

En Guatemala, la lucha por el auténtico reconocimiento y aplicación de la normativa internacional a favor de los pueblos indígenas ha aumentado durante las últimas décadas, especialmente tras la ratificación del Convenio 169 de la OIT por el Estado de Guatemala. Aunque la incorporación de este marco jurídico ha representado un desafío para los pueblos y organizaciones acompañantes, también ha significado el logro de importantes avances en el tema. No obstante, las violaciones a sus derechos humanos continúan siendo una práctica bastante arraigada en el sistema.

El trabajo contenido en este libro pretende dotar de herramientas, principalmente jurídicas, a los pueblos, organizaciones y convergencias indígenas que desarrollan un proceso de resistencia frente a las industrias extractivas, desarrollando una propuesta de litigio estratégico como instrumento de exigibilidad y cumplimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas.

# Litigio Estratégico en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala





Litigio Estratégico  
en materia de derechos de los  
pueblos indígenas en Guatemala



PORTADA B/N





**OFICINA DE DERECHOS  
HUMANOS DEL ARZOBISPADO  
DE GUATEMALA**

6ª calle 7-70, zona 1, puerta #2  
Ciudad de Guatemala, Guatemala, C.A. 01001  
Teléfono PBX 2285-0456. Fax. 2232-8384  
Correo electrónico: [ddhh@odhag.org.gt](mailto:ddhh@odhag.org.gt)  
Página web: [www.odhag.org.gt](http://www.odhag.org.gt)

### **Arzobispo Metropolitano**

Monseñor Oscar Julio Vian Morales

### **Director Ejecutivo**

Nery Estuardo Rodenas Paredes

### **Coordinador del Área de Defensa de la Dignidad Humana**

Mario Domingo Montejo

### **Ejecutores del proyecto**

Alden Cristina Alonzo Gómez  
Carolina Casotti Duque de Bárbara  
Juan Carlos Aceytuno Solís

### **Revisión**

Consejo Editorial ODHAG

### **Diseño y diagramación**

José Santiago Murga

### **Impresión**

Centro Impresor Piedra Santa, S.A.  
Primera edición. 500 ejemplares impresos en febrero del 2011.  
ISBN:

Esta publicación fue posible gracias a la ayuda de la Unión Europea, en el marco del proyecto *"Una sola ciudadanía: Litigio Estratégico en materia de derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas"*.





## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>PRIMERA PARTE: LINEAMIENTOS GENERALES DEL LITIGIO ESTRATÉGICO</b> .....	5
<b>I. MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.</b> .....	5
<b>1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA NORMATIVA INTERNACIONAL</b> .....	5
1.1. Sistema Universal de Derechos Humanos Sistema Interamericano de Derechos..	5
1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos .....	12
<b>2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA NORMATIVA NACIONAL</b> .....	15
2.1. Constitución Política de la República .....	15
2.2. Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas .....	17
<b>II. GENERALIDADES EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA RELATIVA A PUEBLOS INDÍGENAS.</b> .....	19
<b>III. ¿POR QUÉ SE VIOLAN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS?</b> .....	24
<b>IV. EL LITIGIO ESTRATÉGICO COMO HERRAMIENTA DE EXIGIBILIDAD FRENTE A LA VIOLACIÓN A DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS</b> .....	25
<b>1. DEFINICIONES BÁSICAS</b> .....	25
1.1. Litigio .....	25
1.2. Estrategia .....	26
1.3. Litigio Estratégico .....	26
<b>2. ALGUNOS ELEMENTOS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO</b> .....	27
<b>V. MARCO JURÍDICO GENERAL DE UN LITIGIO POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA CONSULTA</b> .....	28
<b>1. MARCO LEGAL</b> .....	28
1.1. Convenio 169 de OIT .....	29



1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	30
1.3. Código Municipal	31
1.4. Otros Cuerpos Legales	33
1.5. Informe del Foro de Expertos de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y el derecho a la Consulta y Participación	34
1.6. Casos de Pueblos Indígenas por Violación a la Consulta en el Sistema Interamericano y en Derecho Comparado	35
1.6.1. Casos en el Sistema Interamericano:	35
1.6.2. La Consulta en el Derecho Comparado	38
1.7. Casos Vinculados a la Consulta en Guatemala	44
1.8. Conclusión	53
<b>2. OBJETIVOS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO</b>	<b>54</b>
2.1. Objetivo Central	54
2.2. Objetivos Inmediatos:	54
2.3. Lo Estratégico en el Sistema de Justicia	55
<b>3. ESTRATEGIAS DE UN LITIGIO POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA CONSULTA</b>	<b>55</b>
3.1. Estrategia Jurídica	56
3.2. Estrategia de Incidencia Política	57
3.3. Estrategia de Comunicación	59
3.4. Estrategia de Sostenibilidad y Fortalecimiento:	61
<b>4. ACTORES DE UN PROCESO DE LITIGIO ESTRATÉGICO</b>	<b>61</b>
4.1. Actores Locales	62
4.2. Equipo Multidisciplinario de Litigio	63
4.3. Comisión o Equipo Jurídico	65
4.4. Entes Asesores	66
4.5. Grupo Ampliado de Organizaciones	67
<b>5. PREGUNTAS GENERADORAS</b>	<b>67</b>
<b>SEGUNDA PARTE: DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA JURÍDICA DE LITIGIO POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA CONSULTA.</b>	<b>69</b>
<b>I. DEFINICIÓN DE LA BASE DE ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS</b>	<b>69</b>
<b>II. ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA GUATEMALTECA</b>	<b>71</b>



<b>III. PRIORIZACIÓN DE VÍAS JURÍDICAS</b> .....	74
<b>IV. CONSTRUCCIÓN DE VÍA PENAL CON INCORPORACIÓN DE DISTINTAS ESTRATEGIAS DE LITIGIO.</b> .....	75
<b>1. OBJETIVO</b> .....	75
<b>2. PREPARACIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE UN CASO PENAL</b> .....	76
<b>2.1. Delitos cometidos por representantes legales de las sociedades y empresas:</b> ...	76
<b>2.2. Delitos cometidos como resultado de las operaciones extractivas:</b> .....	83
<b>2.3. Delitos cometidos por Funcionarios Públicos</b> .....	86
<b>2.4. Discriminación</b> .....	89
<b>3. DEFINICIÓN DE LOS SUJETOS DEL PROCESO PENAL</b> .....	89
<b>3.1. Denunciantes o Querellantes</b> .....	90
3.1.1. Legitimación y Acreditación .....	93
3.1.2. Estrategia de coordinación con fiscalía del Ministerio Público .....	95
3.1.3. Relacionamiento y coordinación con agraviados, querellantes, víctimas y testigos .....	96
<b>3.2. Sindicados</b> .....	97
<b>3.3. Abogados Directores</b> .....	98
<b>4. DESARROLLO DE ESCENARIOS DEL PROCESO PENAL</b> .....	98
<b>4.1. Planteamiento del Acto Introductorio</b> .....	99
4.1.1. Componentes de la Querella .....	101
4.1.2. Acciones políticas y mediáticas sugeridas .....	104
<b>4.2. Probables Respuestas del Sistema</b> .....	105
<b>4.3. Etapa de Investigación</b> .....	110
<b>4.4. Audiencia Declaración de Sindicados</b> .....	111
4.4.1. Argumentación del querellante .....	111
<b>4.5. Audiencia Intermedia:</b> .....	114
4.5.1. Escenarios respecto a la decisión del juez .....	116
4.5.2. Acciones políticas y mediáticas .....	117
<b>4.6. El debate oral y público:</b> .....	118
<b>CONCLUSION</b> .....	125







## **INTRODUCCIÓN:**

En el ámbito internacional, el proceso de reconocimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas ha sido producto de una lucha constante que inicia mucho antes de la constitución de los sistemas supranacionales de protección a los derechos humanos. Sin embargo, es hasta la creación de estos sistemas, cuando se propicia y luego se institucionaliza la protección internacional de los derechos humanos, a través de la emisión de numerosos instrumentos de carácter declarativo, recomendatorio y resolutivo, que garantizan derechos tanto a individuos como tales, como en su carácter de integrantes de grupos.

En Guatemala la lucha por el auténtico reconocimiento y aplicación de la normativa internacional a favor de los pueblos indígenas ha ido en aumento durante las últimas décadas, especialmente tras la ratificación del Convenio 169 de la OIT por el Estado de Guatemala. Aunque la incorporación de este marco jurídico ha representado un desafío para los pueblos y organizaciones acompañantes, también ha significado el logro de importantes avances en el tema; no obstante las violaciones a sus derechos humanos continúan siendo una práctica bastante arraigada en el sistema.

Durante los últimos años y tras el impulso estatal de grandes proyectos de corte neoliberal en territorios indígenas, la violación al derecho a la consulta de los pueblos se ha evidenciado y ha provocado un movimiento cada vez más organizado de



resistencia a estos proyectos. La mayor parte de este movimiento se encuentra enfocado a operaciones de carácter extractivo, las cuales actúan en detrimento de los recursos naturales y aumentan la conflictividad social en los pueblos y comunidades indígenas en que se implementan.

El trabajo que a continuación se presenta pretende dotar de herramientas, principalmente jurídicas, a los pueblos, organizaciones y convergencias indígenas que desarrollan un proceso de resistencia frente a las industrias extractivas, desarrollando una propuesta de litigio estratégico, como instrumento de exigibilidad del cumplimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas.

La primera parte del trabajo desarrolla el marco jurídico nacional e internacional de protección a los pueblos indígenas, así como el marco específico en el tema de la violación al derecho a la consulta en todo el continente americano.

En una segunda parte se definen los lineamientos generales de un litigio estratégico por violación al derecho a la consulta, contiene objetivos, aspectos generales de las distintas estrategias de litigio: jurídica, política, mediática, de relacionamiento; así como la estructura organizativa de los distintos entes que se constituyen en actores de un litigio de esta naturaleza.

La tercera se concentra en desarrollar la estrategia jurídica del litigio partiendo de la definición de su base de argumentación legal, los aspectos de análisis de la normativa interna



guatemalteca —que permitirán detectar y priorizar las vías judiciales por las cuales es factible lograr el objetivo del litigio— así como la determinación de una de las vías a desarrollarse detalladamente: la vía penal.

Con respecto a la vía penal, se establecen líneas de acción, análisis de escenarios de cada una de las etapas del proceso penal en primera instancia, con inclusión de acciones a trabajar como parte de las estrategias política, mediática, de relacionamiento con actores del sistema de justicia y de acompañamiento a sujetos procesales: querellantes, testigos, entre otros.







## **PRIMERA PARTE: LINEAMIENTOS GENERALES DEL LITIGIO ESTRATÉGICO**

### **I. MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

#### **1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA NORMATIVA INTERNACIONAL**

##### **1.1. Sistema Universal de Derechos Humanos**

Bajo el Sistema Universal de Derechos Humanos se emiten instrumentos que reconocen derechos humanos de observancia y aplicación general. A nivel universal, el Sistema de las Naciones Unidas, emite cuerpos legales básicos que recogen garantías de aplicación general, a través de la llamada Carta de las Naciones Unidas compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como sus Protocolos Facultativos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, no obstante tener carácter declarativo, es decir, no vinculante, ha sido el pilar en este tema, el instrumento internacional de derechos humanos por excelencia, que proclama por el cumplimiento de derechos y libertades civiles, económicas, sociales y culturales. Un aspecto esencial de este instrumento es el reconocimiento a la igualdad y como corolario, la no distinción por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole (Art. 2) y la



protección legal contra toda discriminación o provocación a la discriminación (Art. 7).

Los pactos Internacionales de derechos humanos —tanto el relativo a Derechos Civiles y Políticos, como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados simultáneamente por la Asamblea de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1,966, y vigentes desde 1,976, recogen las garantías fundamentales inherentes al ser humano, y por virtud de su ratificación, obligan a los Estados— como integrantes del sistema— a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio, los derechos reconocidos por ellos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos enumera los derechos individuales fundamentales tales como: la vida, libertad, seguridad, libre locomoción, debido proceso, libertad de expresión, reunión y manifestación, así como algunos específicos de la familia y niñez. Por otra parte crea un órgano colegiado, asesor y supervisor de su cumplimiento, denominado Comité de Derechos Humanos; mismo que está compuesto por nacionales de los Estados parte, con amplia experiencia e integridad moral. Como parte de las obligaciones contraídas, los Estados parte deben enviar a dicho ente un informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos reconocidos en el pacto; así como tienen la posibilidad de denunciar a otros Estados Parte que no cumplan con lo anterior.



A través de su Protocolo Facultativo, adoptado simultáneamente al pacto, el Comité de Derechos Humanos cuenta también con facultades para recibir y examinar comunicaciones de individuos pertenecientes a los Estados, quienes consideren ser víctimas de violaciones a cualquiera de los derechos enunciados en el pacto (Art. 1), siempre que previamente se hayan agotado los recursos internos disponibles.

En el ámbito de los pueblos indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Estado de Guatemala el 19 de mayo de 1,988, representa un avance significativo en el desarrollo de la doctrina de los Derechos Humanos, al recoger garantías anteriormente proclamadas por la Declaración Universal -tales como el derecho al trabajo, familia, salud, educación, cultura, etc.-, y además reconocer derechos de índole colectiva, tales como el derecho a la “libre determinación de los pueblos”, por virtud del cual se reconoce y promueve su organización a nivel político, económico, social y cultural, conservando las formas propias de su cultura.

En su capítulo cuarto, contempla la emisión de informes por parte de los Estados, al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, sobre las medidas de cumplimiento adoptadas por cada Estado parte, respecto al cumplimiento de los derechos contenidos en el pacto.

Mediante resolución de fecha 28 de mayo de 1,985, se crea el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano integrado por expertos independientes que supervisan la



aplicación del pacto y poseen competencia — mediante resolución adoptada con fecha 10 de diciembre de 2,008— para recibir comunicaciones (denuncias) presentadas por personas o grupos de personas, dictar medidas de protección e investigar violaciones a derechos económicos, sociales y culturales por parte de los Estados, lo que abre una nueva posibilidad para las poblaciones y organizaciones indígenas, de visibilizar a nivel internacional la problemática actual propia de aquellos grupos.<sup>1</sup>

Durante la década de los setentas, se promulgaron también instrumentos de índole más específico que redundan en beneficio de los pueblos indígenas, como lo son la Declaración de las Naciones Unidas y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

La Declaración de las Naciones Unidas, proclamada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1,963, reconoce el fenómeno de la discriminación por motivos de raza, color u origen étnico como un atentado contra la dignidad humana, negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales. Este instrumento afirma solemnemente la necesidad de eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones. Establece también la

---

<sup>1</sup> El protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permite peticiones individuales, aún necesita 7 ratificaciones para entrar en vigencia. El Estado de Guatemala lo firmó pero no lo ha ratificado.



obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para proteger a personas que pertenezcan a determinados grupos, revisar e implementar políticas estatales que sancionen algún tipo de discriminación, así como implementar medidas en distintos ámbitos del quehacer cotidiano, penalizando también cualquier acto que promueva la discriminación racial.

En ese marco dos años más tarde, se emite la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, cuyo artículo primero define el concepto de “discriminación racial” como la distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos. Los Estados parte, por el carácter vinculante de este instrumento, se obligan a implementar una política específica interna, encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas, es decir, a eliminar prácticas, revisar políticas gubernamentales o legislación, que pudieran favorecer o fomentar la discriminación. También se establece el goce de los derechos civiles de los ciudadanos sin discriminación, tales como: libre circulación, derecho de propiedad, libertad de expresión, de reunión y manifestación, etc. Y de derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho al trabajo, libre sindicalización, vivienda, salud, educación y cultura.

Se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), compuesto por expertos de reconocida honorabilidad, elegidos por los Estados parte, con facultades para examinar los informes presentados por los Estados sobre medidas adoptadas para la efectiva aplicación de la convención, e incluso competentes para conocer y examinar comunicaciones (denuncias) de personas o grupos que alegaren ser víctimas de violaciones por parte del Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en la misma.

La importancia de ambos instrumentos para los pueblos indígenas, es su nivel de especificidad, al determinar el origen étnico como uno de los parámetros de discriminación, y en ese sentido lograr compromisos también específicos por parte de los Estados.

Dos décadas más tarde, en el año 1,989 se emite en el Sistema Universal de Naciones Unidas, a través de la Organización Internacional del Trabajo — como organismo especializado tripartito que reúne a representantes de gobierno, empleadores o patronos y trabajadores—, el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, cuyo antecedente — el Convenio 107— constituye el primer instrumento de carácter internacional que confiere derechos específicos a los pueblos indígenas y tribales. El Convenio 169, fundamentado en la normativa universal y en una revisión y adecuación del anterior convenio, proclama por el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos titulares de una serie de derechos



humanos de carácter colectivo, por virtud de los cuales pueden definir libremente su condición política y en general su desarrollo económico, social y cultural.

Los derechos colectivos reconocidos en este instrumento se definen como aquellos:

(...)propios de una organización territorial de individuos que poseen y reclaman una ciudadanía diferenciada, es decir a ser considerados como ciudadanos con igualdad de derechos ante el Estado, pero capaces de expresar como colectivo humano su alteridad —su propia perspectiva y concepción del mundo, intereses, ideología— y su derecho a ser diferentes colectivamente.<sup>2</sup>

Estos derechos son: el derecho a la no discriminación como pueblos, protección a sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias; derecho a la consulta en su sentido más amplio, de buena fe y con los procedimientos adecuados; derecho a decidir su propio desarrollo; respeto a su particular relación con el territorio; derecho de propiedad y posesión sobre tierras que ocupen tradicionalmente, derecho a la protección de sus recursos naturales, entre otros.

Posterior al convenio y en fecha reciente (diciembre de 2,007), es la propia Asamblea de Naciones Unidas quien emite un instrumento específico en la materia, la Declaración de Naciones

---

<sup>2</sup> Programa Observatorio Cultural de CANEK, “Construcción de un Estado Plural desde la Interpretación Comunitaria del Territorio”

Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>3</sup>, por la cual se reafirma el carácter colectivo de estos derechos y su importancia para asegurar la protección y desarrollo de los pueblos indígenas. Entre los derechos reconocidos por este instrumento figuran: el derecho a la autonomía o autogobierno, el derecho colectivo a la libertad, paz y seguridad, el derecho al no desplazamiento, a la práctica de sus tradiciones, y los derechos a la consulta y al territorio — que por su importancia en el contexto actual guatemalteco se abordarán con más detalle en otro apartado—.

## **1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

La Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, conformado por treinta y cinco Estados miembros, creada a través de la Carta de la OEA que se firmó en Bogotá en 1,948 y entró en vigencia en 1,951. Realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: Asamblea General, Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos especializados. Estos organismos son intergubernamentales y establecidos por acuerdos multilaterales, que tienen determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos.

---

<sup>3</sup> Naciones Unidas, A.G., Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, A/61/L.67 y Add. 1 (2,007).



El 18 de julio de 1978 entra en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”, al ser depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. El Pacto de San José constituye el fundamento legal básico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, proclamando la consolidación en el continente americano de un régimen de libertad personal y de justicia social, basado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

La primera parte de la convención enumera una serie de deberes y derechos de carácter cívico y político, dentro de los cuales es importante mencionar los primeros, referentes a la obligación de los Estados parte, de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y en observancia de la convención, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueran necesarias; así también reconoce el debido proceso de forma amplia y detallada a través de una serie de garantías judiciales.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales, define el compromiso de los Estados de desarrollar de forma progresiva, una serie de medidas tendentes a lograr la plena efectividad de dichas garantías, en la medida de sus posibilidades económicas, técnicas, etc.

A través de la convención, se crean como medios de protección de derechos humanos a nivel americano dos organismos: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, cuya función es asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la convención; su funcionamiento, estructura y otras características, se abordarán con mayor detalle en otro apartado de la investigación.

En 1,988, en la ciudad de San Salvador, El Salvador, la Asamblea General de la OEA emite un nuevo instrumento encaminado a desarrollar la Convención Americana, en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales se refiere. Este es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo preámbulo destaca el reconocimiento de los Estados parte, sobre la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble, que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

El Protocolo Adicional es un instrumento que reafirma, desarrolla, perfecciona y protege específicamente derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el trabajo, seguridad social, salud, medio ambiente sano, alimentación, educación, cultura, protección a grupos vulnerables como la niñez, ancianos, personas con capacidades especiales; reconociendo también derechos de los pueblos en su carácter de colectivos, como: el desarrollo desde su perspectiva propia, la libre determinación y disposición de sus riquezas y recursos naturales.



## 2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA NORMATIVA NACIONAL

Guatemala forma parte del Sistema de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, habiendo ratificado hasta la fecha los instrumentos esenciales emitidos por dichos organismos en el tema de Derechos Humanos, incluyendo los instrumentos específicos en materia de derechos de los pueblos indígenas. Por virtud de dichas ratificaciones, el Estado de Guatemala ha asumido compromisos cumplidos parcialmente a la fecha y con el agravante de que aún subsiste legislación que contraviene o limita lo establecido en estos instrumentos. A continuación se detallan derechos específicos en materia de pueblos indígenas dentro de la legislación guatemalteca:

### 2.1. Constitución Política de la República

Nuestra actual Constitución, tal como se plasma en el documento del Procurador de los Derechos Humanos, denominado **Pueblos Indígenas y Derechos Colectivos**, “aún no logra superar el proteccionismo. Continúa considerando a los pueblos indígenas como grupos étnicos”<sup>4</sup> (fuera de la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantiza en su artículo 1.1, el derecho a la libre determinación de los pueblos, así como a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Esta perspectiva la observamos al separar la sección segunda —cultura—, con la sección tercera —comunidades

---

<sup>4</sup> Procurador de los Derechos Humanos, “Pueblos Indígenas y Derechos Colectivos, edición 2006, pág. 114

indígenas—), cuyas costumbres reconoce, respeta y promueve, pero omite reconocer su calidad de sujeto colectivo y el hecho de tener derechos fundamentales. Lo anterior regulado en la Sección Tercera del Capítulo II de la Constitución: Comunidades Indígenas, artículos del 66 al 70.

Cabe mencionar que respecto de dicha regulación, han sido numerosos los análisis efectuados, posiciones y enfoques, especialmente en lo que concierne a la emisión de una “ley específica” en la materia, a que alude el artículo 70 constitucional. El movimiento social indígena ha considerado más bien que este artículo representa un candado legal, “una llave que cierra las aspiraciones indígenas”, al no permitir regular —en materia indígena—, más allá de los temas que figuran en aquella sección, es decir limitando la regulación legal a los siguientes ámbitos: el reconocimiento de sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso del traje indígena, idioma y dialectos, protección a las tierras y cooperativas agrícolas, provisión de tierras estatales para las comunidades indígenas, protección a la traslación de trabajadores de comunidades indígenas; por ende desconociendo su calidad de sujetos de derecho colectivo y su condición de pueblos.

La discusión gira también en torno a la aplicación de los artículos constitucionales 44 y 46, que establecen el reconocimiento constitucional de derechos inherentes a la persona, aunque no figuren expresamente en la misma, así como la preeminencia de los tratados en materia de Derechos Humanos— entre ellos el



Convenio 169— sobre el derecho interno, a través de los cuales se materializa la incorporación y reconocimiento como derechos fundamentales, de los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en la normativa internacional antes mencionada.

El mencionado documento refiere

La Constitución, en materia de derechos humanos no debe ser interpretada en forma restrictiva; al contrario, debe interpretarse en forma integral y extensiva para lograr la adecuada protección de la dignidad individual y colectiva de los habitantes de la república.<sup>5</sup>

## **2.2. Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas**

Dentro de los Acuerdos de Paz sustantivos, suscritos por el Estado de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, merece especial atención el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito en marzo de 1,995, dada la coyuntura actual en que se desenvuelven los pueblos indígenas en Guatemala, es por ello que se hace mención de algunos de los compromisos adquiridos como Estado, tomando como referencia el documento del Procurador de los Derechos Humanos denominado “Pueblos Indígenas y Derechos Colectivos”.

---

<sup>5</sup> Ibid 4

<b>Medidas Previstas en el Acuerdo</b>	<b>Status de Cumplimiento</b>
Promover la tipificación de la discriminación como delito.	Está regulado por el Art. 202 Bis del Código Penal.
Promover la revisión de la legislación vigente y derogar leyes discriminatorias a los pueblos indígenas	Se ha cumplido parcialmente.
Divulgación de los derechos de los pueblos indígenas.	Se ha cumplido, aunque con mayor énfasis en ciertas áreas, por lo que aún debe continuarse el trabajo en aquellas a las cuales no se les ha prestado la atención debida.
Crear defensorías indígenas.	Se han creado; pero por el volumen de casos se consideran insuficientes y además algunas de ellas son iniciativa de sociedad civil, más que del Estado.
Creación de una Defensoría de la Mujer Indígena.	Se ha creado, su aporte ha sido valioso en cuanto al acceso al sistema de justicia, aunque presenta la misma problemática en cuanto al volumen de casos.
Impulsar la aprobación del Convenio 169 de la OIT	El mismo ya ha sido ratificado por el Estado de Guatemala.



Reformar la Constitución de la República para el reconocimiento, respeto, promoción y oficialización de los idiomas indígenas.	No se ha cumplido.
Promover el uso de los idiomas indígenas en distintos ámbitos.	Cumplido parcialmente.
Capacitación de jueces bilingües e intérpretes.	Se ha cumplido parcialmente.
Definición de los lugares sagrados y régimen de su preservación.	Existe una iniciativa de ley al respecto, planteada al Congreso de la República en el año 2,008, la cual aún no ha sido aprobada por el pleno; por aparte se han judicializado casos de violación de lugares sagrados y efectuado investigaciones al respecto por parte de la sociedad civil.

## II. GENERALIDADES EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA RELATIVA A PUEBLOS INDÍGENAS

Al hablar sobre la aplicación de la normativa se hace referencia a la materialización de las disposiciones contenidas en los instrumentos emanados de organismos internacionales (ONU, OEA, OIT, etc.) y nacionales. En materia de protección a derechos

de los pueblos indígenas, nos referimos a casos concretos planteados por personas individuales o colectividades, cuyos derechos humanos se presume están siendo vulnerados por los Estados parte como tales y a través de sus diferentes instancias en lo interno.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tienen competencia para conocer dichos casos, así como para velar por la observancia y cumplimiento de la normativa, dos organismos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Estatuto de la Corte Interamericana dispone que esta corte es una institución judicial autónoma que tiene su sede en San José, Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención.

La corte está integrada por siete jueces, nacionales de los estados miembros de la OEA. Actúan a título personal y son elegidos entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. (Art. 52 de la convención).

De acuerdo con la convención, la corte ejerce función jurisdiccional y consultiva. La primera se refiere a la resolución de casos en los que se ha alegado que uno de los Estados parte ha violado la convención, y la segunda a la facultad que tienen los Estados miembros de la organización, de consultar a la corte



acerca de la interpretación de la convención o de “otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los estados americanos”. También podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos de la OEA señalados en la Carta de ésta.

Desde el momento en que un Estado parte reconoce la competencia contenciosa de la corte —ya sea en el mismo acto de su ratificación a la convención o en acto separado— está sujeto a ser juzgado en determinado momento por ella, y en concordancia con lo preceptuado en la convención, a acatar sus fallos y a hacer efectiva la ejecución de los mismos, con todo lo que esto implica.

Los pueblos indígenas, sobre todo en las recientes décadas, han planteado sus reclamos ante las instancias internacionales de Derechos Humanos, tanto del Sistema Universal como en el Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos.

En el Sistema Universal, ante los Comités especiales de Naciones Unidas o directamente en visitas de los Relatores Especiales, los pueblos indígenas plantearan sus derechos mediante la presentación de casos concretos, o de informes periódicos de situación, que dan cuenta del nivel de avance o cumplimiento de los instrumentos internacionales, principalmente del Convenio 169 de la OIT, en sus respectivos Estados. En el sistema interamericano, a raíz de la creación de la corte, los pueblos indígenas han presentado reclamos vinculados con sus derechos específicos como colectividad, cuya reclamo conlleva intrínseca

y/o explícitamente a su vez, el reclamo de vulneración a sus derechos individuales. Si bien la corte fundamenta la mayor parte de sus decisiones en las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, relativas a garantías individuales, en determinados casos ha adoptado criterios innovadores con los cuales ha efectuado declaraciones en materia de territorialidad, libre determinación, consulta, entre otros derechos colectivos sometidos a su consideración.

Encontramos entonces jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se han decidido en forma conjunta, cuestiones relativas al reconocimiento de su territorio ancestral, al derecho a defender sus recursos naturales e identidad cultural, simultáneamente con declaraciones sobre violación a garantías individuales como la vida, protección judicial, propiedad privada, integridad personal, etc.

En Guatemala, los pueblos indígenas enfrentan serias dificultades cuando deciden plantear casos colectivos, ante el sistema de justicia oficial. Los formalismos legales en cualquier ámbito, limitan su capacidad de accionar como pueblos mayas propiamente, puesto que para hacerlo deben adoptar una forma de organización social predeterminada: asociación, organización no gubernamental, fundación, asociación comunitaria o campesina, entre otras (reguladas por el Código Civil, Código Municipal o por la Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo), cuya constitución implica una serie de requisitos, trámites y costos que dificultan el acceso a la justicia.

La lucha de las organizaciones que trabajan con derechos de los pueblos indígenas busca que el sistema oficial reconozca el hecho de que los pueblos indígenas sean sujetos de derechos. Es necesario que, en la práctica, los órganos gubernamentales se adecúen y respeten las formas propias de organización de estos pueblos, una vez que estas garantías ya fueran incorporadas a la legislación guatemalteca por medio de instrumentos internacionales en el tema.<sup>6</sup>

Es por esto que son pocas las acciones entabladas a nivel interno relativas al tema y en éstas, no se entra a conocer los problemas de fondo que reclaman los pueblos indígenas, por ende continúan sin una respuesta satisfactoria. Esto ha provocado que algunas organizaciones sociales que trabajan el tema, y que acompañan la lucha de las poblaciones indígenas, opten por seguir procedimientos ante organismos internacionales de derechos humanos (Sistema Universal y Sistema Interamericano).

Más adelante se desarrollan algunos casos concretos que constituyen jurisprudencia de la Corte Interamericana y algunos casos planteados a nivel interno, relativos principalmente a la violación al derecho de consulta y territorio de pueblos indígenas.

---

<sup>6</sup> Se puede mencionar como ejemplos de instrumentos internacionales el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.



### **III. ¿POR QUÉ SE VIOLAN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS?**

No obstante que Guatemala forma parte del Sistema de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, y se ha adherido a los distintos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, a nivel interno subsiste una cultura racista, dentro de las propias instituciones de justicia, de esa cuenta ha sido sumamente difícil lograr avances en el pleno reconocimiento y aplicación de la normativa internacional de protección a los pueblos indígenas y a su inclusión en el ordenamiento legal guatemalteco. Prueba de ello son las estadísticas judiciales que reflejan un escaso número de procesos en los cuales se ha resuelto al amparo del Convenio 169. No existe la convicción de que los derechos contenidos en el mismo pueden y deben invocarse en igualdad de condiciones que a las demás garantías constitucionales.

La situación se agrava respecto a aquellos procesos iniciados en defensa de derechos económicos, sociales, culturales y sobre todo colectivos de los pueblos indígenas.

En otros ámbitos de la administración pública (ministerios, direcciones generales, secretarías) se implementan políticas y/o programas no acordes a la visión de desarrollo de los pueblos indígenas y a sus formas propias de organización.

Un claro ejemplo de lo anterior en el ámbito administrativo es la concesión de contratos y licencias relativas a industrias

extractivas, operadas por sociedades anónimas nacionales y mayoritariamente transnacionales, para la instalación de megaproyectos mineros, petroleros, hidroeléctricos, monocultivos, entre otros, que constituyen una seria amenaza en la mayor parte de casos, puesto que existen evidentes violaciones a derechos de los pueblos indígenas en el proceso de adquisición y operación de los mismos.

Existe una gama de Derechos Humanos de las poblaciones indígenas que son violentados, tanto individuales como colectivos: vida, seguridad, integridad, vivienda, trabajo, salud, seguridad alimentaria, un ambiente sano, se incluye en el presente estudio sobre todo lo relativo a la violación al derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada.

#### **IV. EL LITIGIO ESTRATÉGICO VISTO COMO HERRAMIENTA DE EXIGIBILIDAD FRENTE A LA VIOLACIÓN A DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS**

##### **1. DEFINICIONES BÁSICAS**

- **Litigio:**

La palabra litigio proviene del término latino 'litis', que a su vez deriva de 'lis' o contienda judicial. Si bien la palabra litigio se usa en el lenguaje cotidiano como sinónimo de pelea o discusión, ésta solo llega a ser litigiosa cuando es puesta a

consideración de una autoridad judicial destinada a resolverla.<sup>7</sup>

- **Estrategia:**

Se define como conjunto de acciones para alcanzar el objetivo trazado. En el plano de lo jurídico la estrategia implica un proceso regulable, utilizado por quienes litigan el proceso. Asigna una condición óptima en cada momento, por lo tanto ésta puede y debe variar dependiendo del contexto y la información que se obtenga del proceso.<sup>8</sup>

- **Litigio Estratégico:**

El litigio estratégico consiste en la presentación de casos ante tribunales con el objetivo de realizar cambios legales y sociales. La idea de este tipo de litigio es muy diferente de la idea tradicional de un servicio legal. El litigio estratégico es diseñado para ver el caso dentro de un panorama completo y busca la modificación de políticas y patrones de comportamiento.<sup>9</sup>

En su libro **Directrices para la Formulación de Estrategias de Litigio**, la Fundación Myrna Mack define:

---

<sup>7</sup> Disponible en : <http://conceptos.com/ciencias-juridicas/litigio;diccionario.alot.com>

<sup>8</sup> Fundación Myrna Mack, *Directrices para la formulación de estrategias de litigio*, Guatemala (2008)

<sup>9</sup> Child Rights Information Network, *Guía sobre Litigio Estratégico. Una introducción.*, 2009. Disponible en <http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=17127>



El litigio estratégico se impulsa con el propósito de producir un impacto social a través del derecho, fortalecer las instituciones del sistema de justicia, identificar las fortalezas y debilidades de las instituciones de justicia, promover el debate público y educar a la sociedad, entre otras. Así, se plantea que éste debe estar compuesto tanto por estrategias jurídicas como de análisis de contexto, sociales, con medios de comunicación, de protección a víctimas y testigos, de sostenibilidad. Dichas estrategias deben ser construidas entre los querellantes, las víctimas y el equipo de litigio (éste debería ser multidisciplinario y no sólo jurídico).<sup>10</sup>

## **2. ALGUNOS ELEMENTOS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO**

- Utilización de una metodología de análisis para resolución de casos;
- Análisis político y social del contexto en que se produjeron los hechos y del contexto en el que se desarrolla el litigio;
- Preparación técnica, en forma continua, del equipo de litigio durante todo el proceso.

---

<sup>10</sup> Fundación Myrna Mack, *Directrices básicas para la construcción de estrategias de litigio*, Guatemala, 2008.

## **V. MARCO JURÍDICO GENERAL DE UN LITIGIO POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA CONSULTA:**

### **1. MARCO LEGAL**

A partir del año 2,005, se inició un proceso paulatino pero constante de organización comunitaria en el interior de Guatemala, especialmente en la región occidental, encaminado a la realización de consultas comunitarias relativas a la implementación de proyectos extractivos en su territorio. Estos procesos de consulta, son desarrollados de conformidad con las disposiciones propias de cada pueblo, amparados en el derecho que les confiere la normativa internacional a través del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, fueran efectuadas en su mayoría ante la omisión del Estado de Guatemala, de cumplir su obligación de consultar a las poblaciones que se considerasen afectadas por virtud de este tipo de proyectos.

Es decir, las comunidades y pueblos se vieron forzados a desarrollar sus propios procesos de consulta ante el inminente inicio de actividades que de una forma u otra resultarían perjudiciales dentro de su ámbito territorial.

El documento denominado **Las consultas de buena fe en Guatemala y la Corte Interamericana de Derechos Humanos** define que:

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 (...) <sup>11</sup>

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, está regulado en los siguientes instrumentos internacionales e internos:

### **1.1. Convenio 169 de OIT<sup>12</sup>**

El Convenio 169 de la OIT adoptó diversas proposiciones de carácter obligatorio para los países signatarios, con el objetivo de orientar las acciones gubernamentales en materia de derechos de los pueblos indígenas. Es decir:

Artículo Seis. “1... 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. 2. Las consultas llevadas

---

<sup>11</sup> LOARCA, Carlos. *La Consulta de Buena Fe en Guatemala y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Guatemala, 2008. Disponible en: <http://www.albedrio.org/html/documentos/cloarca-001.pdf>.

<sup>12</sup> OIT, Convenio n. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales,(1989)



a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Artículo Quince: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.”

Artículo Diecisiete: “2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.”

## **1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas<sup>13</sup>**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas es un documento que a pesar de no establecer nuevos derechos, reconoce los derechos fundamentales universales en el contexto de las culturas y realidades indígenas.

---

<sup>13</sup> Naciones Unidas, A.G., Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/61/L.67 y Add 1 (2007).

Este documento registra el compromiso de los Estados de garantizar que sean respetadas las decisiones de los pueblos indígenas en temas que afecten sus vidas.

*Artículo Quince “2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.”*

*Artículo Diecinueve. “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”*

### **1.3. Código Municipal**

En la normativa interna guatemalteca, también se contemplan disposiciones relativas al derecho a la consulta, este es el caso del Código Municipal (Decreto 12-2002) que dentro de su articulado, destina un capítulo referente a la participación ciudadana y en el mismo establece la causa, el procedimiento y los efectos del proceso de consulta a los vecinos del municipio. Específicamente en cuanto a consultas a comunidades indígenas, los Artículos 65 y 66 establecen:

Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos e intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

Las modalidades de las consultas a que se refieren los artículos 64 y 65 de este Código, entre otras, podrán realizarse de la manera siguiente:

- 1) Consulta en boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta.
- 2) Aplicación de criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso.

Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el cincuenta (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.

No obstante la anterior regulación, nacional e internacional, los fallos de tribunales y cortes nacionales, inclusive la Corte de Constitucionalidad, esgrimen argumentos en contra del reconocimiento sobre la validez de los resultados de las consultas comunitarias, aduciendo entre otros que aquellas consultas realizadas en materia de disposición del suelo y recursos minerales salen del ámbito que compete al municipio y por lo tanto no pueden aplicarse las disposiciones del Código Municipal; o bien se argumenta que la normativa relativa al derecho a la consulta, aún no es lo suficientemente

clara respecto al procedimiento a seguir, para lograr que los resultados de dichos procesos, desarrollados por los pueblos indígenas, tengan efectos vinculantes, no obstante el último párrafo del artículo 66, es claro al preceptuar los supuestos (cumplir con un porcentaje de población empadronada y obtenerse por mayoría el voto respecto a un determinado asunto consultado) por los cuales se logra la vinculación de los resultados.

Ante estas consideraciones, los pueblos indígenas han optado por adoptar formas propias de su sistema jurídico, en la forma de realizar las consultas, con lo que también se han obtenido fallos desfavorables en cuanto al reconocimiento y trascendencia de sus resultados.

#### **1.4. Otros cuerpos legales**

- Proyecto de Declaración de la Organización de los Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. XVIII (3) (4); XXIV (7); XXIX (5)).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Informes del Relator Especial: Derecho de decir No: Informe de 2003 (Stavenhagen párrafo 66).
- Códigos voluntarios - Política operativa / Directriz operativa del Banco Mundial - Comisión Mundial de las Represas.



### **1.5. Informe del Foro de Expertos de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y el derecho a la Consulta y Participación<sup>14</sup>**

- No debe haber coerción, intimidación ni manipulación.
- Debe tratar de obtenerse el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y respetarse las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas.
- Debe proporcionarse información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesta; la razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; duración y zonas que se verán afectadas; evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución, entre otros.

---

<sup>14</sup> ILO, Contribution to the Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples on: *Indigenous peoples and the rights to participate in decision-making*. Disponible en: [www2.ohchr.org/.../indigenous/ExpertMechanism/3rd/.../contributions/ILO.doc](http://www2.ohchr.org/.../indigenous/ExpertMechanism/3rd/.../contributions/ILO.doc)

- Los pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda.
- La información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible, entre otras cosas, en un idioma que los pueblos indígenas comprendan plenamente.
- Las consultas deben celebrarse de buena fe. Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa. Las consultas requieren tiempo y un sistema eficaz de comunicación entre las partes interesadas.

## **1.6. Casos de Pueblos Indígenas por violación a la Consulta en el Sistema Interamericano y en Derecho Comparado**

### **1.6.1. Casos en el Sistema Interamericano**

A continuación se exponen algunos casos en los que distintas comunidades indígenas de América han presentado las denuncias

que se han considerado oportunas, por la violación de sus derechos, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, primero y, seguido el trámite correspondiente, se han ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos casos son una muestra de la necesidad de la intervención de los órganos internacionales ante la renuencia de los Estados a cumplir con sus obligaciones para con los pueblos indígenas.

### **Caso Comunidad Indígena Awas Tingni vs. Nicaragua<sup>15</sup>**

La comunidad Mayagna Awas, de Nicaragua, presentó esta denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por representantes de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, en contra del Estado de Nicaragua, por violación de los Artículos: 1, (Obligación de respetar derechos); 2, (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno); 21, (Derecho de Propiedad Privada), 25, (Protección Judicial), de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Entre otros, en el resumen de argumentaciones de los representantes, se enfatiza que el Estado de Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de Awas Tingni, ni ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de esa comunidad indígena, sobre sus tierras ancestrales y recursos

---

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 marzo de 2,008. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=15](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=15)

naturales, así como que otorgó una concesión en las tierras de la comunidad sin su consentimiento.

La CIDH, en sus consideraciones, destaca el reconocimiento al derecho de los pobladores de participar en las decisiones que les afectan. Estas decisiones, dijo la CIDH, deben comunicarse y confirmarse según su derecho consuetudinario y cultura (Párrafo 164).

### **Caso Comunidad Saramaka versus Estado de Surinam<sup>16</sup>**

En este caso la corte definió las características que debe tener la consulta, aclarando que debe ser siempre de buena fe e iniciada en las primeras etapas del cualquier proyecto susceptible de tener un impacto sobre las tierras indígenas, es decir:

- El Estado debe garantizar efectivamente la consulta a las comunidades indígenas, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, sobre todo proyecto de desarrollo, inversión, exploración y explotación en su territorio (Párrafo 129).
- La consulta debe ser activa, de buena fe, respetando las costumbres con el objetivo de llegar a un acuerdo (Párrafo 133).
- La consulta debe ser iniciada en las primeras etapas del proyecto y continuar en las etapas siguientes (Párrafo 133).

---

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2,007 No. 172. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>



- El deber de obtener el consentimiento existe sólo en los casos de proyectos de gran escala que pueden tener un impacto importante sobre el territorio de los pueblos indígenas (Párrafo 134).
- Ningún proyecto susceptible de tener un impacto sobre las tierras indígenas que aún no sean delimitadas puede ser desarrollado sin que el Estado obtenga el consentimiento del pueblo que será afectado (Párrafo 214(5)).

### **1.6.2. La Consulta en el Derecho Comparado**

#### **Colombia**

En el caso colombiano se obtuvo una sentencia de la cual enunciamos lo siguiente, que resulta vital para el presente estudio:

- Sentencia de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de 2,009<sup>17</sup>:

Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, es deber del Estado no sólo consultar a dichas

---

<sup>17</sup> Acción de Tutela instaurada por Alvaro Bailarín y otros, contra los Ministerios del Interior y de Justicia ; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía. Sentencia de la Sala Séptima de Revisión de la Corte de Constitucionalidad de veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2,009).

comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.

- Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 2,008:<sup>18</sup>

La Consulta es obligatoria cuando las medidas adoptadas sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas.

No hay reglas sobre el procedimiento a seguir en las consultas. Solo deben ser manejadas con flexibilidad y buena fe.

Deben brindar un conocimiento pleno sobre el proyecto a las comunidades y permitir que ellas sean oídas y que puedan pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

En caso de que ningún acuerdo sea posible, la decisión de las autoridades debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo. Ella debe ser objetiva, razonable y proporcional.

## **Ecuador**

Ecuador también cuenta con importantes decisiones en materia de consulta, a saber: La Sentencia de la Corte Constitucional para

---

<sup>18</sup> Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2,006 “*Por la cual se expide la Ley General Forestal*”. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2,008).

el período de transición, en 2010,<sup>19</sup> garantiza la consulta previa, pero adolece de la limitación de que ninguna ley define sus parámetros. Además determina que la consulta previa no es un mero derecho procesal sino un derecho de carácter sustancial y que la comunidad es titular de este derecho.

La Corte Constitucional de Ecuador, empero, definió los siguientes parámetros para ese país:

- Flexibilidad del procedimiento de la consulta;
- Carácter previo, público e informado;
- Que la consulta no es un mero proceso de información;
- Deber de actuar de buena fe;
- Difusión pública del proceso;
- Deber de definir previamente y de manera concertada los parámetros del procedimiento;
- Definición previa de los sujetos de la consulta y respeto a las estructuras sociales de los pueblos consultados;
- Carácter sistemático y formalizado de la consulta;

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional para el periodo de transición del Estado de Ecuador. Caso n. 0008-09- IN y 001-10-SIN-CC. Sentencia 001-10-SIN-CC de 18 de Marzo de 2010.

- Que el incumplimiento de estos parámetros es igual a la nulidad de los procedimientos.

## Chile

En Chile existen importantes concesiones al Derecho de la consulta. El Código de Minería (26.09.1983), por ejemplo, incluye en sus artículos del 34 al 90, disposiciones sobre la consulta previa a pueblos indígenas en las concesiones mineras. En tanto que el Tribunal Constitucional de Chile, en su Sentencia del 4 de agosto de 2,000,<sup>20</sup> declaró constitucional la integración del Convenio 169 de la OIT al orden jurídico chileno.

Chile también cuenta con la Ley Indígena (19.253 del 28.09.1993), la cual establece, en su artículo 34 que: “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”.

La Ley de Bases del Medio Ambiente (19.300 del 09.03.1994) establece en sus artículos del 26 al 31, la participación de las

---

<sup>20</sup> Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del convenio nº 16 9, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la organización internacional del trabajo, el 27 de junio de 1989, de acuerdo al artículo 82, nº 2, de la Constitución Política de la República.



comunidades indígenas en los procesos de estudios de impacto ambiental.

## **Bolivia**

Antes de la actual Constitución Política de Bolivia, su Tribunal Constitucional emitió la sentencia del 2 de junio de 2,006 sobre la Ley de Hidrocarburos, la cual en su artículo 115 afirmaba que “La consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de consulta deben ser respetadas”. Para la corte, esta ley excede lo que está previsto en el Artículo 15 del Convenio 169 pues, argumentó, no respeta la soberanía del Estado sobre los recursos naturales. Según esta corte, el Convenio 169 sólo vincula al Estado a consultar a los pueblos, pero que la consulta no tiene valor vinculante. De acuerdo a la nueva constitución boliviana, la consulta será libre e informada, realizada de buena fe, es una responsabilidad del Estado y debe efectuarse según las costumbres de las poblaciones indígenas. En esta constitución no existía el derecho de veto, es decir, que el Estado puede no reconocer los resultados si afectan lo que él considere de interés público.

La nueva Constitución Política del Estado (enero 2,009), establece, ahora sí, en su artículo 30, que las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, gozan de los derechos a ser consultados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa, obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada,

respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

## **Brasil**

La constitución de ese país (1,988) prescribe que los recursos minerales pertenecen al Estado (Artículo 20). Los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan son reconocidos y los recursos del subsuelo de las tierras indígenas podrán ser explotados únicamente con la aprobación del Congreso después de un proceso de consulta de los pueblos afectados (Artículo 231).

## **Costa Rica**

En Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2,000)<sup>21</sup> reconoce la vinculación entre la consulta previa y la “necesaria participación y respeto de las minorías en una democracia”. Además enunció que se debe equilibrar los intereses de la población en general y los de las minorías, y confirma la obligatoriedad de la consulta previa antes de comprometer los recursos del Estado o bien antes de que emprenda o permita actividades sobre tierras indígenas y que la publicitación del proyecto en diarios nacionales no basta para

---

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia. Recurso de Amparo contra el Ministerio de Ambiente y Energía. Sentencia el ocho de septiembre de 2,000.

cumplir la obligación propugnada por el artículo 6 del Convenio 169.

## **Canadá**

En Canadá, en el caso de las naciones Haïda y Guujaaw c. Colombia-Británica (2,004)<sup>22</sup>, la Corte de Apelaciones determinó que existe un objetivo de conciliación y un deber de consultar ya que hay reivindicaciones sobre algunas tierras. La amplitud de este derecho varía en función de la prueba del derecho de propiedad sobre las tierras y de la gravedad de los efectos sobre las mismas pero este deber no implica que un acuerdo deba resultar de las consultas y que éstas deban ser hechas de buena fe. En función de las negociaciones, puede existir un deber de acomodar a los pueblos indígenas y que el deber de consultar corresponde al Estado.

### **1.7. Casos Vinculados a la Consulta en Guatemala**

#### **Pueblo Maya Sipakapense**

El caso más significativo de lucha de los pueblos indígenas en defensa del medio ambiente en Guatemala, a través de consultas de buena fe, es el de los pueblos del altiplano occidental, específicamente San Marcos y Huehuetenango, en donde la lucha se ha enfocado principalmente en una franca oposición ante las

---

<sup>22</sup> Corte de Apelación de la Colombia-Británica. Sentencia de 18 de Noviembre de 2,004.

operaciones de explotación minera, producto de la cual se ha obtenido un alto grado de organización comunitaria.

Desde hace más de diez años, la entidad Montana Exploradora de Guatemala S.A. inició trabajos de reconocimiento y exploración minera, en un área de veinte kilómetros cuadrados, ubicada en los municipios de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa, del departamento de San Marcos. Obtuvo licencia para la explotación minera de oro y plata por un plazo de veinticinco años, que inició en el año 2,005; todo este proceso se efectuó sin una comunicación efectiva a las poblaciones indígenas habitantes del área, y sin cumplir con un proceso de consulta previa, informada y de buena fe por parte del Estado de Guatemala y de la entidad minera.

Diversas han sido las acciones jurídicas y políticas efectuadas a lo largo de los últimos años por organizaciones locales, regionales y nacionales, en la búsqueda de reivindicar el derecho violado, a través de la suspensión de las operaciones mineras, reparación a los pobladores afectados, deducción de responsabilidades penales, civiles, administrativas, ambientales, etc. Y aunque se han obtenido avances importantes, inclusive desde organismos internacionales referentes a la obligatoriedad del Estado de proteger los derechos de las poblaciones indígenas, hasta el momento la entidad minera continúa operando.

Uno de los fallos emanados del Tribunal Constitucional guatemalteco en el presente caso argumenta lo siguiente:

La CC ha sostenido que el Convenio 169 de la OIT no contradice las disposiciones constitucionales, más bien lo cataloga como un instrumento de la normativa internacional que complementa y desarrolla preceptos constitucionales en la materia (Arts. del 66 al 69), por lo que también reconoce que su contenido es superior al derecho interno.

El señor Carlos Loarca, quien ha incursionado en el tema, afirma:

(...)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 de buena fe con el pueblo maya sipakapense para obtener su consentimiento, antes de otorgar la licencia de explotación minera, puesto que ésta 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.<sup>23</sup>

En la sentencia aludida, la CC considera que el Reglamento Municipal de Sipacapa, en su artículo 27, contradice lo establecido en el segundo párrafo del artículo 125 constitucional, puesto que aduce, es el Estado el encargado del manejo de los recursos minerales, a través del Ministerio de Energía y Minas, por lo que habiéndose obtenido de su parte la concesión para explotación minera, es el único que en determinado momento podría suspenderla o cancelarla, por lo que considera que el Concejo Municipal se ha extralimitado en sus funciones al emitir este tipo de reglamentación. Con esta afirmación, la CC también desconoce al Municipio como parte de la organización política del Estado, con facultades autonómicas sobre determinado territorio.

### **Hidroeléctrica San Juan Cotzal**

Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue planteada una denuncia por violación al derecho humano al territorio y a la vida de la comunidad Maya Ixil de San Juan Cotzal, departamento de El Quiché, con apoyo de la Coordinadora Nacional de Viudas de Guatemala, el Movimiento de Jóvenes Mayas y la Convergencia Maya Waqib Kej, en contra del Estado de Guatemala.

---

<sup>23</sup> LOARCA, Carlos. *La Consulta de Buena Fe en Guatemala y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Guatemala, 2008. Disponible en: <http://www.albedrio.org/htm/documentos/cloarca-001.pdf>.

Los denunciantes argumentan que en el año 2007, las comunidades afectadas tuvieron conocimiento de la inminente construcción de la hidroeléctrica Palo Alto, sin que hasta ese momento se hubiera realizado ningún proceso de consulta a su pueblo, como es obligatorio hacerlo de conformidad con la normativa nacional e internacional. A partir de ese momento sostuvieron reuniones con sus autoridades municipales, en las cuales se acordó realizar una consulta de buena fe, amparados en el Código Municipal y el Convenio 169. Los resultados de la consulta respaldaron la negativa del pueblo a la construcción de la hidroeléctrica; pese a ello las propias autoridades municipales, obviando dicho acuerdo, adjudicaron en definitiva la concesión a la entidad Agrícola Cafetalera Palo Viejo, para la instalación de dicha hidroeléctrica.

Las comunidades afectadas a raíz de esto, han mantenido una resistencia pacífica y han iniciado también una serie de trámites sobre todo administrativos, sin obtener respuesta favorable. Como consecuencia, algunos de sus líderes han sido objeto de amenazas, por lo que a través de esta denuncia, reclaman del Estado de Guatemala, la garantía de seguridad y respeto a sus derechos humanos, como pueblos indígenas del área.

### **Caso San Juan Sacatepéquez**

Es este uno de los casos más emblemáticos de los últimos años en Guatemala, en el tema de reivindicación y defensa de derechos específicos de los pueblos indígenas, que por lo mismo ha

alcanzado un alto nivel de organización y convocatoria a nivel nacional.

Una de las más recientes acciones en el proceso, ha sido la presentación de una denuncia, ante el Relator Especial, de la Organización de las Naciones Unidas, sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, acerca de la violación por parte del Estado de Guatemala, de derechos humanos del pueblo Maya Cackchiquel de San Juan Sacatepéquez. La misma es planteada por representantes de las doce comunidades afectadas por la empresa cementera Cementos Progreso S.A., por la Coordinadora Nacional de Viudas de Guatemala —CONAVIGUA—, el Movimiento de Jóvenes Mayas —MOJOMAYAS—, el Comité de Unidad Campesina y la Coordinación y Convergencia Nacional Maya Waqib Kej.

Los denunciantes argumentan que como pueblos indígenas afectados, en reiteradas ocasiones han solicitado audiencias al Presidente de la República y al Ministerio de Energía y Minas, con el objeto de exponer su inconformidad y rechazo total a la instalación de una nueva fábrica de cemento de la empresa San José MINCESA, propiedad de la entidad Cementos Progreso, S.A. El gobierno no ha accedido a entablar diálogos directos con las comunidades afectadas y, contrario a ello, continúan favoreciendo la instalación de la cementera, situación que evidencia discriminación y racismo estructural e institucional, así como racismo ambiental para los pueblos indígenas.

Las reivindicaciones de consulta, en la definición de la forma de vida a que aspiran las comunidades mayas kaqchiqueles, se enmarcan en el espíritu de los mecanismos que se establecen en este convenio internacional. Sin embargo, tanto las autoridades del gobierno central, como del Concejo Municipal del municipio de San Juan Sacatepéquez, los ignoraron.

### **Caso Comunidades del Río Chixoy**

La Asociación de Comunidades para el Desarrollo, Defensa de la Tierra y de los Recursos Naturales, ACODET, en representación de los pueblos indígenas que habitan las riberas de los ríos Copón y Chixoy, de la región de las Verapaces, presentaron una comunicación para acción temprana, ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas, denunciando al Estado de Guatemala por violación a artículos contenidos en la Constitución Política de la República y normativa internacional en materia de pueblos indígenas.

Su inconformidad como pueblos se origina por la inminente construcción de la hidroeléctrica Xalalá, megaproyecto que abarcará una considerable extensión de territorio, ubicado entre los departamentos de El Quiché y Alta Verapaz, en la confluencia de los ríos Chixoy y Copón, con capacidad de generación de energía eléctrica para dos millones de personas. Esta obra afectará alrededor de 34 comunidades de los pueblos mayas

queqchí, kiché y poqomchí, poniendo en riesgo la vida y la biodiversidad de la región.

Los pueblos afectados han manifestado su total rechazo al mencionado proyecto, a través de gestiones dirigidas a las autoridades vinculadas al tema, como el Ministerio de Energía y Minas; así también han efectuado una consulta comunitaria en el municipio de Ixcán, con participación de muchas de estas comunidades, dando como resultado una abrumadora mayoría de votos en contra del megaproyecto.

El Estado según dicen, se ha negado a entablar negociaciones con los peticionarios. Contrariamente ha continuado divulgando y promocionando la construcción de la hidroeléctrica, evidenciando con ello la discriminación estructural e institucional existente. Con estas acciones el Estado también ha violado el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, contenido en normativa nacional e internacional, al ignorar los evidentes resultados de la consulta que efectuaron los comunitarios.

### **Caso Fondo de Desarrollo Indígena de Guatemala (FODIGUA)**

En el año 2,005 la Asociación Tzuj'nel, Tob'nel, K'astajnel Defensoría Maya, planteó ante la Corte de Constitucionalidad, una Acción de Inconstitucionalidad Parcial en contra de los artículos 2 y 3 del Acuerdo Gubernativo 32-2005, emitido por el



Presidente de la República en Consejo de Ministros, por violación de los Artículos 58 y 66 de la Constitución Política de la República.

Los argumentos de la entidad postulante indican que, a través del acuerdo impugnado, referente a la conformación del cuerpo directivo del Fondo de Desarrollo Indígena de Guatemala, se tergiversa la identidad indígena, puesto que omite los idiomas en vez de promoverlos; así también vulnera las formas de organización social al eliminar la figura de los Principales (autoridades reconocidas por la organización tradicional de los pueblos indígenas). Por tanto, la reforma impugnada no es una verdadera promoción del respeto a la cultura, religión, organización social e identidad de los pueblos indígenas; asimismo se considera lesiva por el hecho de haberse omitido hacer una consulta previa a estos pueblos.

La entidad demandada argumentó que su función es congruente con lo regulado en los artículos impugnados, con la realidad geográfica nacional y responde con mayor exactitud a los territorios con influencia lingüística, cultural y de ascendencia maya. En resumen, que la normativa impugnada guarda congruencia con el Convenio 169 de la OIT.

En su sentencia de fecha 20 de junio de 2,006, la Corte de Constitucionalidad considera que para la conformación de FODIGUA, se efectuó consulta a los pueblos indígenas, por lo que considera innecesario celebrar una nueva consulta (no obstante haberse llevado a cabo desconociendo los procedimientos

regulados en el Convenio 169). En la modificación de la estructura de FODIGUA se respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, idioma, etc. La corte también estima que el Convenio 169 de la OIT no constituye parámetro directo de constitucionalidad, y de ahí que no puede hacerse confrontación de éste con la normativa impugnada para apreciar su inconstitucionalidad. Por tanto, en su parte resolutive, declaró SIN LUGAR la acción de inconstitucionalidad general parcial.

### **1.8. Conclusión**

Los anteriores casos son ilustrativos de una gran cantidad de reclamos planteados durante los últimos años a nivel nacional e internacional, por pueblos y comunidades indígenas, cuyo denominador común es el reclamo frente a los Estados, por la omisión de su derecho a la consulta y a la defensa de su territorio. Esto no implica que la problemática se reduzca a este tema; más bien se considera que son los casos en los cuales los pueblos han logrado documentarse y recopilar elementos probatorios para someter a algún organismo internacional de derechos humanos, el conocimiento de sus asuntos.

De los casos analizados se concluye también la escasa aplicación del Convenio 169 de la OIT, no obstante ser un instrumento de carácter vinculante y específico en cuanto al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. La Convención Americana de Derechos Humanos, constituye el instrumento de carácter internacional, mayoritariamente aplicado por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, en los fallos emitidos en materia de pueblos indígenas.

## **2. OBJETIVOS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO**

### **2.1. Objetivo Central**

Lograr que el Estado de Guatemala cumpla con promover y respetar el derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos mayas, como una prerrogativa que implica:

- Lograr el reconocimiento sobre la validez de los resultados obtenidos como producto de los procesos de consulta comunitaria, desarrollados por los pueblos mayas de una región de Guatemala.
- Reconocer y reparar la omisión del derecho a la consulta en el/los procesos de industrias extractivas ya iniciados y que violan principalmente derechos económicos, sociales, culturales y colectivos de los pueblos mayas.

### **2.2. Objetivos Inmediatos**

Definir y desarrollar colectivamente estrategias de litigio desde organizaciones de sociedad civil que acompañen a los sujetos directamente afectados (pueblos mayas) por la violación del derecho a la consulta en su lucha reivindicativa.

### **2.3. Lo Estratégico en el Sistema de Justicia**

Lo estratégico en el Sistema de Justicia es utilizar los mecanismos legales que nos ofrece el sistema normativo interno e internacional, pero con inclusión de una visión propia de los pueblos mayas, desde su legitimación, argumentación y fundamentación jurídica, en este caso específicamente con base al derecho a la consulta libre, previa e informada; el litigio estratégico se constituye en una herramienta de exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Humanos, a través del cual se puede lograr el objetivo planteado.

### **3. ESTRATEGIAS DE UN LITIGIO POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA CONSULTA**

Las estrategias de litigio por violación al derecho a la consulta son el conjunto de líneas de acción creadas, impulsadas y ejecutadas por los actores directos e indirectos del litigio estratégico, para complementar y asegurar los resultados de la estrategia jurídica, la cual se constituye en estrategia central.

Como en cualquier litigio de carácter estratégico, hay una estrategia jurídica cuyo desarrollo se considera fundamental para lograr el objetivo central planteado. No obstante ésta debe ser complementada con otros tipos de estrategias de carácter político, social, comunicacional, etc., cuyo diseño debe coadyuvar a la consecución de los resultados esperados a través del litigio estratégico.

Es importante mencionar que estas estrategias deben ser desarrolladas por un equipo de carácter multidisciplinario, dentro del cual debe existir un equipo jurídico fortalecido por los demás especialistas, quienes aportarán desde su propia temática, a la definición de las estrategias. El grupo de organizaciones a cargo del diseño de la estrategia jurídica, pueden y deben dar insumos generales sobre el contenido de las restantes estrategias, en función de favorecer los resultados del proceso o procesos judiciales.

En la presente propuesta de litigio, se ha definido una serie de estrategias cuyas ideas centrales se plantean a continuación. Sin embargo, es necesario desarrollar cada una de ellas a través de reuniones de trabajo con organizaciones y personas especializadas en las distintas temáticas, exceptuando la estrategia jurídica que se aborda con detalle en una tercera parte de esta propuesta.

### **3.1. Estrategia Jurídica**

Esta estrategia parte de la defensa y reivindicación de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas, plasmados en instrumentos internacionales y que en Guatemala poseen rango constitucional, de acuerdo a lo establecido en la propia Constitución Política de la República, así como en fallos emanados de la Corte de Constitucionalidad, específicamente encaminados a lograr el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la consulta.

La ruta jurídica pretende demostrar cómo el Estado de Guatemala ha incumplido con su obligación de consultar a los pueblos mayas de manera libre, previa e informada, desde distintas perspectivas: a) omitiendo efectuar procesos de consulta como lo regulan convenios internacionales y legislación interna, previos a la implementación de medidas administrativas, concesiones y proyectos extractivos que hoy por hoy, afectan a los pueblos indígenas; b) irrespetando y desconociendo la validez de los resultados de las consultas comunitarias efectuadas por los pueblos mayas con respecto a las operaciones extractivas.

Para desarrollar una vía jurídica es necesario definir grandes pasos tales como: el análisis de la normativa y fallos a nivel interno, internacional y del derecho comparado, reuniones de discusión, definición de los mecanismos jurídicos que conduzcan a lograr el objetivo planteado.

### **3.2. Estrategia de Incidencia Política**

La incidencia política es un proceso que implica participación, ser diseñado por ciudadanos y grupos de ciudadanos, con el fin de producir cambios. Consiste en una serie de actividades que se emprenden para cambiar políticas y valores, prácticas y conductas, así como para aumentar destrezas y fomentar la organización.

Su propósito es lograr que los ciudadanos y organizaciones involucradas en la problemática, influyan eficazmente en la toma de decisiones y en la transformación de su realidad.



La estrategia de incidencia política dentro de un litigio se fundamenta en el establecimiento de un proceso de diálogo y alianzas permanentes, entre los sujetos directamente afectados por la problemática abordada (pobladores locales, representantes de organizaciones comunitarias, sociales, eclesiales, políticas, de desarrollo, académicas) y el equipo multidisciplinario de litigio, que puede estar conformado por un grupo de organizaciones de sociedad civil de carácter regional y/o nacional, el cual canaliza las demandas sociales, colabora en su adecuación técnica, diseña y propone tanto a los actores locales como a espacios nacionales, mecanismos concretos de incidencia en el tema, que coadyuven a lograr el objetivo central trazado principalmente a través de la estrategia jurídica.

Además, el proceso político debe fortalecer las capacidades de las personas y organizaciones directamente afectadas a nivel local por la problemática abordada, en cuanto a su nivel de participación social, toma de decisiones, definición de su propio desarrollo, y la influencia que pueden ejercer sobre ese proceso, tanto a nivel local y nacional como a nivel internacional.

Algunas acciones sugeridas para la definición de esta estrategia son:

Acciones previas:

- Reuniones de acercamiento y conocimiento con actores locales;

- Reuniones de coordinación y establecimiento de alianzas con órganos políticos;
- Mapeo de actores involucrados en la problemática;
- Análisis de contexto;
- Identificación de grupos y/o sujetos (con los cuales trabajamos desde lo local y/o lo regional);
- Creación de metodología de abordaje del tema con los grupos y sujetos;
- Proceso formativo de líderes (comunitarios, de organizaciones, etc.), de los encargados de establecer políticas y de otros que elaboran políticas o las ponen en práctica.

Acciones específicas en relación con el litigio:

- Diseño de un plan de trabajo conjunto (organizaciones y actores locales — equipo de litigio —) que contenga acciones concretas de incidencia política a implementar en cada etapa del o los procesos jurídicos;
- Diseño de plan de crisis;
- Institucionalización de compromisos (cartas de entendimiento).

### **3.3. Estrategia de Comunicación**

Dentro de esta estrategia se sugiere partir de la implementación de un ejercicio permanente de análisis situacional por parte del

equipo de litigio, que permita detectar los momentos clave –en función del eficaz desarrollo de la estrategia jurídica-, para el planteamiento de acciones mediáticas, de manera que éstas puedan alcanzar el mayor impacto a nivel público, y contribuyan al logro del objetivo central del litigio estratégico.

Este ejercicio de análisis puede determinar además los siguientes aspectos:

- a) El público al que se necesita llegar;
- b) Los cambios de conducta que se requieren;
- c) Las mensajes que podrían ser apropiados;
- d) Los canales de comunicación que podrían ser más efectivos;
- e) Como se controlará y evaluará el proceso de comunicación;
- f) Los aspectos que buscamos proteger o cuidar.

Además de este ejercicio analítico, la estrategia de comunicación debe contener acciones concretas como las siguientes:

- Reuniones de coordinación y establecimiento de alianzas entre actores locales y los componentes de comunicación del equipo de litigio;
- Mapeo de medios;
- Identificación de entidades mediáticas afines al caso;
- Establecimiento de contactos;

- Definición de políticas de comunicación para el desarrollo del litigio estratégico, específicamente en función de complementar la vía o vías jurídicas;
- Definición de acciones mediáticas concretas en función de cada etapa del o de los procesos jurídicos;
- Operativización de estas acciones (plan de trabajo conjunto);
- Institucionalización de compromisos.

### **3.4. Estrategia de Sostenibilidad y Fortalecimiento**

Esta estrategia pretende desarrollar dentro de la estructura política de las organizaciones y grupos involucrados en la problemática, acciones de fortalecimiento interno de capacidades: de dirección, gestión, incidencia, etc. y conocimientos (teóricos y técnicos) relativos al tema, para que puedan apropiarse del proceso y enfocar sus acciones al cumplimiento del objetivo central de este litigio estratégico y a futuro de otras problemáticas que les afecten.

## **4. ACTORES DE UN PROCESO DE LITIGIO ESTRATÉGICO**

Son todas aquellas personas u organizaciones (de Derechos Humanos, indígenas, campesinas, eclesiales, académicas, de investigación, etc.) que se ven inmersas en la problemática objeto del litigio, así como las que apoyan, acompañan y asesoran el proceso de definición y ejecución de estrategias.

#### **4.1. Actores locales**

Son los protagonistas, los sujetos más importantes dentro de un litigio estratégico de esta naturaleza, en el presente caso, nos referimos a los pueblos indígenas, quienes son los más afectados por la violación a sus derechos esenciales, en este caso por la omisión de su derecho a ser consultados. Su participación consciente y comprometida, es esencial para dotar de legitimidad al proceso. En el mismo, se requiere su intervención a todo nivel, desde la reconstrucción histórica del caso, toma de decisiones, presencia en acciones jurídicas, políticas y mediáticas, entre otras.

Además de las personas individuales existen instancias locales que, de igual forma, han sido protagonistas de los acontecimientos suscitados como parte de la problemática objeto del proceso de litigio y que conocen plenamente el fenómeno por estar en contacto directo y formar parte de su cotidianidad. Entre ellas están: las autoridades indígenas, eclesiales, organizaciones de desarrollo comunitario y, recientemente, ante la problemática desatada por la ejecución de operaciones extractivas, también se han conformado organizaciones que defienden los recursos naturales del territorio e incluso muy específicas en rechazo a la minería de metales, privatización de servicios, etc.

El papel de estos actores se precisa a lo largo de este trabajo, puesto que su intervención, como ya se dijo, se ubica en diferentes etapas del proceso de litigio estratégico.

## **4.2. Equipo Multidisciplinario de Litigio**

Cualquier proceso de litigio estratégico debe contar con un espacio de articulación de organizaciones de naturaleza diversa, pero con el objetivo común de lograr cambios favorables a los actores locales dentro del fenómeno a trabajar.

En el caso específico de la violación al derecho a la consulta, debe tenerse en cuenta para su conformación, a aquellas organizaciones o poblaciones que han desarrollado procesos de consultas comunitarias, han planteado acciones políticas, jurídicas, mediáticas, entre otras, en función del reconocimiento y cumplimiento del derecho a la consulta, que han venido trabajando con estos mismos fines desde los ámbitos: local, regional, nacional y que confluyen en un mismo espacio, en el cual aportan desde su propia experiencia y especialidad.

Es fundamental que cada una de las organizaciones que integran este equipo cuenten con respaldo comunitario, con cierto nivel de representatividad que les permita ser la voz de aquellos que no pueden intervenir directamente en el proceso; así también, que estructuren internamente este equipo, en función de las líneas de trabajo que desean desarrollar como parte del litigio estratégico para poder incluso enfocar sus acciones a diferentes fenómenos que consideren que afectan los Derechos Humanos de los pueblos indígenas.



Proponemos que internamente cuenten con los siguientes órganos:

- **Consejo Directivo o de Coordinación:** encargado de la conducción política estratégica del equipo de litigio y de la toma de decisiones importantes sobre cada una de las estrategias diseñadas para asegurar el cumplimiento de los objetivos planteados.
- **Consejo Técnico:** es un órgano de carácter operativo y asesor, compuesto por equipos, componentes o comisiones, conformados a su vez por organizaciones especializadas en las diversas temáticas que involucra el fenómeno. Dentro del órgano técnico es primordial la conformación de los siguientes componentes:
  - Comisión Jurídica;
  - Comisión de Incidencia Política;
  - Comisión de Comunicación;
  - Comisión de Logística.

Los objetivos del equipo multidisciplinario de un litigio por violación al derecho a la consulta deben ser entre otros: a) Definición y ejecución de estrategias de litigio en función del derecho a la consulta; b) Desarrollo de un proceso de fortalecimiento institucional; c) Diseño de una estrategia de seguimiento y sostenibilidad para la consolidación del equipo

El equipo multidisciplinario de litigio, se constituye como un espacio de diálogo, discusión y definición de distintas estrategias, que deben reflejar las demandas generadas en cuanto a la violación del derecho a la consulta, desde los pueblos indígenas a los que representan. Por lo tanto, las decisiones tomadas en función de ello, cuentan con un alto grado de legitimidad para desarrollar tanto acciones jurídicas como políticas y mediáticas de impacto social.

### **4.3. Comisión o Equipo Jurídico**

La Comisión o Equipo Jurídico es el núcleo de organizaciones de Derechos Humanos, indígenas, eclesiales, académicas especializadas en el tema jurídico, cuyo campo de acción debe ir más allá de lo que usualmente se maneja en la práctica cotidiana ejercida por los profesionales del derecho. El trabajo jurídico de esta comisión consistirá en realizar análisis constantes de la normativa, interna e internacional, de protección a derechos de los pueblos indígenas, para encontrar las vías procesales más efectivas por las cuales encaminarse al logro del objetivo planteado.

Generalmente estará conformada por los representantes o incluso por las áreas jurídicas completas, de cada una de las organizaciones que la integren, puesto que su función primordial es el diseño de la estrategia jurídica por violación al derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas, constituyéndose en uno de los órganos técnicos y asesores del equipo multidisciplinario de litigio.

La Comisión Jurídica debe ser el instrumento por el cual el equipo de litigio, con la representatividad y legitimidad con que cuenta, hace valer desde el ámbito jurídico-político, el derecho de consulta previa e informada de los pueblos indígenas, de conformidad con la legislación nacional e internacional.

### **Estructura y funcionamiento:**

Para efectos de una mejor organización y coordinación, la Comisión Jurídica debe contar a su vez con una estructura interna en dos niveles: a) Un equipo estratega conformado por una persona de cada institución, que tendrá a su cargo la toma de decisiones jurídicas estratégicas, en coordinación con el equipo de litigio al que responde y que mediante una coordinación rotativa, las implementará y dará el seguimiento correspondiente; y b) un equipo técnico jurídico que opera las decisiones tomadas por el equipo estratega, en coordinación con la persona de su institución que lo conforma.

#### **4.4. Entes Asesores**

Constituyen un apoyo fundamental dentro del proceso de litigio estratégico, puesto que sin entrar a formar parte del Equipo Multidisciplinario de Litigio, pueden orientar el proceso con base en su experiencia y conocimientos especializados. Con ellos se trabajan temas y acciones puntuales, pero necesarias, para el buen desarrollo de las iniciativas definidas; estos temas pueden ser de carácter general como: asesoría en investigación, planificación, monitoreo y evaluación, metodología del

procedimiento; o bien en temas específicos para cada una de las comisiones que conforman el equipo de litigio, es decir en el tema de la comunicación, la incidencia política, el fortalecimiento institucional, en el tema jurídico a través de asesorías puntuales en las diversas ramas que conforman la ciencia del derecho, a nivel teórico, doctrinario y procesal.

#### **4.5. Grupo Ampliado de Organizaciones**

Está conformado por todas aquellas organizaciones (de Derechos Humanos, indígenas, campesinas, eclesiales, de investigación social, etc.) que son aliadas o afines a cada una de las organizaciones o grupos que integran el Equipo Multidisciplinario de Litigio, que poseen coordinaciones o convenios con las organizaciones integrantes del equipo, estructuradas incluso, con anterioridad a la conformación del mismo; su apoyo debe ser esencialmente de carácter político y mediático en los momentos decisivos del litigio estratégico, con el propósito de coadyuvar con los sujetos involucrados directamente en la problemática, así como con las organizaciones que diseñan las estrategias de litigio, para el cumplimiento de los objetivos planteados.

### **5. PREGUNTAS GENERADORAS**

Para culminar esta primera etapa del litigio, en la cual se definen los lineamientos básicos de la propuesta estratégica, se sugiere también efectuar un ejercicio de discusión que permita dar respuesta a interrogantes generales como las que a continuación

se detalla, puesto que contribuyen a aclarar y concretar los puntos centrales sobre los cuales versará el litigio estratégico.

- ¿Cuáles son las razones por las que se seleccionó el fenómeno?
- ¿Cómo el cumplimiento del objetivo beneficia a la población indígena?
- ¿Cuál es el impacto que se quiere lograr en la sociedad civil? ¿Promover el debate público y educar a la sociedad? ¿El fortalecimiento a las instituciones del sistema? ¿La Identificación de las fortalezas y debilidades del sistema? ¿Producir un impacto social a través del derecho?
- ¿Qué es lo que se quiere obtener del/los procesos judiciales?

## **SEGUNDA PARTE: DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA JURÍDICA DE LITIGIO POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA CONSULTA.**

### **I. DEFINICIÓN DE LA BASE DE ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

El derecho a la consulta forma parte del bloque de constitucionalidad guatemalteco, así le ha reconocido la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en tres fallos relativos a problemáticas vinculadas a pueblos indígenas. Por lo tanto prevalece sobre otras disposiciones de carácter ordinario como las contempladas en los códigos penal, civil, de trabajo, etc.

El incumplimiento o la omisión por parte del Estado de Guatemala, de las disposiciones y jurisprudencia que otorgan pleno reconocimiento a este derecho, constituye además de una grave violación a los Derechos Humanos, un fenómeno complejo que da margen a deducir responsabilidades de índole penal, civil, administrativa, constitucional, de conformidad con la propia legislación guatemalteca, y por supuesto de la normativa internacional.

Para una propuesta estratégica como la que se desarrolla—y que está a cargo de la Comisión Jurídica del Equipo de Litigio— debe

existir en primer término una “base esencial de argumentación y fundamentación legal”, es decir el conjunto de preceptos normativos sobre el derecho a la consulta libre, previa e informada, que se invocarán en el ejercicio de todas y cada una de las vías procesales o judiciales que se defina plantear en concordancia con las peticiones planteadas por los actores locales, al sistema de justicia guatemalteco e internacional.

Esta base legal debe estar constituida por los siguientes elementos:

- Instrumentos de carácter internacional: Sistema de Naciones Unidas (Asamblea General y órganos como la OIT), Sistema Interamericano, y cortes internacionales.
- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Normativa interna guatemalteca.
- Jurisprudencia internacional: especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Jurisprudencia constitucional guatemalteca.
- Informes de Relatores de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos en materia de Pueblos Indígenas.
- Recomendaciones de expertos de la Organización Internacional del Trabajo.



- Legislación y jurisprudencia de derecho comparado: especialmente de países americanos como: Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia, Costa Rica, Canadá, Chile.

En la primera parte de este documento se desarrolla una base general de argumentación sobre el derecho a la consulta. En el desarrollo de las distintas vías jurídicas, se hará mención de algunas disposiciones de carácter más específico.

El equipo jurídico debe conocer y comprender a profundidad el contenido, alcances y limitaciones del marco jurídico que definió como base de su argumentación; es preciso efectuar en principio un proceso de lectura y análisis individual, complementado por reuniones de discusión sobre la temática, hasta lograr la apropiación de la misma por todos los integrantes del equipo, incluso se sugiere consensuar una visión institucional, una postura propia como equipo, sobre el tema de la regulación legal del derecho a la consulta.

## **II. ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA GUATEMALTECA**

El equipo jurídico, consciente de las herramientas legales con que cuenta relativas al derecho a la consulta, debe analizar si dentro de la legislación constitucional e interna guatemalteca existen mecanismos por los cuales se puede lograr el objetivo central del litigio, es decir:

- El reconocimiento de la validez de los resultados obtenidos como producto de los procesos de consulta comunitaria, desarrollados por los pueblos indígenas;
- Revertir la omisión del derecho a la consulta en procesos extractivos por iniciar;
- Deducir responsabilidades por la omisión del derecho a la consulta en el/los procesos de industrias extractivas ya iniciados.

Para ello, y siguiendo con una misma metodología de trabajo, deben realizarse reuniones de análisis y discusión de los cuerpos legales que a su criterio contienen este tipo de mecanismos. Este análisis debe versar sobre los siguientes puntos:

- Legislación que regula la materia o materias que han originado la afectación a los pueblos indígenas y como consecuencia los procesos de consulta comunitaria: es decir la concesión de licencias para operaciones extractivas, los daños de todo tipo ocasionados por la puesta en marcha de estas operaciones: como daño ambiental, a la salud, utilización de tierras
- Legislación que protege todos aquellos derechos que, por la omisión del derecho a la consulta, también se han visto conculcados en forma directa e indirecta hacia los pueblos indígenas
- Legislación que regula responsabilidades de los funcionarios públicos

- Legislación que regula responsabilidad de las empresas y sociedades

De acuerdo con lo anterior, se sugiere analizar minuciosamente los siguientes cuerpos legales:

- Constitución Política de la República de Guatemala: en lo relativo a pueblos indígenas, bienes del Estado, autonomía municipal, derechos económicos, sociales y culturales, entre otros
- Ley del Organismo Judicial: principios rectores del ordenamiento jurídico guatemalteco
- Código Civil: personas jurídicas, bienes, propiedad, Registro de la Propiedad, vicios de la declaración de voluntad, nulidad, saneamiento
- Código Procesal Civil y Mercantil: juicio ordinario, juicio sumario: desahucio, responsabilidad civil de funcionarios y empleados públicos, interdictos
- Código Penal: delitos que involucran a funcionarios públicos, representantes de empresas, pueblos indígenas, daños al ambiente, a la salud, actividades de las industrias
- Código Procesal Penal: estudio de las etapas del procedimiento común
- Código Mercantil: proceso de constitución de sociedades anónimas y constituidas en el extranjero

- Código Municipal: elementos del municipio, población, fines del municipio, atribuciones, procedimiento de consultas
- Ley de Titulación Supletoria: doble titulación
- Ley de lo Contencioso Administrativo: proceso contencioso, casos en que procede, medios de impugnación administrativos
- Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos
- Ley de Minería: suspensión, caducidad y extinción del derecho minero, nulidad de licencias, procedimiento ante el Ministerio de Energía y Minas
- Leyes ambientales

### **III. PRIORIZACIÓN DE VÍAS JURÍDICAS**

La Comisión Jurídica, habiendo efectuado el anterior análisis, cuenta con un panorama general de la situación normativa en la materia que le interesa, con sus diferentes aristas y esto le permite determinar el nivel de probabilidades que se tiene en cada una de las áreas; está en la capacidad de delimitar su campo jurídico de acción, y selecciona los ámbitos en los cuales considera tener más probabilidades de éxito en función del objetivo planteado.

Determina que la estrategia jurídica puede estar conformada por acciones procesales de dos tipos: a) las que se enfocarán en forma directa a lograr la validez de las consultas

comunitarias o a impedir que se continúe omitiendo el derecho a la consulta; y b) las acciones que se enfocarán a lograr la deducción de responsabilidades para las personas o entes involucrados en la problemática.

Toma en cuenta la existencia de condiciones favorables y el grado de impacto social en cada una de estas acciones y llega al consenso de que las vías con mayores probabilidades para trabajar en función del objetivo central son la vía Constitucional, Administrativa y Penal, de las cuales a continuación se detalla la vía Penal.

#### **IV. Construcción de Vía Penal con incorporación de distintas estrategias de litigio**

##### **1. OBJETIVO**

Asegurar la deducción de responsabilidad penal con respecto a funcionarios públicos y representantes de sociedades y empresas involucradas en la violación al derecho a la consulta de los pueblos indígenas, por virtud de la concesión de licencias extractivas y los daños ocasionados como resultado de las operaciones que se desarrollan.

## **2. PREPARACIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE UN CASO PENAL**

Con base en el marco jurídico propio del derecho a la consulta, y sin perder de vista los objetivos planteados dentro del litigio, deberán delimitarse aquellos preceptos que puedan apoyar un planteamiento de tipo penal, incorporando e integrando los mismos, a las disposiciones penales internas, tanto sustantivas como adjetivas.

Debe analizarse en primer término la normativa penal sustantiva guatemalteca (Código Penal y demás leyes que contienen figuras penales: Ley Forestal, Código de Salud, etc.), y encuadrar las acciones producidas como parte del fenómeno de la violación al derecho de consulta, en las distintas figuras delictivas que dicha legislación regula, estableciendo si existe afectación directa o indirecta con respecto a ese derecho.

Después de realizar ese análisis, pueden delimitarse líneas de acción, tales como las siguientes:

### **2.1. Delitos cometidos por representantes legales de las sociedades y empresas**

Si existen cuestionamientos sobre la situación jurídica del territorio en que se ubica la empresa, o anomalías dentro de su proceso de adquisición, el argumento específico se planteará con base al reconocimiento internacional sobre el derecho colectivo

al territorio de los pueblos indígenas, derivado de la posesión histórica o ancestral sobre el mismo.

El Convenio 169 de la OIT, dedica una sección a regular lo relativo a las tierras y territorios de los pueblos indígenas, determinando que:

### **Artículo 13**

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

### **Artículo 14**

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la



situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

En el mismo sentido e inclusive desarrollado con más detalle, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, regula con respecto al territorio lo siguiente:

### **Artículo 8**

1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;

### **Artículo 10**

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de

los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

### **Artículo 25**

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

### **Artículo 26**

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

### **Artículo 29**

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los

Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

### **Artículo 32**

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

En esta línea de acción penal entonces, las figuras delictivas pertinentes son:

- **Usurpación y Usurpación Agravada (Art. 256 y 257 del Código Penal):**

Comete delito de usurpación quien, con fines de apoderamiento o aprovechamiento ilícitos, despojare o pretendiere despojar a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o un derecho real constituido sobre el mismo, o quien, ilícitamente, con cualquier propósito, invada u ocupe un bien inmueble... El responsable de usurpación será sancionado con prisión de uno a tres años (...)La pena será de dos a seis años de prisión, cuando en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) Que el hecho se lleve a cabo por más de cinco personas;
- b) Cuando el o los usurpadores se mantengan en el inmueble por más de tres días;
- c) Cuando a los poseedores o propietarios del inmueble, sus trabajadores, empleados o dependientes, se les vede el acceso al inmueble o fuesen expulsados del mismo por los usurpadores o tuvieren que abandonarlo por cualquier tipo de intimidación que éstos ejercieren en su contra;
- d) Cuando el hecho se lleve a cabo mediante hostigamiento, desorden, violencia, engaño, abuso de confianza, clandestinidad o intimidación;

- e) Cuando se cause cualquier tipo de daño o perjuicio al inmueble, sus cultivos, instalaciones, caminos de acceso o recursos naturales.

Las penas señaladas en este artículo o en el anterior, según el caso, se aplicarán también a quienes instiguen, propongan, fuercen o induzcan a otros a cometer este delito o cooperen en su planificación, preparación o ejecución.

- **Coacción (Art.214 del Código Penal):**

Quien, sin estar legítimamente autorizado, mediante procedimiento violento, intimidatorio o que en cualquier forma compela a otro, obligue a éste para que haga o deje de hacer lo que la ley no le prohíbe, efectúe o consienta lo que no quiere o que tolere que otra persona lo haga, sea justo o no, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

- **Falsedad material e ideológica (Art. 321 y 322 del Código Penal):**

Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, alterar uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.” “Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que

el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años..

## **2.2. Delitos cometidos como resultado de las operaciones extractivas:**

En esta línea de acción penal, los argumentos deben resaltar la afectación producida a las poblaciones indígenas ubicadas en el área cercana, por la especial relación que las mismas tienen con su territorio y tomando en cuenta que desde su cosmovisión, la madre tierra es el centro de su vida, esto incluye la vida animal, silvestre, los recursos naturales, especialmente el agua. Es necesario evidenciar cómo las operaciones extractivas producen contaminación ambiental, pérdida de recursos naturales, inutilización de suelos, pérdida de cosechas, entre otros.

La invocación de la normativa de protección al territorio y recursos de los pueblos indígenas, anteriormente citada, es también fundamental en esta línea de acción y las figuras delictivas idóneas son:

- **Usurpación de aguas (Art. 260 del Código Penal):**

Quien, con fines de apoderamiento, de aprovechamiento ilícito o de perjudicar a otro, represare, desviare o detuviere las aguas, destruyere total o parcialmente, represas, canales, acequias o cualquier otro medio de retención o conducción de las mismas, o de cualquier otra manera estorbare o impidiere los derechos de un

tercero sobre dichas aguas, será sancionado con prisión de uno a tres años y una multa de mil a cinco mil quetzales.

- **Daño Agravado (Art.279 del Código Penal):**

Es daño específicamente agravado y será sancionado con una tercera parte más de la pena a que se refiere el artículo anterior: (...) 2º. Cuando el daño se hiciere en instalaciones militares, puentes, caminos o en otros bienes de uso público o comunal. 3º. Cuando en su comisión se emplearen sustancias inflamables, explosivas, venenosas o corrosivas.

- **Explotación ilegal de recursos (Art. 346 del Código Penal):**

Quien explotare recursos minerales, materiales de construcción, rocas y recursos naturales contenidos en el mar territorial, plataforma submarina, ríos y lagos nacionales, sin contar con la licencia o autorización respectiva, o quien teniéndola incumpla o se exceda en las condiciones previstas en la misma, será sancionado con prisión de dos a cinco años y el comiso de los útiles, herramientas, instrumentos y maquinaria que hubieren sido utilizados en la comisión del delito. Si este delito fuere cometido por empleados o representantes legales de una persona jurídica o una empresa, buscando beneficio para ésta,

además de las sanciones aplicables a los participantes del delito, se impondrá a la persona jurídica o empresa una multa de cinco mil veinticinco mil quetzales. Si se produce reincidencia, se sancionará a la persona jurídica o empresa con su cancelación definitiva.”

- **Delito en contra de los recursos forestales (Art. 92 de la Ley Forestal):**

Quien sin la licencia correspondiente, talare, aprovechar o extrajere árboles cuya madera en total en pie exceda diez (10) metros cúbicos, de cualquier especie forestal a excepción de las especies referidas en el artículo 99 de esta ley, o procediera a su descortezamiento, ocoteo, anillamiento, comete delito contra los recursos forestales. Los responsables de las acciones contenidas en este artículo serán sancionados de la siguiente manera: a) De cinco punto uno (5.1) metros cúbicos a cien (100) metros cúbicos, con multa equivalente al valor de la madera conforme al avalúo que realice el INAB. b) De cien punto uno (100.1) metros cúbicos en adelante, con prisión de uno a cinco (1 a 5) años y multa equivalente al valor de la madera, conforme el avalúo que realice el INAB.



- **Contaminación industrial (Art. 347 B del Código Penal) :**

Se impondrá prisión de dos a diez años y multa de tres mil a diez mil quetzales, al Director, Administrador, Gerente, Titular o Beneficiario de una explotación industrial o actividad comercial que permitiere o autorizare, en el ejercicio de la actividad comercial o industrial, la contaminación del aire, el suelo o las aguas, mediante emanaciones tóxicas, ruidos excesivos, vertiendo sustancias peligrosas o desechando productos que puedan perjudicar a las personas, a los animales, bosques o plantaciones. Si la contaminación fuere realizada en una población, o en sus inmediaciones, o afectare plantaciones o aguas destinadas al servicio público, se aumentará el doble del mínimo y un tercio del máximo de la pena de prisión... En los dos artículos anteriores la pena se aumentará en un tercio si a consecuencia de la contaminación resultare una alteración permanente de las condiciones ambientales o climáticas.

### **2.3. Delitos cometidos por Funcionarios Públicos:**

En esta línea de acción debe resaltarse la falta de cumplimiento de funcionarios del Estado de Guatemala, con respecto a los compromisos adquiridos a nivel internacional en materia de pueblos indígenas, invocando el Convenio 169 de OIT, Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Convención de Viena, entre otras; actos

como la concesión de licencias extractivas sin la adecuada y oportuna comunicación a las poblaciones afectadas, y más aún, sin un proceso de consulta libre, previa e informada; autorización de estudios de impacto ambiental a científicos o bien sin un adecuado monitoreo; omisión de funciones contraloras de protección al medio ambiente; constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, y además generan responsabilidad penal para los mismos.

- **Responsabilidad del funcionario por contaminación industrial (Art.347C del Código Penal):**

Las mismas penas indicadas en el artículo anterior se aplicarán al funcionario público, que aprobare la instalación de una explotación industrial o comercial contaminante, o consintiere su funcionamiento.

- **Abuso de Autoridad (Art. 418 del Código Penal):**

El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código, será sancionado con prisión de uno a tres años (...)

- **Incumplimiento de deberes (Art. 419 del Código Penal).**

El funcionario o empleado público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo, será sancionado con prisión de uno a tres años.

- **Resoluciones violatorias a la Constitución (Artículo 423 del CP).**

El funcionario o empleado público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresas de la Constitución de la República, o a sabiendas, ejecutare las órdenes o resoluciones de esta naturaleza dictadas por otro funcionario, o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere, será sancionado con prisión de uno a dos años y multa de mil a diez mil quetzales.

- **Omisión de denuncia (Artículo 457 del CP).**

El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, tuviere conocimiento de la comisión de un hecho calificado como delito de acción pública y, a sabiendas, omitiere o retardare hacer la correspondiente denuncia a la autoridad judicial competente, será sancionado con multa de quinientos a cinco mil quetzales. En igual sanción incurrirá el particular que, estando legalmente obligado, dejare de denunciar.

## 2.4. Discriminación

La omisión del derecho a la consulta en perjuicio de los pueblos indígenas reúne todos los elementos para la tipificación del delito de discriminación, el cual consiste en toda distinción, **exclusión, restricción** o preferencia basada en motivos de género, **raza, etnia**, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil o cualesquiera otro motivo razón o circunstancia que impidiere o dificultare a una persona, **grupo de personas** o asociaciones, el ejercicio de un derecho legalmente establecido, incluyendo el derecho consuetudinario o costumbre, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

En el presente caso, la discriminación contiene agravantes, puesto que tiene motivaciones culturales o étnicas, ya que ocurre la violación a un derecho específico de pueblos indígenas; además es cometida, entre otros, por funcionarios públicos.

## 3. DEFINICIÓN DE LOS SUJETOS DEL PROCESO PENAL

Hasta ahora el trabajo desarrollado ha sido de carácter técnico jurídico, por lo tanto su definición corresponde a la Comisión Jurídica. Sin embargo la determinación de quiénes deben figurar como sujetos o partes de un proceso penal, implica un trabajo conjunto con el Equipo Multidisciplinario de Litigio y, con los actores locales, por lo cual se sugiere crear una propuesta de parte del equipo jurídico, misma que debe ser consensuada con

los demás sujetos del litigio estratégico. Esta dinámica obedece a que por regla general, quienes deben figurar como denunciantes, querellantes o testigos, dentro de un proceso, son aquellas personas directamente afectadas por la problemática, por lo que el trabajo hacia lo local es indispensable. El equipo jurídico debe tener la claridad suficiente para situarse en el papel que le corresponde, como órgano asesor y acompañante de quienes son los actores principales del litigio, los pueblos indígenas.

### **3.1. Denunciantes o Querellantes**

Dependiendo del nivel de involucramiento que se decida ejercer dentro de un proceso, se podrá ser denunciante o querellante; para efectos del litigio estratégico, definitivamente la figura del querellante es la más adecuada, puesto que de conformidad con los Artículos 116 y 117 del Código Procesal Penal, éste cuenta con las siguientes facultades:

En los delitos de acción pública, el agraviado con capacidad civil o su representante o guardador en caso de menores o incapaces o la administración tributaria en materia de su competencia, podrán provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público. El mismo derecho podrá ser ejercido por cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos contra funcionarios o empleados públicos que hubieren violado directamente derechos humanos en ejercicio de su función, o con ocasión de ella, o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que abusen de su cargo... El querellante podrá siempre colaborar y

coadyuvar con el fiscal en la investigación de los hechos. Para el efecto podrá solicitar, cuando lo considere, la práctica y recepción de pruebas anticipadas así como cualquiera otra diligencia prevista en este Código. Hará sus solicitudes verbalmente o por simple oficio dirigido al fiscal quien deberá considerarlas y actuar de conformidad.

Si el querellante discrepa de la decisión del fiscal podrá acudir al Juez de Primera Instancia de la jurisdicción, quien señalará audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes para conocer los hechos y escuchará las razones tanto del querellante como del fiscal y resolverá inmediatamente sobre las diligencias a practicarse. De estimarlo procedente, el juez remitirá al Fiscal General lo relativo a cambios de fiscal del procesado.

Este Código denomina agraviado:

1. A la víctima afectada por la comisión del delito;
2. Al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima, y a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito;
3. A los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen;
4. A las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.

El agraviado, aún cuando no se haya constituido como querellante adhesivo de conformidad con el presente Código, tiene derecho a:

- a. Ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal.
- b. Recibir asistencia médica, psicosocial, o cualquier otra que tenga por objeto reducir las secuelas del hecho delictivo.
- c. Que el Ministerio Público escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura o extinción de la persecución penal.
- d. A ser informado conveniente y oportunamente, de las decisiones fiscales y judiciales, e invitado a las audiencias en las que su opinión pueda ser vertida.
- e. A recibir resarcimiento y/o reparación por los daños recibidos.
- f. A recibir protección cuando su integridad física corra peligro, como consecuencia de la persecución penal en contra del sindicado.
- g. A que existan mecanismos que disminuyan los riesgos de victimización secundaria durante el proceso penal.

El Ministerio Público estará obligado a garantizar estos derechos por medio de sus órganos correspondientes, pudiendo para el efecto realizar convenios con instituciones públicas o privadas.

En un litigio estratégico el equipo debe responder a los siguientes planteamientos con respecto a la figura del querellante:

### 3.1.1. Legitimación y Acreditación

¿Qué es legitimación?

Es la cualidad que determina quién de los sujetos tiene el derecho a desempeñarse como parte de un proceso judicial, es decir la persona genuina para accionar en un proceso.

Es indudable que en un litigio por violación al derecho a la consulta, son los pueblos indígenas los legitimados para accionar, por ser quienes resultan directamente afectados, sin embargo para efectos de su intervención en un determinado proceso, la figura del querellante puede tomar distintas formas en cuanto a su legitimación:

- **Como pueblo indígena u organización propia de pueblos indígenas:** este planteamiento, además de ser el ideal para los fines de lograr su reconocimiento, como sujeto titular de derechos y obligaciones en un sistema de justicia que privilegia el tratamiento de derechos individuales, resultaría novedoso porque su base legal estaría conformada por la normativa internacional que reconoce derechos colectivos a los pueblos indígenas: el derecho a decidir sobre su propio desarrollo, a la autodeterminación, al respeto de sus formas propias de organización y también se fundamentaría en casos concretos planteados por pueblos indígenas ante el sistema interamericano y en sus propios países.



Para acreditar su legitimidad, se acudiría a investigaciones y peritajes históricos, antropológicos, sociales, entre otros, que determinen por qué son ellos los llamados a ejercer esa pretensión.

Este tipo de planteamientos desafía al sistema de justicia tradicional y la visión que se tiene sobre la integralidad de los derechos humanos, la jerarquía de las leyes, el reconocimiento de los compromisos del Estado ante la comunidad internacional.

- **Como asociación de derechos humanos en defensa de intereses colectivos:** es la forma más tradicional de figurar en un proceso y muchas veces la única opción que tienen los pueblos indígenas para acceder al sistema como parte de un proceso, para ello es necesario adoptar una de las formas que establecen tanto el Código Civil, la Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo o el Código Municipal, agotando el trámite respectivo ante el Ministerio de Gobernación. La polémica existente se refiere a los alcances de la defensa de intereses colectivos con que se justifica la intervención de las organizaciones, o bien o en caso las organizaciones indígenas o campesinas no desean adoptar una de las formas reguladas por la ley guatemalteca, situación que les impide intervenir con las facultades concedidas al querellante adhesivo; de ahí la importancia de crear nuevos planteamientos ante el sistema de justicia.

- **Como personas individuales:** la intervención como querellante en este tipo de casos, puede también realizarse por un grupo de personas a título individual, pero actuando en calidad de afectados de forma directa, invocando su pertenencia al pueblo o pueblos indígenas que habitan el lugar en que se desarrollan las operaciones extractivas, de conformidad con la normativa antes descrita.

En el caso de que la figura del querellante coincida como agraviado o agraviados dentro del proceso, tener en cuenta las facultades que por las reformas incorporadas recientemente al Código Procesal Penal, se otorgan al agraviado, consistentes en recibir comunicación permanente y consulta de opinión por parte del Ministerio Público, previo a la realización de cualquier diligencia de prueba o acto procesal de importancia.

### **3.1.2. Estrategia de coordinación con fiscalía del Ministerio Público**

La creación de esta estrategia dependerá de lo que se decida en forma conjunta entre el Equipo de Litigio y el equipo jurídico; es necesario aclarar que la finalidad de una estrategia de esta naturaleza es lograr la mayor cooperación, transparencia y coordinación con el ente investigador, en función de cumplir con el debido proceso; para estos efectos la estrategia debe contemplar:

- a) Reuniones con Agente y Auxiliar Fiscal asignados al caso, así como con personal de la Dirección de Investigación Criminológica, sobre planificación y avances de las diligencias de investigación;
- b) Reuniones de alto nivel en asuntos puntuales o imprevistos que puedan perjudicar el proceso (con Secretaría General, Secretaría de Política Criminal e incluso Fiscal General).

### **3.1.3. Relacionamiento y coordinación con agraviados, querellantes, víctimas y testigos**

Previo al inicio del proceso penal, es necesario establecer un proceso de diálogo y relacionamiento directo con los actores locales, así como con organizaciones locales y regionales, quienes tienen un papel fundamental dentro de la estrategia jurídica, puesto que son los legitimados para constituirse dentro de las acciones judiciales, como querellantes adhesivos en su calidad de agraviados o como órganos de prueba en calidad de testigos.

Este proceso persigue un involucramiento directo de los sujetos afectados, en la dinámica del litigio estratégico y del propio Equipo de Litigio, debiendo incluirse en el mismo: la transmisión de los conocimientos necesarios acerca de la problemática que enfrentan, en caso no cuenten con ellos, sus efectos, el objetivo y avance del proceso judicial, acciones políticas y mediáticas, entre otras.

### **3.2. Sindicados**

En un litigio estratégico siempre debe conocerse con detalle al sujeto contrario, dentro del proceso que se va a iniciar; por lo tanto en la vía penal, la investigación se encaminará hacia los funcionarios públicos y/o representantes legales de la entidad involucrada en las operaciones extractivas. Los puntos esenciales de esta investigación deben ser:

1. Estructura Corporativa;
2. Personas de Interés;
3. Situación en el mercado internacional;
4. Flujo de dinero;
5. Accionistas/inversionistas (entre ellos – los Fondos Éticos);
6. Relación con Instituciones Internacionales;
7. Acciones Relacionadas con la entidad en Guatemala y a nivel internacional;
8. Cómo perforar el velo corporativo;
9. Cómo accionar a nivel internacional en diferentes instancias;

### **3.3. Abogados Directores**

Se sugiere que, a nivel del Equipo Jurídico, se defina la participación de sus integrantes dentro de las diferentes vías jurídicas que decidan plantear al sistema de justicia; es recomendable que sea un grupo no menor de cinco abogados quienes comparezcan como directores en cada proceso, los cuales de conformidad con la ley puedan actuar de forma conjunta, separada e indistintamente. Así también debe considerarse su intervención dentro de las acciones políticas. Por ejemplo, intervenir en reuniones puntuales con los actores locales y Equipo de Litigio a fin de trasladarles la información relativa al avance del caso, trabajar con testigos y querellantes, etc. Por otra parte es indispensable que uno o dos abogados del equipo jurídico tengan la vocería de las acciones a plantear y por lo tanto sean exclusivamente los designados, quienes trasladen a los medios de comunicación, la situación jurídica del proceso para evitar discursos contradictorios, confusos, etc.

## **4. DESARROLLO DE ESCENARIOS DEL PROCESO PENAL**

El presente trabajo aporta elementos de los diferentes escenarios o supuestos que pueden suscitarse en cada una de las etapas de un proceso jurídico de naturaleza penal. La decisión sobre cuáles o cuántos procesos deban plantearse dependerá del caso concreto y corresponderá exclusivamente al Equipo Jurídico, quien conoce a profundidad el fenómeno objeto del litigio estratégico.

El objetivo de este análisis es coadyuvar con la preparación previa y eficaz de los actores del litigio estratégico, para que el elemento sorpresa sea mínimo en el momento de la tramitación del proceso judicial.

Se hará mención de la forma en que puede desarrollarse el trabajo con los querellantes y testigos del proceso, así como de algunas acciones de índole política y mediática que se considere necesario realizar en determinados momentos, para complementar el trámite jurídico. Las mismas pueden surgir en el seno del Equipo Jurídico y ser propuestas al Equipo Multidisciplinario de Litigio, quien en última instancia tomará las decisiones acerca de las diferentes estrategias.

#### **4.1. Planteamiento del Acto Introductorio**

##### **Artículos del Código Procesal Penal:**

Art.297: “Cualquier persona deberá comunicar, por escrito u oralmente, a la policía, al Ministerio Público o a un tribunal el conocimiento que tuviere acerca de la comisión de un delito de acción pública (...)”

Art.299: “La denuncia contendrá en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, agraviados y testigos, elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidos.”

### Art.302:

La querella se presentará por escrito, ante el juez que controla la investigación y deberá contener:

- 1) Nombres y apellidos del querellante y, en su caso, el de su representado.
- 2) Su residencia.
- 3) La cita del documento con que se acredita su identidad.
- 4) En el caso de entes colectivos, el documento que justifique la personería.
- 5) El lugar que señala para recibir citaciones y notificaciones.
- 6) Un relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, víctimas y testigos.
- 7) Elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidas; y
- 8) La prueba documental en su poder o indicación del lugar donde se encuentre.

Si faltara alguno de estos requisitos, el juez, sin perjuicio de darle trámite inmediato, señalará un plazo para su cumplimiento. Vencido el mismo si fuese un requisito indispensable, el juez archivará el caso hasta que se cumpla con lo ordenado, salvo que se trate de un delito público en cuyo caso procederá como en la denuncia.

Art. 303: “Cuando la denuncia o la querella se presente ante un juez, éste la remitirá inmediatamente, con la documentación acompañada, al Ministerio Público para que proceda a la inmediata investigación.”

#### **4.1.1. Componentes de la Querella**

El Equipo Jurídico debe consensuar los aspectos centrales del memorial inicial (querella), es decir la definición de sus componentes y la persona, personas u organización encargada de elaborar un primer borrador del memorial que posteriormente se consensuará. La versión definitiva debe incluir algunos apartados, muy importantes dado el tipo de planteamiento que se presenta en materia de pueblos indígenas:

- La calidad y justificación con que actúan el o los querellantes. Tomando en cuenta que es un reclamo planteado desde los pueblos indígenas, es indispensable argumentar sobre el reconocimiento del derecho a su autodeterminación, forma propia de administración, capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones como pueblos, invocando la normativa internacional, principalmente el Convenio 169 de OIT y Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Es muy recomendable que este planteamiento vaya refrendado por un peritaje de carácter histórico, antropológico, social, sobre la posesión ancestral de tierras, estructura social, autoridades ancestrales, reconstrucción de la esencia de su organización como pueblo.

Las organizaciones sociales, de Derechos Humanos, desarrollo comunitario, indígenas, campesinas, eclesiales, que figuren como querellantes, ya sean



locales, regionales o nacionales, deberán enfatizar en el trabajo de acompañamiento realizado hacia los pueblos indígenas, la pertenencia étnica de sus integrantes, su identificación con las luchas sociales de los actores locales, en fin, deberán encontrar el vínculo que los hace considerarse defensores de pueblos indígenas.

- **El objeto de la comparecencia:** es sumamente importante plantear con claridad la nominación de los hechos delictivos que se atribuyen a los sindicatos y sobre éstos, especificar la calidad, cargo y período en que actuaron ya sea en representación legal de la entidad mercantil o como funcionarios públicos.
- **El relato del o de los hechos:** es indispensable que describa las condiciones en que a criterio de los solicitantes, se violó u omitió en perjuicio de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta previa, libre e informada, o las deficiencias de los actos que se tratan de acreditar como un proceso de consulta, según sea el caso; así también cómo a raíz de ese incumplimiento por parte del Estado y entes corporativos, se han suscitado una serie de acciones o conductas, que constituyen los diferentes ilícitos penales, objeto del proceso que se esté iniciando. En otras palabras, describir la vinculación entre la omisión al derecho a la consulta y los daños ocasionados a su

tierra, salud, vivienda, recursos naturales, contaminación de todo tipo, etc.

- **La fundamentación jurídica:** nuevamente se recomienda hacer uso de normativa internacional, nacional, constitucional, pero además acudir a experiencias de casos y fallos de carácter internacional y de derecho comparado, con relación a la violación al derecho a la consulta, a su naturaleza de pueblos indígenas y su especial relación con el territorio (si el caso lo amerita), a su propia visión de desarrollo, entre otros, sin dejar de lado la regulación propia de los delitos que se invocan como objeto de la querrela.
- La mención de ejercicio de la acción civil dentro del proceso en aquellos casos en que proceda la misma.
- En el supuesto que aparezcan como sindicados del proceso funcionarios públicos, hacer mención de dicha calidad y de la necesidad de iniciar las diligencias de antejuicio, solicitando cumplirse con el trámite correspondiente.

Por aparte será necesario iniciar un proceso de relacionamiento constante entre abogados directores y sujetos involucrados en el proceso: querellantes, agraviados, testigos. Para este primer momento el acercamiento tendrá como objetivo explicar de

manera sencilla y detallada, los alcances, efectos, implicaciones, que tiene para ellos el inicio de los procesos judiciales y su participación en ellos.

#### **4.1.2. Acciones políticas y mediáticas sugeridas**

El inicio de las acciones judiciales, se considera un momento importante dentro del proceso de litigio estratégico, por lo mismo debe prepararse una serie de acciones de índole política y mediática, sobre las cuales el Equipo Jurídico pueda dar insumos generales. Sin embargo, es el Equipo Multidisciplinario el responsable de su planificación y ejecución; la presentación de la o las querellas debe estar respaldada por un grupo mayor de organizaciones que apoyen los planteamientos del Equipo de Litigio y sobre todo a los actores locales; por aparte se considera un momento idóneo para iniciar un proceso de relacionamiento con los medios de comunicación.

Entre las medidas políticas sugeridas están:

- Convocatoria a organizaciones y convergencias aliadas;
- Elaboración de pronunciamiento conjunto sobre la acción o acciones a plantear (comunicado);
- Movilización;
- Reunión con actores clave de organizaciones, para definir su postura institucional ante los medios;
- Definición de una estrategia política para el proceso, con las organizaciones y convergencias aliadas.

### Acciones mediáticas:

- Establecimiento de contactos con columnistas afines al tema;
- Reunión previa con columnistas para generar opinión;
- Mapeo de medios televisivos y radiales;
- Coordinación y convocatoria a medios televisivos y radiales, locales y nacionales;
- Comunicado de prensa;
- Elaboración de documento informativo sobre la acción, para organizaciones y actores locales;
- Conferencia de prensa.

#### **4.2. Probables Respuestas del Sistema**

El primer acto del sistema de justicia con respecto a la acción o acciones penales planteadas, dejará entrever varios elementos respecto del órgano jurisdiccional a cargo del caso, entre ellos una posible obstaculización al avance del proceso o una respuesta acorde a lo esperado en un debido proceso. Es necesario conocer con detalle los antecedentes del titular del órgano jurisdiccional, sus criterios respecto de fallos similares y otros aspectos que permitan concluir sobre lo que puede esperarse del sentido de las resoluciones y actuaciones que realice dentro del proceso.

### **Respuestas favorables:**

- La admisión de la querrela, con la aceptación de la calidad de los querellantes, su remisión al Ministerio Público para el inicio de la investigación y la remisión a donde corresponde para el inicio de las diligencias de antejuicio, si fuera el caso: es el tipo de resolución que se espera de todo proceso y por lo tanto corresponde con respecto de la acción penal, concentrarse en la preparación, presentación o petición de elementos de investigación a la Fiscalía del Ministerio Público asignada al caso/casos, tomando en cuenta que si se ha diseñado una estrategia de coordinación con el ente investigador, es el momento de empezar a desarrollarla.

Con respecto a la tramitación del antejuicio, en una resolución apegada a Derecho corresponde al juez inhibirse de conocerlo, remitir la petición de antejuicio a la Corte Suprema de Justicia para que ésta a su vez curse dicha solicitud al órgano que deba conocer, para efectos de continuar con el trámite estipulado en la ley específica en la materia. En este supuesto, la función del Equipo Jurídico será la aportación de pruebas y la fiscalización de acciones de la Comisión Pesquisidora nombrada para el efecto.

## **Respuestas desfavorables:**

- La no admisión de la querrela por falta de legitimidad de los querellantes. En este caso se hace indispensable impugnar dicha decisión a través del Recurso de Apelación:

Art. 404 del CPP : “Son apelables los autos dictados por los jueces de primera instancia que resuelvan: (...) 4. Los que no admitan, denieguen o declaren abandonada la intervención del querellante adhesivo...”

Art. 406 del CPP: “El recurso de apelación deberá interponerse ante el juez de primera instancia, quien lo remitirá a la sala de la corte de apelaciones que corresponda”

Art. 407 del CPP:

La apelación deberá interponerse por escrito dentro del término de tres días, con expresa indicación del motivo en que se funda, bajo sanción de inadmisibilidad, si el apelante no corrige en su memorial los defectos u omisiones en la forma establecida en este Código.

Art. 411 del CPP: “Recibidas las actuaciones, el tribunal resolverá dentro del plazo de tres días y, con certificación de lo resuelto, devolverá las actuaciones inmediatamente.”

En el planteamiento de dicho recurso será necesario profundizar la argumentación sobre la representatividad de los pueblos

indígenas o de las organizaciones propuestas, a través de peritaje histórico, antropológico-social principalmente.

La no admisión de la querrela por considerar que existe una cuestión prejudicial, es decir un asunto pendiente que debe ventilarse en otra vía; requiere que el Equipo Jurídico se asegure con anticipación al planteamiento de las acciones, de que cualquier situación pendiente ha sido solventada, procediendo entonces plantear Apelación, demostrando lo anteriormente mencionado.

Art. 291 del CPP:

Si la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, la cual, según la ley debe ser resuelta en un proceso independiente, éste deberá ser promovido y proseguido por el Ministerio Público, con citación de todos los interesados, siempre que la ley que regula la cuestión lo permita.

**La falta de pronunciamiento sobre las diligencias de antejuicio o la denegatoria de su inicio:** en este caso debe acudir al planteamiento de un Recurso de Reposición, dado que este tipo de resoluciones no es apelable, considerando también la probabilidad de acudir a la vía constitucional a través de una acción de amparo, en virtud de la denegación de justicia, la variación de las formas del proceso, la violación al debido proceso, entre otras garantías que pueden invocarse.

Art. 293 del CPP:

Cuando la viabilidad de la persecución penal dependa de un procedimiento previo, el tribunal competente, de oficio o a petición del Ministerio Público, solicitará el antejuicio a la autoridad que corresponda, con un informe de las razones que justifican el pedido y las actuaciones originales. En lo demás se regirá por la Constitución de la República y leyes especiales.

Contra el titular del privilegio no se podrán realizar actos que impliquen una persecución penal y sólo se practicarán los de investigación cuya pérdida es de temer y los indispensables para fundar la petición. Culminada la investigación esencial, se archivarán las piezas de convicción, salvo que el procedimiento continúe con relación a otros imputados que no ostentan el privilegio(...).

Art. 402 del CPP:

El recurso de reposición procederá contra las resoluciones dictadas sin audiencia previa y que no sean apelables a fin de que el mismo tribunal que las dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Se interpondrá por escrito fundado, dentro del plazo de tres días y el tribunal lo resolverá de plano, en el mismo plazo.



### **4.3. Etapa de Investigación**

Art. 309 del CPP:

En la investigación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Asimismo, deberá establecer quiénes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad. Verificará también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil (...)

Art. 315 del CPP:

El imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, o sus defensores y los mandatarios, podrán proponer medios de investigación en cualquier momento del procedimiento preparatorio. El Ministerio Público los llevará a cabo si los considera pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan. En caso de negativa el interesado podrá acudir al juez de paz o de primera instancia respectivo, para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto.

Art. 316 del CPP: “El Ministerio Público permitirá la asistencia del imputado, de los demás interesados, de sus defensores o

mandatarios a los actos que se practiquen, sin citación previa (...).”

Las acciones de investigación en esta etapa, deben ser producto de la coordinación existente entre fiscalía y querellantes, para ello se sugiere como parte de la estrategia de coordinación diseñada, realizar varias reuniones de discusión sobre elementos de convicción preparados o por diligenciarse, tendentes a reunir argumentos para solicitar órdenes de aprehensión al juez contralor.

En esta etapa el equipo jurídico debe contar con la información reunida y que pueda ser útil para la investigación, de forma ordenada y clasificada; hay que tomar en cuenta que la misma debe variar dependiendo de los hechos ilícitos que se invoquen en la/las acciones planteadas.

#### **4.4. Audiencia Declaración de Sindicados**

##### **4.4.1. Argumentación del querellante**

Interesa básicamente resaltar que la participación de los querellantes debe enfocarse de diferente forma según sea el caso, ya sea con respecto a la calidad de funcionarios públicos, o de representantes legales de la o las entidades que desarrollan las operaciones extractivas. Los motivos racionales suficientes para lograr que un sindicato sea ligado a proceso, pueden ser:

Con respecto a funcionarios públicos: (Concejo Municipal, Ministerios, Secretarías):

- Sobre su actuación, previa a las operaciones extractivas, respecto del no cumplimiento de su obligación de consultar de manera libre, previa e informada;
- Sobre su actuación anómala con respecto al proceso de concesión de licencias;
- Sobre su permisibilidad en cuanto a la aprobación de estudios de impacto ambiental de dudosa confiabilidad;
- Sobre la omisión de pronunciamiento o denuncia de los daños ocasionados en el área de operaciones extractivas.

Con respecto a representantes de empresas:

- Sobre la omisión o anómala realización del proceso de consulta a las poblaciones indígenas habitantes del área en que la empresa opera;
- Sobre la forma de adquirir las tierras en que la empresa opera;
- Sobre la afectación ambiental producto de las actividades extractivas;
- Sobre la afectación física a los miembros de los pueblos indígenas que habitan en el lugar.

El objetivo de esta audiencia, para el/los querellantes es que, a través del órgano contralor, se ligue a proceso a quienes figuran en él, como sindicados; esto se logrará en la medida que puedan

demostrarse y refrendarse con algunos medios de convicción, los extremos arriba indicados.

Por otra parte se pretende sujetarlos a una medida de coerción, esto puede variar conforme el delito o delitos que se invoquen en cada proceso. Si el juez contralor considera que estos delitos lesionan levemente el bien jurídico tutelado o la pena estipulada es mínima, se otorgará una medida de coerción distinta de la prisión preventiva; es importante en ese sentido continuar trabajando con los actores locales y especialmente los querellantes, con la finalidad de que comprendan lo que esto implica (que el proceso continúa, ya que los sindicatos están vinculados al mismo aunque no se encuentren en prisión preventiva).

#### **4.4.2. Acciones políticas y mediáticas**

Entre las medidas políticas sugeridas están:

- Presencia de órgano directivo del Equipo de Litigio en apoyo a los querellantes;
- Convocatoria a organizaciones y convergencias aliadas.

Acciones mediáticas:

- Coordinación y convocatoria a medios televisivos y radiales, locales y nacionales;
- Comunicado de prensa;
- Conferencia de prensa.

## **4.5. Audiencia Intermedia**

Art. 332 del CPP:

Vencido el plazo concedido para la investigación, el fiscal deberá formular la acusación y pedir la apertura del juicio... La etapa intermedia tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo (...)

Art. 337 del CPP:

En la audiencia el querellante, o quien sin éxito haya pretendido serlo, podrá:

1. Adherirse a la acusación del Ministerio Público, exponiendo sus propios fundamentos o manifestar que no acusará;
2. Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación requiriendo su corrección;
3. Objetar la acusación porque omite algún imputado o algún hecho o circunstancia de interés para la decisión penal, requiriendo su ampliación o corrección.

Art.118 del CPP: “La solicitud de acusador adhesivo deberá efectuarse siempre antes que el Ministerio Público requiera la apertura a juicio o el sobreseimiento, vencida esta oportunidad, el juez la rechazará sin más trámite.”

Art. 339 del CPP. “En la audiencia, el acusado, su defensor y las demás partes podrán oponerse a la constitución definitiva del querellante y de las partes civiles, e interponer las excepciones que correspondan.”

Art. 340 del CPP:

La audiencia intermedia tiene como finalidad discutir sobre la pertinencia del requerimiento del fiscal.

En caso de formularse acusación se discutirá sobre los hechos planteados y la probabilidad de que puedan ser demostrados en debate.

El auto de apertura a juicio fundamentará la decisión de llevar a una persona a juicio oral y público.

Esta audiencia dentro del proceso penal es decisiva puesto que, como lo establecen los artículos mencionados, se discute sobre el acto conclusivo de la etapa de investigación por parte del Ministerio Público y la probabilidad de llevar a debate a las personas implicadas, por esta razón, es necesario que los abogados directores del/los querellantes soliciten al juez contralor que dicha audiencia tenga un carácter público, como parte de la estrategia política del proceso.

Respecto a la intervención del querellante, este es el momento en que debe plantearse la petición de intervención definitiva dentro del proceso, petición que debe formularse oralmente durante la audiencia y en la cual se refrendan los argumentos ya expresados en el memorial inicial (querrela), con respecto a la calidad con que

se actúa; como pueblos o como organizaciones de pueblos indígenas, deberá enfatizarse en el reconocimiento a sus derechos para actuar como tales, a su autodeterminación, forma propia de organización, entre otros derechos colectivos; se hará mención asimismo de la normativa que los ampara y se citarán también distintos fallos y leyes de derecho comparado que respaldan su planteamiento.

Con respecto a las argumentaciones sobre la acusación del Ministerio Público, deberán enfocarse obviamente a los resultados de la etapa de investigación, pero al margen de la coordinación que haya podido efectuarse con la Fiscalía a través de reuniones de consenso, propuesta y diligenciamiento de medios de convicción conjuntos, etc., el/los querellantes argumentarán y profundizarán cada uno de los aspectos trabajados dentro de la/las audiencias de declaración de sindicados; es decir, si en aquel momento abordaron planteamientos generales sobre ellos, en esta etapa cuentan con mayores elementos de convicción que respaldan su petición de llevar a juicio oral y público el/los procesos planteados.

#### **4.5.1. Escenarios respecto a la decisión del juez**

- Admitir la acusación y ordenar la apertura a juicio, en cuyo caso corresponde ordenar y verificar toda la prueba, a efecto de preparar la audiencia de ofrecimiento de prueba que se verifica al tercer día de resuelta la apertura a juicio.

- Ordenar el sobreseimiento, clausura o archivo del proceso: esto implica hacer uso de los medios de impugnación establecidos: Apelación para el primero y segundo casos y Reposición en caso de ordenarse el archivo.

#### **4.5.2. Acciones políticas y mediáticas**

Cualquiera que sea el sentido de la resolución que se emita como producto de la etapa intermedia, es un momento decisivo dentro del proceso, y tanto en el momento de la audiencia (por haberse solicitado pública) como al conocer la decisión judicial, es indispensable contar con el respaldo de las organizaciones y grupos aliados, así como publicitar el resultado de la audiencia y acciones próximas. Las acciones más recomendables son:

Medidas políticas:

- Garantizar la presencia de integrantes del Equipo de Litigio, organizaciones y convergencias aliadas;
- Elaboración de pronunciamiento conjunto sobre la decisión judicial obtenida;
- Reunión con actores clave de organizaciones y el Equipo de Litigio, para definir próximas acciones (sobre todo en caso de una resolución desfavorable).



#### Acciones mediáticas:

- Reunión previa con medios para explicar avances del proceso (se sugieren reuniones mensuales) y puntualmente sobre la audiencia intermedia;
- Coordinación y convocatoria de medios televisivos y radiales, locales y nacionales, el día de la audiencia;
- Comunicado de prensa (en caso de resolución desfavorable);
- Conferencia de prensa (en ambos casos).

#### **4.6. El debate oral y público**

Es la etapa decisiva del proceso penal, la cual debe partir de una adecuada preparación de los medios de prueba que han sido ofrecidos y admitidos por el Tribunal de Sentencia que conocerá de esta fase.

El equipo jurídico debe contar con varias sesiones de trabajo en las cuales define sus estrategias para el debate, analiza escenarios, trabaja sus conclusiones, pero primordialmente define el trabajo con los querellantes y testigos.

Los abogados directores deben tener muy en cuenta que su principal rol, es dotar a sus intervenciones del enfoque de protección y reconocimiento a derechos de los pueblos indígenas, que son los afectados por la problemática.

Sus conclusiones, expresarán entre otros, los siguientes puntos:

- El fundamento legal internacional y comparado, que ampara a los pueblos indígenas para plantear sus reclamos judiciales, la legitimidad que poseen para actuar en nombre de todo un pueblo indígena afectado;
- La forma en que dentro del proceso se comprobó que existió omisión del Estado de Guatemala, de su obligación de consultar a los pueblos indígenas afectados.
- Cómo se concesionó en forma irregular la autorización u autorizaciones para desarrollar operaciones extractivas
- La situación jurídica de las tierras y la forma de adquisición de las mismas por la empresa involucrada (si fuere el caso);
- Cómo se demostró la vinculación entre la omisión de la consulta y la afectación a los pueblos en materia ambiental, sanitaria, física, salud, etc. a través de la autorización de las operaciones extractivas.
- Cómo la omisión de la consulta desencadenó conflictividad social, criminalización en perjuicio de pobladores indígenas.
- Cómo la actuación permisiva o aquiescencia de funcionarios públicos en la aprobación de estudios de

impacto ambiental de dudosa confiabilidad fue parte importante para desencadenar los daños posteriores a los pueblos.

Los querellantes en esta etapa deben conocer:

- Los logros del proceso hasta ese momento: resultados de la etapa investigativa, los medios de prueba con que se cuenta y las probabilidades de éxito que se tienen con ellos.
- La importancia de su participación y presencia en cada audiencia del debate, por el riesgo de declararse abandonada su intervención en el proceso ante su incomparecencia.
- Los principios, reglas, etapas del debate, principalmente en qué momento se da su intervención y los aspectos centrales de ella: reiterando los argumentos sobre su legitimación.
- El papel de los abogados directores que les auxilian.

Los testigos propuestos: se sugieren reuniones individuales y conjuntas, en los días previos al inicio del debate; las primeras para trabajar en la aclaración de puntos clave, memorización de fechas, nombres, lugares, entre otros, que son vitales dentro de su declaración. Las reuniones conjuntas para manifestarles la

importancia de que sus testimonios sean congruentes (en sintonía unos con otros) y los elementos que aporten al proceso sean más por constancia propia que por ser referenciales.

Los aspectos centrales de su declaración:

- Su especial relación con el lugar, el territorio que habitan, su temporalidad.
- La forma de administrar su tierra, sus recursos, su estructura social.
- La falta de información y sobre todo de consulta hacia ellos durante el proceso de autorización e implementación de operaciones extractivas.
- Enfatizar la diferenciación entre la situación previa y posterior al inicio de operaciones extractivas en el lugar, la afectación existente a cualquier nivel.
- La conflictividad social.

### **Acciones políticas y mediáticas**

Esta etapa decisiva en el/los procesos penales requiere aún más presencia política y mediática que las anteriores etapas; por su carácter de público, el debate debe aprovecharse al máximo. El Equipo de Litigio deberá definir un plan de acción específico para esta etapa, de tal manera que pueda garantizar la presencia de integrantes de organizaciones aliadas en todas y cada una de las audiencias; sobre todo en el momento de dictarse la sentencia.

Deberá también elaborarse un pronunciamiento conjunto de parte de las organizaciones que integran el Equipo de Litigio y demás organizaciones aliadas, así como una conferencia de prensa con presencia de querellantes y abogados, para el momento posterior al conocimiento de la sentencia, sea ésta favorable o desfavorable.

Las acciones enfocadas hacia medios de comunicación, deberán iniciarse previo al debate, a través de reuniones de información relativa a puntos clave, tal como los mencionados con respecto a los querellantes. Por lo general los medios de comunicación siempre cubren audiencias de debate; sin embargo hay que hacerles la petición concreta para garantizar su presencia en cada audiencia y finalmente en el momento de dictarse sentencia, así como en la conferencia de prensa preparada.

## **La Sentencia**

Es el acto procesal que pone fin a la primera instancia, en el caso que nos ocupa, es el acto conclusivo por excelencia, emanado del órgano jurisdiccional, en este caso de un Tribunal de Sentencia, que después de haber recibido y diligenciado todos los medios probatorios de forma directa y escuchado las apreciaciones y pretensiones de los sujetos procesales, realiza un proceso intelectual de valoración de la prueba mediante la sana crítica razonada y emite un pronunciamiento condenatorio o absolutorio.

Con el pronunciamiento de la sentencia, el Equipo de Litigio concluye una primera e importantísima etapa dentro de su planteamiento estratégico de litigio, consciente de que es esta solamente una de las acciones que han de plantearse para lograr el objetivo central del litigio estratégico y también que dentro de esta acción, se abren las puertas para iniciar una segunda instancia con sus propias vicisitudes, hasta agotar los medios de que dispone el ordenamiento penal y constitucional guatemalteco.

Sin embargo en esta etapa se han cumplido ya varias metas que resultan enriquecedoras para todos los sujetos involucrados, como las siguientes:

- Se ha desafiado la forma tradicional de accionar ante el sistema de justicia, al introducir argumentos y fundamentos propios de una colectividad: los pueblos indígenas en un proceso penal.
- Se ha fortalecido el papel de los actores locales afectados por la problemática, llevando sus planteamientos al sistema de justicia con la legitimidad que proporciona su respaldo, confianza e identificación con el tema, a través de un trabajo articulado y coordinado de preparación en el cual han participado activamente.
- Se han diseñado estrategias de trabajo, principalmente jurídicas y políticas, para su adecuada intervención en este

y demás procesos que se planteen al sistema de justicia, como pueblos indígenas de Guatemala.

- Se ha logrado cohesionar un número importante de organizaciones trabajando en el tema común de la defensa y protección de Derechos de los Pueblos Indígenas.

## **CONCLUSIÓN**

El objetivo principal de este trabajo fue demostrar que, para garantizar concretamente el derecho a la consulta, siempre que megaproyectos vengán a afectar las formas de vida de los pueblos indígenas, es necesaria la creación de una estrategia de litigio que tenga como meta ir más allá de casos individuales.

La idea de un litigio estratégico es utilizar el sistema judicial para provocar cambios concretos y significativos en toda la sociedad guatemalteca. Para alcanzar esta finalidad es imperiosa una actuación estratégica, que desarrolle ciertas etapas de índole estructural, política y social, conjuntamente con las acciones judiciales.

La información que se encuentra en este documento es resultado de investigaciones, acciones y prácticas en el tema de litigio estratégico en materia de pueblos indígenas. Aspiramos a que esta publicación sea utilizada como un guía para la sociedad civil, proveyendo las herramientas necesarias para completar cada una de las etapas constituyentes de este proceso de lucha por la promoción de los derechos humanos de pueblos indígenas en Guatemala.