

EXPEDIENTE 4791-2019

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, treinta y uno de marzo de dos mil veintidós.

En apelación y con sus antecedentes, se examina la sentencia de diecisiete de julio de dos mil diecinueve, dictada por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de esa naturaleza promovida por Tomás Guillermo Ixtazuy y Santos Pérez Chiché, en nombre propio y en calidad de Alcaldes Comunitarios de los cantones Xepache y Llanos del Pinal, respectivamente, y en representación del Pueblo Indígena de las Comunidades que conforman el Valle del Palajunoj [de nombres: Xepache, Llanos del Pinal, Xecaracoj, Tzampojom y Tierra Colorada Baja, todos del municipio y departamento de Quetzaltenango], y por Domingo Pérez Coyoy y María Ysabel Velásquez y Velásquez de López, quienes acuden en nombre propio y aducen ejercer la representación aludida. Los postulantes designaron como representante común a la última de las mencionadas, contra el Ministerio de Energía y Minas. Los postulantes actuaron con el patrocinio de los abogados Cristian Oswaldo Otzín Poyón y Juan Gabriel Ixcamparij Nolasco. Es ponente en el presente caso la Magistrada Vocal IV, Leyla Susana Lemus Arriaga, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. EL AMPARO

A) Interposición y autoridad: presentado el dieciocho de mayo de dos mil dieciocho en la Sección de Amparo de la Corte Suprema de Justicia. **B) Acto reclamado:** Licencia de Explotación Minera otorgada a Pedro Chan García para explotar piedra pómez en el área denominado Paraje Xinacán, cantón Xepache del municipio y departamento de Quetzaltenango. En dicho lugar se erigirá la Fábrica de Artículos



de Cementos “*Block de Rosa*”. **C) Violaciones que denuncian:** a los derechos a la vida, a la paz, al desarrollo integral, de defensa, de participación democrática, de libre determinación sobre su modelo de desarrollo, a un ambiente sano y un equilibrio ecológico y de las comunidades indígenas, así como a los principios jurídicos de debido proceso, de justicia, de legalidad y sujeción a la ley. **D) Hechos que motivan el amparo:** de lo que consta en los antecedentes, del contenido del fallo apelado y de lo expuesto por los postulantes, se resume: **D.1) Producción del acto reclamado:** **a)** refieren –los postulantes– que actúan en nombre propio y en representación de los pueblos indígenas de las comunidades Xepache, Llanos del Pinal, Xecaracoj, Tzampojom y Tierra Colorada Baja del municipio y departamento de Quetzaltenango; aducen ser “*vecinos y líderes legítimamente electos por [sus comunidades]*”; **b)** arguyen que, desde el año dos mil, han sido afectados por la extracción ilegal e irresponsable de piedra pómez y que los empresarios no garantizaron sus derechos individuales como comunidades indígenas habitantes en las zonas afectadas, razón por la que conversaron con los extractores de piedra pómez, entre los que figuraba Pedro Chan García, -tercero interesado- conviniendo que respetarían los derechos de estos; **c)** asimismo, en dos mil diez, se vieron afectados de manera constante por deslaves, inundaciones y afecciones de carácter patrimonial, económico, social, cultural y ambiental, por tal razón acudieron a la delegación departamental del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales del departamento de Quetzaltenango, con el objeto de llevar a cabo una conciliación entre las comunidades indígenas como los empresarios extractores de piedra pómez; **d)** dos años después de la firma de los acuerdos, las comunidades evaluaron los compromisos asumidos y determinaron que los empresarios habían incumplido en su totalidad los mismos, por lo que decidieron tomar medidas para la cancelación



de la extracción de piedra pómez; en la actividad en la que se tomó dicha decisión también participaron representantes del Ministerio de Ambiente y de Recursos Naturales así como de la Comisión de Medio Ambiente de la Municipalidad de Quetzaltenango; esto se hizo constar en Acta Comunitaria veintitrés - dos mil doce (23-2012), de dos de mayo de dos mil doce; **e)** cuatro años después de la firma del acta de conciliación, los empresarios continuaron sin asumir la responsabilidad de resguardo de los derechos individuales y colectivos de los habitantes de las comunidades indígenas; asimismo, a causa de las extracciones continuaron los deslaves afectando a más comunidades, por lo que los miembros de la comunidad decidieron hacer efectiva la instalación de una talanquera que evitará el ingreso de trabajadores y maquinaria que efectuaba la extracción; **f)** doce años después de que se demandará mayor responsabilidad en la extracción minera y dos años después de haber conciliado con la delegación departamental del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, Pedro Chan García inició el procedimiento administrativo para el otorgamiento de la licencia de explotación minera; **g)** el trece de mayo de dos mil catorce, el Ministerio de Energía y Minas otorgó Licencia de Explotación Minera por el plazo de veinte (20) años a la persona antes citada con el fin específico de explotar piedra pómez, precisamente en el lugar denominado Paraje Xinacán, cantón Xepache, municipio y departamento de Quetzaltenango, según expediente número LEXT-001-12; **h)** manifestaron que el empresario no fue capaz de cumplir con los acuerdos asumidos en la junta conciliatoria y, como mecanismos de contra ataque promovió desde el año dos mil quince, diversas formas de criminalización hacia la comunidad indígena de Xepache, Quetzaltenango, por lo que la comunidad exige una democracia participativa en la que puedan ser considerados como sujetos de derecho, que tradicionalmente poseen una forma de vida con equilibrio en la



naturaleza y que su oposición no constituye un acto que obstaculice al presunto desarrollo que se les pretende imponer; se trata de defender su espacio, territorio, cultura, autoridad, organización y decisiones, en general su estilo de vida; **i)** asimismo, para garantizar su derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrio ecológico, citó el artículo 97 constitucional que establece que el Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico; por ende, deben emitir todas las medidas necesarias para garantizar la utilización y aprovechamiento de la tierra y del agua, evitando su depredación. Con fundamento a dicha norma suprema, los postulantes formularon las siguientes interrogantes: **i.a)** ¿De qué forma las autoridades respectivas garantizarán que no habrá deslaves e inundaciones en su territorio derivado de dicho proyecto? **i.b)** ¿Podrá un consultor ajeno a su territorio establecer la factibilidad de un proyecto en su territorio sin tomar en cuenta la participación de las comunidades indígenas, su forma de vida y el equilibrio ecológico que es parte de su ser espiritual con la madre tierra? e **i.c)** ¿Podrá la empresa encargada de dicho proyecto garantizar que se mantenga el equilibrio ambiental y la biodiversidad? **D.2) Agravios que se reprochan al acto reclamado:** los accionantes estiman que la autoridad denunciada violó sus derecho y principios constitucionales antes relacionados, en virtud de que: **i)** al otorgar la licencia de explotación, no se les consultó previamente –en su idioma materno– como pueblos y comunidades indígenas, por medio de los procedimientos y los mecanismos eficaces, con la debida y apropiada información; **ii)** el otorgamiento de la licencia adolece de nulidad de pleno derecho, en virtud de que se ignoró el principio de legalidad en el procedimiento de toma decisión y autorización, ya que los funcionarios



públicos, al momento de emitir cualquier acto, decisión o resolución, debieron fundamentarse en preceptiva de rango constitucional, así como en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y demás estándares de carácter internacional, extremo que no aconteció; **iii)** el Ministerio de Energía y Minas de la República de Guatemala impidió, de manera ilegal y arbitraria, toda oportunidad y derecho de participación directa en la planificación, discusión y toma de decisiones sobre problemas que les conciernen y garantizan sus derechos, impidiéndoles, al mismo tiempo, el ejercicio de los principios democráticos de participación que garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala, para que, como pueblos indígenas, pudieran llegar a un acuerdo sobre cualquier medida que pueda afectarles o beneficiarlos y particularmente por el riesgo y la amenaza que existe, en cuanto a que sus derechos puedan ser afectados por la autorización de instalación y operación de una empresa cuya finalidad es la explotación de piedra pómez en sus comunidades; **iv)** en cuanto al estudio de impacto ambiental, manifestaron que no es objetivo, en virtud de que adolece de la veracidad en cuanto a las consecuencias que la explotación minera pudiera causar a las comunidades indígenas asentadas en las comunidades de Xepache, Llanos del Pinal, Xecaracoj, Tzampojom, Tierra Colorada Baja, del municipio y departamento de Quetzaltenango; **v)** la percepción local sobre el proyecto, contenida en el instrumento ambiental, en ningún momento podría tomarse como consulta de buena fe, puesto que no llena los requisitos que la legislación en la materia regula; ello, dado que las diez personas que se mencionan y supuestamente participaron en la encuesta, no pertenecen a sus comunidades, pues, son aproximadamente mil quinientas familias las directamente afectadas y el noventa y cinco por ciento (95%) de dicha población pertenece al pueblo k'iche'; **vi)**



el camino que pretende usar como acceso el proyecto de explotación de piedra pómez de la Fábrica de Artículos de Cemento Block de Rosa es vecinal y fue construido con esfuerzos de la comunidad, siendo los vecinos colindantes los que proporcionaron sus bienes para que el mismo se construyera; esa es una razón fundamental para que los pueblos indígenas puedan ser consultados, previo a que los mismos puedan ser utilizados para otros fines, y **vii)** la explotación de un material tan sensible como la piedra pómez provoca con facilidad deslizamientos de grandes cantidades de dicho material en época lluviosa y se agrava en época de tormentas tropicales, huracanes y otros fenómenos naturales; causando inundaciones en las calles, cultivos, edificios públicos como las escuelas públicas y casas de habitación, poniendo en grave riesgo la vida de los habitantes de las comunidades directamente afectadas y la zona urbana de la ciudad de Quetzaltenango; tales hechos –según aducen– los tienen documentados la Municipalidad, la Comisión Nacional para la Reducción de Desastres, así como la Coordinación de Alcaldes y Autoridades Comunitarias y el Instituto Nacional de Bosques, todos de Quetzaltenango. **D.3) Pretensión:** solicitaron que se le otorgue amparo y, como consecuencia, se revoque el otorgamiento de la licencia de explotación minera, contenida en el expediente número LEXT-001-12, por la cual se faculta explotar piedra pómez; esto, por ser violatoria a los derechos de las comunidades indígenas contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala e instrumentos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas ratificados por Guatemala. Se aperciba a la autoridad denunciada, que antes de iniciar cualquier petición administrativa de autorización para la instalación que cualquier empresa extractora de recursos naturales en las comunidades indígenas, se consulte a las comunidades indígenas previo a emitir cualquier resolución. **E) Uso de procedimientos o recursos:**



ninguno. **F) Casos de procedencia:** invocaron los contenidos en los incisos a), b) y d) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

G) Disposiciones normativas que estima violadas: citaron los artículos 2, 12, 44, 46, 58, 66, 97 153, 154 y 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 8, 9, 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 3, 9, 17 y 18 de la Ley del Organismo Judicial; 6.1, 13.1 y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XIX y XXIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y 18, 19 y 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: se otorgó, sin embargo, este Tribunal lo revocó en auto de dieciocho de junio de dos mil veintiuno dictado dentro del expediente cuatro mil tres – dos mil dieciocho (4003-2018). **B) Terceros interesados:** **a)** Procuraduría de los Derechos Humanos, **b)** Pedro Chan García, en calidad de propietario de la empresa Fábrica de Artículos de Cemento “Block de Rosa”, **c)** Municipalidad de Quetzaltenango, departamento de Quetzaltenango; **d)** Coordinadora de Alcaldes Comunitarios de Quetzaltenango; **e)** Asociación de Abogados y Notarios Mayas de Guatemala; **f)** Consejo Maya Mam de Quetzaltenango, perteneciente al Consejo del Pueblo Maya (CPO); **g)** Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres; y **h)** Alcaldía del cantón Tierra Colorada Baja, municipio y departamento de Quetzaltenango, por medio de su Alcalde Auxiliar Mario René Pérez López, quien también actúa en forma personal y en calidad de Coordinador de la Coordinadora de Alcaldes Comunitarios de Quetzaltenango. **C) Amicus curiae:** al presente amparo



se apersonó Carlos Abraham Calderón Paz, en calidad de Director de la División de Ciencias Jurídicas del Centro Universitario de Occidente y Coordinador del Doctorado y Maestrías en Ciencias Jurídicas del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala. **D) Antecedentes remitidos:** copia certificada del expediente administrativo número LEXT - cero cero uno - doce (LEXT-001-12) del Ministerio de Energía y Minas, a nombre de Pedro Chan García, titular del derecho minero de explotación denominado Fábrica de Artículos de Cemento “Block de Rosa”. **E) Informe circunstanciado:** el Ministerio de Energía y Minas realizó un relato cronológico de los hechos relacionados con el otorgamiento de la licencia de explotación minera refutada, así como las circunstancias que motivaron la promoción de la acción constitucional de amparo por parte de los postulantes. Igualmente, manifestó que, según su parecer, es improcedente la solicitud de protección constitucional al no cumplirse con los presupuestos de viabilidad que la ley señala; refirió también que los postulantes de amparo no indicaron cuál era el agravio personal y directo que menoscaba sus derechos constitucionales, pues ellos únicamente se han concretado a transcribir artículos del Texto Supremo, pero, en ninguna parágrafo del escrito de interposición de amparo, indicaron cuál era el acto administrativo que emitió el Ministerio de Energía y Minas que podría causarles el agravio referido. En cuanto a la legitimación pasiva adujo que los amparistas no han tenido claridad en cuanto a ese presupuesto, ya que en su escrito de amparo refieren que la autoridad denunciada es el Ministerio de Ambiente y de Recursos Naturales, así como también el Ministerio de Energía y Minas, por lo que, a su juicio, la garantía constitucional aduce de falta de legitimación pasiva. También refirió que, según su criterio, los accionantes carecen de legitimidad activa, debido a que no poseen ese reconocimiento de representatividad; únicamente la poseen la totalidad de



comunidades asentadas dentro de su circunscripción territorial para que acudan a la justicia constitucional en defensa de los derechos e intereses que colectivamente comparten, por medio de las personas a las que reconocen la representatividad de acuerdo a sus prácticas y costumbres. **F) Medios de comprobación:** se prescindió del período probatorio, habiéndose incorporado como medios de convicción los siguientes: **a)** copias simples de los documentos personales de identificación de María Ysabel Velásquez y Velásquez de López, Tomás Guillermo Ixtazuy, Santos Pérez Chiché, Domingo Pérez Coyoy; **b)** copia simple del acta número cuarenta y siete (47) del libro de actas de la Alcaldía Comunitaria de la Comunidad de Xepache, municipio de Quetzaltenango, de trece de mayo de dos mil dieciocho, en la que se nombró como representantes de la comunidad Tomás Guillermo Ixtazuy y a María Ysabel Velásquez y Velásquez de López; **c)** fotocopia simple del acta número once (11) del libro de actas de la Alcaldía Comunitaria del cantón Llanos del Pinal, municipio de Quetzaltenango, de catorce de mayo de dos mil dieciocho, en la que se nombró como representantes de dicha comunidad a Santos Pérez Chiché y a Domingo Pérez Coyoy; **d)** copia simple de la licencia otorgada a Pedro Chan García, con el nombre de Fábrica de Artículos de Cemento “Block de Rosa”, para la explotación de piedra pómez; esta fue otorgada por el Ministro de Energía y Minas, el trece de mayo de dos mil catorce; **e)** copia simple de la resolución dos mil setecientos ochenta y cuatro dos mil doce / DIGARN / UCA / ODRG / dacl (2784-2012/DIGARN/UCA/ODGR/dacl), dictada el dos de noviembre de dos mil doce, por la Unidad de Calidad Ambiental de la Dirección General de Gestión Ambiental y de Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de la República de Guatemala, dentro del expediente número D-221-12, por la que se aprobó el estudio de impacto ambiental denominado *Instrumento Ambiental tipo B1*



denominado *Fábrica de Artículos de Cemento "Block de Rosa"*, propietario Pedro Chan García; **f)** expediente digitalizado de la licencia de explotación minera "SEXT-001-12" otorgada a Pedro Chan García, respecto de un área ubicada en el municipio de Quetzaltenango, con relación al establecimiento de una fábrica de block, la cual se denomina *Fábrica de Artículos de Cemento "Block de Rosa"*; **g)** copia simple del acta cero cero siete - dos mil diez (007-2010), de veintidós de julio de dos mil diez, referente a audiencia de conciliación, extendida por la delegación departamental del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, en la que Pedro Chan García se comprometió a tomar medidas correctivas de acción inmediata y que, en caso de incumplimiento, se le suspendía el punto de extracción; **h)** copia simple del acta veintitrés - dos mil doce (23-2012) de dos de mayo de dos mil doce, del libro de actas de la Asamblea Comunitaria de Xepache, en la que consta el acuerdo para cancelar los puntos de extracción de piedra pómez, por el incumplimiento de los acuerdos por parte de los extractores, según acta de conciliación número cero cero siete guión dos mil diez (007-2010) de veintidós de julio de dos mil diez; **i)** copia simple del acta número veinticuatro - dos mil doce (24-2012) de diez de mayo de dos mil doce del libro de actas de la Alcaldía Comunitaria de Xepache, en la que se hace constar que la Asamblea Comunitaria acordó la instalación de una talanquera para evitar el paso de los extractores de piedra pómez; **j)** copia simple del acta número catorce - dos mil quince (14-2015) de ocho de marzo de dos mil quince del libro de actas de la Alcaldía Comunitaria de Xepache, en la que se hizo constar la participación de todos los vecinos en la colocación de la talanquera; **k)** copia simple de los documentos concernientes a evaluaciones de situación, condiciones de susceptibilidad de: **k.1)** la ladera en el cantón Xepache, cantón Llanos del Pinal del departamento y municipio de Quetzaltenango, conocimiento un mil seiscientos noventa y seis (1696); y **k.2)** la



ladera en el Valle Palajun'oj, del departamento y municipio de Quetzaltenango, conocimiento dos mil novecientos noventa y cuatro (2994); ambos elaborados por la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres en dos mil dieciocho. **G)**

Sentencia de primer grado: la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, **consideró:** *“...En respuesta a los agravios denunciados por los amparistas es oportuno establecer el andamiaje legal de las normas y argumentos citados sugieren la defensa de aquellos derechos que fueron conculcados por parte de la autoridad reclamada pues si bien existe una carencia de legislación ordinaria ad-hoc, eso no es óbice para que el estado de Guatemala por conducto del Ministerio de Energía y Minas efectúe la consulta regulada en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales [en Países Independientes], pues es responsable de la protección de los derechos humanos a través del cumplimiento de sus obligaciones internacionales de buena fe y garantizar la efectividad del derecho humano colectivo de conformidad con el principio Pacta Sunt Servanda que encuentra fundamento en el artículo 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala; de no ser así se estaría consintiendo la pasividad del poder público y dar paso a las nefastas condiciones de vida que el proyecto minero autorizado provocaría en la vida de las aledañas comunidades indígenas. Por otro lado, la indiferencia de la autoridad reprochada menoscaba la eficacia de la normativa del derecho Convencional y de la porción de que este integra el bloque de constitucionalidad; es decir, redunda de inobservancia de una obligación internacional previamente adquirida y de un derecho resguardado en el eje primario del sistema jurídico, lo cual es insostenible. Sumado a lo anterior, debe agregarse que el sentido y naturaleza de la consulta previa implica que antes de cualquier autorización estatal las comunidades potencialmente afectadas por tal*



decisión estén plenamente informadas con la suficiente antelación de todos los alcances que las medidas, tanto positivas como negativas, puedan tener sobre sus territorios y derechos. Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos según el informe número setenta y cinco diagonal cero dos (75/02) caso once punto ciento cuarenta (11.40) Mary y Carrie Dann –Estados Unidos de Norte América- veintisiete de diciembre de dos mil dos, párrafo ciento cuarenta (140). Lo anterior encuentra fundamento en el principio de protección especial de los recursos naturales existentes en los territorios de los pueblos indígenas regulado en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (...) Por lo antes expuesto es determinante que se adopten medidas urgentes para provocar un diálogo en el cual prevalezca la buena fe, la comunicación constante y transparente respecto al derecho ancestral de la tierra y las tradiciones de las comunidades indígenas. De ese modo, pese a que la empresa mercantil Fábrica de Artículos de Cemento ‘Block de Rosa’ no se encuentra funcionando, eso no es óbice para que en el caso sugiere la oportunidad de que pueda reanudar actividades, el Estado de Guatemala por conducto del Ministerio de Energía y Minas proceda a realizar la consulta para evitar conflictos posteriores o para solucionar los ya existentes sobre la aplicación de lo previsto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Por último, también es oportuno mencionar que el cierre de la relacionada empresa mercantil no deviene como consecuencia del otorgamiento del amparo provisional sino obedeció a que según relató el señor Pedro Chan García, la señora María Ysabel Velásquez y Velásquez de López, valiéndose de su puesto como alcaldesa comunitaria del Cantón Xepache del municipio y departamento de Quetzaltenango, cerró el acceso



al proyecto minero pues colocó un marco de metal, lo que motivó a que accionará penalmente ante el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Quetzaltenango, en su contra, por los delitos de coacción y abuso de autoridad. Con base a lo anteriormente considerado, esta Corte estima que debe otorgarse en definitiva el presente amparo cuyo efecto positivo desemboca en que se le ordena al Ministro de Energía y Minas, que realice la Consulta libre, previa, informada y de buena fe, garantizada tanto en el artículo 66 de la Constitución Política de la República, así como en el 6 y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, con el objeto de restablecer los derechos afectados de las comunidades Xepache, Xeracoj, Chuicaracoj, Llanos del Pinal y la Puerta del Llano que conforman el Valle de Palajunoj, la que deberá realizar conforme los estándares internacionales reconocidos y los parámetros establecidos por la Corte de Constitucionalidad...”. **Y resolvió:** “...I) OTORGA en definitiva el amparo solicitado por TOMÁS GUILLERMO IXTAZUY, SANTOS PÉREZ CHICHÉ, DOMINGO PÉREZ COYOY Y MARÍA YSABEL VELÁSQUEZ Y VELÁSQUEZ DE LÓPEZ (en quien se unificó personería) en contra del Ministerio de Energía y Minas. En consecuencia: a) deja sin efecto legal alguno, en cuanto a los reclamantes el otorgamiento de la licencia de explotación minera identificada como expediente número LEXT guión cero cero uno guión doce (LEXT-001-12), derecho minero el cual se denomina Fábrica de Artículos de Cemento ‘Block de Rosa’ de fecha trece de mayo de dos mil catorce, lo que constituye cancelación de la misma; b) restituye a los postulantes en la situación jurídica anterior a esa autorización contenida en dicha resolución; c) ordena al Ministro de Energía y Minas, para que en casos futuros de similar naturaleza se cumpla con realizar la consulta establecida en el Convenio número 169



de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, según las pautas descritas en el presente fallo y a los parámetros establecidos por la Corte de Constitucionalidad dentro de los expedientes acumulados 90/91/92-2017 de la sentencia del veintiséis de mayo de dos mil diecisiete; d) para los efectos positivos del presente fallo se ordena a la autoridad recurrida realizar las gestiones administrativas correspondientes a efecto de cancelar en sus registros la licencia de explotación minera identificada como expediente número LEXT guión cero cero uno guión doce (LEXT-001-12); e) en caso de incumplimiento de lo ordenado en este fallo se impondrá a la autoridad recurrida una multa de dos mil quetzales (Q 2,000.00) sin perjuicio de lo previsto en los artículos 50, 52, 53 y 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, así como de las responsabilidades civiles y penales en que pueda incurrir; II) no hay condena en costas...”.

III. APELACIÓN

Pedro Chan García, en calidad de propietario de la empresa Fábrica de Artículos de Cemento “Block de Rosa” –tercero interesado– apeló la sentencia emitida. En apoyo a su impugnación, manifestó que: i. inició con su labor de extracción de piedra pómez dentro de su propiedad; empero, una de las postulantes, María Ysabel Velásquez y Velásquez de López, Alcaldesa Comunitaria de cantón Xepaché del municipio y departamento de Quetzaltenango, se opuso y, valiéndose del cargo que ostenta, junto con los miembros de las comunidades colocaron en el lugar una talanquera de metal, para impedir su ingreso y la extracción del producto y por esa razón presentó querrela por el delito de Coacción y Abuso de Autoridad ante el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Quetzaltenango, órgano jurisdiccional que ordenó la destrucción de la referida talanquera misma que



no se llevó a cabo por oposición de dos vecinos; **ii.** manifestó que, al cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley, pudo operar con su pequeña empresa; sin embargo, al dejar sin efecto la licencia recién otorgada sufre una enorme pérdida económica, así como la situación económica del país, ya que no existen reglas claras en cuanto a la inversión y desmotiva la economía, logrando que tales licencias constituyan una estafa para los empresarios que invierten en el país; **iii.** la consulta a los pueblos indígenas no se encuentra regulada en ley, por lo que considera que la misma se presta a fines políticos y no resuelve la problemática existente, puesto que el Estado de Guatemala no cumple con lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); **iv.** el Tribunal de Amparo inobservó lo regulado en el artículo 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pues omitió pronunciarse referente a la carencia de legitimación activa de los postulantes para defender derechos difusos, además de no explicar con claridad quien era el sujeto pasivo del amparo. **v.** los postulantes nunca acreditaron que el lugar objeto de extracción existen tierras ancestrales o comunidades que pudieran ser afectadas, puesto que tal inmueble es de su propiedad. Pidió que se revoque el fallo, denegándose la protección constitucional solicitada.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) Los postulantes reiteraron parte de sus argumentos de amparo y manifestaron que: **i.** la sentencia apelada está emitida conforme a derecho, por lo que mantenerse vigente la licencia objeto de litis, existe peligro inminente para la vida e integridad de las personas que habitan las comunidades de Xepache, Llanos del Pinal y demás zonas contiguas; lo anterior con fundamento en el informe elaborado el once de mayo de dos mil dieciocho, por la Dirección de Mitigación, Quetzaltenango, de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres; **ii.** respecto a la falta de



legitimación activa alegada por el apelante, refieren que son autoridades y líderes de las comunidades que representa y para el efecto presentaron copia de las actas de asamblea en las cuales consta tal extremo; **iii.** el apelante ignora los distintos derechos que les asisten y las disposiciones normativas que los protegen, promoviendo acciones penales en su contra, criminalizando a autoridades y líderes indígenas de sus comunidades; no obstante, pese a las dificultades que los mismos empresarios provocaron, las comunidades demostraron buena fe para que, de manera armónica, se solucionaran las mismas y fueron los extractores, como el apelante, que incumplieron en repetidas oportunidades, este último no ha podido acreditar que las comunidades fueran consultadas previamente e informadas en su idioma, como parte del proceso previo a la autorización de la licencia de explotación de piedra pómez, por lo que las argumentaciones presentadas por este carecen de objetividad. Solicitaron que se declare sin lugar el recurso de alzada, confirmándose el otorgamiento del amparo. **B) El Ministerio de Energía y Minas –autoridad cuestionada–** manifestó que: **i.** en el planteamiento de amparo es indispensable el cumplimiento de los presupuestos procesales que son de observancia ineludible y de primer orden para que la garantía constitucional adquiera la viabilidad necesaria y el tribunal pueda estudiar y resolver conforme a Derecho; **ii.** la acción de amparo planteada por los accionantes deviene improcedente porque no existe resolución o acto administrativo alguno emanado por el Ministerio que les genere agravio a los amparistas, puesto que el interesado en la emisión de la licencia objeto de litis, cumplió con todos los requisitos de ley y se agotó el trámite respectivo, lo que hace que la presente acción sea inviable. Solicitó que se resuelva el recurso de alzada conforme a derecho. **C) La Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres (CONRED) –tercera interesada–** expresó que: **i.** el territorio



guatemalteco, debido a su posición geográfica y técnica, está calificado, a nivel mundial, como de alto potencial de múltiples amenazas naturales y por su situación social, económica, deterioro ambiental y desarrollo está expuesto a altas condiciones de vulnerabilidad, lo que produce que un alto porcentaje de la población, su infraestructura y servicios estén expuestos a diferentes riesgos que pueden desencadenar desastres; **ii.** según evaluaciones emitidas por la Dirección de Mitigación de Quetzaltenango de dicha Coordinadora, correspondiente a las condiciones de susceptibilidad del área donde se concedió la licencia minera, se estableció que por las características el sitio es altamente erosionable ante la ocurrencia de fenómenos hidrometeorológicos y de igual forma está sujeto a modificaciones debido a la sismicidad de la región y actividad volcánica aledaña, provocando cambios superficiales de la ladera (movimiento de masa), mismos que pueden ser abruptos o lentos, dependiendo de las condiciones de resequedad o saturación del suelo, recomendándose evitar la deforestación del lugar con el fin de preservar las condiciones de estabilidad del lugar, además deben supervisarse la extracción para evitar daños de grandes magnitudes y **iii.** en el presente caso, es importante que las instituciones públicas encargadas con relación a la explotación minera hayan aplicado los procedimientos legales correspondientes para la autorización, tomándose en cuenta la normativa para la reducción de desastres y las recomendaciones efectuadas, siguiendo los protocolos nacionales e internacionales relacionados con la seguridad ocupacional específicos para industrias de extracción o las establecidas por el Ministerio de Energía y Minas. Solicitó que se emita el fallo que en derecho corresponde. **D) El Procurador de los Derechos Humanos, Augusto Jordán Rodas Andrade –tercero interesado–**, manifestó que la consulta que debe llevarse a cabo a las comunidades indígenas debe ser realizada con



carácter previo, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo; esta debe ser adecuada y accesible, así también debe realizarse un estudio de impacto ambiental y ser informada. El derecho a la consulta libre, previa e informada implica la realización de procesos de consultas especiales y diferenciadas cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Estos procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados. Solicitó que se otorgue el amparo instado, tutelando así efectivamente los derechos de los pueblos indígenas. **E) La Asociación de Abogados y Notarios Mayas de Guatemala –tercera interesada–** expresó que: **i.** existe dentro de las actuaciones basto fundamento legal con la que los amparistas sustentan la legitimación activa y pasiva que hace alusión el apelante; **ii.** con la emisión del acto reclamado se omitió cumplir con lo establecido en las normas jurídicas que regulan la concesión de licencias mineras, tal es el caso de la participación pública regulada en el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental vigente al momento de haberse solicitado la aprobación del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que permitió que desde su inicio el procedimiento administrativo estuviera viciado, violentándose el derecho de defensa de las comunidades aledañas al proyecto y posteriormente se omite la consulta a los pueblos indígenas que debió realizar el Ministerio de Energía y Minas, previo al otorgamiento de la licencia relacionada. Solicitó que se declare sin lugar el recurso de apelación, confirmándose el otorgamiento de la protección constitucional. **F) El Consejo Maya Mam de Quetzaltenango**, perteneciente al Consejo del Pueblo Maya (CPO); **–tercero interesado–**, se limitó a indicar que se continúe con el trámite correspondiente. **G)**



Pedro Chan García, en calidad de propietario de la empresa Fábrica de Artículos de Cemento “Block de Rosa” –tercero interesado y apelante– reiteró sus argumentos expresados en su escrito de alzada agregando que: **i.** el fallo emitido por el Tribunal *a quo*, conculca su derecho de propiedad al cancelar la licencia objeto de litis, no obstante que cumplió con todos los requisitos que para el efecto le exigieron, además que el terreno objeto de explotación es de su propiedad y no como lo aducen los postulantes para que se busque una reivindicación que no existe, por lo que estima que no le es aplicable el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, en virtud que las tierras objeto de explotación no pertenecen a comunidades indígenas o ancestrales, toda vez que es propiedad privada reconocida por el artículo 39 constitucional y sobre todo, que no existe legislación para realizar la referida consulta; **ii.** en el sector en el que se encuentra la fábrica de la que es propietario existen otras personas que se han dedicado a la misma actividad; por su parte, las comunidades que habitan los lugares aledaños a la fábrica tenían conocimiento de la empresa y de su actividad y **iii.** no se agotaron los recursos administrativos correspondientes, además de que se inobservó que la presente garantía constitucional es extemporánea. Solicitó que se declare con lugar el recurso de alzada, denegándose el amparo solicitado. **H) El Ministerio Público**, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal, manifestó que la solicitud de amparo debe ser otorgada con el fin de garantizar el derecho de las comunidades indígenas a determinar libremente las acciones que incidan dentro de su territorio, y que la consulta respectiva debe realizarse en el tiempo prudencial que establezca el Tribunal de Amparo con la finalidad de evitar conflictos en un futuro; asimismo, debe hacerse valer lo normado en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en



Países Independientes, ya que el Departamento del Consejo Minero del Ministerio de Energía y Minas recomendó, al titular del derecho, que llegara a un acuerdo social con los habitantes de la aldea Xepache, del municipio y departamento de Quetzaltenango; de esa cuenta, se estaría garantizando el derecho de las comunidades indígenas de determinar libremente las acciones que incidan dentro de su territorio. Solicitó que se declare sin lugar el recurso de alzada, confirmándose la sentencia de primer grado; **I) la Municipalidad de Quetzaltenango, departamento de Quetzaltenango; la Coordinadora de Alcaldes Comunitarios de Quetzaltenango y la Alcaldía del cantón Tierra Colorada Baja, municipio y departamento de Quetzaltenango, -terceras interesadas-, no evacuaron.**

CONSIDERANDO**-I-****Tesis general en la que se funda el fallo**

Procede el otorgamiento de la protección constitucional que el amparo conlleva cuando la autoridad gubernamental competente para autorizar un proyecto, operación o actividad relacionada con el aprovechamiento de recursos naturales, del que pueda preverse que provocará afectación en las condiciones de vida de comunidades indígenas, omite practicar la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, reconocida como derecho fundamental de carácter colectivo.

-II-**Síntesis de la pretensión de amparo y lo resuelto en primera instancia**

Tomás Guillermo Ixtazuy y Santos Pérez Chiché, en nombre propio y en calidad de Alcaldes Comunitarios de los cantones Xepache y Llanos del Pinal, respectivamente, y en representación del Pueblo Indígena de las Comunidades que



conforman el Valle del Palajunoj [de nombres: Xepache, Llanos del Pinal, Xecaracoj, Tzampojom y Tierra Colorada Baja, todos del municipio y departamento de Quetzaltenango], y por Domingo Pérez Coyoy y María Ysabel Velásquez y Velásquez de López, quienes acuden en nombre propio y aducen ejercer la representación aludida promovieron acción constitucional de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas, cuestionando la emisión de Licencia de Explotación Minera otorgada a Pedro Chan García para explotar piedra pómez en un aérea ubicada en el paraje Xinacán, cantón Xepache, municipio y departamento de Quetzaltenango.

Los accionantes aducen que tal proceder supone conculcación a los derechos a la vida, a la paz, al desarrollo integral, de defensa, de participación democrática, de libre determinación sobre su modelo de desarrollo, a un ambiente sano y un equilibrio ecológico y de las comunidades indígenas, así como a los principios jurídicos de debido proceso, de justicia, de legalidad y sujeción a la ley, por los motivos que quedaron reseñados en el apartado de resultados del presente fallo.

La Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, otorgó la tutela constitucional instada, por considerar, que debe realizarse la consulta libre, previa, informada y de buena fe, garantizada tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala como en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, con el objeto de restablecer los derechos que se denunciaron violados.

La sentencia emitida fue apelada por Pedro Chan García, propietario de la Fábrica de Artículos de Cemento “Blocks de Rosa” –tercero interesado–, fundando su impugnación en los argumentos que quedaron recogidos en el apartado respectivo, dando lugar al conocimiento en alzada de este Tribunal.



-III-

**Análisis sobre los presupuestos procesales de la
petición de amparo que se conoce**

La Corte de Constitucionalidad ha demarcado jurisprudencialmente que la viabilidad de las peticiones de amparo, está sujeta al cumplimiento de los presupuestos procesales previstos en la ley de la materia. La inobservancia de uno de estos requisitos impide a los órganos jurisdiccionales conocer el fondo del asunto. Por esa circunstancia, el análisis sobre el cumplimiento de las condiciones de viabilidad que rigen esta garantía constitucional, es un asunto de previo y obligado conocimiento para los tribunales de amparo, quienes pueden abocarse al conocimiento de fondo de la denuncia llevada a su sede, únicamente después de haber establecido el estricto cumplimiento de esos requerimientos de ley.

En el presente caso, se ha aducido por parte de la autoridad cuestionada y del apelante, que la petición de amparo incoada carece de tales presupuestos de viabilidad, por lo que, con fundamento en este señalamiento, insisten que la petición de amparo debió ser denegada en primer grado y que, al no haber asumido esa decisión el *a quo*, le corresponde a esta Corte, por lo que, antes de conocer los agravios que sobre el fondo de la sentencia apelada se alegaron, se procederá a analizar si concurren o no los presupuestos que se aducen inobservados.

A) Sobre el presupuesto procesal de legitimación activa:

Para el efecto, se trae a cuenta que en su solicitud de protección constitucional, los solicitantes refirieron que actuaban “*en nombre propio y en representación del pueblo indígena de las comunidades Xepanche, Llanos del Pinal, Xecaracoj, Tzampojom y Tierra Colorada Baja del municipio y departamento de Quetzaltenango*”, en virtud de ser “*vecinos y líderes legítimamente electos por [sus]*



comunidades”, las que se han visto afectadas por la extracción ilegal e irresponsable de piedra pómez, respecto de la cual se otorgó licencia minera de explotación. De esa cuenta, al manifestar que resienten afectación directa por la emisión del acto reclamado por ser vecinos y autoridades indígenas de las comunidades referidas, reconocidas en el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, este Tribunal advierte que resulta desacertado indicar que los postulantes carecen de legitimación para actuar en el presente amparo.

En el caso de mérito, esta Corte considera que se justifica el reconocimiento de legitimación de los accionantes para formular denuncia -por vía del amparo- señalando violación del derecho de consulta a pueblos indígenas, por razón de que Guatemala es un país pluriétnico y multicultural, y que atendiendo a esos elementos que lo caracterizan, pueden confluir poblaciones o personas de diferentes grupos étnicos y culturales, circunstancia que involucra su sentido de pertenencia a las comunidades mencionadas y que, además la cuestión puesta a conocimiento de esta Corte constituye un asunto de institucionalidad del Estado [en función del debido acatamiento por parte de Guatemala de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente] lo que implica que todo ciudadano tiene legitimación por tratarse de interés de la comunidad; de ahí que las denuncias contra el derecho de consulta a pueblos indígenas, por ser un asunto de relevancia nacional que podría interesar no solo a la totalidad de los habitantes de la República de Guatemala, sino a ciudadanos en particular, es lo que hace que a los postulantes, les asista un interés legítimo, pues no solamente buscan su propio bienestar sino también el de la sociedad



guatemalteca, específicamente el de las comunidades indígenas que representan. [En similar sentido se pronunció este Tribunal en sentencia de cinco de mayo de dos mil veintiuno, dictada dentro del expediente dos mil quinientos noventa y cuatro – dos mil diecinueve (2594-2019)].

Por lo anterior, la existencia de autoridades municipales electas de conformidad con lo preceptuado en la Ley Electoral y de Partidos Políticos y el Código Municipal, no excluye la posibilidad de que determinadas comunidades asentadas dentro de su circunscripción territorial acudan a la justicia constitucional en procura de la defensa de los derechos e intereses que colectivamente comparten, por medio de las personas a las que reconocen representatividad de acuerdo a sus prácticas y costumbres. No permitirlo implicaría negarles a estas últimas su valor como manifestaciones de identidad cultural de los pueblos indígenas y, por ende, contravenir lo preceptuado en el artículo 66 de la Constitución Política de la República [*“...los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social...”*]; así como en el artículo 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [*“...Al aplicar la legislación nacional de los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario...”*] y 12 del mismo cuerpo normativo convencional [*“Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos...”*].

Por lo anteriormente considerado, esta Corte estima que a los postulantes les asiste un interés legítimo para la promoción de la presente garantía constitucional.



B) Sobre el presupuesto procesal de legitimación pasiva:

Esta Corte ha demarcado jurisprudencialmente que para que un funcionario o persona pueda soportar la pasividad de un proceso de amparo, debe existir identidad entre aquel que se aduce causó la lesión que se denuncia y el sujeto contra quien se dirige la acción. La falta de esa correspondencia inviabiliza el conocimiento de fondo del asunto.

A efecto de clarificar lo pertinente a la legitimación del Ministro para ser cuestionado en amparo en casos como el que ahora se analiza, se estima pertinente citar que esta Corte, en diversos fallos, ha asentado criterio en cuanto a que es al Ministerio de Energía y Minas a quien corresponde promover el proceso de consulta en los procedimientos de autorizaciones de operaciones que propendan a la exploración, explotación o uso de recursos naturales no renovables. Ese criterio se encuentra asentado, entre otras, en las sentencias de doce de enero de dos mil dieciséis, veintiséis de mayo de dos mil diecisiete y tres de septiembre de dos mil dieciocho, dictadas en los expedientes acumulados 5705-2013 y 5713-2013; acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017; y 4785-2017, respectivamente, en las cuales este Tribunal afirmó *“(...) Es el Estado de Guatemala, el responsable de llevar a cabo el procedimiento de consulta, por ende, se requiere que el Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas, proceda a realizar la consulta (...)”* Asimismo, en la sentencia de doce de enero de dos mil dieciséis, proferida en el expediente 3753-2014, esta Corte consideró: *“(...) En cuanto a los deberes generales que conciernen a los Ministerios de Estado con relación a la consulta previa a pueblos indígenas (...) lo preceptuado en el artículo 194 constitucional, en el cual se les asigna, entre otras funciones, la de ‘Velar por el estricto cumplimiento de las leyes’ [inciso i]; y, en sintonía con ello, en el artículo 27 de la Ley del Organismo*



Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República y sus reformas) figura encabezando las atribuciones generales de los Ministros la de ‘Cumplir y hacer que se cumpla el ordenamiento jurídico en los diversos asuntos de su competencia’ [inciso a]. En congruencia con lo explicado en párrafos precedentes, debe entenderse que las expresiones las leyes y ordenamiento jurídico comprenden cualesquiera normativa jurídica aplicable, sea de origen nacional o internacional. Vale resaltar que esta Corte ha estimado en su jurisprudencia reciente que el Ministerio de Energía y Minas es la cartera mediante la cual el Organismo Ejecutivo debe hacerse cargo de practicar la consulta previa a pueblos indígenas, cuando sea procedente (...)”. Cabe resaltar lo considerado en este último fallo con relación a la Dirección General de Minería del referido Ministerio, cuando tenga conocimiento de peticiones de autorización o prórroga de licencias para operaciones mineras: “(...) corresponde a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, como atribución no prevista expresamente, pero que por su naturaleza resulta de su competencia [Artículo 12 del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas], elevar el expediente administrativo respectivo al despacho superior, a fin de que este, que aglutina a las autoridades máximas de la cartera en referencia [Artículos 2 y 3 ibídem], asuma las medidas y gire las instrucciones pertinentes para que se lleve a cabo la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (...)”. Esa obligación de remitir lo actuado al Ministerio de Energía y Minas, atiende, precisamente al criterio demarcado jurisprudencialmente en cuanto a que es a este al que compete administrar aquel proceso de consulta. Con base en lo anterior, cuando en los expedientes sustanciados ante la Dirección confluyan las circunstancias necesarias para consultar a las comunidades indígenas en relación a



una medida administrativa, no correspondería, estrictamente, a esa oficina el agotamiento del proceso de consulta, sino a la Cartera a la que esa dependencia pertenece.

Los precedentes citados resultan valiosos para sustentar el criterio adoptado por este Tribunal, consistente en que el Ministerio de Energía y Minas sí debe soportar la pasividad del presente amparo, por cuanto que lo que se denuncia en este caso es la omisión de consultar a pueblos indígenas y, como se apuntó, la responsable de efectivizar ese derecho es la Cartera mencionada. Por consiguiente, ha quedado desvanecido el señalamiento que en sentido contrario se formuló.

C) Sobre el presupuesto procesal de definitividad:

Para abordar lo relacionado con este presupuesto, resulta pertinente acotar que, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la petición de amparo está sujeta al agotamiento previo de los recursos idóneos previstos en las leyes ordinarias. Ese presupuesto atiende al carácter subsidiario y extraordinario del amparo, el cual constituye una garantía constitucional a la cual puede acudir solo después de agotadas las instancias ordinarias, mediante las cuales el afectado puede válidamente denunciar y obtener reparación del agravio resentido.

Esta Corte estima que los argumentos que ha expuesto la autoridad recurrida para denunciar el incumplimiento de este presupuesto procesal no resultan atendibles, ya que no podría aducirse que, previo a acudir en amparo a denunciar la omisión de consulta a los pueblos indígenas, los afectados deban acudir a las vías administrativas o judiciales ordinarias. Esto, debido a que el derecho a la consulta a los pueblos indígenas y a un ambiente sano son garantías que esta Corte ha tutelado por vía del amparo en forma directa. Debe resaltarse que los medios de defensa cuyo



agotamiento puede exigirse a los afectados, previo a acudir en amparo, tal como se asentó en el párrafo precedente, deben ser idóneos para obtener la reparación pretendida, siendo estos aquellos medios de impugnación ordinaria cuya presentación haga surgir para su interponente expectativa razonable de que por esa vía podrá obtener la reparación de la afectación que resiente.

En cuanto al derecho de consulta de los pueblos indígenas, esta Corte ha sido enfática en afirmar que: *“...Al denunciarse la omisión de la referida autoridad en cuanto a celebrar la consulta previa a la que alude el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no existen recursos o instancias ordinarios a través de los cuales pueda ventilarse adecuadamente esa situación...”* [este criterio ha quedado asentado entre otros, en las sentencias de veinticinco de marzo de dos mil quince, de veintiséis de marzo de dos mil dieciséis, de veinticinco de mayo de dos mil diecisiete y de tres de septiembre de dos mil dieciocho, dictadas en los expedientes 5710-2013, 3753-2014, acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 y 4587-2017, respectivamente]. Por esta razón, se advierte equívoco el argumento expresado por la autoridad cuestionada y el apelante, sobre el incumplimiento aducido.

D) Sobre el presupuesto procesal de temporalidad:

Al respecto, es preciso recordar que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en el Artículo 20, prevé que la petición de amparo debe formularse dentro de los treinta días de conocido por el afectado el hecho que, a su juicio, le perjudica. Sin embargo, esta Corte ha demarcado jurisprudencialmente que ese plazo no puede aplicarse a aquellos casos en los cuales lo que se denuncia es una conducta omisiva. Ha asentado este Tribunal, en número considerable de fallos, que los proceder omisos o de abstención causan agravio continuado que, por



mantenerse en el tiempo, pueden ser denunciados sin sujeción al plazo a que alude el precepto citado [ver fallos de veintiséis de enero y veintiséis de mayo, ambos de dos mil diecisiete y tres de septiembre de dos mil dieciocho, dictados dentro de los expedientes 1798-2015; acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017; y 4785-2017, respectivamente]

Este Tribunal, con base en la tesis esbozada, concluye que el señalamiento relativo a que en el presente caso se incumplió con aquel presupuesto procesal, no puede ser acogido, debido a que, según lo expuesto por los postulantes en el escrito originario de amparo, su denuncia consiste en que la autoridad recurrida omitió consultar a las comunidades indígenas que representan, previamente a otorgar la licencia de explotación objeto de litis. Los amparistas no reclaman contra un acto positivo, sino que, todo lo contrario, denuncian una violación producida por una conducta omisa. Esta Corte, en reiterados pronunciamientos, ha afirmado que: “(...) *Se configura una excepción a la observancia del presupuesto abordado, puesto que, al tratarse de una denuncia por omisión, no resulta aplicable el plazo que para instar la jurisdicción constitucional prescribe el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. En efecto, la violación al derecho de consulta enunciada se estima de carácter permanente, lo que a su vez denota que la propia conducta reprochada –acto negativo, de abstención u omisión– posibilita el conocimiento de los motivos de agravio denunciados al ser de naturaleza continuada, en tanto la autoridad obligada soslaye el mandato legal de consultar a la comunidad afectada (...)*” [ese criterio se encuentra contenido, entre otros, en los fallos de treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, veintiséis de mayo y veintinueve de junio, ambos de dos mil diecisiete, dictados en los expedientes 2567-2015; acumulados 90, 91 y 92-2017 y 3120-2016]. Los razonamientos anteriores permiten descartar la denuncia



formulada sobre el incumplimiento del presupuesto de temporalidad del amparo.

Habiéndose establecido que en la presente acción de amparo concurren y se cumplen los presupuestos procesales que establecen tanto la doctrina como la ley de la materia, procede conocer los restantes motivos de agravio que expuso el apelante.

-IV-

Determinación de la existencia de pueblos indígenas en el área del proyecto de explotación

El municipio de Quetzaltenango se encuentra situado en la parte este del departamento homónimo, en la región VI o Suroccidental. Limita al norte con los municipios de Olintepeque, La Esperanza y San Andrés Xecul Totonicapán; al sur con los municipios de Zunil y El Palmar; al este con los municipios de Zunil, Salcajá y Almolonga, y al oeste con los municipios de Concepción Chiquirichapa y San Mateo, todos de este departamento.

Ese territorio hace más de mil años, estuvo habitado por el pueblo mam; posteriormente, durante el siglo XII los k'iche' se desplazaron, fundando la legendaria Xelajúj Noj (Abajo del Volcán *Lajúj Noj*); sin embargo, al arribo de los conquistadores españoles, fue denominado Quetzaltenango, que en náhuatl significa "*Lugar del Quetzal*". El asentamiento fue fundado por Pedro de Alvarado, el quince de mayo de mil quinientos veinticuatro, en el mismo lugar de Salcajá, que años después se trasladó al actual valle de Xelajú.

Al momento de la invasión española, el Valle del Palajunoj era un territorio k'iche'; de hecho, en los Llanos del Pinal se desarrolló una de las principales batallas entre las huestes españolas y el poderío k'iche', que hizo resistencia ante la invasión.

El Valle –la región rural de la cabecera de Quetzaltenango– está compuesto por los



cantones Candelaria, Chuicaracoj, Chuicavioc, Las Majadas, Llanos del Pinal, Tierra Colorada Alta, Tierra Colorada Baja, Xecaracoj, Xepache y Bella Vista. En la actualidad se estima que el noventa y cinco por ciento (95%) de la población de la región es de la etnia maya k'iche' y el resto son no mayas; además, los idiomas que se hablan son español, k'iche' y mam. [Cfr.: Asociación PIES de Occidente, Diagnóstico situacional de la infraestructura, organizacional y recursos sanitarios en el Valle de Palajunoj. Disponible en línea: <http://piesdeoccidente.org.gt/biblioteca/DIAGNOSTICO%20SITUACIONAL%20DE%20LA%20INFRAESTRUCTURA,%20ORGANIZACIÓN%20Y%20RECURSOS%20SANITARIOS%20EN%20EL%20VALLE%20DE%20PALAJUNOJ.pdf>].

Asimismo, de conformidad con la información arrojada del censo nacional realizado en dos mil dieciocho, en el departamento de Quetzaltenango, el cincuenta punto ochenta y siete por ciento (50.87%) son de origen Maya y en el municipio de Quetzaltenango, el cuarenta y seis punto sesenta y seis por ciento (46.66%) es de origen maya. Tales datos ponen en evidencia la existencia de población indígena en el área de influencia del proyecto de explotación minera. [Dato disponibles en línea: <https://www.censopoblacion.gt/mapas>].

-V-

Del estudio del impacto ambiental y el proceso de consulta

El ordenamiento jurídico nacional ha establecido normas a favor de la protección al medio ambiente, conforme lo preceptuado en el artículo 97 constitucional. En virtud del deber del Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional de propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico, se han creado normas para prevenir el daño ambiental por los proyectos que puedan



realizarse.

Una forma de prevención al daño medio ambiental se regula en el artículo 8 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, que señala lo siguiente:

“Para todo proyecto, obra, industria o cualquier otra actividad que por sus características puede producir deterioro a los recursos naturales renovables o no, al ambiente, o introducir modificaciones nocivas o notorias al paisaje y a los recursos culturales del patrimonio nacional, será necesario previamente a su desarrollo un estudio de evaluación del impacto ambiental, realizado por técnicos en la materia y aprobado por la Comisión del Medio Ambiente...”

Lo relativo al estudio de impacto ambiental se encuentra normado en el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, contenido en el Acuerdo Gubernativo 137-2016 que actualmente está vigente. El artículo 3, numeral 28), define el estudio de evaluación de impacto ambiental –EIA– como *“...el documento técnico que permite identificar y predecir, con mayor profundidad de análisis, los efectos sobre el ambiente que ejercerá un proyecto, obra, industria o actividad que por sus características se ha considerado como de moderado y de alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental según el Listado Taxativo”*. Se puede definir al estudio de impacto ambiental como aquel instrumento predictivo –siendo uno de los primeros pasos que se toman para dar cumplimiento al artículo 8 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente– y constituye un examen previo de las consecuencias que puede tener un proyecto obra, industria o cualquier otra actividad en los recursos naturales.

Aparte de la relevancia que, conforme la normativa citada, tienen los estudios de impacto ambiental, es pertinente referir que, en el fallo dictado por esta Corte el veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dentro de los expedientes acumulados



noventa – dos mil diecisiete, noventa y uno – dos mil diecisiete y noventa y dos – dos mil diecisiete (90-2017, 91-2017 y 92-2017), respecto del caso relacionado con las Hidroeléctricas Oxec I y Oxec II, dicho estudio permitió precisar el nivel de afectación que podía originar ese tipo de proyectos, operaciones o actividades y, en razón de su contenido, se pudo determinar la ubicación geográfica y área de influencia del proyecto.

Con esa información y el Informe del Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, en el caso referido se verificó que el noventa y cinco por ciento (95%) de la población del municipio de Santa María Cahabón del departamento de Alta Verapaz –lugar donde se asentaría el proyecto–, pertenecía a la comunidad maya q'eqchi, extremo que fue asociado a la ubicación geográfica y político administrativa contenida en los estudios de evaluación de impacto ambiental, estableciéndose de esa manera que la construcción de las centrales generadoras aludidas en el municipio de mérito tiene incidencia directa en aquella comunidad indígena; por lo que concurrieron las condiciones de procedencia de la consulta a pueblos indígenas, pudiendo esta ser realizada.

Ese antecedente permite verificar que los estudios de impacto ambiental son de suma importancia para la realización del proceso de consulta de pueblos indígenas en cuanto a que con ellos se establece el área de influencia y los posibles riesgos ambientales de la implementación del proyecto; es por medio de la delimitación del área de influencia que las autoridades encargadas pueden determinar las comunidades que se encuentran ubicadas dentro del área del proyecto y que pudieran verse afectadas; aspecto importante para poder efectuar la consulta a las comunidades indígenas, conforme a lo establecido en estándares internacionales y que ha sido reseñado en pautas por esta Corte en sus fallos.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varios de sus pronunciamientos, respecto a los estudios de impacto ambiental, ha utilizado como parámetro de estudio: **a)** la sentencia dictada en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil siete; **b)** el fallo dictado en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de veintisiete de junio de dos mil doce; y **c)** la Opinión Consultiva “Medio Ambiente y Derechos Humanos” 23/17, de quince de noviembre de dos mil diecisiete; en tales pronunciamientos, la Corte ha afirmado que la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental surge cuando se prevea la realización de cualquier actividad que pueda causar un daño ambiental significativo. También, la Declaración de Río establece: “[D]eberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

El tribunal regional ha destacado que esa obligación ha sido además reconocida por la legislación de numerosos Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, incluyendo, Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela; igualmente, ha afirmado que, sin perjuicio de otras obligaciones que surjan del Derecho Internacional, al determinarse que una actividad implica un riesgo de daño significativo, es obligatoria la realización de un estudio de impacto ambiental. Dicha determinación inicial, puede hacerse mediante un estudio inicial de impacto



ambiental o porque la legislación interna o alguna otra norma precise actividades que obligatoriamente requieran la realización de un estudio de impacto ambiental; también ha señalado que esos estudios deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; en este sentido, ha definido ciertas condiciones que deben cumplir dichos estudios, las cuales, han sido abordados en su mayoría en aquellos casos, en donde las actividades a realizarse existe presencia de comunidades indígenas.

Las condiciones delineadas por el citado Tribunal internacional, para el caso de los Estudios de Impacto Ambiental en general son:

1) Deben llevarse a cabo antes de la realización de la actividad o antes del otorgamiento de los permisos necesarios para su realización. El Estado debe garantizar que no se emprenda ninguna actividad relacionada con la ejecución del proyecto hasta que el Estudio de Impacto Ambiental sea aprobado por la autoridad estatal competente. Por su parte, la realización del Estudio de Impacto Ambiental en las etapas iniciales de discusión del proyecto, permite que realmente se exploren alternativas a la propuesta y que estas puedan ser tomadas en cuenta. Ha puntualizado la Corte que en casos en que la autorización para realizar la actividad, concesión o licencia ya haya sido otorgada, sin haberse realizado el respectivo estudio, este debe concluirse antes de la ejecución del proyecto.

2) Debe ser realizado por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, la Corte ha afirmado que el Estudio de Impacto Ambiental lo debe realizar una entidad independiente y técnicamente capaz, bajo la supervisión del Estado; en este sentido, los estudios de impacto ambiental pueden ser realizados por el propio Estado o por una entidad privada. Sin embargo, en ambos casos es el Estado quien, en el marco de su deber de supervisión y fiscalización, debe asegurarse que el



estudio se realizó correctamente.

En caso de que los estudios sean realizados por instituciones privadas, el tribunal regional ha afirmado que los Estados deberán tomar medidas para asegurar la independencia de tales entidades. También afirma ese tribunal que, dentro del proceso de aprobación de un estudio de impacto ambiental, el Estado debe examinar si la realización del proyecto es compatible con las obligaciones internacionales; en este sentido, el Estado tomará en cuenta el impacto que puede tener el proyecto en sus obligaciones de derechos humanos. La Corte también ha afirmado que, si los estudios multicitados no incluyen un análisis social, ese análisis debe ser realizado por el Estado, al momento de supervisar dicho estudio.

3) Debe abarcar el impacto acumulado. El referido tribunal ha señalado que el estudio de impacto ambiental debe abarcar el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hubieran sido propuestos. En este sentido, si un proyecto está relacionado a otro, el estudio respectivo considerará el impacto del proyecto principal y de los proyectos asociados. Asimismo, también ha dispuesto que se tomará en cuenta el impacto causado por otros proyectos existentes. Este análisis permite concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras implican un riesgo de daño significativo.

4) Participación de las personas interesadas. La Corte refiere que, en el año mil novecientos ochenta y siete, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente adoptó los objetivos y principios de los Estudios de Impacto Ambiental, en los cuales se establece que los Estados deben permitir que expertos y grupos interesados puedan hacer comentarios a los Estudios de Impacto Ambiental. Ha dicho aquel Tribunal que, si bien estos principios no son vinculantes, son



recomendaciones de un ente técnico internacional que deberían ser tomadas en cuenta por los Estados.

También ha resaltado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los ordenamientos internos de Argentina, Belice, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Venezuela incluyen disposiciones que prevén la participación ciudadana durante los procesos de evaluación de impacto ambiental. Igualmente, ha considerado que la participación del público interesado, en general, permite realizar un examen más completo del posible impacto que tendrá el proyecto o actividad, así como si afectará o no derechos humanos. En este sentido, recomienda que los Estados permitan que las personas que pudieran verse afectadas o, en general, cualquier persona interesada tengan oportunidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el proyecto o actividad antes que se apruebe, durante su realización y después que se emita el estudio de impacto ambiental.

5) Contenido de los Estudios de Impacto Ambiental. El citado órgano del sistema interamericano ha definido que el contenido de los estudios de impacto ambiental dependerá de las circunstancias específicas de cada caso y el nivel de riesgo que implica la actividad propuesta. La Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional han señalado que cada Estado debe determinar en su legislación el contenido de los estudios de impacto ambiental requeridos en cada caso. El tribunal interamericano ha estimado que los Estados deben determinar y precisar, mediante legislación o mediante el proceso de autorización del proyecto, el contenido específico que se requiere para dicho estudio, considerando la naturaleza y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el medio ambiente.



6) Verificar el impacto en las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas. Ahora bien, en los casos en los que los proyectos puedan afectar territorios indígenas y tribales el sistema interamericano de derechos humanos ha definido las siguientes obligaciones: El artículo 7.3 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece que los Estados *“Deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en colaboración con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos (...) Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”*. Con fundamento en ese precepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que en los casos en los que las actividades vayan a desarrollarse en territorios en las que existan comunidades indígenas, además de los requerimientos que quedaron asentados en las literales que preceden, se debe cumplir un requisito más: *“respetar las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas”*; es decir, tales estudios deben abarcar el impacto social que implique el proyecto.

Ha aseverado la multicitada Corte que los estudios de impacto ambiental *“[s]irven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria”* [Corte IDH. Caso del Pueblo



Saramaka contra Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de doce de agosto de dos mil ocho. Serie C No. 185, párrafo 40]. En esos casos se ha definido que los estudios de impacto ambiental y social deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; en este sentido, es necesario tomar en cuenta la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio. Ha sido enfático el tribunal regional en afirmar que es preciso proteger esta conexión, entre el territorio y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, a efecto de garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha especificado que en caso de proyectos que se pretendan desarrollar en territorios con presencia de pueblos indígenas, los estudios deben ser de carácter social y ambiental. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha asegurado que, en esos casos, estos estudios *“Debe[n] ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural”*. Afirma que, en tales casos, es necesario que se incorpore la identificación de *“[l]os impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia”* [CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30



de diciembre de 2009, párrafo 254].

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que los resultados de los estudios deben ser compartidos y consultados con las comunidades a fin de que puedan brindar aportes, realizar evaluación o verificación independiente si así lo desean y, en última instancia, tomar una decisión informada.

Así, la realización de estudios previos de impacto socio ambiental permiten asegurar que los pueblos afectados “*Tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria*” [Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil siete, Serie C No. 172, párrafo 133]. La Corte Interamericana ha afirmado que, en los casos en que los estudios de impacto ambiental se han realizado con posterioridad al otorgamiento de la concesión o aprobación de los planes de desarrollo, y no se han medido los impactos espirituales ni culturales, entre otras afectaciones particulares de los pueblos indígenas, eso ha provocado que estos colectivos no tengan la información suficiente, adecuada y oportuna al momento de ser consultados sobre el otorgamiento de alguna concesión.

De las condiciones que se han definido para los estudios de impacto ambiental, deben resaltarse dos de ellas, que de alguna manera contribuyen a clarificar el momento oportuno en que debe realizarse el proceso de consulta. La primera de ellas es que el instrumento ambiental debe realizarse previo al otorgamiento de la concesión o aprobación de los planes de desarrollo. La segunda de ellas, es la participación de las personas interesadas o directamente afectadas por el proyecto que se pretende emprender, de conformidad con el contenido del



instrumento ambiental, todas aquellas personas que se ubiquen en el área geográfica afectada por el proyecto o que tuvieran algún interés. La participación a la que se hace referencia constituye el conocimiento del contenido de tal instrumento, así como la oportunidad de realizar observaciones o comentarios; esta última forma de participación se prevé en dos momentos, durante la realización o después de su elaboración; es decir que podrán las personas interesadas formular comentarios, inclusive si el estudio de impacto ambiental estuviera aprobado; esto, con la finalidad de que previo a la puesta en marcha del proyecto, las personas directamente afectadas se encuentren debidamente informadas. Debe entenderse, que tal participación, tiene como objetivo la fiscalización del contenido y aspectos considerados en el instrumento ambiental, así como, el conocimiento de las implicaciones, riesgos y medidas que conlleva la aprobación del proyecto de desarrollo planteado.

-VI-

El carácter previo a la consulta del estudio de impacto ambiental

En diversos pronunciamientos, esta Corte, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a la interpretación de los instrumentos internacionales que regulan el proceso de consulta y lo regulado en el artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, ha considerado que una de las condiciones que deben concurrir en los procesos de consulta a los pueblos indígenas, para que estos se tengan por válidamente realizados, es que la consulta sea realizada con carácter previo a asumir la medida gubernativa que se pretende implementar.

El carácter anticipado de la consulta no solo constituye una de las condiciones fundamentales de esta, sino que coadyuva positivamente a la concreción de otras



como la buena fe y la transparencia en el diálogo y el propósito de arribar a acuerdos. El artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en su apartado conducente, dispone: “... 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, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...**”. El texto resaltado no figura en negrilla en el precepto transcrito, pero se consigna de esa manera para denotar que aquel instrumento internacional prevé que la determinación del nivel de afectación de las comunidades indígenas, respecto de proyectos de prospección o explotación de recursos naturales, debe efectuarse en forma previa, circunstancias que están vinculadas al instrumento ambiental, estudio en el cual, se documentan todos los posibles riesgos que conlleva el proyecto, así como, las medidas de mitigación necesarias para prevenir cualquier tipo de contaminación y garantizar la seguridad de las personas que se ubican en el área de influencia allí determinada.

Debe ponerse en relieve que la lectura íntegra del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes permite advertir, sin lugar a dudas, que esa institución fue conceptualizada como un proceso que debe agotarse con antelación a que se asuma la medida administrativa. Sirve para fundar esta afirmación el texto del artículo 15 citado, que imponen como obligación de los Gobiernos la de: “a) *Consultar 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...”.

La utilización del término “prever” –descrito en el Diccionario de la Lengua Española como “Ver con anticipación”– no puede conllevar a otra connotación que no sea que el proceso de consulta debe ser dispuesto en forma anticipada y no posterior al momento de asumir el otorgamiento de licencias para actividades de explotación de recursos naturales. Entre otras condiciones para la validez del proceso de consulta se señala que debe ser informada, ello porque, el proceso de consulta a los pueblos indígenas deriva del derecho de estos colectivos a determinar y elaborar las prioridades y estrategias de desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 7.1 del Convenio 169).

Para satisfacer plenamente este derecho, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias, desde las etapas más tempranas del proyecto, incluidos estudios científicos independientes, para que las comunidades y sus miembros estén plenamente informadas de todos los impactos y beneficios que, en sus vidas, cultura, espiritualidad, medio ambiente y su desarrollo pueda causar la puesta en marcha de los proyectos extractivos que se planifiquen en sus territorios.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que *“puede requerirse que el Estado suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas”* [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 diciembre 2009, párrafo 312]. Como bien se ha



expuesto, debe tomarse en cuenta que el proceso de consulta debe realizarse en forma previa a la autorización de operaciones del proyecto; es decir, antes de que sea autorizada u otorgada la licencia y debe tenerse a su alcance la información necesaria que permita dar a conocer a las comunidades todo aquello de interés con respecto al proyecto que se pretende implementar. Esto responde al principio de información en el proceso de consulta, de manera que, no podría ser una consulta válida si no se ha informado de forma adecuada de los riesgos y beneficios del proyecto.

El Tribunal Constitucional peruano ha definido que, para que se cumpla con ese principio de información, *“debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”* (STC. N° 03343-2007-PA/TC).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a la condición de acceso a información dentro del proceso de consulta de los interesados, ha considerado que: *“...El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo (...) tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”* (Corte IDH, Caso del Pueblo



Saramaka contra Surinam, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 133).

Para cumplir con brindar información adecuada y verificada, respecto del proyecto que pretende emprender, en el caso que nos ocupa, con relación a la fábrica que explota piedra pómez que pretende instalarse, es necesario conocer en primer término el resultado del estudio de impacto ambiental, pues, es en ese instrumento ambiental que se consignaron y definieron los posibles impactos ambientales del proyecto, los riesgos y más importante, las medidas que deberán asumirse para mitigar, contrarrestar o prevenir los impactos al medio ambiente. De manera que, no podría asumirse el cumplimiento de esa condición, si no se tiene toda la información técnica respecto del impacto del proyecto y tampoco se ha determinado con exactitud el territorio y los pueblos que podrían verse afectados.

Puede establecerse que **el momento idóneo para realizar la convocatoria para el proceso de consulta a los pueblos indígenas es una vez se cuente con toda la información que permita tener una visión más clara de las implicaciones del proyecto cuya autorización se requiere**, debido a que, en esencia, lo que se pretende con el carácter previo de la elaboración del estudio de impacto ambiental es que, una vez revisado el instrumento ambiental, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales pueda identificar la información relevante y a través de un informe pormenorizado –el cual deberá elaborar una vez aprobado o previo a su aprobación–, pueda hacer saber al Ministerio de Energía y Minas las implicaciones de la aprobación o autorización del proyecto de extracción de piedra pómez, las comunidades que podrían verse afectadas por su instalación y las medidas que deberán implementarse para prevenir posible contaminación y garantizar la seguridad de las personas tanto dentro del proyecto como a sus alrededores.



De lo anteriormente considerado, se establece que la elaboración del estudio de impacto ambiental y su consecuente revisión, en efecto, constituye una etapa previa al proceso de consulta que prevé el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, pues, es este instrumento ambiental el que brinda la información técnica y verificada a las autoridades administrativas obligadas a realizarla; asimismo, constituye un instrumento esencial para colocar en conocimiento de todos los intervinientes del proceso, todas las implicaciones de la instalación y autorización del proyecto, circunstancias que fortalecen los principios buena fe y transparencia, esenciales para que el proceso de consulta pueda considerarse como válido.

-VII-**Salvaguardas específicas sobre el derecho a un medio ambiente sano**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático tienden a afectar el goce efectivo de los derechos humanos de la población. En casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, el referido Tribunal ha hecho referencia a la relación entre un medio ambiente sano, la protección de los recursos naturales y la preservación de la cultura y forma de vida de las respectivas comunidades o pueblos.

Como ha indicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar actividades de exploración y explotación de recursos naturales. En el mismo sentido, la Corte ha sostenido "*...el deber de proteger las áreas de reserva natural y los territorios de comunidades indígenas implica un deber de supervisión y fiscalización*". En relación



con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental (EIA), el artículo 7.3 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone: “... *los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas...*”.

El tribunal regional ha indicado que los estudios de impacto ambiental deben realizarse “...*conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto*”. Además, de acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, en sentencia de veinte de abril de dos mil diez, caso de las plantas de celulosas sobre el Río Uruguay, Argentina contra Uruguay, la responsabilidad del Estado no termina con la realización de este estudio, sino que tiene la obligación de monitorear, de manera continua, los efectos de un proyecto o actividad en el medio ambiente. También ha establecido parámetros generales que deben tenerse en cuenta en la realización de los Estudios de Impacto Ambiental; llevarse a cabo antes de la realización de la actividad, realizarse por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, participación de las personas interesadas, respetar tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y tener un contenido determinado, aspectos que fueron establecidos previamente.

En la Opinión Consultiva (OC-23/17) de quince de noviembre de dos mil diecisiete “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, el tribunal regional estableció que la consulta a las comunidades indígenas y tribales debe realizarse dentro del proceso de estudio de impacto ambiental, cuando se desarrollen proyectos que puedan



afectar sus territorios, destacando además que estos estudios deben realizarse respetando las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas afectados; asimismo, en el caso de proyectos de inversión que puedan afectar territorios indígenas y tribales, dicho tribunal ha indicado que “*se debe dar participación a la comunidad, dentro del proceso de estudio de impacto ambiental, mediante una consulta*”.

En la controversia que en el presente expediente se ha sometido a la jurisdicción de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala queda claro que la evaluación de impacto ambiental no se le dio importancia a la existencia del pueblo k'iche' en las zonas de influencia de la fábrica de block, por lo que aducen los habitantes de las comunidades indígenas afectadas y aledañas a la fábrica de block mencionada que fueron ignorados, pese a que, dentro de las actuaciones del expediente de mérito, específicamente en el instrumento ambiental, se hizo referencia a una “*consulta*” a la comunidad para establecer la “*percepción local*” del proyecto y de esta forma, establecer la existencia de acuerdo o no con la actividad de extracción de la piedra pómez; por lo que esa omisión implicaría la necesidad de contar con un estudio de impacto que sea fiel reflejo del panorama ambiental del proyecto en cuestión, en el que se tome en cuenta, además, los impactos sociales reales que esa actividad pudiera causar en el derecho a la vida, la cultura, las formas de organización, a la economía, el patrimonio de los pueblos y las comunidades indígenas asentadas en las zonas aledañas; ello a fin de hacerlo compatible con la normativa y estándares internacionales. Téngase en cuenta que uno de los señalamientos que hacen los postulantes es, precisamente, que en el estudio de impacto ambiental se indicó que no había oposición al proyecto, sobre la base de haber recabado el parecer de muy pocas personas, cuando que –según los postulantes– la mayoría de la población circundante se opone a este, precisamente



por percibir que no se tuvo en cuenta aquellos impactos.

-VIII-

**Alcances del derecho de consulta de los pueblos indígenas previsto en el
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo**

La consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo no es un mero trámite formal ni un evento de sufragio, sino que es un instrumento de participación, cuyo objetivo es establecer diálogo entre las partes, basado en principios de confianza y respeto mutuos; así como promover el entendimiento y el consenso en la toma de decisiones. De ahí que sea equivocado que tanto pobladores como autoridades hagan referencia indistinta al proceso de consulta que prevé el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y al procedimiento que, con similar denominación, establece el Código Municipal. En el caso de decisiones relacionadas con desarrollo, instalación y operación de proyectos que versan sobre la exploración y explotación minera, hidroeléctrica, geotérmica, instalación de torres y postes de transmisión eléctrica y de telefonía celular, e instalación de megaproyectos, la realización del procedimiento de consulta regulado en el mencionado código no puede tener carácter regulatorio o decisorio, porque versa sobre materias que no se enmarcan dentro de la esfera competencial de las autoridades municipales convocantes, sino de la que corresponde al Organismo Ejecutivo.

Para ese tipo de proyectos, la consulta regulada en el Código Municipal puede llevarse a cabo con el único cometido de que las autoridades municipales recaben y conozcan el parecer de sus vecinos, a fin de trasladarlo a los órganos o dependencias del Organismo Ejecutivo competentes [ver fallos emitidos el cuatro de



diciembre de dos mil trece, veintiuno de enero y veintiocho de julio, ambos de dos mil quince, dentro de los expedientes acumulados 4639-2012 y 4646-2012; 5229-2013 y 5251-2014, respectivamente]; empero, ello no equivale a la realización de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que conlleva diferentes características en su desarrollo y consecuencias jurídicas en su resultado.

Por otro lado, esta Corte estima pertinente asentar que si bien el derecho de consulta no puede ser asumido como la prerrogativa de los pueblos indígenas a oponerse arbitrariamente al desarrollo de ese tipo de proyectos, debe tenerse presente que, derivado de los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala, al ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, las medidas administrativas que se pretendan asumir en territorios en los que aquellos se encuentren radicados, pueden llevarse a cabo únicamente cuando se agote el proceso de consulta que les permita manifestar sus prioridades de desarrollo, ser plenamente informados sobre las implicaciones de tales medidas, deliberar libremente sobre las condiciones de viabilidad de estos, consensuar propuestas consecuentes con todo ello y, en suma, salvaguardar dignamente sus condiciones de vida y su existencia como pueblos con identidad, cultura y cosmovisión propias.

Debe reconocerse entonces que la consulta no tiene por propósito inmovilizar indiscriminadamente toda iniciativa de explotación de recursos naturales, sino la garantía de que cada vez que se promueve una que pueda afectar a los pueblos indígenas y sus territorios, estos tengan oportunidad, por medio de sus legítimos representantes de:

- 1) Conocer de modo integral las implicaciones de tal proyecto.



- 2) Evaluar a la luz de su forma de vida, derechos y necesidades.
- 3) Expresar su punto de vista y contrastarlo razonadamente con el de otros intervinientes del proceso.
- 4) Eventualmente, participar en la planificación, ejecución y distribución de beneficios del proyecto, sin perjuicio de que, en general, debe tenerse presente que el Estado está obligado a velar porque se tomen todas las medidas necesarias que permitan resguardar la existencia de dichos pueblos.

En síntesis, la consulta no debe ser concebida, por ninguna de las partes interesadas, como barrera para los planes de desarrollo industrial, sino como plataforma de discusión equitativa, intercultural, objetiva y transparente sobre las condiciones en que puede o no ser factible su realización.

En congruencia con lo expuesto, es equivocado afirmar que, siendo la minería un tema cuya competencia corresponde al gobierno central, el resultado de la consulta en nada afecta las decisiones del Poder Ejecutivo al respecto; al ser parte del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Estado de Guatemala tiene la obligación, no solo a efectuar la referida consulta antes de desarrollar proyectos de aprovechamiento de recursos naturales en los territorios en los cuales esos pueblos residen, sino a asegurar el cumplimiento de todo aquello que se acuerde como resultado del proceso de consulta; además del deber esencial de garantizar el debido respeto de todos los derechos reconocidos en su favor en la Constitución Política de la República y en el citado instrumento internacional.

En tal virtud, el Estado no puede poner en marcha medidas administrativas en los territorios de los pueblos indígenas sin haber agotado el proceso de consulta en los términos explicados, asegurar la efectividad de lo ahí consensuado y establecer



que la existencia de esos pueblos será resguardada; a fin de generar mejores condiciones de gobernabilidad y fomentar la convivencia intercultural pacífica, no puede el Estado imponer sus decisiones en materia de aprovechamiento racional de recursos naturales sin agotar, siempre que proceda, la consulta previa a los pueblos indígenas y estos últimos, por su parte, no deben hacer uso arbitrario de esa prerrogativa. Las autoridades gubernamentales competentes deben impulsar y hacerse cargo de efectuar la consulta como espacio de democracia participativa, es necesario tener claridad de que el proceso de consulta persigue propiciar espacios idóneos para que las partes concilien sus intereses legítimos.

La Corte Constitucional de Colombia manifestó que: “... *Las consultas (...) no pueden ser utilizadas para imponer una decisión como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidos como una ocasión propicia y no despreciable para que las entidades gubernamentales (...) consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural...*” [sentencia SU-383/83 dictada el trece de mayo de dos mil tres, dentro del expediente T-517583 de acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República y otros].

Ahora bien, indistintamente de que debe consultarse a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas que puedan afectar sus condiciones de vida, es pertinente referir que el sistema interamericano de Derechos Humanos ha delineado una serie de circunstancias en las que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria, cuya concurrencia debe establecerse en cada caso en particular, las circunstancias aludidas se enuncian a



continuación.

La primera de estas situaciones es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales; es decir, su reubicación permanente. El artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece: *“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”*.

La segunda consiste en el caso de que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales, privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.

La tercera es cuando se vaya a autorizar el depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas, según dispone el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, publicado en 2010].

Es importante tomar en cuenta que, en cuanto al imperativo de proteger a los pueblos originarios cuando se corrobore que existan circunstancias perjudiciales para la subsistencia de estos colectivos, como las enumeradas, han sido enérgicos los pronunciamientos de parte de los órganos del Sistema Interamericano;



verbigracia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado tajantemente: “...se debe dar prioridad a los derechos a la vida e integridad de los pueblos indígenas y tribales (...). Como consecuencia, tales pueblos tienen derecho a que se suspenda inmediatamente la ejecución de los planes o proyectos de desarrollo, explotación o extracción de recursos naturales que afecten esos derechos...” [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos. naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, Obra citada, p. 55]. Como en todo proceso de consulta, las afectaciones que se aduzcan producidas por el proyecto minero que se ejecuta en el territorio de la población indígena, deben ser debidamente comprobadas en el proceso de diálogo que debe agotarse entre las partes, con el auxilio de los expertos en la materia que corresponda.

-IX-

Breve relación de la normativa nacional e internacional acerca del derecho de consulta previa a los pueblos indígenas en cuanto a la actividad minera en Guatemala

Dentro del orden normativo nacional vigente, aún se encuentra pendiente el pleno reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas; en específico, el derecho a la consulta relativo a las decisiones de tipo gubernamental, cuando estas les afecten, pese a que el Estado de Guatemala es signatario de diversos instrumentos internacionales que tutelan tales derechos. Por su parte, dentro del ordenamiento normativo nacional que se norma respecto a la actividad minera, procedimientos para la obtención de licencias de explotación minera, derechos de consulta previa y a la participación de las comunidades indígenas, cabe mencionar



la siguiente normativa:

i) Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República, regula lo relativo a las consultas que deben hacerse a los vecinos de determinada circunscripción municipal y las modalidades referentes a estas –artículos 63 al 66–.

ii) Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto 11-2002 del Congreso de la República en la que se establece que debe crearse una ley que regule la consulta a los pueblos indígenas y que dicha consulta deberá llevarse a cabo a través de representantes indígenas de los Consejos de Desarrollo, cuando se refieran a proyectos impulsados por el Estado, relacionados con el desarrollo del lugar en específico.

iii) Ley de Minería, Decreto 48-97 del Congreso de la República fomenta las operaciones mineras en el país, así como su explotación técnica y racional. Regula lo relativo a los yacimientos que existen dentro del territorio de la República, su plataforma continental y su zona económica exclusiva; asimismo, norma el dominio sobre los mismos y genera las pautas por las que el Estado, por conducto del Ministerio de Energía y Minas y de la Dirección General de Minería, conoce, tramita y resuelve las cuestiones administrativas relacionadas con las operaciones mineras determinadas en dicha ley, su reglamento y en general con el sector minero; sin embargo, dicho cuerpo normativo tampoco alude extremo alguno respecto al derecho de consulta en cuanto a la explotación y exploración de cualquiera de los yacimientos ubicados en territorio nacional.

iv) Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 60-2015, hace referencia a los lineamientos, estructura y procedimientos básicos para el desarrollo del país en materia ambiental, refiere cómo deben llevarse a cabo actividades de consulta y la forma de participación de la



comunidad por medio de entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y/o reuniones de trabajo. Determina que, previo la aprobación de los estudios de impacto ambiental requeridos por la Ley de Minería, antes de otorgar licencias de explotación minera, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales deberá “...informar al público que se ha presentado el instrumento de evaluación de impacto ambiental, con el objeto de recibir observaciones o incluso la manifestación de oposición, la cual deberá ser fundamentada...”; sin embargo, tales disposiciones contenidas en el reglamento citado no se ajustan a las normas internacionales, puesto que no contemplan aspectos culturales y tampoco regulan procedimientos apropiados a través de sus instituciones.

Ahora bien, en cuanto al soporte normativo de la consulta a los pueblos indígenas acerca de medidas estatales susceptibles de causarles afectación, dicho fundamento reside en una serie de instrumentos internacionales de los cuales el Estado de Guatemala es parte, a saber:

i) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes –ratificado por Guatemala en mil novecientos noventa y seis, luego de que este Tribunal respaldara su compatibilidad con la Carta Fundamental [opinión consultiva emitida en el expediente ciento noventa y nueve-noventa y cinco (199-95)]–, en el cual está dispuesto que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, de buena fe y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento [artículo 6, numerales 1 y 2]; en especial, cuando se trate de proyectos de explotación de recursos naturales [artículo 15].



La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha enfatizado que el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio, en la que se fundamentan todas las disposiciones de este [observaciones individuales dirigidas a Dinamarca y Paraguay dentro del Informe general rendido en el seno nonagésima primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en dos mil tres].

ii) Convención Americana sobre Derechos Humanos –ratificada por Guatemala en mil novecientos setenta y ocho–, por cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asentado: **i)** es obligación de los Estados consultar a las comunidades indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como de asegurar su participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses; ello, en relación directa con la obligación general de garantizar, en condiciones de igualdad, el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 1.1 de la referida Convención, una vez consideradas las características propias que diferencian a esas comunidades de la población en general y que conforman su identidad cultural [sentencia dictada en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (Fondo y Costas); párrafos ciento sesenta y dos (162), ciento sesenta y tres (163) y ciento sesenta y seis (166)]; y **ii)** el Estado debe garantizar que ninguna restricción respecto del derecho a la propiedad –protegido en el artículo 21, numerales 1 y 2, ibídem–, debido a concesiones de explotación de recursos naturales, implique denegar la subsistencia de los pueblos indígenas o tribales como tales; para lo cual debe asegurar: primero, la participación efectiva de aquellos, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de



territorios que han ocupado ancestralmente; segundo, que se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y tercero, que no se emita ninguna concesión de esa naturaleza a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo supervisión estatal, realicen estudios previos de impacto social y ambiental [sentencia dictada en el caso Pueblo Saramaka contra Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafos ciento veintiocho (128) y ciento veintinueve (129)].

iii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –al que Guatemala se adhirió en mil novecientos noventa y dos–, en atención a que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al interpretar lo normado en su artículo 27 [derecho de las minorías], afirmó que en el caso de los pueblos indígenas la cultura se manifiesta en un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, cuya protección se traduce en el requerimiento de los Estados adopten medidas jurídicas positivas que aseguren la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan [Observación General veintitrés (23), numeral siete (7)].

iv) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –ratificada por Guatemala en mil novecientos ochenta y tres–, a la que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), imprimió relevancia respecto al derecho de consulta, al exhortar a los Estados partes a garantizar que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública, así como que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado [Recomendación General número veintitrés (23), numeral cuatro (4),



inciso d].

v) Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con el voto favorable de Guatemala, el trece de septiembre de dos mil siete–, en la cual está enunciado que los Estados suscribientes llevarán a cabo consultas de buena fe con las comunidades indígenas, por conducto de sus propias instituciones representativas, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, sobre todo cuando se trate del desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales o hídricos [artículo 32, numeral 2]. Asimismo, velarán eficazmente por la reparación justa y equitativa por esas actividades, además de adoptar las medidas necesarias para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual que puedan conllevar [ibídem, numeral 3].

En suma, el asidero que paulatinamente se ha ido construyendo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a la referida consulta forma parte de los elementos a tomar en cuenta al realizar el control de convencionalidad.

-X-

El derecho de consulta de los pueblos indígenas con relación a actividades mineras

El derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones que les afectan constituye la piedra angular del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la base para aplicar el conjunto de derechos consagrados en ese instrumento internacional, de acuerdo con lo afirmado



por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo [observaciones individuales dirigidas a Dinamarca y Paraguay dentro del Informe general rendido en el seno de la nonagésima primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en dos mil tres]. El artículo 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece que los gobiernos tienen obligación de asumir, con la participación de los pueblos indígenas, acción coordinada y sistemática tendente a proteger los derechos de esos pueblos. En concordancia con ese precepto, el artículo 6 dispone que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Y, en forma más específica, el artículo 15 ordena que los gobiernos deben establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos serán perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en la normativa internacional citada, ha sostenido que para que proceda la consulta es necesario que concurren dos circunstancias: la primera, que las acciones o decisiones del poder público encuadren en el concepto genérico de medidas administrativas legislativas; y la segunda, que pueda razonablemente preverse que la decisión afectará en forma directa a los pueblos indígenas. Sobre este último punto, es pertinente resaltar que existe vasta jurisprudencia de este Tribunal en cuanto a que la afectación directa se determina en función de la incidencia que esas medidas puedan tener en sus condiciones de vida –sea de índole social, económica,



espiritual, ambiental, sanitaria, alimentaria, etc.—. A esto obedece que los Estados estén obligados a asumir todas las medidas necesarias, a fin de que no se cause menoscabo en la identidad cultural y subsistencia digna de los pueblos indígenas [ver sentencias de doce de enero de dos mil dieciséis y veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dictadas dentro de los expedientes acumulados 411-2014 y 3753-2014, y 90-2017, 91-2017 y 92-2017, respectivamente]

En cuanto a las condiciones que deben observarse en la realización de la consulta previa a los pueblos indígenas, debe tomarse en cuenta aquellos casos en los cuales se establezca que concurren los supuestos de procedencia de la consulta previa a pueblos indígenas, siendo necesario asegurar que esta se realice satisfaciendo condiciones esenciales que determinan su validez. Esta Corte, por su parte, ha asentado [en sentencias de catorce de septiembre de dos mil quince, veintiséis de mayo de dos mil diecisiete y tres de septiembre de dos mil dieciocho, dictadas dentro de los expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012, acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, y 4785-2017, entre otras] que esas condiciones se extraen, en síntesis, de lo preceptuado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y el desarrollo interpretativo que sobre su normativa han efectuado:

- i)** la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencia dictada en el caso Pueblo Saramaka vrs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo 133];
- ii)** la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo [Observación General formulada sobre el Convenio 169]; y
- iii)** el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas].



De acuerdo a los fallos precitados, las condiciones que deben concurrir en los procesos de consulta a los pueblos indígenas, para que estos se tengan por válidamente realizados, son los siguientes:

A. La consulta debe realizarse con carácter previo a asumir la medida gubernativa que se pretende implementar

El artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en su apartado conducente, dispone: "... **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, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...**". El texto resaltado no figura en negrilla en el precepto transcrito, pero se consigna de esa manera para denotar que aquel instrumento internacional prevé que la determinación del nivel de afectación de las comunidades indígenas, respecto de proyectos mineros, debe efectuarse en forma previa.

El carácter anticipado de la consulta no solo constituye una de las condiciones fundamentales de esta, sino que coadyuva positivamente a la concreción de otras como la buena fe y la transparencia en el diálogo y el propósito de arribar a acuerdos. En ese orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asentado que se debe consultar en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión, por cuanto que el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado [casos



del Pueblo Saramaka contra Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párrafo 134 y del Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador, Fondo y Reparaciones, párrafo 180]. Inclusive citó [en el segundo de los casos indicados, párrafo 182], la afirmación contenida en sentencia emitida por este Tribunal dentro del expediente 3878-2007, de que la consulta debe tener lugar antes de que las medidas de que se trate se hayan perfeccionado, en vista que es de esa manera que puede trascender eficazmente sobre ellas.

Debe ponerse en relieve que la lectura íntegra del articulado del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes permite advertir, sin lugar a dudas, que esa institución fue conceptualizada como un proceso que debe agotarse con antelación a que se asuma la medida administrativa. Sirve para fundar esta afirmación el texto del artículo 15 citado, así como el del 6 también de ese instrumento, que imponen como obligación de los Gobiernos la de: “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...**” [sin negrilla en el texto original]. La utilización del término “prever” –descrito en el Diccionario de la Lengua Española como “ver con anticipación”–, no puede conllevar a otra connotación que no sea que el proceso de consulta debe ser dispuesto en forma anticipada y no posterior al momento de asumir el otorgamiento de licencias para actividades mineras. Los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo han sido consistentes en afirmar esta consigna; *lato sensu*, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica “*que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso*” [Informe del Comité



establecido para examinar la reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Colombia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 1999, párrafo 90].

Cabe resaltar que los casos en los cuales ha sido pedida tutela constitucional por actividades de aprovechamiento de recursos naturales, que se han puesto en marcha sin cumplir previamente con consultar a comunidades representativas de pueblos indígenas afectadas, los tribunales de amparo han ordenado que la consulta sea efectuada en forma posterior al momento en el cual las licencias mineras ya han sido extendidas, e incluso cuando los proyectos ya se encuentran ejecutando labores. Esa decisión ha atendido al hecho de que los asuntos fueron trasladados a sede constitucional en época en la que ya habían sido otorgadas las licencias mineras requeridas. En esos casos, este Tribunal ha puntualizado que, cuando sea procedente, la consulta debe llevarse a cabo en el estado en que se encuentran las cosas, sin que el hecho de que no se haya efectuado con la antelación debida sea óbice para que se haga, a la brevedad posible. Ello ha sido decidido así sin perjuicio de enfatizar, cómo se relacionó precedentemente, que la obligación de los Estados es agotar ese proceso de consulta antes de asumir las medidas administrativas.

B. La consulta debe ser libre e informada

La consulta es libre cuando se lleva a cabo sin ningún tipo de coacción, intimidación, manipulación o condicionamiento; como se indicó en las directrices delineadas por el Programa “ONU-REDD” y el entendimiento común aprobado por el Foro Permanente de las Naciones Unidas para la Cuestiones Indígenas (UNPFII), en su cuarta sesión, en dos mil cinco [Organización de las Naciones Unidas para la



Alimentación y la Agricultura (FAO) y otros. Consentimiento libre, previo e informado. Un derecho de los Pueblos Indígenas y una buena práctica para las comunidades locales. Manual dirigido a los profesionales en el terreno. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). 2016]. De ahí que, los pueblos indígenas deban ser protagonistas en la determinación de aspectos como la organización, las localizaciones, los horarios, los idiomas, los plazos y la estructura de toma de decisiones, del proceso de consulta. Además, no debe olvidarse que los titulares del derecho son libres de participar en el proceso, sin distinción de género, edad o posición.

Con relación al carácter informado de la consulta, en sentencia de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dictada en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, al interpretar el artículo 15.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual establece que las consultas a los pueblos indígenas sobre los proyectos de prospección o explotación de los recursos naturales tienen como finalidad “*determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida...*”, esta Corte afirmó que, en la etapa de información, debe darse a conocer a todos los miembros de las comunidades afectadas, los posibles aspectos beneficiosos y perjudiciales de los proyectos. Esto significa que el Estado está obligado a proporcionar datos precisos sobre la naturaleza y consecuencias de los planes y proyectos propuestos a los pueblos indígenas interesados, de manera previa y continua. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto, asegurando que el hecho de que la consulta deba ser informada implica comunicación constante entre las partes; por un lado, el Estado debe dar a conocer a aquellos pueblos los posibles riesgos, incluidos los ambientales y de salubridad, a



fin de que acepten, con conocimiento y de forma voluntaria, el plan de desarrollo o inversión, quienes, a su vez, deben tener oportunidad de manifestar opinión durante todo el proceso, y, por el otro, los pueblos indígenas deben trasladar información oportuna que favorezca la concreción de los fines de la consulta, la cual debe ser receptada por el Estado. [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C No. 172, párrafo 133]. En el mismo sentido, los órganos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos citados al inicio de este apartado, en cuanto a la naturaleza informada de la consulta, han manifestado que conlleva un compromiso de brindar información accesible, clara, consistente, precisa y transparente.

Puntualizando que la información que debe ser proporcionada durante el proceso de consulta debe ser facilitada en la lengua o el idioma local y en un formato culturalmente adecuado; debe ser objetiva, explicando tanto los potenciales aspectos positivos como los negativos de las actividades propuestas; debe ser completa, incluyendo un análisis preliminar de los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, la naturaleza, la dimensión, el ritmo, la duración, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto propuesto, su objetivo y la localización de las áreas que se verán afectadas; debe ser brindada por personal culturalmente apropiado y en localizaciones culturalmente adecuadas; debe ser facilitada con suficiente tiempo para ser entendida y debe ser entregada de manera permanente y continua en todo el proceso, con miras a reforzar la comunicación local y los procesos de toma de decisiones.

El proceso de consulta a los pueblos indígenas deriva del derecho de estos colectivos a determinar y elaborar las prioridades y estrategias de desarrollo o la



utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 7.1 del Convenio 169). Para satisfacer plenamente este derecho, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias, incluidos estudios científicos independientes, para que las comunidades y sus miembros estén plenamente informados de todos los impactos y beneficios que, en sus vidas, cultura, espiritualidad, el medio ambiente y su desarrollo pueda causar la puesta en marcha de los proyectos extractivos que se planifiquen en sus territorios. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que *“puede requerirse que el Estado suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas”* [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 diciembre 2009, párrafo 312].

C. La consulta debe ser un verdadero diálogo en el cual priven la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos –no se agota con la sola información–

Los órganos de control normativo de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– han subrayado en múltiples ocasiones, que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como verdadero instrumento de participación, con el objetivo de establecer diálogo entre las partes, basado en principios de confianza y respeto mutuos. La exigencia delineada por aquellos órganos tiene intrínsecos dos requerimientos relevantes:

i) La consulta no debe comprenderse como un mero trámite formal: El proceso de consulta a los pueblos indígenas sólo puede tenerse por agotado, cuando en su realización se han observado los parámetros que fija el propio Convenio 169



de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Las actividades de simple información o de socialización de una medida administrativa, o la recolección del parecer que algunos pobladores puedan tener respecto de las decisiones gubernamentales susceptibles de afectarles, no son suficientes para dar por observado ese derecho que asiste a los pueblos indígenas. Cabe resaltar que, según han afirmado los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, una de las situaciones más comunes a las cuales han tenido que enfrentarse es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información [Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Nueva York, Estados Unidos. 2009, párrafo 21]. Pretender dar por observado el compromiso que han asumido los Estados derivado de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, mediante actividades informativas o de socialización, inobserva la verdadera naturaleza del proceso de consulta, el cual fue concebido para ser agotado mediante un conjunto de mecanismos eficaces de participación de los pueblos cuando se prevean decisiones susceptibles de incidir en los diversos elementos que determinan su existencia.

ii) La consulta es un proceso de diálogo entre las partes, basado en principios de confianza y respeto mutuos: Los citados organismos de control han referido que los procesos de consulta, además de constituir mecanismos eficaces de consulta y participación, deben ser vehículo para: *“Prevenir y resolver conflictos*



mediante el diálogo, [y] disminu[ir] las tensiones sociales (...) es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua” [Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la cual se alegó el incumplimiento por Guatemala del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), 2005, párrafo 53].

La Corte ha puesto en relieve que la generación de ese clima de confianza es particularmente importante en el caso de los pueblos indígenas por la *“Desconfianza [que estos poseen] hacia las instituciones del Estado y [el] sentimiento de marginación que encuentra sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún” [Organización Internacional del Trabajo. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la cual se alegó el incumplimiento por México del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT). Ginebra, Suiza. 2001, párrafo 107].* Se ha afirmado que tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas –y aún aquellos otros sectores que, por estar involucrados en las medidas a implementarse, también están llamados a intervenir– deben esforzarse por propiciar ambiente de confianza y respeto recíprocos, en el que aquella pueda llevarse a cabo provechosamente, con independencia de las posiciones sustantivas que puedan surgir dentro del procedimiento establecido para el efecto; asimismo, ha resaltado la Corte que un escenario de enfrentamientos, violencia y desconfianza, no coadyuva a que la



realización de la consulta sea auténticamente productiva.

D. La consulta debe estar dirigida a arribar a acuerdos: el consenso como vía para la toma de decisiones –no tiene como propósito legitimar que una parte se imponga a la otra–

Lo asentado al final de la literal precedente refleja la noción de que la consulta es espacio de verdadero intercambio de ideas orientado a la concreción de acuerdos, expresión pura de una práctica democrática; no se limita a la mera exteriorización de determinadas impresiones acerca de asuntos de importancia común. Además, el clima de confianza que fue abordado puede alcanzarse siempre que las condiciones en las cuales se desarrolle el proceso permitan a las partes percibir que todos los sujetos participantes actúan de buena fe y tienen sincero interés por arribar a consensos. En este sentido se ha afirmado que tales procesos deben implicar: *“Diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”* [Organización Internacional del Trabajo. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Colombia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). Ginebra, Suiza. 1999, párrafo 90].

El artículo 6.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes prevé, como uno de los criterios mínimos, que los Estados deben satisfacer en los procesos de consulta: *“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”. De ahí que, en su jurisprudencia sobre la materia, esta Corte haya juzgado pertinente enfatizar que el cumplimiento, por los Estados, de la consulta “en buena fe” responde a la exigencia de cumplir con el fin último de dicha obligación, que es la consecución de acuerdos.

Esto, en congruencia con el tono general con el cual fue concebido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, inspirado en el principio del diálogo como vehículo de concordia, tal y como lo subraya la Organización Internacional del Trabajo: “... *El Convenio dispone el marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales. El objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo (consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados (...) les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas...*” [Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes: Un Manual. Proyecto para promover la política de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Ginebra, Suiza. 2003, páginas 16 y 17]. De lo expuesto se extrae que el proceso de consulta busca promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones, descartando de esta manera que ese mecanismo pueda ser utilizado como medio para que una parte se imponga sobre la otra [Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador, junio de 2008, párrafo 34].

En ese orden de ideas, esta Corte ha asentado que el derecho a la consulta



prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes no debe ser percibido por ninguna de las partes interesadas como la prerrogativa de los pueblos indígenas a inmovilizar arbitrariamente iniciativas de explotación de recursos naturales legalmente gestionadas, sino como la garantía de que las medidas administrativas tendientes a autorizar tales iniciativas en territorios en los cuales pueda causárseles a esos pueblos afectación de sus condiciones de vida, sólo puedan llevarse a cabo después de garantizarles, mediante sus representantes legítimos: ser plenamente informados sobre las implicaciones de tales medidas; evaluarlas a la luz de su forma de vida, intereses y necesidades; manifestar sus prioridades de desarrollo; deliberar de modo razonado, libre y con pertinencia cultural sobre las condiciones de viabilidad de las medidas; de ser viable el proyecto, participar en la planificación, ejecución y distribución de beneficios del proyecto; consensuar propuestas consecuentes con todo ello y, en suma, salvaguardar sus condiciones de vida digna y su existencia como pueblos con identidad, cultura y cosmovisión propias.

En el mismo sentido, así como la consulta no debe ser concebida como barrera para los planes de desarrollo industrial, tampoco debe considerársele como mera formalidad intrascendente dentro de la tramitación de licencias para implementar ese tipo de proyectos. No tendría sentido que, siendo la minería un tema cuya competencia corresponde al gobierno central, el resultado de la consulta careciera de incidencia sobre las decisiones del Organismo Ejecutivo al respecto. La consulta debe ser comprendida y ejecutada siempre como plataforma de discusión equitativa, intercultural, objetiva y transparente sobre las condiciones en que puede o no ser factible la realización de esas iniciativas. En todo caso, debe tenerse presente que el Estado está obligado no solo a asegurar que se efectúe la consulta



cuando sea procedente, sino, en general, a velar porque se tomen todas las medidas necesarias que permitan resguardar la vida, integridad de sus valores, prácticas e instituciones y demás derechos reconocidos a favor de los pueblos indígenas en la Constitución Política de la República y en tratados internacionales sobre derechos humanos. Además, en abono a la certeza jurídica, debe garantizar el debido cumplimiento de todo aquello que se acuerde como resultado del proceso de consulta.

E. La consulta debe agotarse mediante procedimientos culturalmente adecuados, en los cuales se respetan las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas

En el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas, según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta *“los métodos tradicionales del pueblo (...) para la toma de decisiones”* [Sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil siete, párrafo 134, literal E: El otorgamiento, por parte del Estado, de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales dentro y sobre el territorio saramaka].

En un caso relativo a Brasil, un Comité Tripartito de la Organización Internacional del Trabajo afirmó: *“La expresión ‘procedimientos apropiados’* [artículo 6, numeral 1 del Convenio 169] *debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y este debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas.*

En cuanto al propio proceso de consulta, este debería tomar en cuenta la



opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes” [Organización Internacional del Trabajo. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Brasil del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENIGE/DF). Ginebra, Suiza. 2006, párrafo 42].

Un rasgo que debe caracterizar a la consulta –en función de asegurar que sea adecuada– es la accesibilidad; ello implica que, sobre todo en ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas con relación a medidas administrativas o de carácter general, deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes. Asimismo, en función de asegurar la accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tenerse presente la variedad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no sea hablada por la mayoría, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que establece el deber estatal de adoptar “*medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces*”. Otro aspecto relevante que este Tribunal ha hecho notar, consiste en que la consulta a los pueblos indígenas debe



efectuarse por medio de sus instituciones representativas.

Al abordar esta condición, la Corte ha asegurado que no responde a una fórmula unívoca, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de su finalidad. Se citó que los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, respecto a la representatividad, han afirmado que esta debe entenderse de forma flexible, porque dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa; lo más importante es que estas sean el fruto de un proceso interno propio de aquellos.

Además, debe observarse que los criterios de representatividad: **i)** dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; **ii)** deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; **iii)** deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre que, como ya se apuntó, respondan a procesos internos de estos pueblos; y **iv)** conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género [ver sentencia dictada el veintiuno de diciembre de dos mil nueve, en el expediente 3878-2007, de esta Corte].

F. La consulta debe ser sistemática

Para la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas y las consultas correspondientes, deben realizarse mediante procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, en función de evitar arbitrariedades y conflictos contraproducentes. Esta Corte, en sentencia de



veinticuatro de noviembre de dos mil once, dictada en el expediente 1072-2011, afirmó que la adopción de dichos procedimientos debería ser, en sí misma, un proceso que cuente con la participación activa de los pueblos indígenas. En esa dirección se han pronunciado los órganos de control normativo de la Organización Internacional del Trabajo, haciendo valer la obligación de los Estados de *“desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”* [artículo 2, numeral 1 del Convenio 169]. Ello conlleva, en los casos donde no existan, el establecimiento de *“instituciones y otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas”,* incluyendo *“la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”* [artículo 33, numerales 1 y 2 del Convenio 169].

De igual manera, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que *“la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”* [Informe III (Parte 1A) rendido en el seno de la nonagésimo sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en dos mil siete, página 600].

De esa suerte, puede apreciarse que, al igual que sucede con otros aspectos, no imperan criterios preestablecidos para la creación de órganos y mecanismos destinados a hacer operante el derecho de consulta, porque su diseño debe



obedecer a las características propias y sistemas constitucionales de cada país. No obstante, es pertinente destacar que, por una parte, la progresiva instauración de dichos órganos y mecanismos es una de las obligaciones que derivan de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y de otras normas internacionales, tomando en cuenta los requisitos mínimos de oportunidad, diálogo, buena fe, adecuación y representatividad aludidos; y, por otra, que, en todo caso, cuando esta sistematicidad aún no ha sido implementada, es decir, si aquellos mecanismos no existen formalmente [como ocurre en Guatemala], deben adoptarse conductos transitorios con miras al ejercicio efectivo de la consulta [en idéntico sentido se encuentran los términos de la sentencia emitida por esta Corte en el expediente 3878-2007 citado].

Los alcances de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes deben ser configurados en conexión con: **i)** la directriz de que para decidir la viabilidad de toda actividad de desarrollo programada por los gobiernos debe tenerse en consideración el resultado de estudios acerca de la incidencia social, espiritual, cultural y ambiental que pueda generar sobre los pueblos indígenas [artículo 7, numeral 3]; y **ii)** la exigencia de distinguir y proteger la singular significación que entraña para los pueblos indígenas el vínculo con la tierra, en virtud de lo cual, cuando se apliquen los preceptos de ese instrumento internacional, debe respetarse la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de esos pueblos reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular la connotación colectiva de esa relación [artículo 13, numeral 1].



A su vez, ambos elementos encuentran vértice común en el mandato general de tener siempre en consideración los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos, al aplicar las disposiciones del referido documento convencional [artículo 5, inciso a]. Esos lineamientos normativos han sido consistentemente observados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha patentizado que para los pueblos indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual [sentencia dictada en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo ciento cuarenta y nueve (149)] pues su forma particular de vida, de ser, ver y actuar en el mundo está constituida precisamente a partir de su estrecha relación con territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [sentencias dictadas en los casos Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ciento treinta y cinco (135); y Comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ciento dieciocho (118)].

Así, la tierra está estrechamente ligada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores; patrimonio cultural inmaterial que es transmitido y recreado generacionalmente por las comunidades indígenas [sentencias dictadas en los casos Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ciento cincuenta y cuatro (154); y Pueblo indígena Kichwa de



Sarayaku contra Ecuador (Fondo y Reparaciones); párrafo doscientos doce (211)].

En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha patentizado que es necesario sostener un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso, porque esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general [Informe de Seguimiento - Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párrafo 160]. Asimismo, es primordial subrayar que en el Convenio de referencia se señala que la utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, comprendiendo este el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera [artículo 13, numeral 2].

En congruencia con esa previsión, el aludido tribunal regional ha destacado que el derecho de los pueblos indígenas a usar y gozar del territorio –entendido el término como antes se precisó– carecería de sentido si no se le estimara conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en él, necesaria para asegurar su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión y costumbres [sentencia dictada en el caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (Fondo y Reparaciones), párrafo ciento cuarenta y seis (146)].

Por tanto, el objeto de protección de la consulta no se circunscribe, ni se refiere principalmente, a la esfera patrimonial –en la connotación civilista de la



expresión—, sino aglutina elementos de naturaleza heterogénea enraizados en la cosmovisión propia de los pueblos indígenas y en el fenómeno de marginación que han padecido, respecto a los procesos de decisión del poder público y del acceso a servicios básicos. En consonancia con las nociones desarrolladas, se traen a colación los razonamientos expresados por la Corte Constitucional colombiana, en un expediente de tutela sometido a su conocimiento, en el cual los interesados sustentaron la defensa de su postura en que, la acreditación de un título de propiedad privada sobre el predio en el que se construyó un proyecto de explotación de recurso naturales, los exoneraba de agotar el proceso de consulta: *“Las conclusiones a las que ha llegado la jurisprudencia constitucional en relación con el contenido del concepto de territorio de una comunidad étnica conducen a anticipar que un título de propiedad no descarta, de suyo, la realización de la consulta. (...) Para efectos de la consulta, lo relevante es que la intervención avalada por la administración tenga la capacidad de generar la afectación directa a la que tantas veces se ha hecho referencia. Y esa afectación puede ocurrir cuando la medida interviene en una zona con presencia de minorías étnicas, independientemente de quién aparezca como su propietario. // En ese marco, debatir la titularidad del derecho de dominio carece de trascendencia. (...) la consulta previa es exigible cuando una medida legislativa o administrativa afecta territorios habitados por minorías étnicas, independientemente de que su relación con dichos territorios esté o no amparada por un título de propiedad ajustado a los estándares de la legislación civil...”* [Sentencia T698/11 dictada el veinte de septiembre de dos mil once, dentro del expediente T3078861]. Ante el argumento de que resulta inviable agotar el proceso de consulta en los casos en los que las autorizaciones se soliciten para ejecutar proyectos que se instalarán en inmuebles de dominio privado, debe asentarse que esa circunstancia no descarta,



por sí sola, la procedencia del agotamiento del proceso de consulta previa a los pueblos indígenas, esto en atención a que, tal como lo prevé el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en su artículo 6, literal a, el elemento definitorio de la obligación de los Estados de agotar aquel proceso consultivo es la afectación directa a los citados colectivos humanos, la cual ocurre siempre que el proyecto incida de una u otra manera en el entorno territorial en el que estos habitan y sobre aquellos otros con los que, sin ser su ámbito de habitación, los pueblos tengan conexión con ellos por cualquier circunstancia que forme parte de su cosmovisión.

-XI-**La consulta como principio general del Derecho Internacional y su
justiciabilidad como derecho fundamental**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho notar que la consulta regulada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes se ha consolidado como principio general del Derecho Internacional, habida cuenta que muchos países miembros de la Organización de los Estados Americanos, por medio de reformas en su normatividad interna y de los pronunciamientos emanados de sus más altas Cortes de justicia, han respaldado su protección [sentencia dictada en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (Fondo y Costas); párrafos ciento sesenta y tres (163) al ciento sesenta y cinco (165)]. Este Tribunal, confluyendo con el referido órgano regional y también con sus homólogos de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Venezuela, ha puesto de relieve la indubitable justiciabilidad de la consulta a pueblos indígenas en Guatemala [sentencias dictadas en los expedientes mil ciento setenta y nueve-dos



mil cinco (1179-2005), mil cuatrocientos ocho-dos mil cinco (1408-2005), dos mil trescientos setenta y seis-dos mil siete (2376-2007), tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007), mil treinta y uno-dos mil nueve (1031-2009), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y dos y dos mil cuatrocientos ochenta y uno-dos mil once (2432/2481-2011), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y tres y dos mil cuatrocientos ochenta-dos mil once (2433/2480-2011), un mil ocho-dos mil doce (1008-2012) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil doce (4419-2012), entre otros], además de calificarla como un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surgió como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de abogar, de manera especial, por la salvaguardia de los intereses de grupos humanos que por factores ligados a su identidad cultural, se han visto históricamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general; erigiéndose así, en garantía de igualdad o de equiparación, en cuanto a la aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida [haciendo eco de lo preceptuado en el artículo 2, numeral 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes].

Así concebida la prerrogativa en referencia, conlleva para el Estado, con relación a las acciones gubernamentales que podrían afectarles directamente, la obligación de implementar e institucionalizar procedimientos mediante los cuales, se genere de buena fe, en forma sistemática y acorde a sus tradiciones ancestrales, una dinámica de información, participación y diálogo con sus legítimos representantes, con el propósito de concertar acuerdos sobre las medidas que se proyecta realizar [sentencias dictadas en los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil



siete (3878-2007) y un mil treinta y uno-dos mil nueve (1031-2009)].

-XII-

**Carácter integral de las implicaciones del reconocimiento de la consulta
como derecho fundamental**

El reconocimiento de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, como parte del catálogo de derechos fundamentales protegidos en el control de convencionalidad, demanda, del Estado de Guatemala, en general, la realización de cualesquiera modificaciones estructurales que sean necesarias, en sus instituciones y legislación interna, para darle eficaz cabida en el contexto nacional; así lo ha expresado este mismo Tribunal [sentencias dictadas dentro de los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878- 2007) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil once (4419-2011)] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencias dictadas en los casos Pueblo Saramaka contra Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ocho (8) del apartado decisorio; y Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (Fondo y Costas); párrafo trescientos uno (301)].

El aseguramiento de la tutelabilidad de la consulta en la jurisdicción constitucional es solo una de las repercusiones que deben derivar de ese reconocimiento, pues aquel entramado normativo que aloja derechos y principios esenciales no opera únicamente como parámetro para que los jueces del Estado, tanto de la jurisdicción constitucional como de la ordinaria, examinen la legitimidad de las actuaciones gubernamentales, sino que constituye un punto de partida del ordenamiento jurídico vigente que toda la población, especialmente las autoridades, deben observar y aplicar. Lo puntualizado implica que, ante las solicitudes para que



sean autorizados proyectos, operaciones o actividades vinculadas a la exploración o aprovechamiento de recursos naturales, los órganos competentes están obligados a atender los preceptos atinentes que estén contenidos, tanto en las leyes ordinarias y disposiciones reglamentarias vigentes, como en los instrumentos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala; unos y otros que conforman el andamiaje normativo aplicable.

De esa cuenta, si se avizora que las licencias cuya autorización se solicita, o las ya otorgadas, producirán afectación directa de las condiciones de vida de comunidades indígenas, el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Minería y sus respectivo Reglamento, no excluye la responsabilidad estatal de poner en práctica la consulta establecida en Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Es oportuno recalcar que la carencia de legislación ordinaria *ad hoc* no puede significar la nulidad de la consulta que asiste a los pueblos indígenas, porque, de ser así, ello equivaldría a consentir que la pasividad del poder público tuviera como resultado vaciar de contenido al indicado derecho fundamental [expediente tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007)].

-XIII-

Elementos sobre la afectación a la población indígena a favor de la cual se solicita protección

Una vez definido lo considerado en los apartados precedentes, es menester abordar el examen de la situación sub *judice*, para ello debe iniciarse por señalar que, según lo dispuesto en la Ley del Organismo Ejecutivo [artículo 34] y la Ley de Minería [artículos 24 al 26], la potestad de autorizar la exploración de los recursos mineros, prórroga o cesión de la licencia correspondiente se encuadra en el ámbito



de atribuciones que corresponden al Organismo Ejecutivo, por medio de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.

De acuerdo con lo preceptuado en la segunda de las leyes aludidas, toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, podrá ser titular de derechos mineros, siempre y cuando cumpla con las disposiciones de ese cuerpo normativo y su reglamento; asimismo, podrá usar y aprovechar racionalmente las aguas, siempre y cuando no afecte el ejercicio permanente de otros derechos [artículos 9 y 71].

Asimismo, esta Corte advierte necesario traer a colación lo referente a lo establecido por la Coordinadora Nacional para la reducción de Desastres – CONRED–, así como el Estudio de Impacto Ambiental presentado por el Ministerio de Energía y Minas.

De los informes presentados por la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED–. Con fundamento a las evaluaciones realizadas por la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres – CONRED– el diecisiete de mayo y veinticinco de mayo, ambos de dos mil dieciocho, se estableció que el lugar en cuestión representa un peligro latente a causa de las inundaciones y posibles deslaves que puedan generarse, debido a la actividad humana que se lleve a cabo en dicho lugar; por ende, dicho ente recomendó “... *Es importante considerar que la actividad humana o la intervención antrópica realizada en el área tanto en el valle cómo en las laderas circundantes, donde se observan trabajos de extracción de material, aparentemente se han desarrollado en forma artesanal ya que no se distingue algún tipo de control en su avance, lo que promueve la inestabilidad de las laderas ocasionando movimientos de masa (deslizamientos). Las condiciones geomorfológicas del valle, se establecen como una llanura rodeada por montañas. con una forma inclinada y alargada, en donde convergen afluentes*



naturales (ríos), promoviendo procesos de sedimentación de material proveniente de la parte alta de la ladera, esto a consecuencia de procesos hidrometeorológicos que, sumados a las condiciones de la traza urbana de la localidad y orientación de las calles principales, han provocado el direccionamiento de los flujos superficiales de la zona, generando daños a su paso...”. Y recomendó que: “I. A las autoridades correspondientes, regular los procesos de extracción minera activos en el Valle de Palaju N’oj verificando que se cumplan con los parámetros establecidos, con el fin de disminuir el grado de exposición y vulnerabilidad ante la ocurrencia de movimientos de masa (deslizamientos abruptos o lentos). II. Realizar los análisis correspondientes, para el mantenimiento y creación de sistemas de conducción de aguas pluviales (alcantarillado) en las planicies del Valle, tratando de evitar el estancamiento que provoca inundaciones. III Considerar las medidas de mitigación viables o las que crean convenientes para la conservación de la masa boscosa en esta región y protección a los pobladores del Valle de Palaju N’oj. IV. Toda acción a realizar en los sitios de extracción de material, deberán de considerar y tomar en cuenta la aprobación de las instituciones correspondientes, con el fin de regular el uso del suelo. V. Tomar en cuenta los lineamientos establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial para la regularización del crecimiento urbano y rural del municipio”.

Del Estudio de Impacto Ambiental. Respecto de este se trae a cuenta lo establecido líneas atrás en cuanto a que, si bien este se realizó y en su momento fue aprobado, hubo omisión de tomar en cuenta todos los elementos de afectación real a la población indígena de la zona, la cual, ha de destacarse, no fue objeto de consulta conforme los estándares internacionales aplicables.

En el caso objeto de estudio, a Pedro Chan García propietario de la Fábrica



de Artículos de Cemento Block de Rosa, -tercero interesado-, le fue autorizada y otorgada la licencia de explotación minera de piedra pómez por la autoridad cuestionada, dentro de un área de cero punto un mil cuatrocientos dieciocho kilómetros cuadrados limitándose la explotación de cien metros lineales en la profundidad del subsuelo, ubicada en el paraje Xinacán del cantón Xepache, municipio y departamento de Quetzaltenango, por un plazo de veinte años, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación de la resolución que otorgó dicha licencia. Como puede notarse, la decisión emitida configura una “medida administrativa”.

Definido lo relativo al tipo de medida adoptada, corresponde trasladar el análisis del asunto particular hacia el segundo componente al que está sujeta la procedencia de la consulta a pueblos indígenas; es decir, si se advierte que la disposición gubernamental produce afectación de las condiciones de vida de determinadas comunidades representativas de esos pueblos, en los términos delineados al inicio del presente apartado considerativo.

Vale resaltar que en la resolución mediante la cual se otorgó la licencia de explotación minera a Pedro Chan García propietario de la Fábrica de Artículos de Cemento Block de Rosa, se le confirió el derecho de usar y aprovechar racionalmente las aguas de dominio nacional y uso común; al respecto, es conveniente traer a cuenta que en las presentes actuaciones, tal como se estableció en párrafos precedentes, la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres ha expresado que la zona correspondiente al área donde se concedió la licencia minera es altamente susceptible de deslizamientos e inundaciones y que la mayoría de los trabajos de extracción de material pomáceo identificados en las laderas se han implementado de forma empírica, no apreciándose ningún tipo de medida de



seguridad para evitar daños de grandes magnitudes. De esa cuenta, se advierte que, si bien en el presente caso se examina una licencia relativa a explotación minera no metálica, la vulnerabilidad a la población de las comunidades indígenas del área es evidente.

Derivado del nivel de afectación que pueden irrogar ese tipo de proyectos, operaciones o actividades, y a tenor de la normativa atinente del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no puede sino concluir que la expedición de autorización para la explotación minera constituye una medida administrativa cuyas implicaciones justifican la realización de consulta a comunidades representativas de pueblos indígenas que radiquen en la zona de incidencia –hábitat, según el artículo 13, numeral 2 del mencionado instrumento internacional– de las acciones requeridas para implementar y operar aquella actividad, por cuanto conllevan afectación directa de sus condiciones de vida e, incluso, podría poner en riesgo las vidas de quienes viven en zonas aledañas al área de explotación.

De esa cuenta, para completar el análisis que se desarrolla, es necesario establecer si existe fundamento para afirmar que los postulantes se encuentran inmersos en la referida zona de incidencia; en la resolución administrativa se confirió, al propietario de la empresa aludida, la facultad exclusiva de explotar los yacimientos de piedra pómez en el área que ahí se describe, que se encuentra localizada en el municipio de Quetzaltenango y dado que las comunidades a las cuales representan los postulantes del amparo se encuentran asentadas en el municipio y departamento referido y cercanas a la zona de explotación minera, resulta lógico aseverar que están comprendidas dentro de la zona de incidencia del proyecto de mérito.

En suma, el estudio integral de la normativa nacional aplicable y la información



reseñada sobre el expediente administrativo subyacente al amparo, en concatenación con los supuestos de procedencia y alcances de la consulta delineados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, conduce a determinar que, en el caso concreto, **existen elementos de convicción, objetivos y verificables, para prever que la licencia de explotación minera en cuestión, constituye medida administrativa cuya ejecución puede dar lugar a afectación de las condiciones de vida de las comunidades representativas de los pueblos indígenas que se encuentran asentadas en el área de explotación –ubicada en el municipio y departamento de Quetzaltenango–.**

-XIV-

Necesidad de consulta a pueblos indígenas afectados en el caso concreto

Corresponde ahora establecer si en el decurso del procedimiento administrativo por el que se tramitó y autorizó aquel derecho, se produjo alguna diligencia a la que sea dable atribuir el carácter de consulta válidamente efectuada. Para ese propósito es necesario, en primer lugar, recapitular, en síntesis, los elementos característicos de la consulta, de acuerdo a lo preceptuado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y el desarrollo interpretativo que sobre su normativa han efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencia dictada en el caso Pueblo Saramaka contra Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo 133]; la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo [Observación General formulada sobre el Convenio 169] y el Relator Especial de las



Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [Principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas]:

- A.** Carácter previo a la medida gubernativa.
- B.** Comprende un verdadero diálogo en el que privan la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos; no se agota con la sola información.
- C.** Orientada al objetivo de arribar a acuerdos, con el consenso como vía para la toma de decisiones; no se trata de que una parte se imponga a la otra.
- D.** Se concreta mediante procedimientos culturalmente apropiados, en los que se respetan las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas. Esos estándares de Derecho Internacional ya han quedado reflejados en la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia [ver sentencias dictadas en los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho - dos mil siete (3878-2007); un mil treinta y uno - dos mil nueve (1031-2009); un mil setenta y dos - dos mil once (1072- 2011); cuatro mil cuatrocientos diecinueve - dos mil once (4419-2011); un mil ocho - dos mil doce (1008-2012); cinco mil setecientos doce – dos mil trece (5712-2013) y acumulados noventa - dos mil diecisiete, noventa y uno - dos mil diecisiete y noventa y dos - dos mil diecisiete (90-2017, 91-2017 y 92-2017)].

Al relacionar todos los argumentos desplegados en este apartado considerativo y el precedente, se determina que no solo asistía a las comunidades indígenas circundantes del paraje Xinacán del cantón Xepache del municipio y departamento de Quetzaltenango el derecho de expresar su parecer con relación a la exploración minera, sino que, además, se ha establecido que durante la sustanciación del procedimiento administrativo de su autorización no se produjo



actuación gubernamental que pueda considerarse adecuado cumplimiento de la obligación estatal de respetar el referido derecho y, si bien en las disposiciones destinadas a regular la tramitación de la petición de autorización antes aludida, se omite referencia explícita al supuesto de consulta a pueblos indígenas, tal circunstancia no puede ser excusa para dejar de observar la obligación referida, pues como se indicó en párrafos precedentes, el Estado se comprometió a respetar la normativa establecida en el Convenio 169 multicitado.

-XV-

De la violación al derecho de consulta y sus consecuencias

Del análisis de los antecedentes y de las actuaciones contenidas en el expediente de amparo, esta Corte trae a colación las interrogantes –que se consignaron en la parte inicial de esta sentencia– efectuadas por los postulantes, en cuanto al derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrio ecológico, de conformidad con el artículo 97 constitucional, siendo las siguientes: **i) ¿De qué forma las autoridades respectivas garantizarán que no habrán deslaves e inundaciones en su territorio derivado de dicho proyecto? ii) ¿Podrá un consultor ajeno a su territorio establecer la factibilidad de un proyecto en su territorio sin tomar en cuenta la participación de las comunidades indígenas, su forma de vida y el equilibrio ecológico que es parte de su ser espiritual con la madre tierra? iii) ¿Podrá la empresa encargada de dicho proyecto, garantizar que se mantenga el equilibrio ambiental y la biodiversidad?.** Las respuestas que pudieran brindarse ahora a esos cuestionamientos no tendrían suficiente respaldo, ya que, como se ha determinado en el presente pronunciamiento, si bien fue emitido un estudio de impacto ambiental –en cuya emisión no se tomaron en cuenta los elementos de afectación real–, no fue realizada la consulta previa a la población de las comunidades indígenas que



podieran ser afectadas, conforme a los estándares constitucionales y convencionales aplicables. En dicha consulta, esa población tiene que estar consciente de todos los riesgos, principalmente la repercusión ambiental –tal como lo informó la Comisión Nacional para la Reducción de Desastres–, así como las medidas que pudieran ser tomadas para evitarlos o aminorarlos.

Debe tenerse presente que, al otorgar la licencia, el Estado autorizó el proyecto de explotación minera de piedra pómez de las comunidades que forman parte del Valle de Palajunoj del municipio y departamento de Quetzaltenango, siendo estas Xepache, Llanos del Pinal, Xecaroj, Tzampo y Tierra Colorada Baja, afectando a los pueblos y comunidades indígenas que allí residen, sin haber realizado una consulta previa conforme los estándares correspondientes, por lo que el órgano del Estado encargado de dirigir el proceso de consulta, encaminar también el diálogo a la posibilidad de arribar a acuerdos relativos a la implementación de medidas de mitigación y/o reparación de posibles daños ecológicos o de otra naturaleza que se pudieran producir en los territorios de los pueblos y comunidades Indígenas, debe implementar las medidas destinadas a garantizar el derecho a la vida, la salud, la educación y el desarrollo cultural y económico de dichas comunidades indígenas.

Por lo expresado, la omisión de realización de la consulta conduce a estimar el otorgamiento del amparo, con el propósito de que aquella tenga lugar y restablezca los derechos afectados a los pobladores de las áreas en la que los proyectos se llevan a cabo, realizándose conforme los estándares internacionalmente reconocidos para el efecto, y según lo indicado en el considerando que precede.

En razón de concluir en la necesidad de la consulta, resulta pertinente traer a cuenta que, pese a que la empresa mercantil Fábrica de Artículos de Cemento “Block de Rosa”, propiedad de Pedro Chan García, a quien se le otorgó la licencia de



explotación minera de piedra pómez, no se encuentra funcionando [de conformidad con el resultado de la inspección efectuada por el Departamento de Control Minero del Ministerio de Energía y Minas, los informes rendidos por la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED– y lo informado por esa persona], ello no es óbice para que la consulta se lleve a cabo, principalmente si se toma en cuenta la posibilidad futura de que se produzca el reinicio de operaciones, dado el otorgamiento de la licencia de explotación.

En virtud de lo anterior, debe viabilizarse la realización efectiva del proceso de consulta, conforme a las pautas establecidas en la sentencia de primer grado.

-XVI-

Otorgamiento del amparo y suspensión definitivo del acto reclamado

Con base en lo considerado en los apartados precedentes, el recurso de apelación planteado debe ser declarado sin lugar, a efecto de confirmar la sentencia impugnada, en el sentido de otorgar la protección constitucional solicitada.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 265, 268, 272, inciso c), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 5, 6, 8, 42, 44, 49, 52, 53, 57, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 149, 163, inciso c), 179, y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 2, 7 Bis del Acuerdo 3-89; 35 y 36 del Acuerdo 1-2013, ambos de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I)** Por disposición del artículo 156 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y conforme a lo asentado en el artículo 1º del Acuerdo 3-2021 de la Corte de Constitucionalidad de veintiuno de abril de dos mil veintiuno,



integra el Tribunal el Magistrado José Francisco De Mata Vela. **II)** Por haber cesado en el cargo los abogados María Cristina Fernández García y José Mynor Par Usen, integran el Tribunal los Magistrados Claudia Elizabeth Paniagua Pérez y Rony Eulalio López Contreras y, por inhibitoria del Magistrado Nester Mauricio Vásquez Pimentel el Magistrado Juan José Samayoa Villatoro, para conocer y resolver el presente asunto. **III) Sin lugar** el recurso de apelación interpuestos por Pedro Chan García, propietario de la Fábrica de Artículos Block de Rosa –tercero interesado–; consecuentemente, se **confirma** la sentencia de primer grado. **IV)** Notifíquese y con certificación de lo resuelto, devuélvase el antecedente, a donde corresponda.



