

DIRECTRICES DE LA PRE – CONSULTA

“Dentro de los derechos sociales regulados en la Constitución Política de la República, se reconoce expresamente el derecho a la cultura, en el sentido que toda persona “tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la Nación”.

Descriptor: Pueblos indígenas, identidad cultural, territorio.

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-adeecuado de las defensoras defensores de derechos humanos.

2. Caso.

2.1. Nombre del caso: Directrices de la pre - consulta.

2.2. Información de identificación de sentencia: Expediente 4785-2017. 03 de septiembre de 2018. Corte de Constitucionalidad.

2.3. Resumen del caso:

2.3.1. El 14 de noviembre, Tahoe Resources Inc. destacaba entre los resultados del tercer trimestre de 2012 que la “licencia de explotación está prevista para el cuarto trimestre de este año. El resto de los permisos han sido recibidos”. De acuerdo con las normas vigentes, no había razones para no otorgarla.

2.3.2. Para entonces, según la cronología de la licencia de explotación presentada por el Ministerio de Energía y Minas (MEM), desde el 1 de febrero de 2012 se tenía el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación (PGN), el último paso legal para avalar la explotación en la zona. Aun así, no se hizo. Desde 2011, pobladores del municipio solicitaron al alcalde que se organizara una consulta para saber si la población estaba a favor o en contra de la minería metálica en la zona.

2.3.3. Según la literal K del artículo 17 del Código Municipal, los habitantes de un municipio tienen el derecho de solicitar una consulta popular municipal para indagar sobre aquellos asuntos de gran trascendencia para su territorio. Para ello, el 10% de los vecinos empadronados tienen que firmar una solicitud dirigida al concejo municipal.

2.3.4. La discriminación y violación al derecho de consulta a los pueblos indígenas Xinkas de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, derivado del

otorgamiento de las licencias siguientes: i) de exploración, denominada Juan Bosco, otorgada mediante resolución cero cero nueve (009) de veintiséis de abril de dos mil doce de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas; y, ii) de explotación, denominada Escobal, aprobada mediante resolución un mil trescientos dos (1302) de tres de abril de dos mil trece del Ministerio de Energía y Minas.

2.4. Derecho afectado: Identidad cultural, derecho a la propiedad, consulta previa libre e informada.

2.5. Actores partes del proceso.

2.5.1. Legitimación activa: El Parlamento del Pueblo Xinka y las comunidades asentadas alrededor del proyecto de los municipios de Santa Rosa Lima, San Rafael Las Flores, Nueva Santa Rosa del departamento de Santa Rosa y Mataquescuintla, Jalapa.

2.5.2. Legitimación pasiva: Panamerican Silver / Estado de Guatemala

3. Estrategia de litigio

3.1. Pretensión: Protección del derecho al territorio y el derecho a la consulta, previa, libre e informada de los pueblos indígenas.

3.2. Estrategia: Procesos de formación sobre Derechos Humanos y Participación Ciudadana, Actividades de Incidencia Política y Litigio Estratégico. El planteamiento fue una Acción de Amparo a los juzgados de San Rafael Las Flores, Santa Rosa por la no consulta a las comunidades Xinkas por parte del Ministerio de Energía y Minas. Ya que el Ministerio había otorgado las licencias de explotación (El Escobal) y de Exploración (Juan Bosco) sin haber consultado a las comunidades como lo establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-. Amparo ante la Corte Suprema de Justicia, la cual dicta en el auto el amparo provisional, pero después lo revoca. La Corte de Constitucionalidad decreta el amparo provisional, por la no consulta a las comunidades quien se vería afectadas con la empresa minera y establece realizar la consulta. Se solicitó que se deje en suspenso definitivo las resoluciones mediante las cuales se aprobaron las licencias de exploración y explotación minera identificadas y se ordene al Ministerio de Energía y Minas que, previo a emitir nuevas resoluciones administrativas de otorgamiento de licencias mineras en los territorios indígenas señalados, desarrolle el proceso de consulta a la población indígena, conforme lo ordena el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo y las declaraciones de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos Sobre Pueblos Indígenas. Conforme lo regula el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Señaló que el referido Convenio preceptúa que para que la consulta sea efectiva y cumpla con el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas, es necesario que se lleve a cabo con las comunidades afectadas, las personas que las representan legítimamente y las personas u organizaciones que ellas mismas designen para el efecto. Señaló que el referido Convenio preceptúa que para que la consulta sea efectiva y cumpla con el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas, es necesario que se lleve a cabo con las comunidades afectadas, las personas que las representan legítimamente y las personas u organizaciones que ellas mismas designen para el efecto.

3.2.1. Argumentos de Derecho

3.2.1.1. Normativa y Jurisprudencia Nacional:

- 3.2.1.1.1. El artículo 97 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 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.
- 3.2.1.1.2. El artículo 66 de la Constitución que establece la protección a grupos étnicos.
- 3.2.1.1.3. El artículo 67 de la Constitución que establece la protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas.
- 3.2.1.1.4. El artículo 68 de la Constitución que establece la protección del territorio indígena, a través de programas especiales y legislación adecuada.
- 3.2.1.1.5. El artículo 63 del Código Municipal que hace referencia al derecho que tienen los vecinos de ser consultados ante eventos de trascendencia que puedan afectar su estabilidad.
- 3.2.1.1.6. El artículo 65 del Código Municipal que refiere al derecho de consulta 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.

3.2.1.2. Normativa y Jurisprudencia Internacional:

- 3.2.1.2.1. 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.
- 3.2.1.2.2. El artículo 22 de la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas que establece que toda controversia entre dos o más Estados será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla.

3.2.2. Argumentos Procesales:

- 3.2.2.1. **Normativa y Jurisprudencia Nacional:** El fundamento del amparo se sustente en los artículos citados y 265, 268 y 272, literal c), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1º, 2º, 3º, 4º, 8º, 10, 42, 47, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 66, 67, 78, 149, 163, literal c) y 170 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y 35 y 36 del Acuerdo 1–2013 de la Corte de Constitucionalidad.
- 3.2.2.2. **Normativa y Jurisprudencia Internacional:** No se utilizó.

3.2.3. Elementos Probatorios Clave:

- 3.2.3.1. Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Escobal, presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, páginas de la cinco – uno a la cinco – cinco, cinco – catorce y de la diez – uno a la diez – doce (5-1 a la 5-5, 5-14 y de la 10-1 a la 10-12).
- 3.2.3.2. Presentación de los resultados del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto minero Escobal a las alcaldías y la sociedad civil, por parte de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y el Ministerio de Energía y Minas.
- 3.2.3.3. Convenio de cooperación suscrito entre el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima.
- 3.2.3.4. El estudio de impacto ambiental de los sitios arqueológicos y lugares sagrados de la comunidad Xinka.

- 3.2.3.5. Encuesta realizada en el departamento de Santa Rosa.
- 3.2.3.6. Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Escobal, presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, páginas de la cinco – uno a la cinco – cinco, cinco – catorce y de la diez – uno a la diez – doce (5-1 a la 5-5, 5-14 y de la 10-1 a la 10-12).
- 3.2.3.7. Presentación de los resultados del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto minero Escobal a las alcaldías y la sociedad civil, por parte de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y el Ministerio de Energía y Minas.
- 3.2.3.8. Convenio de cooperación suscrito entre el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima.
- 3.2.3.9. El estudio de impacto ambiental de los sitios arqueológicos y lugares sagrados de la comunidad Xinka.
- 3.2.3.10. Encuesta realizada en el departamento de Santa Rosa.

4. Sentencia

4.1. **Hechos en controversia:** Se cumplió o no con el proceso de consulta a la comunidad indígenas Xinkas de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa en el proceso de otorgamiento de licencia para ejecución de proyecto.

4.2. Motivación de la sentencia:

4.2.1. Fundamentos normativos:

- 4.2.1.1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículo 21.
- 4.2.1.2. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párr. 135
- 4.2.1.3. 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, párr. 149.
- 4.2.1.4. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118
- 4.2.1.5. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 212.
- 4.2.1.6. Caso del Pueblo Saramaka Vs. 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, párr. 37
- 4.2.1.7. Opinión Consultiva “Medio Ambiente y Derechos Humanos” 23/17 de quince de noviembre de dos mil diecisiete.
- 4.2.1.8. Convenio 169 de la Organización del Trabajo. Artículos 2, 6 ,7, 13 y 15.
- 4.2.1.9. Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con voto favorable de Guatemala, el trece de septiembre de dos mil siete–. Artículos 29 y 32.
- 4.2.1.10. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Declaración de Río
- 4.2.1.11. 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. párr. 254.

4.2.1.12. 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.

4.2.2. Razonamiento (argumentos):

4.2.2.1. La Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, desarrolla la sentencia con base en XI puntos fundamentales, de los cuales el punto V, sobre el derecho de los pueblos indígenas ante actividades mineras; el punto VII, sobre las pautas para la realización de los procesos de consulta y el punto VIII, sobre la denuncia de afectación a sitios arqueológicos, resultan ser de mayor relevancia, toda vez, que establecen un precedente sobre el derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas, la aplicabilidad de la normativa en la protección del medio ambiente y los derechos de las comunidades indígenas.

4.2.2.2. En este sentido respecto al punto V, la Corte hace un análisis sobre: A) el Convenio 169 de la OIT; B) el Medio ambiente y su vínculo especial de los pueblos indígenas con sus territorios y recursos naturales. La consulta prevista en el convenio 169 de la OIT como mecanismo de protección; C) las actividades mineras y su incidencia en el entorno en el cual se desarrollan. Su tratamiento cuando se realicen en territorios en los que habitan pueblos indígenas; D) las condiciones que deben observarse en la realización de la consulta previa de los pueblos indígenas; E) la autoridad competente para determinar la procedencia del proceso de consulta respecto de proyectos mineros y, en su caso, administrarlo; F) el proceder inexcusable del ministro de Energía y Minas en casos de licencias para proyectos mineros. Momento oportuno para establecer la existencia de pueblos indígenas y disponer, en su caso, la realización del proceso de consulta; G) los titulares del derecho de consulta: pueblos indígenas y tribales. Los elementos que determinan su existencia y H) la forma en la que deben proceder las autoridades administrativas o los órganos jurisdiccionales caso de que exista duda sobre la existencia de pueblos indígenas.

4.2.2.3. Asimismo, en el punto VII, la Corte de constitucionalidad establece unas pautas para la realización de los procesos de consulta. En principio la Corte establece que la consulta debe ser de buena fé, y debe buscar el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes. Debe ser pleno y transparente ya que se debe considerar los beneficios y repercusiones, así como la mitigación, compensación y el resarcimiento de los posibles daños que se causarían al insertar un proyecto. Se debe priorizar la visión cultural y ajustada de la realidad. Deberán constituirse espacios idóneos, para el diálogo y la información del proyecto. El Estado deberá escuchar las preocupaciones de los pueblos indígenas, entre otros criterios importantes.

4.2.2.4. Además de ello, la Corte estableció que debe existir una etapa de pre - consulta en donde se fijará: i) un plazo; ii) las personas e instituciones idóneas. Posteriormente se procederá con la proposición y definición de los procesos de consulta, que deben contener como mínimo: a) las actividades que se deben realizar; b) designación por parte del pueblo indígena de la persona que acompañará en el proceso de consulta; c) la exposición del modo de vida tradicional, su identidad cultural, estructura social, sistema económico, creencias, entre otros aspectos que

conforman sus modos de vida, d) mecanismos de solución de las desavenencias, e) calendarización de las fases del proceso de consulta.

4.2.2.5. Finalizado con el proceso de pre consulta, se iniciará con el proceso de consulta, en el cual los actores principales del proceso dialogarán a fin de arribar a acuerdos a través del consenso, por medio de sus respectivos representantes. A solicitud de cualquiera de ellos, el representante de la Comisión Presidencial de Diálogo puede desempeñarse como facilitador, mediador o conciliador.

4.2.2.6. Alcanzado los acuerdos, las autoridades gubernativas y municipales competentes deben definir y, en su caso, autorizar, las formas y requisitos destinados a garantizar el cumplimiento de aquellos. Todos los actos relacionados serán realizados inmediatamente.

4.2.3. Aplicación del control de convencionalidad: Sí. En el presente caso la Corte de Constitucionalidad de Guatemala utiliza normas convencionales y de *soft law* para fortalecer la línea argumentativa del derecho a la consulta previa, libre e informada.

4.3. Desarrollo del derecho en cuestión: "Dentro de los derechos sociales regulados en la Constitución Política de la República, se reconoce expresamente el derecho a la cultura, en el sentido que toda persona "tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la Nación" (Artículo 57) y, paralelamente, el derecho de las personas y de las comunidades "a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres" (Artículo 58). Íntimamente vinculado a lo anterior, es universalmente aceptado que el patrimonio cultural de un país también se conforma de todos los vestigios de actividad humana existentes en un entorno físico determinado, los cuales son fuente invaluable de información sobre la vida y costumbres de los pueblos y, también, sobre la evolución histórica de los oficios, las técnicas, el arte y las manifestaciones espirituales. Atendiendo a esa circunstancia, la normativa Fundamental de Guatemala establece que conforman el Patrimonio Cultural de la Nación "los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país", los cuales quedan bajo la protección del Estado y, como tales, se prohíbe expresamente "su enajenación, exportación o alteración, salvo los casos que determine la ley" (Artículo 60). Sobre los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el Centro Cultural de Guatemala, el Artículo 61 constitucional complementa lo anterior al preceptuar que "(...) recibirán atención especial del Estado, con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales (...)"

4.4 Resultado (medidas ordenadas): La CC ordenó al MEM llevar a cabo el proceso de consulta con el pueblo xinca con miras a reactivar el derecho minero Escobal, en San Rafael Las Flores, Santa Rosa, detalló. Este proceso establece la fase de preconsulta, con participación de entre 80 y 90 personas y con duración de dos a tres meses. Posteriormente, se trabajará en la planeación y diseño de la consulta, aspecto que podría durar hasta tres meses. Asimismo, se explicó que la fase de consulta incluye evaluación y entrega de información, diálogo intercultural y monitoreo y seguimiento

5. Estado de ejecución de sentencia.

5.1. Medidas ejecutadas:

5.1.1. Durante el año 2020, el ministro de Energía y Minas, Alberto Pimentel, indicó que con el Parlamento del Pueblo Xinca de Guatemala se establecieron fechas tentativas para la preconsulta con el objetivo de empezar la misma con el pueblo Xinca, luego de acuerdos alcanzados previamente. En la fase en

mención se establecerán los pasos y el cronograma para la consulta comunitaria para ejecutar la orden de la Corte de Constitucionalidad (CC) y podría tardar entre 2 a 3 meses, pero el plazo es variable según las circunstancias de la pandemia que vive Guatemala y otros países del mundo.

5.1.2. Según los plazos estimados por el MEM, un proceso de consulta y de preconsulta de los proyectos en general abarca seis fases, además de labores administrativas y puede abarcar entre 20 y 22 meses aparte del monitoreo que es parte de la sexta fase, aunque se pueden acortar o ser mayores dependiendo del avance que se logre.

5.1.3. En el caso de la mina de San Rafael, está en la fase dos de convocatoria y preconsulta, es decir, ya han recorrido por lo que de cumplirse la estimación de fases de un proyecto le podría faltar entre 11 y 13 meses además de la fase del monitoreo, pero también dependerá de que avances y dificultades enfrente.

5.2. Medidas pendientes de ejecución:

5.2.1. Es vital subrayar que en todo momento la consulta debe ser concebida, como un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes consecuentemente, en el caso concreto debe estar orientada, por un lado, a formar en las comunidades Xinkas ubicadas en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, un panorama objetivo, pleno y transparente del modo y grado de las implicaciones de la autorización de los proyectos mineros. El día 18 de diciembre de 2019 se presentó una acción de amparo ante la Corte Suprema de Justicia por el incumplimiento de los ministerios de Energía y Minas y de Ambiente y Recursos Naturales por la no realización de la consulta sobre el Proyecto El Escobal.

5.3. Obstáculos identificados:

5.3.1. La falta de aplicabilidad de la sentencia y que los entes, la falta de temporalidad de la realización de la consulta y las mesas de diálogo no han llegado a un consenso.

5.4. Litigio a nivel internacional:

5.4.1. No se inició un proceso a nivel internacional. Sin embargo, el proceso que se encontraba abierto en Canadá por el atentado a líderes comunitarios terminó en un acuerdo entre los defensores afectados y la empresa.