

FALTA DE CONSULTA, PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN PROCESO DE OTORGAMIENTO DE LICENCIA.

"(...) el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas constituye un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surge como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de establecer a favor de dichas poblaciones - debido a la marginación a la que históricamente han sido sometidas por factores ligados a sus identidad cultural - una garantía de igualdad en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que le corresponde a cualquier grupo de ciudadanos(...) conlleva para el Estado la obligación de (...) aplicar procedimientos (...) previo a la consumación de acciones gubernamentales que supongan la afectación directa a esas poblaciones (...)"

Descriptor: Identidad cultural; territorio; propiedad; consulta previa, libre e informada

1. Organización

- 1.1. **Nombre:** Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS.
- 1.2. **País(es):** Guatemala.
- 1.3. **Descripción:** CALAS es una Asociación civil no gubernamental, no lucrativa y exenta del Impuesto Sobre la Renta –ISR-, que data del año 2000, sin afiliación política ni religiosa. Su función social tiene matices académicos, de investigación, educación en cuestiones jurídicas y ambientales en el campo del desarrollo comunitario.
- 1.4. **Ejes temáticos:** Somos una organización de derechos humanos especializada en desarrollar procesos legales e incidencia estratégicos nacional e internacional, y formación ciudadana para la protección del ambiente sano el agua, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y no indígenas vulnerados, así como el trabajo libre-adequado de las defensoras defensores de derechos humanos.

2. Caso

- 2.1. **Nombre para referencias:** Progreso VII Derivada. / Licencia el Tambor.
- 2.2. **Información de identificación de sentencia:** Expediente. 1592-2014. 28 de junio de 2016. Corte Suprema de Justicia, constituida en tribunal de amparo.
- 2.3. **Derechos afectados:** Identidad cultural
- 2.4. **Resumen de los hechos del caso.**
 - 2.4.1. El caso nace de la licitación de la minera Exploraciones Mineras de Guatemala, S.A. (EXMINGUA) en el municipio de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, la falta de consulta a la comunidad y la violación de sus derechos fundamentales e inherentes.
 - 2.4.2. En noviembre del 2011, el Ministerio de Energía y Minas (MEM) otorgó la licencia de explotación minera a EXMINGUA pese a gestiones de pobladores cercanos al proyecto en las cuales se señalaban vicios en el procedimiento desde 2011, mujeres, niños y hombres ha articulado acciones de resistencia contra la operación de la mina en una región campesina y con escasez de agua en el país centroamericano.

2.4.3. A pesar de una campaña de criminalización y difamación, y una renovada presencia militar en la región, el campamento de resistencia se mantiene de forma permanente, durante las 24 horas del día. La Corte Suprema de Justicia ordenó al Ministerio de Energía y Minas anular el expediente identificado como LEXT-054-08, entre esa dependencia y la entidad Exploraciones Mineras de Guatemala, en el cual consta la autorización para efectuar los trabajos extractivos. Ya que violaba los derechos de las comunidades, La resolución fue emitida por unanimidad por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

2.5. Actores parte del proceso:

2.5.1. Legitimación activa: Comunidades de los municipios de San José de Golfo y San Pedro Ayampuc del departamento de Guatemala.

2.5.2. Legitimación pasiva: El Estado de Guatemala / Kappes, Cassidy & Associates (KCA)

3. Estrategia de litigio

3.1. Pretensión:

3.1.1. El reclamo de un derecho fundamental por parte de los agraviados y el espíritu del derecho de consulta a los pueblos indígenas. Se interpuso la Acción de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia, lo cual la Corte resuelve a favor de la comunidad, decretando el amparo provisional y que la empresa dejara de seguir trabajando.

3.2. Estrategia:

3.2.1. El reclamo de un derecho fundamental por parte de los agraviados y el espíritu del derecho de consulta a los pueblos indígenas. Se interpuso la Acción de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia, lo cual la Corte resuelve a favor de la comunidad, decretando el amparo provisional y que la empresa dejara de seguir trabajando

3.2.2. Argumentos de Derecho

3.2.2.1. Normativa y Jurisprudencia Nacional:

3.2.2.1.1. El artículo 97 de la Constitución Política de la República de Guatemala La Constitución Política de la República de Guatemala (en adelante constitución), que refiere 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.

3.2.2.1.2. El artículo 67 de la Constitución que refiere a la protección de las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, garantizando su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.

3.2.2.1.3. El artículo 68 de la Constitución que establece que las tierras para comunidades indígenas mantendrán su sistema tradicional de vida Mediante programas especiales y legislación adecuada, para ello el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten.

3.2.2.1.4. El artículo 63 del Código Municipal que establece la consulta a los vecinos. Cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos.

3.2.2.1.5. El artículo 64 del Código Municipal que establece que los vecinos tienen el derecho de solicitar al Concejo Municipal la

celebración de consultas cuando se refiera a asuntos de carácter general que afectan a todos los vecinos del municipio.

3.2.2.1.6. El artículo 65 del Código Municipal que hace alusión a las consultas de las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias.

3.2.2.2. Normativa y Jurisprudencia Internacional:

3.2.2.2.1. El artículo 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Referido al derecho de los pueblos indígenas de participar en las decisiones que pueden afectar sus formas de vida.

3.2.3. Argumentos Procesales

3.2.3.1. Normativa y Jurisprudencia Nacional:

3.2.3.1.1. El artículo 46 de la Ley de Minería que faculta la oposición a la inserción de un proyecto cuando se advierta que este proyecto pueda causar perjuicios.

3.2.3.1.2. El artículo 47 de la Ley de Minería. Referido al trámite de la oposición.

3.2.3.1.3. Artículo 10 de la Ley de Amparo en Guatemala, referido a la Procedencia del amparo.

3.2.3.1.4. El artículo 81 de la Ley de Amparo, referido a la exhibición Personal y de Constitucionalidad.

3.2.3.2. Normativa y Jurisprudencia Internacional: No se hizo referencia.

4. Elementos Probatorios Clave:

4.1. Dictamen número DIC-CIM-seiscientos nueve -cero ocho (DIC-CIM-609-08) manifestó que se analizó el área de solicitud de explotación derivada de la licencia Progreso VII Derivada, determinándose que si cumplía para un área disponible de veinte mil kilómetros cuadrados, según el plano y las coordenadas de ubicación utilizadas para el cálculo del área.

4.2. Dictamen DIC.SM.DM -setenta y uno –dos mil nueve (DIC.SM.DM-71-2009) de fecha doce de marzo de dos mil nueve, la sección de supervisión minera del departamento de derechos mineros, manifestó que el producto minero que sería explotado se designa como “oro y plata” y se considera el nombre apropiado, estableciendo que el área presenta condiciones técnicas adecuadas para una explotación racional y no presenta peligro para la infraestructura, la vida humana y el medio ambiente;

4.3. La unidad de asesoría jurídica del Ministerio de Energía y Minas, mediante dictamen número cuatrocientos once -VII-dos mil once (411-VII-2011) de fecha cuatro de julio de dos mil once emitió opinión favorable para el otorgamiento de la licencia de explotación denominada Progreso VII Derivada,

4.4. Resolución de fecha número tres mil trescientos noventa y cuatro (3394) emitió la Licencia de Explotación Minera a la entidad Exploraciones Mineras de Guatemala, Sociedad Anónima, denominándose Progreso VII Derivada, confiriéndole a la titular dentro del perímetro de la licencia, facultad exclusiva para explotar los productos mineros denominados oro y plata, dentro de un perímetro de diez kilómetros lineales por el plazo de veinticinco años.

4.5. Se prescindió del período probatorio mediante resolución de fecha veinticinco de febrero de dos mil dieciséis; no obstante, se admitieron como medios de prueba los siguientes: d.1) expediente administrativo número SEXT -cero cincuenta y cuatro -cero ocho (SEXT-054-08), del Ministerio de Energía y Minas; y, d.2) presunciones legales y humanas.

5. Sentencia

5.1. Hechos en controversia: Falta de consulta a los pueblos indígenas de las comunidades de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, Guatemala.

5.2. Motivación de la sentencia: Incumplimiento de la consulta a pueblos indígenas, consentimiento libre, previo e informado.

5.2.1. Fundamentos normativos:

5.2.1.1. Antes de la concesión de la licencia de Proyecto Derivada VII no se realizó el proceso de consulta previa a la comunidad, en la que se pudiera informar sobre el proyecto, de acuerdo con lo establecido en el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre los Derechos de los Pueblos Originarios. Es por eso por lo que el Centro de Acción Legal Ambiental y Social (CALAS) presentó un amparo el 29 de agosto de 2014, en el que indica que el Estado falló al no consultar a las comunidades aledañas previo a la explotación del territorio.

5.2.1.2. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

5.2.1.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos –ratificada por Guatemala en mil novecientos setenta y ocho–. Artículo 21.

5.2.1.4. Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas.

5.2.1.5. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.; párrafo 154.

5.2.1.6. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.); párrafo 211.

5.2.1.7. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafo 149.

5.2.1.8. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185. Párr. 128 a 133

5.2.1.9. Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 32, numerales 2 y 3.

5.2.2. Razonamiento (argumentos):

5.2.2.1. La Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo. Guatemala, resuelve el amparo presentado por el Centro de Acción Legal – Ambiental y Social de Guatemala con base en nueve considerandos, de los cuales el considerando III, V, VI, VII, VIII, son los más relevantes.

5.2.2.2. En cuanto al considerando III, la Corte hace un análisis de los artículos 44, 46, 66 y 67 de la Constitución Política de Guatemala. Toda vez, que en ellas se desarrollan los derechos inherentes a la persona humana (art. 44) desde una perspectiva del principio de igualdad y no discriminación; la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno (art. 46); la protección de los grupos étnicos (art. 66); y la protección de las tierras y cooperativas agrícolas indígenas (art. 67).

5.2.2.3. Asimismo, en cuanto al considerando V, la Corte analiza diversos instrumentos internacionales que pertenecen al Bloque de Constitucionalidad, tales como: a) el Convenio 169 de la OIT; b) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, c) la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y, d) la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los

pueblos indígenas. En este sentido, concluyó que el Compromiso de Guatemala con relación a los derechos de los pueblos indígenas se expresa en varios componentes. Estos son: a) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al Bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala; b) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y c) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal - sobre todo en cuanto a la legislación aplicable - a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país.

5.2.2.4. Por otro lado, respecto al considerando VI la Corte analiza las características de la consulta obligatoria y establece que "... el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas constituye un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surge como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de establecer a favor de dichas poblaciones - debido a la marginación a la que históricamente han sido sometidas por factores ligados a sus identidad cultural - una garantía de igualdad en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que le corresponde a cualquier grupo de ciudadanos... conlleva para el Estado la obligación de ... aplicar procedimientos ... previo a la consumación de acciones gubernamentales que supongan la afectación directa a esas poblaciones...".

5.2.2.5. A su vez, la Corte en el considerando VII analiza la dimensión colectiva del artículo del derecho a la consulta previa. Finalmente, la Corte en el considerando VIII, establece que: "... a) el Derecho de Consulta Previa de los Pueblos indígenas, es de carácter constitucional, por lo que forma parte del catálogo de derechos fundamentales reconocidos e incorporados en el Bloque de Constitucionalidad de Guatemala, en el entendido que el Tribunal Constitucional se encuentra facultado para examinar la vulneración de aquellos derechos contenidos en tratados internacionales que reconozcan derechos fundamentales, esto al realizar una integración armónica conforme el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala; b) al constituir la consulta previa un derecho fundamental, es de imperatividad absoluta, por lo que goza del principio de supremacía constitucional, en consecuencia, todos los procedimientos de explotación minera que se realicen en Guatemala, deben observar obligatoriamente este derecho fundamental de carácter colectivo.

5.2.3. Aplicación del control de convencionalidad: Sí se aplicó el Control de convencionalidad. La resolución de la CC confirmó el amparo provisional que le otorgó la CSJ al Centro de Acción Legal, Ambiental y Social (CALAS) en noviembre de 2015, que argumentó que no se había respetado el derecho de consulta de las comunidades de San José El Golfo y San Pedro Ayampuc.

5.3. Desarrollo del derecho en cuestión:

5.3.1. "(...) el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas constituye un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surge como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de establecer a favor de dichas poblaciones - debido a la

marginación a la que históricamente han sido sometidas por factores ligados a sus identidad cultural - una garantía de igualdad en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que le corresponde a cualquier grupo de ciudadanos(...) conlleva para el Estado la obligación de (...) aplicar procedimientos (...) previo a la consumación de acciones gubernamentales que supongan la afectación directa a esas poblaciones (...)"

5.4. Resultado (medidas ordenadas): A través de la resolución del presente caso se ordenaron las siguientes medidas:

- 5.4.1.** Deja en suspenso, en cuanto al reclamante, el otorgamiento de la licencia de explotación minera para explotar oro y plata en los municipios de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo del departamento de Guatemala denominada "PROGRESO VII DERIVADA" Expediente número LEXT- cero cincuenta y cuatro - cero ocho (LEXT-054-08) otorgado a la entidad Exploraciones Mineras de Guatemala, Sociedad Anónima, emitida por el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS;
- 5.4.2.** Restituye a los representados de la entidad postulante en la situación jurídica anterior a esa resolución;
- 5.4.3.** Ordena a la autoridad impugnada resolver conforme a derecho y a lo aquí considerado, respetando los derechos y garantías de los representados de la entidad postulante, bajo apercibimiento de imponer la multa de mil quetzales, en caso de no acatar lo resuelto dentro del plazo de tres días siguientes de haber recibido la ejecutoria y sus antecedentes, sin perjuicio de las responsabilidades legales correspondientes.

6. Estado de ejecución de sentencia

- 6.1. Medidas ejecutadas:** Preparación de la consulta por medio del Ministerio de Energía y Minas. La cual está pendiente de realizarse debido al proceso previo del caso el Escobal en Santa Rosa.
- 6.2. Medidas pendientes de ejecución:** El cumplimiento es parcial pues existe incertidumbre sobre el futuro de las operaciones de la empresa, pues la defensa de la empresa minera iniciará un proceso de arbitraje bajo el Tratado de Libre Comercio entre Guatemala y Estados Unidos. El proceso establecido por el Ministerio de Energía y Minas se compone de siete fases:
 - 6.2.1.** Reuniones iniciales, pre-consulta
 - 6.2.2.** Presentación de la información del proyecto
 - 6.2.3.** Evaluación de ésta por la comisión de Pueblos Indígenas
 - 6.2.4.** Procesos de diálogo intercultural
 - 6.2.5.** Establecimiento de acuerdos y monitoreo y seguimiento.
- 6.3. Obstáculos identificados:** La falta de experiencia del Estado en casos de litigio internacional y aplicación del convenio 169 de la OIT.
- 6.4. Litigio a nivel internacional:** El 16 de mayo de 2018 KCA presentó la intención de su demanda en contra del Estado de Guatemala ante el CIADI, por un monto que rondaría los US\$ 300 millones. Para KCA la decisión tomada, tanto por la Corte Suprema de Justicia (CSJ), como posteriormente por la Corte de Constitucionalidad (CC) de Guatemala, dejaba ver el trato injusto hacia la empresa al ordenarles la suspensión del proyecto El Tambor.