

RA-94

ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES
Guatemala

**LAS CONSULTAS POPULARES:
SUS ALCANCES PARA LA
DEMOCRACIA EN GUATEMALA**

Revista ASIES

No. 3 2005

Las consultas populares: sus alcances para la democracia en Guatemala. Guatemala: ASIES, 2005.

62 p. (Revista ASIES no. 3, 2005).

1. CONSULTA POPULAR. 2. DEMOCRACIA. 3. TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. 4. SISTEMAS ELECTORALES. 5. PARTICIPACION POLITICA. 6. VOTACIÓN. 7. GUATEMALA.



EDITOR

Asociación de Investigación y Estudios Sociales

Apdo. Postal 1005-A

Tel: 2332-2002, 23347178/9, 23310814

Fax: 23602259

www.asies.org.gt

asies@asies.org.gt

Ciudad de Guatemala

Guatemala, C.A.

DIRECCIÓN

Irma Raquel Zelaya

Arnoldo Kuestermann

Carlos Escobar Armas

© 2005

Esta publicación es posible gracias a la cooperación de la Fundación Konrad Adenauer de la República Federal de Alemania.



ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES
Guatemala



**LAS CONSULTAS POPULARES:
SUS ALCANCES PARA LA
DEMOCRACIA EN GUATEMALA**

**Revista ASIES
No. 3 2005**

INDICE

Presentación

Lic. Carlos Escobar Armas 5

PARTE I: INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA

Lic. Luis Felipe Sáenz 9

Expositores en el Coversatorio

1. Lic. Gabriel Medrano
2. Lic. Jorge Rolando Barrios
3. Lic. Eduardo Palomo
4. Lic. Luis Linares
5. Lic. José Arturo Sierra
6. Lic. Alvaro Castellanos
7. Lic. Alejandro José Balsells
8. Lic. Mario Fuentes Destarac
9. Licda. Karin Paola Wagner
10. Lic. Julio Saavedra
11. Lic. Luis Felipe Sáenz

PARTE II: FORO PÚBLICO

17 de agosto de 2005

Presentación

Licda. Karin Erbsen de Maldonado

Vicepresidenta de la Junta Directiva de ASIES 29

Exposiciones de los panelistas

Licda. Carmen María Gutiérrez de Colmenares
Presidenta de la Junta Directiva de ASIES

30

<i>Lic. Jorge Rolando Barrios</i> Presidente del Centro para la Defensa de la Constitución (CEDECON)	39
<i>Lic. Gabriel Medrano Valenzuela</i> Magistrado Tribunal Supremo Electoral (1989-2002)	44
<i>Lic. Alejandro Maldonado Aguirre</i> Primer Vicepresidente del Congreso de la República	48
<i>Lic. Mario Fuentes Destarac</i> Presidente de la Cámara Guatemalteca de Periodismo	53
<i>Lic. Jorge Arturo Sierra González</i> Magistrado de la Corte de Constitucionalidad (1996-2001)	58

Presentación

Lic. Carlos Escobar Armas

La Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), interesada en ofrecer una orientación seria y responsable sobre los alcances que las consultas populares tienen en la construcción de una democracia de ciudadanos y no solamente de electores, con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer organizó dos actividades, en las que participaron juristas expertos en derecho constitucional, electoral y municipal para que mediante el diálogo analítico y reflexivo sobre dicha temática, y a la luz de sus especialidades, se obtuvieran opiniones autorizadas al respecto que generaran criterios sobre una correcta aplicación de los preceptos constitucionales y la normativa vigentes.

Las actividades realizadas fueron dos: en la primera ASIES convocó a un destacado grupo plural de expertos para sostener un conversatorio sobre la naturaleza constitucional y legal de las consultas, a fin de intercambiar opiniones serias y reflexivas, sobre las distintas facetas del género sufragio, de las cuales la Consulta Popular es una especie.

El presente número 3 de la Revista ASIES contiene en su orden, la relatoría del Conversatorio realizado el 21 de julio del presente año, en el cual tomaron parte el licenciado Luis Felipe Sáenz, Catedrático Universitario de Derecho Constitucional, ex Magistrado de la Corte de Constitucionalidad y actual Magistrado Suplente del Tribunal Constitucional, quien tuvo a su cargo la introducción al tema de las consultas que dio pie para el conversatorio en el que tomaron parte los juristas siguientes: Jorge Rolando Barrios, Gabriel Medrano

Valenzuela, Eduardo Palomo, Mario Fuentes Destarac, René Poitevin, Luis Linares, José Arturo Sierra, Alvaro Castellanos, Alejandro Balsells, Karin Wagner y Julio Saavedra.

En razón de la importancia y profundidad de las intervenciones, ASIES invitó a los juristas participantes a exponer, de manera más extensa, sus criterios en un Foro Público que tuvo lugar posteriormente con la participación de los juristas Jorge Rolando Barrios, Gabriel Medrano, Alejandro Maldonado Aguirre, Mario Fuentes Destarac y Jorge Arturo Sierra González.

Las reflexiones y consideraciones expuestas giraron en torno a las implicaciones en los procesos de consulta de las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República, el Código Municipal, la Ley de Descentralización, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, y la necesidad de una adecuada reglamentación.

El tema tratado se inscribe en la discusión en cuanto a la posibilidad de hacer compatibles ciertas medidas de democracia participativa con el ejercicio y funcionamiento de la democracia representativa en Guatemala, sistema político adoptado por los constituyentes en la Constitución Política que rige nuestro Estado democrático de derecho en los artículos 140 y 141.

Siendo que la consulta en cualquiera de sus formas, es la especie del género sufragio, debe tenerse presente que todo lo relativo a su ejercicio se regula en la ley constitucional contenida en el Dto. 1-85 del Congreso y sus reformas, que así lo establece ésta en su artículo 1o. y así lo reitera la propia ley constitucional al indicar que "sufragio es el voto que se emite en una elección política o en una consulta popular, criterio a su vez recogido en la clasificación de los comicios que hace el art. 199 literal c) de la ley electoral y en el art.

202 que aplica el sistema de escrutinio de la mayoría a las consultas. Después de repasar brevemente las disposiciones legales básicas relacionadas con las consultas, se establecieron algunos puntos convergentes entre los participantes en el Conversatorio y en el Foro Público, que pueden ser expresadas así:

1. *Se considera que la consulta popular constituye un procedimiento que fortalece la democracia participativa.*
2. *La armonización entre la democracia representativa y la democracia participativa es necesaria para el fortalecimiento del Estado Democrático de Derecho.*
3. *Es urgente normar tanto sustantiva como adjetivamente el tema de la consulta popular y las consultas en general, aplicando las disposiciones de los artículos 173 y 223, 2o. párrafo de la Constitución Política de la República y las legales pertinentes y su reglamentación por el Tribunal Supremo Electoral al amparo de su naturaleza de máxima autoridad en la materia, independiente y no supeditado a Organismo alguno del Estado.*
4. *La regulación de este procedimiento debe efectuarse en atención a los principios de suprallegalidad del texto constitucional y los del sufragio universal, dentro de un cuerpo legal de carácter constitucional.*
5. *Debe asegurarse que en el marco normativo electoral quede claramente establecido:*
 - a. *La clasificación de la consultas (obligatorias e indicativas).*
 - b. *Los procedimientos para legitimar los resultados de las consultas y determinar los casos en que estos*

sean de carácter obligatorio o únicamente indicativo de la voluntad de la población.

- c. Delimitar las competencias de las municipalidades.
- d. Precisar la información sobre los temas a someter a consulta así como la divulgación de la misma.
- e. La determinación de las cualidades que deben poseer los participantes en la consulta.

La especificidad del ejercicio del sufragio de las consultas, tanto las de orden constitucional, como las municipales y las que establece el Convenio 169 de la OIT, quedan comprendidas con sus variantes correspondientes dentro de lo prescrito para el género sufragio por la Constitución Política y consecuentemente en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, el Código Municipal y el Convenio 169.

Con mucha satisfacción, la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), nuevamente con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, tiene el agrado de publicar en su Revista el resultado de las dos actividades de acuerdo a un orden cronológico, confiando en que su contenido contribuya a orientar a la ciudadanía en general y a las autoridades electorales y municipales acerca del régimen jurídico imperante, que requiere de la necesaria regulación del sufragio como derecho político y cívico en la modalidad de consulta para armonizar la democracia participativa con la democracia representativa como los dos pilares en que se asienta el Estado democrático de derecho conformado de ciudadanos y no solo de electores.

Guatemala, octubre de 2005



LAS CONSULTAS POPULARES: SUS ALCANCES PARA LA DEMOCRACIA EN GUATEMALA



PARTE I INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA

A continuación se transcribe parte de la exposición del Lic. Luis Felipe Sáenz:

1. El expediente No. 931-95 de la Corte de Constitucionalidad, por el cual la Corte abordó, en una acción de inconstitucionalidad, el último intento referido a reformar en texto constitucional. Y tras una introducción bastante amplia, la Corte abordó el tema de la Consulta Popular, así: la consulta popular *“denominada por la doctrina “Referéndum Consultivo”, significa las funciones de sufragio y ejercicio del voto en virtud del cual el pueblo, mediante el cuerpo electoral, decide en última instancia resoluciones que le afectan en forma directa. Tiene, en general, dos componentes: a) el órgano facultado que acepta, discute y aprueba una decisión política importante, que habrá de reflejar sus efectos en la estructura normativa del Estado y, por tanto, en la población; y, b) el pueblo, en el que radica la soberanía, que por medio del voto acepta o rechaza la propuesta aprobada, de donde deriva su voluntad de adoptar o no la decisión sobre la que se pronuncia en las urnas. La Consulta requiere de la previa, suficiente y comprensiva información que debe darse a la población, para que concurra al acto electoral con pleno conocimiento de su propósito. Cabe, a*

este respecto, la cita del profesor Antonio E. Pérez Luño, quien sobre el particular expresa: “El principio de la soberanía popular se realiza así en la praxis a través de un proceso dialéctico en el que el momento de la decisión mayoritaria no tiene por qué excluir el momento previo de la orientación de la decisión, que puede corresponder a una elite o minoría intelectual. Siempre que dicha elite se halle comprometida con la masa en la elaboración común de un determinado programa de acción. De ahí que sea falsa la tesis de que la soberanía popular está abocada a degenerar en decisionismo político, al sacralizar la suma de un conjunto de voluntades arbitrarias. Frente a ella cabe aducir que su valor como criterio de legitimación democrática del poder, estriba en que el acuerdo o consenso sobre el que se articule la decisión mayoritaria sea -a tenor de un conocido planteamiento de Jürgen Habermas- el producto de una deliberación racional alcanzada bajo condiciones formales que permitan una situación comunicativa ideal y tenga por objeto intereses generalizables o necesidades que puedan ser compartidas a través de la comunicación. La racionalidad a la que aquí se alude no consiste en un principio absoluto e inmutable, sino en un criterio abierto a una constante revisión y crítica. El consenso racional se da cuando existe una comunicación ideal, esto es, aquella que no se haya deformada por la persistencia de situaciones de dominación. Por ello, sólo puede conseguirse donde se dé una forma de vida caracterizada por los valores de verdad, libertad y justicia y donde, en suma, se haya producido una completa emancipación humana”. (Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 3a. ed. Madrid, Tecnos, 1995. págs. 201 y 202). De manera que, dentro de los límites jurídicos que las leyes matrices concretan, son susceptibles de acomodar exigencias normativas, sociales y políticas devenidas posteriormente, que no fue posible prever al poder constituyente originario, para mantener, sin embargo, su prevalencia, en la forma y fondo, de leyes fundamentales, proceso que Rudolf Smend ha

caracterizado así: “La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado; y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso” Este es en general la respuesta que dio la Corte de Constitucionalidad cuando se planteó el tema de la reforma a la Constitución y que hizo referencia concreta a la Consulta Popular.

2. En materia municipal, el fallo de la Corte de Constitucionalidad fecha 23 de marzo de 1988, dictado dentro del expediente número 276-87, hace referencia a lo que ha sido denominado cabildo popular. La referida sentencia en su parte conducente establece que: “VII- En la Constitución figura la división político administrativa del país, que reconoce el ámbito nacional, el departamental y el municipal. Estos dos últimos podrán incluirse dentro de regiones de desarrollo “con criterios económicos, sociales y culturales”. (artículo 224, segundo párrafo). Los municipios corresponden a lo que en la doctrina se identifica como regímenes locales, como una manifestación primaria de una inmediatez de la personalidad acerca de un territorio. La pertenencia al municipio tiene un sentido íntimo, acercando al individuo al centro de toma de decisiones respecto de los asuntos más relacionados con sus intereses cotidianos: vivienda, satisfactores primarios de la familia, trabajo, relaciones sociales y recreación. El régimen local puede ser apreciado desde una doble perspectiva, por un lado, la política, y por el otro la administrativa. Por la primera, el rasgo fundamental es el de la coherencia y la identidad, siendo el vínculo de la vecindad el soporte de una estructura social característica. La idea elemental que surge es la de que sus autoridades, encargadas de promover y cuidar el bien común, juntamente con los administradores, deben tener carácter representativo (de las primeras claro está), por lo que su sistema de autogobierno es proyección de una auténtica

libertad política, y se le reconoce como derecho a la autodeterminación. Esto es, que las decisiones corresponde asumirlas, por vía representativa, a los vecinos, que es el concepto unitivo de la comunidad, en tanto que pertenecientes al Municipio que es la unidad que reconoce la Constitución. En cuanto al aspecto administrativo, ha sido el Municipio el que tradicionalmente ha representado la esfera de poder local, por cuyo medio la Administración Pública realiza gran parte de sus funciones propias. Estas formas operativas han tenido su justificación en la necesidad de aproximar a las autoridades representativas a las gestiones e intereses de los ciudadanos.

Tales manifestaciones del régimen local (la naturaleza de órganos políticos de las municipalidades y su inmediatividad en la función administrativa) se realizan según el telos constitucional fortaleciendo el Municipio y no vaciándolo de sustancia; y siendo, como lo reconoce la Constitución, una estructura democrática, o sea de participación social, debe protegerse para que pueda representar con vigor las voluntades de la comunidad que le pertenece

En este orden de ideas, es evidente que la Constitución reconoce en el Municipio un ente con autonomía y con autoridades representativas, designadas por el sistema electoral, cuyos principios y garantías figuran en la legislación respectiva. Atañe entonces al municipio como entidad y a través de los procesos democráticos tomar las decisiones, por lo que, la creación de otros entes públicos no integrados por medio de representación popular -cuyo control ni siquiera aparece conferido al órgano privativo que reconoce la Constitución-, significa en la práctica una privación de importantes funciones, con lo que se atenta contra la autonomía municipal al crear Consejos Locales de Desarrollo Urbano y Rural con las características que contempla la ley en los artículos 20

inciso e); 12, 13, 14, 15, 16 y 17, porque dispersan el poder municipal, y la forma de funcionamiento

La Constitución Política de la República, al regular la estructura y organización del Estado, en el Título V, trató en Capítulos diferentes el régimen administrativo y el régimen municipal, condicionando el primero al respeto de la autonomía municipal.

En efecto ¿cómo podrán las municipalidades, sin perder su autonomía, permitir que otros Organismos ejercieran las funciones que establece el artículo 137?, ¿cómo podrían las municipalidades conservar el gobierno de los municipios, si se permite su fraccionamiento en múltiples organizaciones? Esto es aún más grave, si vemos que conforme el artículo 12 sólo exige que estas organizaciones tengan un territorio determinado, sin requerir que tal territorio esté localmente dentro del de un sólo municipio. Por otra parte, las municipalidades no nombran, ni siquiera participan, en la designación de los Comités Ejecutivos. Solamente convocan a los presidentes de tales comités a reuniones periódicas, para darles participación en los problemas del Municipio, sin siquiera colocarlos en un plan de igualdad, como sería el de que la Municipalidad deliberara acerca de los problemas de los Consejos Locales. Con la forma de designación de los consejos Ejecutivos, se produce la dispersión del poder municipal; con la forma de su funcionamiento, la duplicidad de gobierno de las localidades, y con la dependencia de estos Consejos al nacional, se pierde la autonomía municipal”.

Cuando la Corte se pronunció al respecto, estaba en vigor el Código Municipal anterior, y desde luego la referencia fue a la anterior Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural; como varias de sus disposiciones fueron declaradas inconstitucionales, desde luego y posteriormente, el órgano legislador dictó la vigente Ley de Consejos de Desarrollo. Pero también hizo esta

reflexión en aquel momento en el que la ley anterior estuvo vigente, y en tal razón, no se podían dejar de considerar los dos aspectos: la autonomía municipal y los cabildos abiertos. Se considera un cabildo abierto cuando se llama a los vecinos a expresar su opinión sobre algún asunto que debe estar comprendido dentro de las competencias de problemas municipales, de manera que territorialmente el tema de la consulta está agotado por el propio texto del Código Municipal.

3. El último de los fallos analizados, pero no por ello menos importante, fue el emitido dentro del expediente número 199-95 de la Corte de Constitucional, el cual se refiere concretamente a la opinión consultiva que requirió el Congreso de la República, previa a la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. En el extenso fallo se puntualizó en el tema de las consultas, definido por el Convenio en el artículo 6; al respecto: *“el artículo 6 del Convenio establece que al aplicar las disposiciones del mismo los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados al prever medidas que les afecten permitiendo la participación libre de los integrantes de dichos pueblos a los efectos de alcanzar consensos mediante el diálogo, la negociación y la concertación, tal como se procede en casos similares con otros sectores de la sociedad. La Constitución prevé mecanismos de participación democrática a través de los cuales los ciudadanos pueden pronunciarse en cuestiones de elección de autoridades, respecto de decisiones de especial trascendencia y en aquellos casos en que se haga necesaria su participación en planes de desarrollo urbano y rural, por lo que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena no vulnera ningún precepto constitucional sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala.*

En lo referente, a los artículos que conforman el Convenio en general cabe resaltar el aspecto promocional o programático de algunas de sus normas cuya concreción y desarrollo requiere de sucesivas disposiciones legislativas, administrativas y de gobierno, lo que concuerda con lo ordenado por el artículo 70 de la Constitución. Además las normas del Convenio consideran una aplicación flexible y conforme a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional e internacional, y tomando en cuenta las condiciones propias de cada país. Así el artículo 7 del Convenio, establece que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades y de controlar, “en la medida de lo posible” su propio desarrollo económico, social y cultural, lo que evidencia que no constituye una norma preceptiva de aplicación inmediata e inflexible”.

Respecto a las experiencias de los órganos de control de la OIT en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la consulta sobre proyectos a realizarse en su territorio, dijo: *“El Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Obrera Boliviana (COB), recordó que el artículo 15 del Convenio debe leerse en concordancia con los artículos 6 y 7 del Convenio y por el hecho de la ratificación, los gobiernos deben velar porque las comunidades indígenas interesadas sean consultadas oportuna y adecuadamente sobre el alcance y las implicaciones de las actividades de exploración y explotación, sea de actividades mineras, petroleras o forestales y recomendó que solicita al Gobierno que aplique plenamente el artículo 15 del Convenio y que considere establecer consultas en cada caso concreto, en especial cuando aquéllas afectan a extensiones de tierra como las tratadas en la presente reclamación, así como estudios de*

impacto ambiental, cultural, social y espiritual, conjuntamente con los pueblos concernidos, antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas.”

Seguidamente dió inicio el conversatorio convocado, con la participación del Licenciado Gabriel Medrano, quien manifestó su sentir sobre la discusión que se ha dado en las últimas semanas alrededor de las consultas, la cual, en su opinión, ha girado respecto al tema sustantivo, en la determinación de la materia de la consulta, así como la capacidad de convocatoria de las mismas por las municipalidades. El referido profesional del derecho estimó que todo lo relativo a las consultas populares es ejercicio del derecho al sufragio (citó el art. 223 de la Constitución), por lo que debe ser regulado en la Ley Constitucional Electoral y de Partidos Políticos, y debe ser el Tribunal Supremo Electoral el que tenga a su cargo el proceso como ejercicio de sufragio, y velar por los principios fundamentales para el ejercicio de los derechos políticos, imparcialidad del órgano electoral, secretividad del voto y verdad del voto; asimismo opina que actualmente existe una laguna en el sistema normativo guatemalteco sobre este tema.

- A juicio del Licenciado Jorge Rolando Barrios, Presidente del Centro para la Defensa de la Constitución (CEDECON), las consultas municipales están dentro de la línea de la democracia participativa y desde luego pueden tener efectos vinculantes según el texto del Código Municipal, siempre que sea en asuntos de la clara competencia de los municipios. También expresó su opinión sobre la contradicción existente en apariencia entre los artículos 64 y 66 del Código Municipal, referente al mínimo de participación: en el

primero de esos artículos se dice que las decisiones serán vinculantes si ha participado por lo menos el 20% de los vecinos empadronados; mientras que el artículo 66 que también se refiere a lo que regula el 63 indica que ese porcentaje sería del 50%.

Recordó que el Decreto 9-96 del Congreso de la República, mediante el cual se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se aprobó bajo el entendido que las disposiciones de la Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho convenio y sin que se afecten derechos adquiridos ni tenga efectos retroactivos; con esa misma reserva fue ratificado el convenio por el Presidente de la República. Estimó que las consultas a que se refiere el mencionado convenio no tienen efectos vinculantes en asuntos de competencia de Estado. En su opinión, las consultas municipales que se mencionan en el Código de la materia no pueden perjudicar la democracia representativa, por lo que es de suma importancia resolver la contradicción normativa entre los porcentajes de participación, que se presta a confusión. Y finalmente, que las consultas señaladas en el referido convenio forman parte de las leyes ordinarias y éstas no están por encima de la Constitución.

- A criterio del Licenciado Eduardo Palomo miembro del Centro para la Defensa de la Constitución (CEDECON), las consultas a los pueblos interesados, a los cuales se refiere el Convenio 169 de la OIT, deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados regulados en la legislación nacional, tomando en cuenta las condiciones propias de nuestro país; esos procedimientos aún no los ha establecido el Estado.

También manifestó estar de acuerdo con lo expuesto por el columnista René Poitevin, a quien citó: "Nadie discute el poder legitimador y las bondades de una consulta popular, además si están reglamentadas y éstas son efectuadas por un órgano estatal porque se debe garantizar la adecuada, veraz e imparcial información acerca de la materia por tratar y porque la función de control debe estar depositada al menos en una institución estatal ya que no es delegable ni es materia de concesión. Tengamos presente que el sistema de gobierno de Guatemala tal como dice la Constitución es republicano, democrático y representativo, además, se supone que en nuestro ordenamiento legal esto se refiere a asuntos locales que competen a una municipalidad y no a asuntos nacionales que competen a todos los guatemaltecos ya que en tal caso se estaría hablando de un "referéndum". "

El licenciado Palomo agregó que en realidad se debe tener presente el artículo 173 de la Constitución referente al procedimiento consultivo, que señala que cuando se someta a consulta popular algún asunto de trascendencia política nacional, debe ser sometido a la consulta de todos los ciudadanos, no solamente a una parte de ellos. "Finalmente, dice el articulista "por otra parte no debe olvidarse que una regla de oro de la democracia es la voluntad general que se refiere al conjunto de los guatemaltecos y no solo a un grupo asentado sobre un territorio."

Es opinión del Licenciado Palomo que las consultas populares llevadas a cabo en los municipios NO se han realizado de una manera apropiada porque no se tiene la legislación que norme tales consultas, y las leyes vinculantes a temas específicos como son la Ley de Minería y la Ley de

Electrificación, continúan como están y mientras no se desarrollen se está dejando de cumplir con el Convenio 169 que ordena elaborar el procedimiento para llevar a cabo las consultas.

- El Licenciado Luis Linares, Secretario Ejecutivo Adjunto de ASIES, señaló que las consultas municipales o las realizadas a petición de los vecinos o por iniciativa propia las autoridades municipales, debieran delimitarse al ámbito de competencia de los municipios. Lamentablemente los artículos que se refieren a las consultas municipales 63, 64 y 66 del Código Municipal que son las normas específicas para este tema, no lo regulan adecuadamente y dejan un campo muy abierto. En su opinión, las consultas no pueden referirse más que a temas de competencia municipal pues el Código Municipal así lo preceptúa.

Dentro de esas competencias propias del municipio, el artículo 68 señala la promoción y gestión ambiental de los recursos naturales municipales; y el artículo 35 habla de las competencias generales del Concejo Municipal. La confusión está entre competencias propias del municipio y competencias generales del Concejo, cuando debiera hablarse de funciones o atribuciones del Concejo. Señala también la promoción y protección de los recursos renovables y no renovables del municipio, o sea que de acuerdo con el Código Municipal, las municipalidades sí tendrían competencia para referirse a temas que se relacionen con la explotación de recursos naturales renovables o no renovables, el caso de la minera es un recurso no renovable y el caso de una hidroeléctrica, el uso de un recurso renovable.

Agrega el Lic. Linares que el Código Municipal se encuentra plagado de confusiones y de errores en aspectos que conducen a una colisión de competencias, funciones y de intereses incluso entre órganos del Gobierno como el Poder Ejecutivo y las propias municipalidades, de donde sugiere que debiera procederse a reformar estas normas y clarificar el tema de las competencias municipales.

El Licenciado José Arturo Sierra consideró que la consulta popular como una forma indirecta de democracia, que no es más que el ejercicio del voto por parte de la población para determinarse por medio del sufragio e incidir en las decisiones políticas, en decisiones a veces administrativas, decisiones de gobierno, decisiones legislativas; la consulta no es más que la aplicación del sufragio a determinadas decisiones importantes para la vida de un Estado.

Estima que la democracia representativa, señalada en los artículos 140 y 141 de la Constitución de la República, posee excepciones contempladas en la misma Carta Magna, y cita entre ellas: a) la reforma constitucional de determinados artículos realizada por el Congreso con las 2/3 partes de diputados, pero con la ratificación por medio de una consulta popular con carácter vinculante, es una especie de poder constituyente derivado que reforma la Constitución y donde interviene al final una consulta popular para convalidarlo o no; b) la otra excepción que él observa es el caso de una decisión política de cierta trascendencia: el caso de Belice, contemplado en las disposiciones transitorias para que cualquier acuerdo a que se llegue obligue a una consulta popular. Recalcó que en este caso hay obligación de realizar la consulta, pero la Constitución no dice que ésta tenga que ser vinculante.

En su opinión la Constitución de la República ordena que todo lo relativo a la consulta debe ser realizado a través de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, ratificando de esta manera que todo lo relativo a una consulta popular tiene que ser regulado en dicha ley. En ese sentido, él opinó que sí se podría realizar una consulta en las actuales circunstancias, sin embargo tendrá que quedar sujeta a esa regla, es decir, a la determinación de un asunto de trascendencia política y su necesidad tendrá que ser decidida en su oportunidad por el Organismo Ejecutivo y por el Congreso de la República. A su criterio, los efectos de la consulta popular en aplicación directa de la Constitución, no son vinculantes. Respecto a lo establecido en el Código Municipal, opinó que hay dos tipos de consultas en materia municipal: a) sobre división de la jurisdicción territorial de un municipio que da potestad al Congreso para efectuar una consulta previa sin que se le asigne efectos vinculantes; y b) las mencionadas en los artículos 63 y 64 del Código Municipal, con preceptos que se contradicen. En su opinión estas consultas también tendrían que regirse en cuanto al modelo de convocatoria y control del ejercicio del voto por el Tribunal Supremo Electoral para otorgarles legitimidad y validez.

El Licenciado Alvaro Castellanos, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Rafael Landívar, manifestó su anuencia a la necesidad de que el tema de las consultas populares se encuentre regulado en la ley electoral. En la actualidad con las normas vigentes no es posible distinguir qué es materia municipal y qué no es materia municipal. Asimismo, puntualizó que además de lo expuesto con anterioridad, es necesario regular el momento oportuno para realizar la consulta popular, que en su criterio debe

ser previa a otorgarse permisos o concesiones, pues de realizarse posteriormente es obvio que genere mayor posibilidad de conflictividad.

También consideró que temas como las hidroeléctricas y las concesiones mineras tienen elementos ambientales por supuesto evidentes y que éstos son aspectos que no se deben obviar, pues en la mayoría de los casos en que se ha producido conflictividad respecto a las consultas, es sobre todo cuando se están afectando recursos naturales; y dado que en Guatemala hay una deficiente regulación en materia ambiental en cuanto a procedimientos de autorización, muchas veces, incluso las aprobaciones que requiere cualquier obra de infraestructura, las otorga el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, basado en estudios de impacto ambiental que hacen las mismas entidades que quieren desarrollar el proyecto, mediante consultorías que ellos mismos pagan, en donde laboran expertos que se supone son independientes y muy correctos; en su opinión, esto constituye un aspecto muy importante a evaluar, por lo que deberá dársele mucha más importancia al tema ambiental y por consiguiente regularlo adecuadamente.

- El Licenciado Alejandro José Balsells estimó que el artículo 173 constitucional establece claramente, que deja reservado a ley todo lo relativo a la consulta popular, de donde deviene que ésta debe normarse en la Ley Electoral y de Partidos Políticos. Asimismo consideró que las autoridades electorales son autoridades de fiscalización de estos procesos. En su opinión, definitivamente muchas circunstancias adicionales y relacionadas con la consulta popular deben ser consideradas, entre ellas la necesidad de

desarrollar criterios para establecer un concepto claro de vecino, para lo cual hay tres criterios: ser residente, trabajar en ese lugar o tener intereses patrimoniales en dicho lugar, por lo que existen una serie de circunstancias que es importante tomar en cuenta en el momento de realizar una consulta.

También manifestó su preocupación por el divorcio que se está generando en torno al tema de la democracia participativa frente a la democracia representativa, lo cual en su criterio no es real.

- El abogado y periodista, Mario Fuentes Destarac opinó que el auge de la consulta popular en nuestro país tiene su origen a la existencia de un Estado que no está respondiendo a las legítimas necesidades de la población y al sentimiento del pueblo de que no se le está escuchando ni tomando en cuenta en los distintos niveles y estratos de nuestra sociedad. La población empieza sencillamente a moverse hacia exigencias de otro tipo y busca mecanismos y procedimientos como el caso de las consultas populares.

Esta falta de respuesta de la democracia institucional a la población, produce desencanto con la democracia institucional, la gente quiere estar más cerca de donde se toman las decisiones, y tener más control de las que se tomen en su nombre porque existe una debilidad tremenda en nuestra democracia representativa. Al respecto es necesario preguntarse si Guatemala goza de una democracia delegativa, en donde por ejemplo, nuestros legisladores simple y sencillamente toman decisiones divorciados totalmente de lo que piensa la población, ya que la gente solamente tiene participación en los procesos electorales pero posteriormente ninguna.

Se expresó a favor de una producción democrática del derecho y por ello no se deben tomar decisiones de tipo legislativo a espaldas de la población; es necesario empezar a confiar en la gente dándole participación a través de las consultas populares como un ejercicio sano; incluso por medio de consultas populares indicativas, no necesariamente consultas populares obligatorias, preguntándose a la población qué piensa de una determinada legislación, en qué le afecta directamente.

Se manifestó partidario del voto domiciliario, pues la población que vive en determinado lugar es la que verdaderamente tiene interés en la toma de decisiones sobre los sucesos de esa localidad.

- La Licenciada Karin Paola Wagner, consultora de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales, consideró que para coadyuvar en la reflexión sobre el tema de consultas es importante observar lo dispuesto en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, específicamente en el tema del derecho de consulta según el Convenio 169.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado lo que podría llamarse una cuasijurisprudencia a partir de experiencias de Colombia, Perú y Bolivia. El tercer informe sobre situación de derechos humanos en Colombia, en el que la Comisión Interamericana solicita al Estado de Colombia que asegure que antes de autorizarse la explotación de los recursos naturales, en tierras de los indígenas, se celebren las consultas pertinentes con las comunidades indígenas afectadas y en la medida en que sea jurídicamente necesario, se obtenga el consentimiento de éstas.

El Estado también debe garantizar que en dicha explotación no se causen daños irreparables a la identidad de derechos religiosos, económicos o culturales de las comunidades indígenas. Estas reflexiones y otras conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son importantes para fortalecer el análisis en cuanto a los efectos, a la vinculación o no de estas consultas.

- A criterio del Licenciado Julio Saavedra, la justificación política y social de las consultas a vecinos se encuentra en que éstas sean verdaderos mecanismos de auditoría social; consideró que la democracia representativa no se ve minada por procedimientos democráticos como la consulta, sino todo lo contrario, se ve fortalecida por el procedimiento de participación ciudadana, manteniendo el principio de suprallegalidad de la Constitución.

Expresó que a través de un reglamento o con una legislación ordinaria no se pueden imponer deberes y funciones al Tribunal Supremo Electoral, porque su naturaleza responde a una ley que tiene superioridad jerárquica en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cuestiones como el ejercicio del derecho al voto deben incluirse y respetarse en una reglamentación.

Manifestó su desacuerdo en cuanto a que se desnaturalice la forma de sufragar, al punto de convertir en atentatorio a uno de los principios universales del derecho al voto: su secretividad, pues algunas personas consideran que éste se debe adecuar a las necesidades de cada población indígena. Por ejemplo en algunas de estas poblaciones se practica el derecho al voto de forma pública, por lo que la

reglamentación a establecerse debe respetar los principios generales del derecho al sufragio y su forma de ejercitarlo.

El Licenciado Luis Felipe Sáenz consideró que las distintas consultas normadas por la Constitución, requieren una reglamentación y que estas reglas debieran estar indudablemente contenidas dentro de la ley constitucional que maneja el Tribunal Electoral; sugiere a los Magistrados del TSE, preparar y presentar un proyecto de reforma en el que se desarrolle el tema de las consultas populares, pues es el órgano competente para elaborar un proyecto de esta naturaleza debido a su conocimiento en, sobre la materia y eventos electorales.

Después de haber escuchado las diferentes opiniones vertidas en este conversatorio es posible establecer los puntos en los cuales convergieron los participantes:

1. La consulta popular es considerada como un procedimiento que fortalece la democracia participativa.
2. Es urgente normar tanto sustantiva como procesalmente el tema de la consulta popular, debido a que se evidencia un vacío en esta materia.
3. La regulación de este procedimiento debe efectuarse en atención a los principios de superlegalidad del texto constitucional y los del sufragio universal, dentro de un cuerpo legal de carácter constitucional y no ordinario: La Ley Electoral y de Partidos Políticos, con el propio Tribunal Electoral como máxima autoridad en esta materia.
4. La necesaria armonización entre la democracia representativa y la democracia participativa que contribuya al fortalecimiento del Estado democrático de derecho.

5. Tanto los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Organización Internacional del Trabajo que contienen la experiencia de otros países en cuanto a la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT en esta materia, son indispensables para enriquecer las opciones de solución alrededor de la consulta popular.
6. Es necesario establecer claramente y delimitar el marco normativo respecto a:
 - a) La clasificación de las consultas en el marco de la Constitución y la legislación constitucional y ordinaria vigentes.
 - b) Los procedimientos para legitimar los resultados de las consultas.
 - c) El momento preciso a efectuarse, que a criterio de los participantes, debe ser previo a la toma de la decisión final en cuestión con información precisa sobre los temas a someter a consulta y la divulgación suficiente y comprensiva de la misma.
 - d) La determinación de las calidades que deben poseer los participantes en la consulta a efectuarse,
 - e) La necesaria reforma del Código Municipal en los aspectos señalados, de manera clara, objetiva y comprensiva.

PARTE II

Foro Público Agosto de 2005

Presentación

Licenciada Karin Erbsen de Maldonado
Vicepresidenta de la Junta Directiva de ASIES

Señoras y señores, en nombre de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) les doy la más cordial bienvenida a este foro público sobre el tema de las *consultas y sus alcances para la democracia en Guatemala*.

Este foro se realiza en seguimiento a un conversatorio sobre la naturaleza constitucional y legal de las consultas, que tuvo lugar el 21 de julio en la sede de ASIES. Con el propósito de encontrar respuestas al debate generado en torno a la legalidad de las consultas populares municipales¹ recién efectuadas, nuestra Asociación consideró oportuno convocar a diversas personalidades del Foro Guatemalteco, todas expertas en la materia para que den a conocer sus ponencias sobre las distintas facetas del sufragio manifestado a través de una consulta popular. Las reflexiones giraron en torno a las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, Ley Electoral y de Partidos Políticos, a las

¹ Consultas promovidas por las corporaciones municipales de Sipacapa sobre las operaciones mineras en su municipio, y en Río Hondo sobre la Construcción de una hidroeléctrica en su municipio.

disposiciones establecidas en el nuevo Código Municipal y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como las eventuales implicaciones de unas y otras disposiciones en el caso de su aplicación y la necesidad de una adecuada reglamentación. En la relatoría del Conversatorio se llegó a la formulación de ciertas conclusiones muy interesantes que se inscriben en la discusión de importancia aún mayor que versa sobre la posibilidad de hacer compatibles ciertas medidas de la democracia participativa, con el ejercicio y funcionamiento de la democracia representativa en Guatemala, que es el sistema político general adoptado por la Constitución Política que rige el gobierno de nuestro país.

El foro público tiene por objeto dar a conocer los criterios expresados en el conversatorio, ampliarlos y profundizarlos en el panel de juristas expertos, quienes participaron en el conversatorio mencionado y hoy tienen la oportunidad de exponerlos con mayor amplitud en una nueva discusión.

Traslado la palabra a la Licda. Carmen María Gutiérrez de Colmenares, Presidenta de la Junta Directiva de ASIES, quien nos transmitirá los resultados y conclusiones del conversatorio y quien se encargará de la moderación del siguiente panel.

Licenciada Carmen María Gutiérrez de Colmenares
Presidenta de la Junta Directiva ASIES

Muy buenas tardes, agradezco a los distinguidos miembros del Foro Guatemalteco presentes esta tarde, que coadyuvan en el diálogo abierto y franco para dar alguna solución a la problemática, si podemos llamarla así, surgida con relación a las consultas comunitarias recientemente llevadas a cabo.

Desde hace varias semanas han aparecido en los medios de comunicación escritos una serie de noticias y artículos relacionados con el tema de las consultas comunales realizadas en los municipios de Sipacapa, San Marcos, sobre la concesión minera de cielo abierto, y en Río Hondo, Zacapa, por la construcción de una hidroeléctrica.

Por otra parte, el pasado 12 de julio, el Colegio de Abogados y Notarios, la Maestría en DDHH de la URL, la Dirección de Extensión Universitaria de la USAC y FLACSO Guatemala convocaron dos importantes foros sobre la temática: el primero, auspiciado por el Colectivo Madre Selva tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad de San Carlos; y el segundo, organizado por el Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala, la Defensoría Maya, el Consejo Nacional Indígena y Campesino, el Plan de Acción Forestal Maya y entidad ambientalista CALAS, se llevó a cabo el pasado 27 de julio y se abordó el tema: Avances e implicaciones de las consultas comunitarias en el Estado de Derecho Guatemalteco. Y, en uno de los diarios matutinos se invitó hace unos días a distinguidos juristas, expertos en el tema y autoridades locales a expresar sus puntos de vista sobre esta temática. Todo esto aparece en los medios de prensa, a partir de mediados de junio hasta nuestros días.

Dichas actividades han abierto el diálogo a una interesante y a la vez preocupante situación sobre la validez jurídica de las consultas comunales.

Me corresponde en este foro hacer una breve presentación del Conversatorio sobre La Naturaleza Constitucional y Legal de las Consultas que recientemente se llevó a cabo en ASIES, en el que participaron connotados juristas del Foro Nacional; y debido a la importancia de sus opiniones, nuestra Asociación estimó necesario dar a conocer los puntos en los que convergieron los participantes. Algunos de ellos participan en este foro para ampliar sus conceptos y sus comentarios vertidos en esa ocasión.

Antes de analizar un poco los puntos convergentes de este Conversatorio, me remitiré someramente a las disposiciones constitucionales y legales que rigen de alguna manera el tema de las consultas, en primer lugar tenemos:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Artículo 173. Procedimiento consultivo. Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos.

La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos.

La Ley Constitucional Electoral regulará lo relativo a esta institución.

Con respecto a este tema, en el expediente No. 931-95 de la Corte de Constitucionalidad sobre un recurso de inconstitucionalidad planteado, la Corte dijo con relación a la consulta popular:

“denominada por la doctrina Referéndum Consultivo, significa las funciones de sufragio y ejercicio del voto en virtud del cual el pueblo, mediante el cuerpo electoral, decide en última instancia resoluciones que le afectan en forma directa. Tiene, en general, dos componentes: a) el órgano facultado que acepta, discute y aprueba una decisión política importante, que habrá de reflejar sus efectos en la estructura normativa del Estado y, por tanto, en la población; y, b) el pueblo, en el que radica la soberanía, que por medio del voto acepta o rechaza la propuesta aprobada, de donde deriva su voluntad de adoptar o no la decisión sobre la que se pronuncia en las urnas. La Consulta requiere, de la previa, suficiente y comprensiva información que debe darse a la población, para que concurra al acto electoral con pleno conocimiento de su propósito”.

Artículo 280. Reformas por el Congreso y consulta popular. Las reformas no entrarán en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 de esta Constitución. Recordemos que este procedimiento se ha utilizado en dos ocasiones, en 1993 donde sí fueron aprobadas las reformas constitucionales planteadas y en 1999 la reforma constitucional de varios artículos, que no resultó aprobada.

Disposiciones transitorias y finales

Artículo 19. Belice. Todo acuerdo definitivo deberá ser sometido por el Congreso de la República al procedimiento de consulta popular previsto en el artículo 173 de la Constitución.

En el caso del territorio de Belice, el artículo no se ha utilizado pero en algún momento se sigue mencionando la posibilidad de que pueda utilizarse, para dar a conocer la solución al diferendo con relación al territorio de Belice.

Dichas consultas basadas en el artículo 173 constitucional son obligatorias.

Dado que Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales y por lo tanto es ley de la República, y además porque regula derechos humanos; de acuerdo con el artículo 46 de la Constitución de la República tiene preeminencia sobre el derecho interno, y en consecuencia es necesario hacer referencia a tres disposiciones de dicho convenio.

A continuación cito un resumen de los siguientes artículos del mencionado Convenio, de la Ley de Consejos de desarrollo rural y urbano y del Código Municipal

CONVENIO 169 DE LA OIT, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Artículo 6

1. Cuando aplican las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
2. Las consultas llevadas 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 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera

En el expediente 199-95 de la CC al referirse a la opinión consultiva que le requirió el Congreso de la República, previo a la aprobación del Convenio 169 de la OIT, la Corte manifestó: "el artículo 6 del Convenio establece que al aplicar las disposiciones del mismo los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados al prever medidas que les afecten permitiendo la participación libre de los integrantes de dichos pueblos a los efectos de alcanzar consensos mediante el diálogo, la negociación y la concertación, tal como se procede en casos similares con otros sectores de la sociedad."

En lo referente a los artículos que conforman el Convenio en general cabe resaltar el aspecto promocional o programático de algunas de sus normas, cuya concreción y desarrollo requiere de sucesivas disposiciones legislativas, administrativas y de gobierno, lo que concordaría con lo ordenado por el artículo 70 de la Constitución. Además las normas del Convenio lo consideran una aplicación flexible, conforme a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional e internacional, y que toma en cuenta las condiciones propias de cada país. Así, el artículo 7 del Convenio establece que "los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades y de controlar, 'en la medida de lo posible' su propio desarrollo económico, social y cultural, lo que evidencia que no constituye una norma preceptiva de aplicación inmediata e inflexible".

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente.
2. 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.

En el Segundo y Tercer informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los ddhh en Colombia y en Perú, solicitó al Estado de Colombia que asegure que antes de autorizarse la explotación de recursos naturales en las tierras de los indígenas, se celebren las consultas pertinentes con las comunidades indígenas afectadas, y en la medida que sea jurídicamente necesario, se obtenga el consentimiento de éstas. Y al Perú le solicitó que

asegure en consonancia con lo estipulado en dicho Convenio, que todo proyecto de infraestructura de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte su hábitat o cultura sea tramitado y decidido con participación y consulta con los pueblos interesados.

LEY DE CONSEJOS DE DESARROLLO URBANO Y RURAL

Artículo 26. Consultas a los pueblos indígenas. Las consultas sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los Consejos de Desarrollo.

CÓDIGO MUNICIPAL

Artículos 63. Consulta a los vecinos. Cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos, el Concejo Municipal lo podrá acordar.

Artículo 64. Consulta a solicitud de los vecinos. Los vecinos tienen el derecho de solicitar al Concejo Municipal la celebración de consultas cuando se refiera a asuntos de carácter general que afectan a todos los vecinos del municipio. En esta disposición se indica que los resultados serán vinculantes si por lo menos participa el 20% de los vecinos empadronados.

Artículo 65. Consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consulta a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas.

Artículo 66. Modalidades de esas consultas. 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.

Se encuentra una contradicción normativa entre los artículos 64 y 66 del dicho Código, que debe ser corregida, ya que en el primero se menciona que los resultados serán vinculantes si participa al menos el 20% de los vecinos empadronados; en cambio en el artículo 66 se indica que los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el 50% de los vecinos empadronados.

Del análisis de dichas disposiciones surgen las siguientes interrogantes

1. ¿Es suficiente esa regulación legal?, o por el contrario:
2. ¿Es necesario normar tanto sustantiva como adjetivamente este derecho de la población a opinar mediante el procedimiento consultivo?

Después de esta aproximación constitucional y legal al tema, me permito darles a conocer los puntos convergentes de los participantes en el *Conversatorio sobre la naturaleza constitucional o legal de las consultas, que se realizó el 21 de julio próximo pasado*, con la finalidad de que los mismos sirvan de introducción al panel de comentaristas.

1. La consulta popular es considerada como un mecanismo que fortalece la democracia participativa.
2. Es necesaria la armonización entre la democracia representativa y la democracia participativa para el fortalecimiento del Estado democrático de derecho.

3. Es urgente normar tanto sustantiva como adjetivamente el tema de la consulta popular, debido a que se evidencia un vacío en esta materia.

4. La regulación de este mecanismo debe efectuarse en atención a los principios de supralegalidad del texto constitucional y los del sufragio universal, dentro de un cuerpo legal de carácter constitucional.

5. Los informes de la CIDH que contienen la experiencia de otros países en cuanto a la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT en esta materia, son indispensables para enriquecer las alternativas de soluciones a la problemática sobre las consultas populares.

Muchas gracias.

PANEL DE COMENTARISTAS

Licenciado Jorge Rolando Barrios

Licenciado Gabriel Medrano Valenzuela

Licenciado Alejandro Maldonado Aguirre

Licenciado Mario Fuentes Destarac

Licenciado Jorge Arturo Sierra González

Moderadora, Licenciada Carmen María de Colmenares

Licenciado Jorge Rolando Barrios

Presidente del Centro para la Defensa de la Constitución (CEDECON)

Buenas tardes señoras y señores. Señores colegas de la mesa. En primer lugar muchas gracias por la invitación para compartir con ustedes los puntos de vista que el Centro para la Defensa de la Constitución (CEDECON) ha adoptado en relación a un tema tan controvertido como el tema de las consultas. Nuestro enfoque está basado inicialmente en el principio de supremacía constitucional que como todos sabemos informa al derecho guatemalteco, hay infinidad de normas en la propia Constitución que hacen referencia a ese principio pero fundamentalmente me permito recordar algunas de ellas.

El Artículo 44, en su tercer párrafo señala: “serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

Por su parte, el Artículo 175 confirma ese principio diciendo que “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*”.

Y finalmente, el Artículo 204 que se refiere a las condiciones esenciales de la administración de justicia, estableciendo que los tribunales en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

La propia Constitución como sabemos, enumera cuáles son los bienes del Estado y dentro de ellos establece o incluye a los bienes de dominio público, a las caídas o nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico; los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyen los del municipio, el subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales. En congruencia con esas disposiciones, la propia Constitución hace dos declaraciones importantes, una declara de utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de los hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables, y además declara de urgencia nacional la electrificación del país con base en los planes formulados por el Estado y las municipalidades, en los cuales podrá participar la iniciativa privada. Nuestro régimen político como sabemos, otorga autonomía a los municipios y dentro de su régimen especial les confiere determinadas facultades contenidas en el artículo 253 y dice que los municipios son instituciones autónomas que entre otras funciones les corresponde obtener y disponer de sus recursos, atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios.

La controversia sobre el tema de las consultas indudablemente se inscribe dentro del contexto de la democracia participativa que a nuestro juicio merece todo respeto y toda consideración siempre y cuando no se vulneren los derechos y las garantías establecidas en la Constitución. Estimamos que las consultas a que se refieren los preceptos que señaló la Licenciada de Colmenares son consultas que deben referirse necesariamente a los asuntos de competencia

municipal; que no es dable que un grupo evidentemente minoritario de vecinos de un municipio pueda decidir por el resto del país, por el número total de los habitantes de Guatemala, sobre asuntos que nos conciernen a todos; y que las consultas, llamémosles municipales, establecidas en la ley para darle participación a los ciudadanos, deben suscribirse necesariamente dentro de las competencias que corresponden a los municipios, de acuerdo con nuestras regulaciones constitucionales.

Mencionó con mucha claridad la Licenciada de Colmenares que hay una discrepancia normativa, una contradicción entre dos normas del Código Municipal que se refieren al porcentaje mínimo de los vecinos empadronados que deben adoptar las decisiones que sean de competencia municipal, pues mientras el artículo 64 dice que los resultados serán vinculantes si participa al menos el 20% de vecinos empadronados, dos artículos más adelante el Código señala que los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el 50% de los vecinos empadronados. Estimamos obviamente que esa contradicción tendrá que ser corregida para evitar cualquier complicación a futuro.

En el caso específico de las hidroeléctricas, las decisiones de la municipalidad han llegado sumamente lejos, en el diario oficial se publicó un acuerdo dictado por la Municipalidad de Río Hondo, departamento de Zacapa, el 7 de julio, en el que después de hacer una serie de consideraciones sobre la consulta que allí se llevó a cabo, termina declarando lo siguiente: el honorable Concejo Municipal declara con fundamento en lo considerado, que la consulta de vecinos celebrada el 3 de julio del año 2005 es vinculante, por cumplir con el presupuesto señalado en el artículo 64 del Código Municipal.

Como consecuencia a la presente declaratoria tanto la actual corporación municipal como las futuras corporaciones municipales

del municipio de Río Hondo del departamento de Zacapa están obligadas a respetar tal resultado y no se podrán apartar del mismo. Se pretende como se ve, emitir una normativa de carácter general que afecta a la totalidad de los ciudadanos de nuestro país, excediéndose a nuestro juicio de las facultades legales y constitucionales que corresponden a la Municipalidad.

En lo que se refiere al Convenio 169 queremos recordar que el decreto 9-96 del Congreso de la República, mediante el cual se aprobó, en su artículo 1o. expresamente dice que se aprueba el convenio bajo el entendido que no prevalece sobre la Constitución, ni afecta derechos adquiridos, ni tiene efectos retroactivos; y por otra parte, el Presidente de la República al momento de ratificar el convenio manifestó otra vez que se hacía bajo el entendido que señaló el Congreso de la República sobre que no prevalece sobre la Constitución.

Creemos que ese convenio, por lo tanto que contiene disposiciones interesantes que merecerán desarrollarse legislativamente en el futuro, en ninguna forma puede estar encima, como se ha sostenido en algunos casos, de nuestra propia Constitución. Con la brevedad del caso me permito transmitir parte de una sentencia dictada el 19 de octubre de 1990 por la Corte de Constitucionalidad, en la que, al referirse a otros derechos humanos que eventualmente pudieran provenir de Convenios o Tratados Internacionales, dijo lo siguiente: "el Artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entrara en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que

únicamente el poder constituyente o el referendo popular según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución."

Estimamos en relación a las consultas a que se refiere el Convenio 169, que las mismas tampoco tienen efectos vinculantes en asuntos que son de la exclusiva competencia del Estado y que no pudo reformarse la Constitución por la mera aprobación del Convenio 169, máxime que como dijimos en forma expresa, se aprobó bajo el entendido que no iba a prevalecer sobre nuestra Carta Magna. Deseamos aclarar en todo caso que no somos contrarios al procedimiento de consultas, estimamos que es un mecanismo de expresión popular importante que debe desarrollarse, que debe escucharse a los ciudadanos del país en los asuntos que de una u otra manera les atañan, pero que se tienen que circunscribir en sus efectos, a los efectos que la legislación que las prevé efectivamente les da.

También consideramos que no se debe estimar que se otorga un cheque en blanco a las compañías internacionales que vienen a explotar nuestros recursos naturales al amparo de nuestra legislación, tienen que ser estrictamente vigiladas para cumplir a cabalidad con todos los requerimientos ambientales y legales; y a aquellas empresas que se salgan de esos marcos debe darse el efecto sancionador de nuestra ley, en defensa de nuestros recursos y de nuestra soberanía. No queremos que se interprete como que se debe dar un cheque en blanco, una autorización incondicional y si nuestro Estado no cuenta con los recursos técnicos para poder hacer las evaluaciones pertinentes, hay organismos internacionales, hay expertos internacionales que nos pueden asesorar para asegurar que se está cumpliendo con la normativa local e incluso internacional en materia de explotación de recursos naturales.

Muchas gracias.

Licenciado Gabriel Medrano Valenzuela
Magistrado Tribunal Supremo Electoral (1989-2002)

Muy buenas tardes distinguida concurrencia. Agradezco a la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) la invitación a participar en este foro sobre *Las consultas: sus alcances para la democracia en Guatemala*, que permite expresar ideas, opiniones, posiciones, comentarios, propuestas sobre un asunto de relevancia y que desde hace varios meses es de actualidad en nuestro medio. Es un honor compartir la mesa con tan distinguidos y estimados profesionales, ya que el tema del foro es de gran importancia en el largo camino de consolidación del sistema democrático en nuestro país: todo lo relativo a las consultas está hoy por hoy en estudio, en discusión, en formación, en análisis, en construcción, que estimo debe llevar a una normativa adecuada para que sus aportes a la consolidación de ese sistema sean eficaces, apegados a la legalidad, positivos legítimos que fortalezcan el estado de derecho y coadyuven a la consecución del bien común.

Mi intervención se enfoca básicamente en aspectos jurídico-electorales que considero deben tenerse muy presentes en esta etapa de análisis que se viene desarrollando y que pueden ser o no compartidos. El derecho electoral doctrinariamente y en un sentido estricto se puede conceptuar como un conjunto de normas jurídicas que regulan la participación ciudadana mediante el sufragio, remitiéndonos a postulados y cuestiones jurídicas que por lo general tienen un carácter constitucional. Siguiendo el diccionario electoral del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), tal concepto nos lleva a considerar el sufragio como el derecho político que los ciudadanos tienen, a participar en los asuntos públicos. Directamente o por medio de representantes se trata de un derecho público, subjetivo, de naturaleza política, muy a menudo se confunden el sufragio y el voto y sin entrar a disquisiciones innecesarias, podemos

señalar que doctrinariamente el voto constituye una forma de expresión de voluntad y con relación al sufragio político, el voto constituye el hecho de su ejercicio. La actividad que desarrolla el elector cuando vota, o sea la acción de emitir el voto, configura un acto de voluntad política que deriva del previo derecho subjetivo de sufragio mediante el cual sin necesidad de una fundamentación explícita, el ciudadano expresa su respaldo hacia una determinada opción, fórmula o solución política, o manifiesta su deseo de que unos determinados candidatos ocupen ciertos puestos de autoridad; en definitiva el voto formaliza la propia voluntad u opinión en orden a una decisión colectiva.

Sufragio es el voto que se emite en una elección política o en una consulta popular, según lo define el artículo 198 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos contenida en el Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente. La participación política del ciudadano entendida como actividad dirigida a intervenir en la designación de sus gobernantes o a influir en la formación de la política estatal o a opinar en determinados asuntos que se someten a su consideración; si se observa alguna de sus clasificaciones, puede distinguirse entre participación institucional y no institucional. La primera institucional se refiere a aquellas actividades integradas a los mecanismos gubernamentales de toma de decisiones y entre estos están los plebiscitos y referendos, y que conforme la normativa jurídica guatemalteca constitucional y legal se denominan genéricamente como consultas.

En resumen, una de las formas de participación política de los ciudadanos en la cosa pública es mediante su derecho al sufragio, manifestado a través del voto en consultas populares.

La Constitución Política en el artículo 136 establece como derechos y deberes políticos de los ciudadanos, entre otros, elegir, velar por



la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral y participar en actividades políticas. Constitucionalmente está reconocido el derecho al sufragio, a la participación política, a la libertad y efectividad del sufragio y a la pureza del proceso electoral, es decir, que toda la materia electoral tal y como es la tendencia moderna tiene reconocimiento constitucional y dentro de esa materia está enmarcado el derecho ciudadano a la participación y consultas populares mediante su voto, y ese sufragio o voto, con el que participa el ciudadano en consultas debe estar fundamentado por sus principios clásicos de universalidad, igualdad, secretividad, voto directo y libre.

Ahora bien, ese derecho político requiere de desarrollo legislativo, de instituciones, procesos y garantías para su ejercicio, con la finalidad del cumplimiento y la tutela de los valores superiores enunciados por la Constitución.

Para ello, en la normativa constitucional guatemalteca se va más allá de la regulación legal ordinaria, tal es el alto valor que el constituyente dio a la cuestión electoral. En efecto, la Constitución Política de la República remite toda esa materia a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, ley de rango constitucional porque estipula que, todo lo relativo al ejercicio del sufragio, los derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades y órganos electorales y proceso electoral, será regulado por la ley constitucional de la materia.

Conforme el principio de supremacía constitucional, al que ya se refirió ampliamente el Licenciado Barrios y dado que las consultas populares son actos a través de los cuales el ciudadano participa en ejercicio de un derecho político, el sufragio expresado por medio del voto, debemos concluir que la normativa de tal institución debe ser contenida en la Ley Electoral y de Partidos Políticos que regula lo relativo al ejercicio de los derechos políticos, los derechos y

obligaciones que corresponden a las autoridades, a los órganos electorales, a las organizaciones políticas y lo referente al ejercicio del sufragio y al proceso electoral, tal y como se estipula en el artículo uno de la mencionada ley, en consonancia total con las disposición del texto constitucional a que antes he hecho referencia.

Consecuentemente estimo primero, que los procesos consultivos deben estar convocados, organizados, dirigidos y calificados por el Tribunal Supremo Electoral que es la máxima autoridad en material electoral, y como tal una institución independiente y no supeditada a organismo alguno del Estado.

Segundo, que las consultas populares deben estar sujetas a los principios del derecho electoral guatemalteco, que conforme a mi criterio, son los siguientes: imparcialidad, legitimidad, legalidad, publicidad, transparencia; voto universal, secreto, libre, único, personal y no delegable; fiscalización observación, descentralización, sencillez, impugnabilidad, plazos precisos y fatales, debido proceso, celeridad, plena vigencia de los derechos constitucionales; determinación del sistema de clarificación del sufragio, padrón electoral público, escrutinios inmediatos, y revisables y definitividad.

Tercero, debe existir un desarrollo puntual de la materia y ante su carencia es necesario que se hagan las reformas pertinentes a la Ley electoral y de partidos políticos.

Finalizo citando al filósofo español José Ortega y Gasset quien en La Rebelión de las Masas escribió: la salud de las democracias, cualesquiera que sean su tipo y grado, depende de un mísero detalle técnico, el procedimiento electoral, todo lo demás es secundario. Sin el apoyo de auténtico sufragio, las instituciones democráticas están en el aire.

Muchas gracias.

Licenciado Alejandro Maldonado Aguirre
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

Amigas y amigos, distinguidos colegas, en el tema de las consultas populares, la diferencia más significativa entre la Constitución actual y las anteriores, consiste en que la primera o la vigente, da más participación al pueblo, en tanto que sujeto del poder soberano, para contribuir de manera efectiva a la formación de la voluntad del Estado. Las formas que la Constitución reconoce, lo ha expresado el Licenciado Medrano: la democracia representativa en forma indirecta y forma directa, el plebiscito y el referéndum.

En el tipo de consultas directas subyacen dos problemas que pueden ser internos a la misma comunidad y también puede ser exteriores a la comunidad. Significa que en una consulta hay diferentes criterios y opiniones y se va a resolver por el principio de la mayoría. En cuanto al conflicto exterior podría suceder que una comunidad tome una decisión incluso por unanimidad de sus representantes, pero en conflicto con intereses de otros sujetos del Estado.

Por esa razón en la actualidad existen problemas puntuales que no pueden esperar que se regule el proceso electoral o la consulta ya realizada, en tanto que los mismos están pendientes de resolverse por un órgano de jurisdicción política del Estado. Estimo entonces que Corte de Constitucionalidad tendrá que emitir un fallo que puede ser pronunciado en el sentido que resuelva, bien sea estimatorio, desestimatorio o por medio de una sentencia manipulativa o una sentencia interpretativa que oriente y conduzca.

Es muy poco usual que el tribunal Constitucional haga uso de la facultad que tiene de explicar cómo acomoda una situación de acuerdo con la norma constitucional, sin tener que declarar la inconstitucionalidad de un acto normativo. Para ello tiene la Corte de

Constitucionalidad que realizar un ejercicio de interpretación, al fin de cuentas se ha dicho que todo conflicto constitucional no es más que la interpretación del juez frente a la interpretación del legislador. En definitiva, un problema puntual como los que se han señalado y que han interesado a la opinión pública, y que está en manos del Tribunal Constitucional.

Éste tiene que partir del principio de Balmez: "no admita ideas sin analizar"; el tema es de análisis profundamente jurídico, pero dentro de su entorno político, no podemos desconocer esa realidad y a veces tememos utilizar el término correcto, pero la jurisdicción del Tribunal Constitucional es una jurisdicción política, precisamente por eso está integrado por Magistrados que han sido designados por órganos políticos del Estado y también por órganos que establecen cierto balance, como la Universidad y la Asamblea del Colegios de Abogados, pero para que el análisis se base en las valoraciones y estimaciones políticas que dieron curso a una norma.

En este caso también el Tribunal aplica un sistema o un método de estudio tipo cartesiano en donde va descomponiendo todos los elementos del problema para analizarlos en toda su integridad. En primer término creo que tenemos acá, para análisis, el Convenio 169, el Código Municipal y la Constitución Política de la República.

Pero estos son cuerpos normativos complejos que no solo tienen una disposición literal, tal como fueron redactados, sino también tienen una disposición semántica y además sistemática, de acuerdo con las condiciones y las circunstancias. De manera que, para analizar por ejemplo el acuerdo 169, debemos partir primero en qué idioma fue escrito el texto de trabajo.

Desde luego, esto está traducido a los idiomas oficiales de Naciones Unidas, pero tenemos que ver si la palabra, el concepto, la dicción,

coinciden con las intenciones del proyecto y empezaremos porque en el artículo 6.1 dice “consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”.

En Guatemala, por consultar entendemos un proceso electoral, pero en la terminología usual del Sistema de Naciones Unidas muchas veces consultar equivale a negociación. Cuando está discutiéndose un proyecto en una convención internacional, los delegados que están negociándolo, a esto le llaman consultas, dicen vamos a hacer consultas sobre determinada disposición, lo que no quiere decir consulta electoral, todo lo contrario, es para evitar llegar a una elección que se hacen las consultas; en este caso dice el artículo 6.1.a. “mediante procedimientos apropiados, o sea consultar mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, lo que quiere decir que no solo la electoral es la vía, también hay otras consultas que pueden ser hechas con las comunidades, las cofradías, las agrupaciones gremiales, etc., o sea aquellas que pueden aportar una opinión o un criterio.

El artículo 6.1.b. habla de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población. Eso, por lo menos, quiere decir que no les está dando más de lo que tienen todos, sino que les están garantizando por ser para pueblos tribales y para pueblos indígenas, un trato igualitario, a fin de que en cierta medida no se atropellen sus derechos. Y ¿cuáles son los derechos que tiene la comunidad nacional?, pues los derechos electorales, los de petición, los de los consejos de desarrollo, o de los cabildos abiertos y la consulta popular, que significan que no necesariamente estamos circunscritos a un proceso electoral, sino la consulta equivale a muchos procedimientos y aquí lo confirma el artículo 6.2, cuando establece que las consultas llevadas

a cabo en la 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.

En cuanto a la discusión sobre el carácter vinculante que señala el Código Municipal, creo que no me dará tiempo de llegar hasta allí, estimo que ni siquiera a agotar lo del Acuerdo 169. Pero si se propone la consulta, es para llegar a un acuerdo, porque no se puede pensar que el objeto vinculante sea *erga omnes*, el efecto vinculante es para los propios sujetos y así tener una base de su negociación, porque más adelante vemos en el Acuerdo mismo que están previstos indemnizaciones o resarcimientos, esto significa que si para una comunidad es negativo determinado aspecto, puede a base de esa afirmación, negociarlo para obtener una compensación adecuada.

El Licenciado Barrios hizo algunas reflexiones muy importantes sobre los principios que reconocen el dominio eminente del Estado y por eso platicábamos con algunos amigos, el tema municipal es la base entrañable de la democracia de nuestros pueblos, pero el municipio como tal, juega como una pieza de lego, no funciona autónomamente, no es aislado pretender ser un Estado dentro del Estado, sino que conforma una unidad, una universalidad, una integridad; que como consecuencia las decisiones del municipio pueden ser de respeto y valiosas como vinculantes y una gran forma de expresión de su voluntad, pero en cuanto tengan alguna colisión con el principio de interés de la sociedad en general, tendrá que ser objeto de un arreglo, un acuerdo, una negociación, creo que eso nos lleva a una posibilidad pacífica de entendimiento.

Puse un ejemplo que califiqué de barrabasada, pero el artículo transitorio 19 de la Constitución dice que toda solución o arreglo

sobre asunto de Belice deberá someterse a un referéndum, pero eso es vinculante para nosotros, pero para el resto de la comunidad internacional puede no ser vinculante, en ese momento ¿cómo lo vamos hacer valer?

Quiero llegar a la conclusión de que es respetable la voluntad y es uno de los mejores procedimientos para auscultar el criterio y el acuerdo 169 habla de criterios, precisamente para fijar una posición básica, en cuanto se refiere a asuntos propios que no perjudican el interés de otro; ese interés será bueno pero si un municipio decide cerrar el paso del agua al municipio vecino, ¿será vinculante para el perjudicado?, ésta es una pregunta que deberíamos de formular.

De manera que es poco lo que puedo adelantar como conclusiones, más que el tema es muy complejo y es uno de esos asuntos en donde un Tribunal Constitucional realiza efectivamente esa función de velar por el orden constitucional.

Muchas gracias.

Licenciado Mario Fuentes Destarac
Presidente de la Cámara Guatemalteca de Periodismo

Buenas tardes señores representantes de ASIES, distinguidos colegas que participan en esta tarde, en esta mesa de diálogo y de reflexión, distinguida audiencia, creo que indudablemente en esta nueva etapa que estamos viviendo en el país, en donde se privilegia el debate, el diálogo, la discusión, es sumamente importante llevar a cabo este tipo de eventos ya que permiten obtener productos positivos y continuar el avance de este proceso de democratización que es inacabado y que constantemente es perfectible, creo que quien diga aquí se terminó todo, iría en contra de la dinámica de la lógica de la democracia.

Quiero señalar en primer lugar que soy defensor y fiel creyente de lo que es la democracia participativa cuyas máximas expresiones son las consultas populares, el poder local, la auditoría social, la resolución alternativa de conflictos a nivel municipal, local y por ende, creo que debe irse profundizando en este proceso de consolidación y fortalecimiento de la democracia participativa, por supuesto democracia participativa no significa anarquía, caos, sino que debe estar regido por un gran marco, y que en este caso el gran marco debe ser la Constitución de la República.

Creo que en esta etapa en que la sociedad guatemalteca está en movimiento, en constante deseo de expresarse a través de distintos canales y distintos mecanismos, el marco que debe regir en todo momento es nuestra Constitución, porque si no respetamos la Constitución indudablemente ya no tenemos absolutamente nada y caeríamos en una situación de absoluta y total ingobernabilidad, de anarquía, de caos.

Quiero referirme a dos puntos muy concretos, uno de carácter estrictamente jurídico y otro más desde una óptima jurídico-política.

En el tema estrictamente jurídico quiero señalar o referirme al carácter obligatorio e indicativo de una consulta popular. Nuestra Constitución, según estimo para enriquecer el análisis advierte dos posibilidades de Consulta Popular, una que se refiere al carácter obligatorio y otra que contempla el carácter indicativo de la consulta.

Esto nos debe dar la oportunidad de que la legislación se desarrolle bajo esas dos vertientes o posibilidades que la misma Constitución nos asegura, cuando contempla dos casos específicos en que el resultado de una consulta es obligatorio. Si quieren vinculante, aunque la palabra, el término no me gusta mucho, creo que en todo caso el término obligatorio es de carácter obligatorio, legalmente obligatorio. ¿Cuáles son esos dos casos?, el primero, la ratificación de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República; y el segundo caso, la aprobación del acuerdo definitivo que resuelva la situación de los derechos de Guatemala, respecto de Belice. A esos dos casos la Constitución confiere el carácter de obligatorio y el resultado de la Consulta.

Ahora nuestra Carta Magna también estipula que las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos; en este caso en mi opinión, el carácter de la consulta es eminentemente indicativo, porque lo que se advierte o se pretende es precisamente auscultar, tomar el pulso a la población sobre la posibilidad de una toma de decisiones de carácter político que sea de trascendencia para la población, para la nación.

Es decir, que al ser de carácter eminentemente indicativo podríamos decir que nos estamos refiriendo a que lo que estamos haciendo es auscultado, estamos midiendo la opinión de los ciudadanos, incluso podrían someterse a procedimiento consultivo en un momento dado, disposiciones o proyectos de ley de especial trascendencia para la

nación, que den vida a lo que yo creo que es importantísimo, como es la producción democrática del derecho; y en ese sentido quisiera enfatizar que la población de alguna manera está preocupada y en alguna manera sedienta de que se le dé participación en la toma de decisiones, aun de tipo jurídico fundamental. Ya no quiere la población que se tomen decisiones a sus espaldas, quiere participar en la toma de decisiones sobre cosas que le incumben, cosas que están relacionadas con su vida, con su desarrollo.

En el Código Municipal se contempla el sometimiento a consulta de vecinos, que a mí me parece interesante porque no habla de residente, sino de vecino, por toda la complejidad que implica el tema de la Cédula de Vecindad. Cuántos guatemaltecos viven con la cédula de vecindad de otros municipios, entonces se habla de vecinos, es decir, los que en todo caso tendrían Cédula de Vecindad de ese lugar específicamente, aunque no vivan allí, imagínese la complejidad que se plantea.

Para optar decisiones de trascendencia o de carácter general, el Código Municipal y el Convenio 169 de la OIT establecen que deberán someterse a consulta popular los asuntos que afecten los derechos e intereses de comunidades indígenas en particular.

En el referido Código no se consigna en qué casos específicos, tal como sí lo consigna la Constitución de la República, ya que el resultado favorable a una decisión consultada sería de cumplimiento obligatorio, ésta es en mi opinión una laguna legal que debe colmarse por elemental seguridad jurídica. Sea a través de una reforma al referido Código o por medio de una interpretación pertinente del tribunal de lo constitucional, como señalaba el Licenciado Alejandro Maldonado. En síntesis, así como en la Constitución, tanto en tratados o convenios internacionales como en las leyes ordinarias, deben señalarse expresamente los casos concretos en que el resultado

de la consulta es legalmente obligatorio; si no consta expresamente este carácter obligatorio como la misma Constitución lo establece en el artículo 173, debe suponerse que el resultado será indicativo.

Un segundo punto que quisiera abordar es el tema de la armonización o de la necesaria armonización entre la democracia participativa y la democracia representativa, porque hay una alta conflictividad sin respuesta, sin solución en nuestro país, porque la gente se siente no representada, la gente siente que no se está resolviendo la problemática que les afecta directamente, la gente está cansada en muchas comunidades de que se tomen decisiones a sus espaldas y consecuentemente empieza a buscar vías o mecanismos para que se resuelva esa problemática insatisfecha. Para que sus necesidades sean de alguna manera consideradas en la adoptan de decisiones, también quieren estar cerca de la toma de decisiones que se toman en su nombre, y por ende debemos hacer una reflexión profunda sobre qué es lo que está fallando: está fallando la democracia representativa, la gente no se siente representada, no hay una representación política legítima en este país.

La gente no cree que sus “representantes políticos” estén verdaderamente decidiendo en participación con ellas, entonces no sólo tenemos que hacer una reflexión, un análisis sobre la consulta popular, sobre la democracia participativa, sino que tenemos que ir más allá, tenemos que profundizar la democracia representativa en este país, no podemos seguir por ejemplo con una democracia delegativa en que se delega la autoridad en personas cada cuatro años y se desaparecen del mapa y la gente no tiene con quién abocarse. Tenemos entonces por fuerza, que entrar a temas importantes como la elección uninominal de diputados, a través de una competencia abierta. Tenemos que entrar a temas de renovación por mitad del Congreso de la República, a mitad del período presidencial, tenemos que entrar a temas como la postulación de diputados distritales por medio de comités cívicos electorales,

tenemos que ir a temas como la elección de gobernadores y de consejos departamentales, tenemos que avanzar en la elección de autoridades locales, no tenemos que tener miedo en que, por ejemplo, se elijan a los jueces de paz, en que se elijan a los fiscales de distrito, en que se elijan a los jefes de policía como existe en otras latitudes en el mundo.

Tenemos que trabajar en la democratización interna de los partidos políticos que es un tema constantemente postergado, tenemos que pensar en la existencia de un referéndum revocatorio a nivel local por ejemplo, en el que los ciudadanos simple y sencillamente decidan ponerle fin al período y funciones de las autoridades locales, porque no están cumpliendo con el cometido que se les confió. En fin, hay otra serie de cuestiones como el fortalecimiento de las comunidades de ciudadanos.

Casualmente, a lo cual también se refería el licenciado Alejandro Maldonado, dentro de la producción democrática del derecho la gente quiere escuchar y saber qué leyes se están emitiendo, qué leyes van a regir en este país, ya basta que los proyectos de ley se apoyen a espaldas o en cuartos cerrados y que la gente no sepa qué se está discutiendo en su nombre y qué es lo que les va a afectar, estamos enfrentando una situación de profunda revolución en nuestro país, en donde la gente está exigiendo participación, y no nos podemos quedar con rigorismos y legalismos que impidan precisamente esa participación y simplemente les digamos no. Tenemos que ir a ver cuáles son las necesidades de la gente, tenemos que auscultarla, tenemos que sondear qué es lo que la gente quiere. Por eso es importante que pensemos en lo que yo mencionaba al principio, en que las consultas populares indicativas no necesariamente tengan un carácter obligatorio, pero que sí le tomen el pulso a la población.

Muchas gracias

Licenciado Jorge Arturo Sierra González
Magistrado de la Corte de Constitucionalidad (1996-2001)

Buenas noches. Sobre el tema de la consulta popular creo que con las intervenciones anteriores ha quedado el ambiente delimitado, que la consulta popular al lado del referéndum al lado del plebiscito, de la revocatoria de mandato, del derecho de iniciativa, forman un grupo de instrumentos que en la teoría constitucional se les llama formas semidirectas de democracia, formas semidirectas porque se trata de dar participación al pueblo, a la sociedad, en la toma de decisiones con respecto a asuntos políticos del Estado, asuntos legislativos, asuntos constituyentes, etc., dentro de una democracia representativa.

Según nos ilustran algunos constitucionalistas, a partir de la Primera Guerra Mundial surgió un entusiasmo por aplicar esas formas semidirectas de la democracia, entusiasmo que desembocó en que las constituciones políticas introdujeran varios de estos instrumentos, con la finalidad teórica de consolidar las democracias a través de la participación de la sociedad.

La realidad nos mostró, además de la bondades, problemas de tipo práctico, cuestiones adversas, entre otras, mal uso de estos instrumentos de democracia semidirecta, principalmente el plebiscito. Creo que son claros los casos, son paradigmáticos. Por ejemplo el caso de Mussolini en Italia en 1922, el caso de Hitler en Alemania en 1932-1933, el caso de Oliveira Salazar en Portugal, también en 1933, que sirvieron para consolidar y perpetuar regímenes autoritarios. Lo mismo sucedió en América, y Guatemala no fue ajena a esto, los que conocemos un poco la historia de Guatemala sabemos también de usos del plebiscito para consolidación de regímenes autoritarios.

Creo que todos estos problemas llevaron a que en las constituciones que fueron surgiendo a partir de 1945, siempre se introdujeran

mecanismos de democracia semidirecta, pero en una forma atenuada, restringida, con un carácter complementario. Así están varias constituciones de Europa y América, se contienen instrumentos de democracia semidirecta, pero con un temperamento prudente, creo que así está la Constitución de Guatemala, que como regla general establece la democracia representativa: está bien establecida en los artículos 140 y 141 de la Constitución, es decir, que el pueblo no delibera, ni decide, sino por medio de sus representantes debidamente electos, y establecidos en la respectiva constitución.

La regla general es la democracia representativa y como excepción se establece un mecanismo de democracia semidirecta que es la consulta popular, pero esa es una excepción, no es substitución de la democracia representativa como el entusiasmo podría hacer creer algunos sectores; sencillamente no es substitución de la democracia representativa, sino que es una excepción a la regla general y como excepción tiene una interpretación restrictiva.

Incluso en caso de duda, siguiendo principios de interpretación que nos da la hermenéutica constitucional, en caso de duda, repito, se debe estar por la aplicación de la democracia representativa. Así se resuelve por ejemplo en materia constitucional sobre si una ley es inconstitucional o no y hay duda en cuanto a su inconstitucionalidad; en virtud de un principio de interpretación conforme a la Constitución debe irse por la constitucionalidad de la ley que está en duda.

Llegamos a la conclusión que nuestra Constitución mantiene ese temperamento prudente y regula la consulta popular como un caso de excepción, como un complemento de la democracia participativa porque se afianza en la democracia representativa. Prueba de ello es que si analizamos el artículo constitucional que se refiere a enumerar cuáles artículos son petreos de nuestra Constitución, se comienza precisamente con los artículos 140 y 141. La disposición

que nuestra constitución señala en el artículo 173, sobre establecer la consulta popular para asuntos políticos de especial trascendencia, involucra una forma restrictiva y la primera de ellas es que del artículo 173 no surge una consulta popular con efectos vinculantes como ya se ha dicho, no puede surgir una consulta popular de carácter vinculante porque no está dentro del mandato constitucional.

La segunda restricción es que el derecho de iniciativa no es un derecho de iniciativa popular sino que es un derecho que se le deja al Presidente de la República, y a los diputados del Congreso de la República. Ellos serán los que pueden promover la consulta, serán los que tendrán que calificar en última instancia cuando se da en realidad una cuestión política de especial trascendencia, incluso son los encargados de formular las preguntas que se deben dirigir a los ciudadanos en la consulta respectiva.

En realidad las únicas consultas populares vinculantes son las que se han planteado aquí: el caso de Belice y el caso de una reforma constitucional de determinados artículos que es de carácter vinculante, donde se actúa con una especie de poder constituyente, derivado o secundario.

En cuanto a los aspectos de la aplicación del convenio 169, el artículo seis y el quince del convenio, especifican que la aplicación de las instituciones establecidas en ese convenio se tendrá que realizar en una forma flexible y de acuerdo a las características particulares de cada país, señalan que la aplicación no es rígida; de allí se deriva que las consultas a que se refieren esos artículos, en una correcta interpretación, no es forzosamente la consulta popular electoral que está reflejada en el artículo 173 de nuestra Constitución. Puede ser una de ellas pero pueden ser otras modalidades diferentes a esa consulta como lo es el diálogo, la negociación con instituciones representativas de la sociedad.

Quizá los únicos casos de consulta vinculante restringida que también se pueden dar son los derivados del Código Municipal, con un carácter que las vincula a las consultas efectuadas a los vecinos, sólo que son consultas para asuntos exclusivamente circunscritos a las cuestiones propias del municipio, salvo que existiera una contradicción entre el artículo 64 como el 66 del Código Municipal en cuanto al porcentaje de votantes que deben ir en favor de la consulta para que sea vinculante; porque uno de ellos, el 64 señala el 20 por ciento de los empadronados y el 66, el cincuenta por ciento de los empadronados. Por lo que hace falta una modificación que armonice de ambos artículos.

Mi criterio no es estar en contra de la consulta popular, yo creo que es saludable mantener la consulta popular dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero como complementaria, con ese carácter prudente y restrictivo que se deriva de la interpretación y que tienen la mayoría de las constituciones; porque un entusiasmo desenfrenado también podría llegar a introducir mecanismos de ingobernabilidad que nos harían socavar la democracia representativa. Creo que debe perfeccionarse la democracia representativa, hay aspectos que deben perfeccionarse para evitar que esa ficción jurídica que la compone –porque en realidad es una ficción jurídica el que todos estamos representados en los electos y en los nombrados por la Constitución–, pero el derecho en realidad y la democracia están plagados de ficciones jurídicas que son necesarias para el funcionamiento de los sistemas. Pero para hacer funcionar en primer lugar y hacer menos ficticia y más real esa representación, creo que sí se necesita perfeccionamiento del sistema democrático representativo, tal como lo dijo ampliamente el Licenciado Fuentes Destarac.

Muchas gracias por su atención.

Licda. Carmen María Gutiérrez de Colmenares

Agradezco a nuestros distinguidos panelistas sus comentarios, que como era de esperarse giran en torno a la interpretación de las disposiciones constitucionales, del Convenio 169 de la OIT y del Código Municipal sobre este tema, así como sus recomendaciones muy claras tanto al Tribunal Supremo Electoral, que con el derecho de iniciativa de ley tendrá que formular los cambios necesarios respecto a las consultas, si éstas deben ser reguladas dentro del derecho electoral, cuál es el papel de los partidos políticos en la democracia representativa y por supuesto, tal como lo dijeron los ex magistrados de la Corte de Constitucionalidad a dicho Tribunal, máximo intérprete de nuestra Carta Magna.

Muchas gracias a todos.



Asociación de Investigación y Estudios
Sociales (ASIES),
Guatemala, C. A.

ASIES es una entidad de servicio, privada y no lucrativa, orientada a la reflexión, la investigación científica y el análisis de la realidad nacional. Trata de estimular la participación ciudadana en los procesos de búsqueda e implementación de soluciones concretas para la problemática del país.

Surgida en 1979 y fundada en 1982, la Asociación de Investigación y Estudios Sociales -ASIES- adquirió personalidad jurídica mediante Acuerdo Gubernativo número 608-88, del 2 de agosto de 1988.

Fines:

- Llevar a cabo investigaciones y análisis de la realidad política, económica-social y cultural del país.
- Promover el estudio, discusión y reflexión sobre los problemas nacionales y sobre aquellos problemas internacionales que afecten al país.
- Contribuir a la formación permanente de los asociados, mediante el enriquecimiento de su caudal de conocimientos científicos.

Funciones:

- Constituir un foro nacional de reflexión y discusión de los fenómenos socio-políticos, económicos, ambientales y culturales que conforman la problemática guatemalteca, mediante la organización de actividades públicas y privadas.
- Mantener relaciones de intercambio y cooperación con entidades públicas y privadas de carácter cultural y científico, tanto nacionales como internacionales.
- Contribuir a la formación de los ciudadanos mediante la difusión de los resultados de sus trabajos de investigación y de análisis de la realidad nacional.

ASSOCIATION FOR SOCIAL RESEARCH AND STUDY -ASIES-

ASIES is a private, non-profit service and cultural entity, dedicated to promote reflexive study, scientific research and analysis of Guatemalan reality. It tries to stimulate the search and implementation of concrete solutions to the country's problems, encouraging citizen participation.

Born in 1979 and founded in 1982, the Association of Social Research and Study -ASIES- acquired its juridical personality by Government Decree No. 608-88, dated August 2nd., 1988.

Purposes

- Carry out research studies and analysis of the political, socioeconomic and cultural situation of Guatemala.
- Promote study, discussion and reflection on national problems, and on those international problems that affect the country.
- Contribute to the permanent qualification of its associates, constantly increasing their scientific knowledge.

Functions

- Constitute a national forum for the discussion and reflection on the various aspects of the Guatemalan reality -socioeconomic, cultural, political and others- through the organization of diverse activities, both private and public.
- Maintain constant exchange and cooperation relations with the public and private cultural and scientific entities.
- Constantly improve the formation of Guatemalan citizens, through the publication and diffusion of the results obtained in its research studies and its analysis of national reality.