



## Resumen de la sentencia del caso Oxec

Lucía Xiloj con base en publicación de El Observador

Este material has sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos, a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) bajo los términos del Contrato No. 7200AA20CA00013. Las opiniones expresadas en esta publicación, video u otro producto de comunicación son exclusivas del autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de USAID o del gobierno de los Estados Unidos.

## Resumen de la sentencia del Caso Oxec

### La consulta a pueblos maya q'eqchi en Guatemala.

Desde 1996 Guatemala es signataria del Convenio 169 de la OIT, por lo que la Consulta a los Pueblos Indígenas es un derecho de éstos y, por lo tanto, un compromiso oficial respetarlo frente a cualquier autorización de medidas administrativas que afecten sus territorios. Además, como la propia Corte de Constitucionalidad (CC) ha afirmado por medio de su concepto de “bloque de constitucionalidad”: todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos forma parte integral de la Constitución guatemalteca.

Así pues, por medio de amparos ante las concesiones que el Estado ha otorgado a través del Ministerio de Energía y Minas (MEM), las comunidades han defendido sus medios de vida naturales de reproducción colectiva. De manera paciente, progresiva y sistemática, han ido validando sus argumentos en las diferentes Cortes: Salas de Apelaciones, Corte Suprema de Justicia /CSJ) y CC, de que el Estado tiene que reconocerlos y, por ende, consultarlos ante el otorgamiento de licencias que permiten el aprovechamiento de los ríos o la extracción de minerales. En este punto, es necesario recordar que el máximo órgano jurisdiccional en materia de justicia constitucional es la CC.

El Derecho de Consulta a Pueblos Indígenas es un derecho operativo por cuanto tiene una finalidad aún mayor: que los Pueblos sean tomados en cuenta activamente por parte del Estado en la definición, ejecución y evaluación de planes de desarrollo, para que no vean afectados su medio ambiente y territorio en el que históricamente se desenvuelven, y con el cual tienen una una relación que es imposible separar, pues supone la base de su propia subsistencia material y espiritual.

Ante la negativa de las autoridades estatales de consultarlos, miembros de los Pueblos Indígenas afectados, a través de sí mismos o por medio de organizaciones sociales, han acudido a la vía de la justicia constitucional para exigir que se reconozca y haga valer su derecho.

### Antecedentes el caso

En los años 2013 y 2015, el Ministerio de Energía y Minas emitió los Acuerdos Ministeriales 260-2013 y 27-2015 respectivamente, en los que autorizó de manera definitiva la implementación de la Central Generadora Hidroeléctrica Oxec y Oxec II sobre los Ríos Oxec y Cahabón, localizados en el municipio de Santa María Cahabón, Alta Verapaz, sin consultar a las comunidades q'eqchi' asentadas ancestralmente en ese territorio.

Por lo anterior, el 11 de enero de 2015, Bernardo Caal Xól, q'eqchi, originario y vecino de ese municipio, planteó ante la Sección de Amparo de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), acción constitucional contra el MEM por haber autorizado licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos mencionados, sin consultar a las comunidades indígenas. Según indicó, estos

actos administrativos violentaron los derechos a la vida, salud, medio ambiente, equilibrio ecológico, agua y consulta a Pueblos Indígenas así como el principio de legalidad.

Dos años después, el 4 de enero de 2017, la CSJ resolvió en primera instancia a favor del amparista Bernardo Caal Xól, dejando en suspenso las licencias relacionadas, lo que provocó la inconformidad del titular del MEM, y de los personeros de las entidades mercantiles Oxec, Sociedad Anónima, y Oxec II, Sociedad Anónima, quienes de manera separada apelaron tal resolución.

Es necesario resaltar que los argumentos vertidos en la Apelación de Amparo - documento de apelación y alegatos el día de la vista- por parte del MEM y de las empresas, son prácticamente iguales y giran alrededor de los siguientes puntos:

1. Atacar la legitimidad de Bernardo Caal Xól.
2. Defender la legalidad del procedimiento que culminó con las licencias en función que se cumplió con lo estipulado por la Constitución Política de la República y la Ley General de Electricidad y su Reglamento; y,
3. Disfrazar diversas reuniones que se sostuvieron en el marco de la implementación de las plantas hidroeléctricas con algunos representantes de las comunidades, como si hubieran sido Consultas a Pueblos Indígenas.

En forma rápida pero sorpresiva, finalmente la CC resolvió la Apelación de Amparo pero con el efecto práctico de anular la suspensión de las licencias, permitiendo las operaciones empresariales y mandando a que se realizara una Consulta Previa, Libre, Informada y de Buena Fe ex post al inicio de operaciones, solicitando a las partes -MEM, empresas y comunidades indígenas implicadas- llegar a un consenso.

### ***Doctrina constitucional asentada en la Sentencia de Amparo del caso Oxec y Oxec II***

La Sentencia de Amparo del caso Oxec y Oxec II contiene elementos importantes con relación a cómo la institucionalidad del Estado de Guatemala, concibe el derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas frente a acciones administrativas o legislativas que los afecten. Como se verá a continuación, algunos de ellos son valiosos porque abonan en el catálogo de derechos de los Pueblos Indígenas que deben ser obligatoriamente garantizados por todo ente oficial de autoridad. Sin embargo, algunos de ellos implican severas deficiencias, sobre todo porque de manera desesperada tratan de equiparar en grado constitucional los derechos de las personas y de los Pueblos Indígenas, con el de las empresas inversoras. También es negativo porque en ellos se desconoce el principio universalmente aceptado de Libre determinación de los Pueblos, dejando claro que en última instancia, en materia de modelo de desarrollo el Estado tiene la última palabra.

Entre los aspectos doctrinales más importantes que establece la Sentencia de Apelación del caso Oxec y Oxec II, están:

*1) Otorgamiento de legitimación activa a miembros de las comunidades indígenas para la defensa constitucional de derechos colectivos.*

En este caso concreto, la CC otorgó legitimidad activa a Bernardo Caal Xól indicando que había acreditado ser originario y vecino del municipio de Santa María Cahabón, lo cual se comprobó con su Documento Personal de Identidad (DPI). Sin embargo, la resolución no se queda en el aspecto formal de procedencia y registro del amparista, y resalta como fundamental su autoidentificación como miembro de la comunidad indígena del lugar.

*... el reconocimiento de la legitimación al postulante para promover amparo en defensa de un medio ambiente saludable, es corolario de que demostró ser oriundo del municipio de Santa María Cahabón del departamento de Alta Verapaz y, por ende, que su relación con esta comunidad indígena entraña para él una forma particular de ver la vida y actuar en el mundo; en otras palabras, una filosofía de vida que propicia el bienestar material y la plenitud del espíritu, lo que a su vez conlleva razonablemente a considerar que el amparista está habilitado para ejercer la protección de los recursos naturales de la comunidad indicada, si avizora que estos pueden o ya están sufriendo afectación por la autorización para que operen las hidroeléctricas a las que se ha venido haciendo referencia en los apartados conducentes. Es el sentido de pertenencia del accionante hacia aquella comunidad un componente que cobra relevancia en el estamento constitucional y tiene una connotación garantista en función del derecho humano al ambiente sano, pues ello posibilita instar una acción constitucional como la presente, en la que está inmersa una postura legítima del solicitante al propugnar afianzar la supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y prolongación de la cosmovisión y costumbres de la comunidad maya con la que se identifica (Corte de Constitucionalidad. Sentencia Caso Oxec y Oxec II. Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 Y 92-2017. Páginas 37 y 38).*

*2) Reconocimiento del Procurador de los Derechos Humanos (PDH) para actuar en la defensa de derechos colectivos como en el presente caso.*

Como ha sucedido en otras materias, la CC estableció en este caso que en función del Artículo 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, el Procurador de los Derechos Humanos (PDH) cumple con su función natural de defender los derechos colectivos cuando se pronuncia en favor que se respete el Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas. Agrega que este derecho constituye un derecho humano que debe considerarse parte integral de los derechos que se respetan en Guatemala por estar contenido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual constituye una obligación internacional del Estado.

*3) La debida protección del medio ambiente es una obligación estatal, municipal y de todos los habitantes de la República.*

Este aspecto es importante en doble sentido porque en función del Artículo 97 de la Constitución Política de la República, la CC determina:

- a) Que es su obligación pronunciarse en casos en donde esté en juego el equilibrio ecológico; y,
- b) Que se refuerza la legitimidad activa de Bernardo Caal Xól, quien actúa como defensor de la naturaleza.

*4) Aspectos relativos a la definitividad de los actos públicos que implican una omisión por parte de la autoridad.*

Uno de los presupuestos básicos de procedencia de una acción constitucional de amparo en contra de actos emanados de la autoridad, es que el amparista haya agotado todos los mecanismos administrativos que disponen las leyes y reglamentos del país para atacar la juricidad del acto. En el caso específico de la concesión de licencias para explotación o uso de bienes naturales o de dominio público, el mecanismo procedente es la oposición que debe hacerse luego que el MEM publique en el Diario Oficial su intención de autorizar un determinado proyecto.

Este argumento fue utilizado por el MEM y por las empresas para alegar que el amparo en primera instancia, era improcedente porque el amparista no había actuado en el momento oportuno, por lo que la resolución administrativa correspondiente debía considerarse definitiva.

Los aspectos doctrinarios relevantes para el caso que nos ocupa con relación a lo estipulado por la CC, son dos:

1. Indica que el hecho por el cual se pide el amparo es negativo, es decir, es por una omisión o ausencia de acción por parte de la autoridad, por lo que la extemporaneidad no es admisible.
2. Establece que al amparista no puede exigírsele que haya interpuesto recursos o utilizado mecanismos para discutir la juricidad de lo actuado por el Ministerio por la razón que no tuvo acceso al procedimiento de que se trata.

En todo caso, en este punto es negativo que la CC continúe abordando la falta de Consulta Previa como una “omisión”, cuando en sentido real lo que significa es una violación flagrante a un derecho colectivo.

*5) Control de convencionalidad y bloque de constitucionalidad con relación al Derecho de Consulta a Pueblos Indígenas*

En principio, la CC da a conocer cuál es el cúmulo de instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos que compelen a Guatemala a garantizar el Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas, los cuales son reproducidos a continuación (**Corte de Constitucionalidad. Sentencia Caso Oxec y Oxec II. Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 Y 92-2017. Páginas 43 y ss**):

1. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, ratificado por Guatemala en 1996, luego que la propia CC respaldara su compatibilidad con la Constitución Política de la República -opinión consultiva emitida en el 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).
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Guatemala en 1978, por cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha asentado que:
  - 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 (Casos Kichwa de Sarayaku contra Ecuador); 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 aquéllos, 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 (Caso Saramaka contra Surinam).
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) al que Guatemala se adhirió en 1992, 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,

## ***Los nueve pasos estipulados por la CC para efectivizar el Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas en tanto no exista una reglamentación específica***

### **1. Elaboración de Estudio de Impacto Ambiental (EIA).**

- El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN) envía al MEM un informe circunstanciado en el que indica las repercusiones ambientales del proyecto en cuestión, el cual permita efectuar un balance sobre el modo y grado de incidencia que este tendrá y el área que afecta o afectará.

### **2. Convocatoria a proceso de Pre Consulta**

- Recibido el EIA, el MEM debe realizar una convocatoria por medio de todos los medios disponibles en Santa María Cahabón, en idioma español y q'eqchi, para proceso de Pre Consulta.

### **3. Actores convocados a proceso de Pre Consulta**

- Un titular y un suplente de: Consejo Municipal de Santa María Cahabón, representantes de pueblos q'eqchies con sede en Santa María Cahabón a través del Consejo Departamental de Desarrollo, Ministerio de Cultura y Deportes, MARN, Junta Directiva de la comunidad lingüística q'eqchi a través de la Academia de Lenguas Mayas, Consejos Comunitarios de Desarrollo (COCODES) que funcionen en Santa María Cahabón, empresas interesadas en obtener la autorización de inicio de operaciones.

### **4. Otros actores relevantes**

PDH, USAC, universidades privadas que integran el Consejo Departamental de Desarrollo (CODEDE) que funcionen en Alta Verapaz.

### **5. Etapa de Pre Consulta**

- Las instituciones idóneas hacen una presentación sobre las implicaciones de otorgar autorización para utilizar bienes de dominio público sobre los ríos, para la instalación de plantas hidroeléctricas y su incidencia en las comunidades q'eqchies.

### **6. Bases para la Consulta**

- Las partes se disponen a diseñar los mecanismos por medio de los cuales se desarrollará la Consulta. Esto conlleva: procedimientos para alcanzar consensos de buena fe, medios para trasladar información a la población en forma culturalmente pertinente y efectiva, forma de resolución de desavenencias, calendarización con plazos razonables, los cuales incluirán etapa para pronunciarse sobre las propuestas formuladas, fechas de materialización de preacuerdos, sistematización de acuerdos alcanzados y seguimiento a los mismos.

## **7. Apertura de la consulta**

- Diálogo entre los representantes de los actores principales: MEM, las empresas, las comunidades, pudiendo el PDH fungir como mediador, facilitador o conciliador.

## **8. Garantía de cumplimiento de acuerdos**

- Finalizado el diálogo y alcanzados los acuerdos, las autoridades gubernativas y municipales deben definir las formas para garantizar el cumplimiento de los acuerdos.

## **9. Plazo razonable**

- Se establece que 12 meses es un plazo razonable para desarrollar este procedimiento.



# Derecho a la **consulta** y al **consentimiento** previo, libre e **informado**

