad, declarando que NO se suspende provisionalmente la consulta de buena fe, es decir, que goza de la presunción de constitucionalidad y que por tanto puede llevarse a cabo.

El Alcalde de aquel entonces, decidió obedecer la resolución del juzgado de primera instancia civil y suspendió por medio de un Acuerdo municipal la consulta de buena fe, en cambio, los líderes y lideresas comunitarias decidieron acatar la resolución de la Corte de Constitucionalidad por considerar que es el tribunal superior del país en materia constitucional.

El conflicto generaba acaloradas discusiones y evidentemente divisiones por las graves confusiones que originaba el sistema de justicia, sin embargo, la sabiduría comunitaria del pueblo maya sipakapense se impuso, realizando el 18 de junio de 2005 la consulta de buena fe por sus propios medios con base a sus propios procedimientos, normas e instituciones comunitarias, aplicando los criterios del sistema jurídico propio de las comunidades como lo estipule el artículo 66 del código municipal.

El resultado de la consulta fue que NO querían la explotación minera de la empresa montana, y en consecuencia, la empresa debe cerrar la mina.

Sin embargo, el 8 de mayo de 2007, la Corte de Constitucionalidad sentencio, que el artículo 27 del reglamento de la consulta de buena fe es inconstitucional porque declara que los resultados de la consulta son vinculantes.

La CC expresa que el art. 27 del reglamento, viola los artículos 125 (Explotación de recursos naturales no renovables), 152 (Poder público) y 154 (Función pública; sujeción a la ley) de la Constitución Política.¹⁷

¹⁷ En la inconstitucionalidad promovida contra la consulta de vecinos regulada por el Consejo municipal de Rio Honda, Zacapa, donde los vecinos y vecinas se pronunciaron en contra de la construcción de hidroeléctricas en dicho municipio, la Corte de Constitucionalidad sentencio que era inconstitucional por violar el artículo 152 el cual, paradójicamente, determina que el poder proviene del pueblo, y el 154 sobre la sujeción a la ley de los funcionarios públicos de la Constitución Política, declarando que el municipio y las comunidades del mismo, no tienen competencia para oponerse a la construcción de hidroeléctricas. Expediente 1408-2005 de 4 de septiembre de 2007.

Además, de las arbitrariedades ya mencionadas –entre otras-, la sentencia viola la Convención Americana, porque según el Convenio 169 de la OIT vigente a partir del año 1996 el Estado tiene la obligación de realizar consultas, y también viola el código municipal vigente a partir del año 2002, donde el Estado está obligado a respetar los resultados de las consultas.

Por tanto, según el caso Saramaka como ya vimos, el Estado de Guatemala estaba en la obligación de cumplir con las 3 garantías para explotar los recursos naturales dentro del territorio maya sipakapense, según la Convención Americana.

Las 3 garantías del derecho internacional y la licencia de explotación minera

La licencia de exploración, explotación y comercialización minera autorizada por el Ministerio de Energía y Minas a la empresa montana, fue otorgada el 28 de noviembre de 2003, sin garantizar:

- 1) La participación efectiva;
- 2) Los beneficios compartidos;
- 3) Las evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

1) Participación efectiva

El Ministerio de energía y minas tiene la obligación constitucional de realizar consultas de buena fe con las comunidades mayas, garifunas y xinkas del país, desde que el Estado de Guatemala aprobó y ratificó el Convenio en derechos humanos 169 de la OIT.

La Corte de Constitucionalidad es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional.¹⁸

Entonces, si el Convenio 169 de la OIT formula que el Estado de Guatemala debe realizar consultas de buena fe con los pueblos indígenas guatemaltecos en aquellas medidas administrativas y legales que les afecten, lo cual no contradice la Constitución Política sino la complementa, el Ministerio de energía y minas debió realizar una consulta

¹⁸ Corte de Constitucionalidad, opinión consultiva, 18 de mayo de 1995, expediente 199-95.

de buena fe con el pueblo maya sipakapense para obtener su consentimiento antes de otorgar la licencia de explotación minera, puesto que esta se desarrolla donde el pueblo maya sipakapense está ubicado históricamente, es decir, en su territorio tradicional o ancestral.

Si el Convenio 169 de la OIT complementa la Constitución Política, no es indispensable que la ley de minería regule dentro de sus procedimientos las consultas de buena fe, puesto que basta con acudir al Convenio y al código municipal para su implementación. Si de la consulta de buena fe, se obtiene el consentimiento previo, libre e informado, entonces sí, se procede a otorgar las licencias correspondientes.

Argumentar lo contrario, no sería complementación constitucional, sino exclusión.

Los recursos naturales del territorio sipakapense

Constitucionalmente, el Convenio 169 expresa en su artículo 15.2, que en caso pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo a explotar, el gobierno de Guatemala debe¹⁹ establecer o mantener procedimientos de consulta a los pueblos interesados, antes de autorizar cualquier explotación de recursos en sus tierras.

El artículo 15.2 del Convenio se complementa con el art. 121 de la Constitución Política, el cual determina que son bienes del Estado el subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras substancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo.

Las normas anteriores significan, que los recursos naturales renovables y no renovables pertenecen al Estado de Guatemala, no ha Gobierno alguno, así que, por soberanía, tales recursos pertenecen a los pueblos guatemaltecos. En el presente caso, en la circunscripción municipal de Sipacapa se encuentra ubicado el pueblo maya sipakapense ancestralmente, además, de poseer un título de propiedad debidamente inscrito.

Por otro lado, el artículo 253 constitucional reconoce la autonomía municipal, y el pueblo maya sipakapense se encuentra en el territorio municipal de Sipacapa, por tanto, cuando el artículo 121 constitucional se refiere que el subsuelo es del Estado, el Gobierno central de la República no puede disponer unilateralmente de los mismos, puesto que la norma no

¹⁹ Según el Diccionario de la lengua española, XXI edición, 1992, deber significa en este contexto, estar obligado a algo por la ley.

se refiere al Gobierno sino al Estado. Considerar que los municipios y sus gobiernos locales no son parte del Estado es un absurdo, es totalmente irracional.

En fin, ante la pasividad del Gobierno de realizar la consulta en noviembre de 2003 cuando otorgó ilegalmente la licencia minera, fueron las 13 comunidades sipakapenses quienes se vieron en la necesidad de realizar su consulta para manifestar su rechazo a la minería en su territorio en junio de 2005, conforme al Convenio 169 de la OIT y el código municipal.

La inconstitucionalidad

Las consideraciones anteriores, me sirven para analizar la inconstitucionalidad –según la CC- del artículo 27 del reglamento de la consulta de buena fe, por violar el artículo 125 de la Constitución Política.

Según la Corte de Constitucionalidad, el artículo 27 del reglamento colisiona con:

- 1) El espíritu del artículo 125 constitucional; y,
- 2) Porque pretende darle carácter obligatorio dentro de la circunscripción municipal de Sipacapa –repercutiendo sobre intereses nacionales-, a la decisión que se tome sobre un asunto ajeno a la competencia de las autoridades convocantes y de las comunidades consultadas.

La CC expresa que según el segundo párrafo del artículo 125 constitucional, el Estado debe establecer y propiciar las condiciones de manejo de los minerales y, en atención a tal mandato, la ley del organismo ejecutivo designó al Ministerio de energía y minas en su artículo 34), literal d), como responsable de las políticas de exploración, explotación y comercialización de minerales, por ello, se deduce que el artículo 27 del reglamento citado, constituye una extralimitación del Consejo municipal de Sipacapa.

La Corte en dicho análisis, asemeja al Estado de Guatemala con su Gobierno, como si los gobiernos municipales no formaran parte del Estado de Guatemala.

Es una interpretación etnocéntrica, excluyente, centralista, vertical, y en el caso de Sipakapa, racista, pero además inconstitucional, puesto que, la Constitución no expresa en dicho artículo que corresponde al gobierno disponer de los recursos no renovables.

La interpretación correcta constitucionalmente, es que al ser los recursos no renovables propiedad del Estado, tanto el gobierno central como los gobiernos municipales deben coordinar la política nacional de exploración, explotación y comercialización de minerales, esta es una política pública de Estado, esta es una interpretación a largo plazo, pacífica, democrática, constitucional, igualitaria.

Cuando el artículo 125 constitucional, expresa que, el Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización minera, se deduce que dichas condiciones son las de coordinación, complementación, racionalidad de las políticas públicas nacionales entre las administraciones públicas del gobierno nacional y de la municipal.

Cuando el artículo se refiere a lo racional de dicha explotación, se está refiriendo a la razonabilidad de impulsar legalmente una política pública de Estado no únicamente del gobierno central.²⁰

Sobre la razonabilidad, la Corte Interamericana ha expresado que implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común. Se utiliza, igualmente, referida a parámetros de interpretación de los tratados y, por consiguiente, de la Convención. Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable...²¹

En el contexto anterior, la Corte de Constitucionalidad sentenció que el artículo 27 del reglamento de la consulta es inconstitucional, no porque contradiga el artículo 125 constitucional, sino en atención al mandato en la Ley del Organismo Ejecutivo que designó al Ministerio de Energía y Minas como responsable de las políticas de exploración, explotación y comercialización de minerales.

²⁰ El Congreso de la República de Guatemala resolvió, celebrar el día internacional de la tierra, como un espacio nacional e internacional dirigido a la reflexión, particularmente para tomar conciencia sobre el uso responsable de los bienes naturales y servicios ambientales, generando un modelo de desarrollo sostenible de largo plazo. Punto Resolutivo 11-2008 del 22 de abril de 2008.

²¹ Opinión consultiva OC13/93 del 16 de junio de 1993, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Y como sabemos, constitucionalmente, la Corte de Constitucionalidad no está facultada para declarar inconstitucionalidades contra la ley del organismo ejecutivo, sino únicamente a la Constitución Política.

En un conflicto reciente entre el gobierno central y el gobierno municipal de la ciudad de Guatemala, en cuanto a que la municipalidad debe obtener la opinión "favorable" de la dirección general de la policía nacional civil del ministerio de gobernación para implementar disposiciones municipales de tránsito, lo cual significa tener carácter vinculante para las municipalidades, la Corte de Constitucionalidad sentenció²² que dicha obligatoriedad entraña una subordinación por parte de los municipios y no la coordinación dispuesta en el artículo 134, literal a), de la Constitución, pues coordinar políticas sólo es posible mediante una relación horizontal y no vertical, como la que impone el referido mandato. El condicionamiento a obtener una opinión en sentido favorable implica someter a un órgano dotado de autonomía a otro que pertenece al Organismo Ejecutivo.

La Corte consideró que, debe enfatizarse que la coordinación de las políticas municipales con el gobierno central deber ser lograda por medio del diálogo y no mediante mandatos que subordinen las decisiones de las autoridades municipales. Declarando la inconstitucional el vocablo "favorable" de la regulación impugnada, favoreciendo la autonomía municipal.

¿Por qué la Corte de Constitucionalidad en el caso Sipakapa no hizo lo mismo? Porque Sipacapa es un municipio indígena.

¿Extralimitación municipal?

La Corte de Constitucionalidad en su sentencia, reconoce la legalidad de las consultas de buena fe y su carácter vinculante pero sólo en aquellas que produzcan efectos respecto de temas que sean competencia de los municipios, y NO en la minería que repercute sobre intereses nacionales.

La regulación de las consultas en el constitucional Convenio de derechos humanos número 169 de la OIT y el código municipal persiguen, precisamente, que las municipalidades tengan incidencia en aquellos asuntos públicos que repercuten en intereses nacionales, lo contrario no tiene sentido, y es contrario a la voluntad del legislador.

²² Expediente 2398-2007, 5 de marzo de 2008.

Dicha controversia por parte de la Corte de Constitucionalidad, prueba la judicialización del modelo colonialista en que el Estado es el Gobierno central, el Estado no puede ser el municipio y su gobierno municipal. ¿Sin los 334 municipios del país, que quedaría del gobierno central?

La CC sentencia, además, que el Consejo municipal de Sipacapa violó los artículos 152 sobre el poder público, y el 154 sobre la sujeción a la ley de la función pública, constitucionales.

Es paradójico que en contra de la participación del pueblo de sipakapa por medio de una consulta de buena fe, la Corte de Constitucionalidad sentencie que se violó el artículo 152 constitucional, el cual regula que el poder proviene del pueblo. Al contrario, lo que los sipakapenses hicieron fue ejercer dicho derecho.

En cuanto a que los funcionarios públicos están sujetos a la ley y jamás superiores a ella según el artículo 154 constitucional, es un artículo que puede ser utilizado una y otra vez en contra de todo aquel que se oponga a los designios de los magistrados constitucionales.

Cuando la Corte de Constitucionalidad sentencia la inconstitucionalidad de los artículos 152 y 154 en cuanto al ejercicio del poder público, intimida a los municipios a no enfrentar legalmente al gobierno central. Considerar inconstitucional el ejercicio del poder público municipal fundamentado en la autonomía constitucional, es limitarlo, nuevamente, al gobierno central. El ejercicio del poder público es ejercido cotidianamente por los gobiernos municipales a través de sus acuerdos legalmente emitidos, utilizar dichos artículos constitucionales en su contra es una absoluta arbitrariedad.

Por tanto, la licencia a la empresa montana para explorar, explotar y comercializar minerales sin el consentimiento previo, libre e informado del pueblo maya sipakapense por medio de una consulta de buena fe para garantizar su participación efectiva, es ilegal, violando el artículo 8 de las garantías judiciales por no garantizar el debido proceso legal administrativo y judicial, violando el artículo 13 sobre la libertad de expresión por no haber realizado la consulta como correspondía oportunamente y respetando sus resultados, violando el artículo 21 puesto que no realizó la consulta de buena fe al otorgar una licencia sin el consentimiento para explotar los recursos mineros en su territorio, violando el artículo 23 sobre derechos políticos puesto que impidió oportunamente la realización de la consulta de buena fe, violando el artículo 24 sobre la igualdad ante la ley por discriminación al no haberles protegido legalmente, violando el artículo 25 sobre protección judicial al no ser el amparo una vía idónea donde su defensa sea efectiva para la protección

de sus derechos, violando el artículo 26 sobre los derechos económicos, sociales y culturales, así como el artículo 2 por no adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos, en relación con el artículo 1.1 por no respetar los derechos antes mencionados, todos de la Convención Americana.

2) Beneficios compartidos

Conforme la ley de minería vigente en el país, los porcentajes de las regalías a pagarse por la explotación de minerales, serán del medio por ciento (0.5%) al Estado y del medio por ciento (0.5%) a las municipalidades. El 1% de las regalías de las millonarias ganancias de la empresa montana no pueden ser consideradas como beneficios compartidos razonablemente, con la gravedad extrema de que dichas empresas están exoneradas de impuestos.

La municipalidad de Sipacapa recibe sólo el 0.5% de las exorbitantes ganancias de la empresa, lo cual no puede ser considerado un beneficio compartido razonablemente, es incluso humillante, violatorio de la soberanía nacional.

Si Montana ha pagado al Estado Q17.2 millones, el 1% de las regalías del producto comercializado, significa que la actividad le generó a la empresa Q1,720 millones en el mismo período.²³

El Estado de Guatemala está obligado por el artículo 21.2 de la Convención Americana al pago de una indemnización justa al pueblo maya sipakapense por la explotación minera en su territorio, lo cual le otorga al pueblo sipakapense el derecho de participar de los beneficios como una forma razonable y en equidad que deriva de la explotación de sus tierras y recursos naturales.

Tal derecho convencional significa una nueva ley de minería acorde con los criterios sentenciados por la Corte Interamericana de derechos humanos. El Congreso de la República debe emitirla con el dictamen favorable de la Comisión Interamericana de derechos humanos, con la opinión favorable de los representantes comunitarios de las consultas de buena fe del país.

3) Evaluaciones previas de impacto social y ambiental

²³ El oro no brilla para todos. Prensa libre, Guatemala 26 de agosto de 2007, reportaje, p. 2.

Es de conocimiento público que el estudio de impacto ambiental fue realizado por la misma empresa montana, el cual no se dio a conocer al pueblo maya sipakapense para el conocimiento de las consecuencias socio-culturales y ecológicas de la explotación minera en su territorio. La evaluación previa de impacto social y ambiental, debió ser formulada, por el Ministerio de energía y minas de forma objetiva e imparcial, y dado a conocer al pueblo maya sipakapense para obtener su consentimiento previo, libre e informado.²⁴

Magali Rey Sosa, explica, en Ajel, aldea que está en la zona alta de la mina, los pobladores mostraron varios manantiales —de donde han obtenido agua durante unos 18 años— que recientemente se secaron; situación similar a la del Valle de Siria, Honduras, donde operaba la misma transnacional con otro nombre, y donde también se secaron los manantiales cercanos a la mina. Además del agua que saca la minera de pozos que han abierto cerca del río, vimos a sus camiones cisterna abasteciéndose directamente del río. También vimos casas rajadas, de adobe y de bloque: los mineros explican a los campesinos que se rajan porque ponen la música demasiado recio en la iglesia y por mala calidad en la construcción. El dique de colas es el lugar donde depositan los desechos sólidos y líquidos del proceso minero, sopa tóxica que contiene cianuro, químicos y roca triturada. El dique —que no está construido donde se planteó originalmente— ya está casi lleno, así que pronto la minera tendrá que descargar el agua tóxica en el río Quivichil, lo que angustia a quienes dependen de los ríos aguas abajo de la mina.²⁵

Dicha regulación sobre las evaluaciones debe estar contenida en la nueva ley de minería en el contexto de la sentencia del caso Saramaka.

Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos

Estamos en momentos cruciales para la humanidad, los graves trastornos ecológicos, políticos y socioeconómicos, están generando cambios profundos en cuanto a las democracias y los derechos humanos.

La reconstrucción de los movimientos sociales en la actualidad, se fundamentan en la igualdad entre diferentes.

²⁴ Una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, la colegiación obligatoria de periodistas.

²⁵ Magali Rey Sosa, Prensa Libre, Guatemala, 22 de febrero de 2008.

Diferentes estilos de vida, colores de piel, costumbres e idiomas, condiciones físicas e intelectuales, orígenes étnicos, preferencias sexuales, ideologías, religiones, toda la riqueza humana fundada sobre la absoluta diferencia de cualquiera en cualquier lugar del planeta.

La defensa de los derechos humanos ya no debe partir sólo de la historia occidental, sin reconocer culturalmente los derechos humanos que se desarrollaron históricamente en otros continentes originariamente. Los casos impulsados por la Comisión y sentenciados por la Corte Interamericana, son el ejemplo vivo de un derecho indígena interamericano.

La Corte Interamericana está haciendo esfuerzos importantes para contextualizar multiculturalmente la Convención Americana, donde la sentencia del caso Saramaka contiene valiosos instrumentos legales para la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En ese contexto, la igualdad debe ser instaurada como la máxima forma de vida. Algunos criterios esenciales son los siguientes:

El derecho de igualdad reconocido en el artículo 4° constitucional se configura en el tratamiento que la ley debe dar a las personas, deviniendo lógico un trato desigual a quienes se encuentren en situación de desigualdad, a efecto de que la limitación impuesta a uno o la ventaja otorgada a otro asegure el eficaz ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones, siempre que ese trato desigual tenga una base cierta y fundada. Las restricciones que puedan surgir de la regulación legal, como elemento diferenciante entre los particulares para garantizar el derecho a la igualdad, deben fundarse en elementos razonables y congruentes con el interés social.²⁶

El primer contenido que debemos tener presente en Guatemala, y especialmente los dignatarios, empleados y funcionarios públicos, es que entre ladinos e indígenas es constitucional que halla un trato desigual a favor de los indígenas.²⁷

Dicho trato a favor de los indígenas debe ser siempre que se encuentren en desigualdad frente a los ladinos, a manera de que las personas indígenas puedan desarrollar progresivamente como pueblo el mismo nivel en las relaciones de poder que los ladinos. La lógica del trato a favor de

²⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 1201-2006, 27 septiembre de 2007.

²⁷ Cuando me refiero a los indígenas y los ladinos lo hago como pueblos, por ello los términos en masculino.

los indígenas debe ser conforme a la Corte, cierta, fundada, razonable, congruente, y de interés social.

En consecuencia, al encontrarse los sujetos que integran un pueblo en desiguales circunstancias que los que forman otros sectores de la sociedad pueden ser tratados en forma diferente, sin que ello viole el artículo 4. de la Constitución.²⁸

Este contenido de la igualdad constitucional en Guatemala, no es una interpretación arbitraria de la Corte de Constitucionalidad, sino un principio establecido en el derecho internacional, como lo ha expresado la Corte Interamericana de derechos humanos, el trato desigual a las personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida.²⁹

Luego expresa que, la legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres (*supra*, párrs. 78-86, 91 y 96). Por ello, es improcedente el argumento del Estado respecto de su incapacidad para crear legislación en esta área debido a la presunta complejidad de la cuestión o la posible naturaleza discriminatoria de dicha legislación.³⁰

²⁸ Corte de Constitucionalidad, opinión consultiva sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT a solicitud del Congreso de la República, expediente 199-95, Guatemala, 18 de mayo de 1995.

²⁹ *Cfr.*, por ejemplo, CtEDH, *Connors vs. El Reino Unido*, *supra* nota 76, párr. 84 (declarando que los Estados tienen una obligación positiva de adoptar los pasos necesarios para salvaguardar y proteger los diferentes estilos de vida de las minorías con el fin de garantizarles el derecho a la igualdad ante la ley). *Cfr.* también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador*, *supra* nota 76 (señalando que “en el derecho internacional general y en el derecho interamericano específicamente, protecciones especiales para los pueblos indígenas pueden ser necesarios para que estos ejerzan sus derechos plenamente y con igualdad ante el resto de la población. Adicionalmente, puede que se requieran protecciones especiales para los pueblos indígenas con el fin de garantizar su supervivencia física y cultural – lo cual es un derecho protegido en varios convenios e instrumentos internacionales”). *Cfr.* también ONU, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Art. 1.4 (señalando que “[l]as medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial [...]”, y Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra* nota 76, párr. 4 (haciendo un llamado a los Estados a adoptar ciertas medidas con el fin de reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas).

³⁰ Caso Saramaka, párrafo 104.

En el mismo contexto, el Profesor Santos propone que la concepción multicultural de los derechos humanos para no ser un nuevo argumento para la política reaccionaria, debe aceptar dos imperativos transculturales. El primero establece que, de las diferentes versiones de una cultura dada, se debe escoger la que representa el más amplio círculo de reciprocidad dentro de ella. Es decir, la versión que va más allá en el reconocimiento del otro. El segundo imperativo transcultural es que, los pueblos tienen el derecho a ser iguales siempre que la diferencia los haga inferiores, pero tienen también derecho a ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro su identidad.³¹

Por todo esto, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso del pueblo Saramaka, refuerza la lógica, razonabilidad y el interés social de la denuncia interpuesta por el pueblo maya sipakapense, esperando que la Comisión Interamericana como en otros casos se incline hacia la justicia de los derechos convencionales del pueblo sipakapense en Guatemala.

Carlos Loarca es asesor en Derechos Humanos y columnista de la revista Albedrio.org – Su correo electrónico es cloarca@gmail.com

www.albedrio.org – www.albedrio.blogspot.com – Guatemala, mayo de 2008

³¹ Santos, Boaventura de Sousa, 1998, De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad, Bogotá, Universidad de los Andes, p. 364 y 365.