



SENTENCIA

CONSULTA AL PUEBLO XINKA

Corte de Constitucionalidad, de 3 de septiembre de 2018,
expediente No. 4785-2017

Resumen de la sentencia del caso Xinka

Lucía Xiloj con base en publicación de El Observador

Este material ha 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 del pueblo Xinka El proyecto Escobal y la consulta al pueblo Xinka.

El amparista del presente caso fue la asociación Centro de Acción Legal Ambiental y Social (CALAS), quien denunció al Ministro de Energía y Minas por **violación al** derecho de protección a grupos étnicos, de participación, de consulta y otorgamiento de consentimiento libre, previo e informado, así como el de igualdad y al principio de no discriminación racial.

Según el amparista, dichas licencias debieron ser suspendidas en definitiva en el amparo de primera instancia porque la autoridad estatal las otorgó negando la existencia del Pueblo Indígena Xinka en los lugares de afectación de dichos proyectos mineros, lo cual fue utilizado como excusa para no realizar la Consulta Libre, Previa, Informada y de Buena Fe que mandata el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, lo cual es Ley en Guatemala. En virtud de la suspensión, expresó CALAS, si la empresa quería continuar con sus operaciones debía reiniciar el trámite administrativo, esta vez consultando la autoridad correspondiente a los Pueblos Xinkas de la región.

Como terceros interesados en el proceso estuvieron presentes: Asociación Parlamento Xinka de Guatemala, Municipalidad de Matacaescuintla; Municipalidad de Casillas; Municipalidad de Santa Rosa de Lima; Municipalidad de San Carlos Alzatate; Municipalidad de Nueva Santa Rosa; Municipalidad de San Rafael Las Flores; Minera San Rafael, Sociedad Anónima (MINERASA); Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael (ASEMIS) y Empresas Anexas; Representaciones Químicas Sociedad Anónima, y Mirna Floricelda López González -quien unifica la personalidad de 990 personas más.

Además, de *motu proprio* o a petición de la CC, para el presente caso presentaron opiniones jurídicas y técnico antropológicas, arqueológicas, ambientales y de otras materias, entidades como el Instituto de Estudios Interétnicos de la (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC), el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas de la Universidad del Valle de Guatemala; la Cámara de Industria de Guatemala (CIG), la Cámara de Comercio Guatemalteco Americana (AMCHAM, por sus siglas en inglés); la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala (PDH) y otros.

Doctrina constitucional asentada en la sentencia de amparo del caso Minera San Rafael

Tanto los alcances positivos –aportes- como negativos -aspectos oscuros o ambiguos- de la resolución del caso MINERASA, deben entenderse a la luz de la tesis principal que sustenta la sentencia, la cual se explica a partir de dos supuestos que literalmente son:

1. El titular del MEM viola los derechos de los Pueblos Indígenas de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo económico, social y cultural susceptibles de

afectarles directamente; así como de que sea respetada la integridad de sus valores, prácticas e instituciones, cuando, sin ordenar la realización de estudios especializados, declara la inexistencia de un pueblo indígena y concede licencias mineras, sin agotar la Consulta Previa regulada en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

1. Viola los derechos de los Pueblos Indígenas al medio ambiente y a preservar el vínculo especial con sus territorios y recursos naturales, la autoridad administrativa que incumple con exigir la presentación de Estudio de Impacto Ambiental (EIA), previo a extender licencia para ejecutar proyecto de exploración minera que incluya perforación de pozos.

A partir de lo anterior, es viable hacer una lectura de las principales consideraciones de la CC en el presente caso para explicar cuándo es consecuente con su tesis original y cuándo, en cambio, la deja atrás para favorecer a MINERASA.

1) Otorga legitimidad activa a organizaciones sociales para la defensa de derechos de terceros

La resolución ratifica que no solamente las personas físicas que han sufrido una violentación directa a un derecho, pueden iniciar un proceso de justicia constitucional pues el supuesto también aplica para las organizaciones a quienes se les ha conferido la posibilidad de defender derechos de terceros. Para el efecto, trae a colación otras resoluciones previas en donde a CALAS -la amparista del presente caso- se le ha otorgado dicha posibilidad (Expedientes 1600-2015 y acumulados 795-2016 y 1380-2016; Expediente 4069-2015):

(...) Esta Corte trae a cuenta que en pronunciamientos precedentes ha estimado que el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social (CALAS) ostenta legitimación para promover acciones ordinarias y constitucionales en defensa del derecho a un ambiente saludable, pues constituye una asociación civil que, según sus estatutos, tiene como fines y objetivos, entre otros, promover por todos los medios previstos en la legislación guatemalteca, la defensa legal y la protección jurídica del patrimonio natural guatemalteco integrado por todos los recursos renovables y no renovables, los sistemas ambientales, así como desarrollar acciones relacionadas con la fiscalización aplicable a entidades públicas que tienen competencia, entre otros temas, en cuanto a recursos naturales renovables y no renovables (...).

2) Mantenimiento en el tiempo de los agravios provocados por conductas omisivas de las autoridades

A pesar que MINERASA, el MEM y otros plantearon que CALAS no cumplió con el presupuesto procesal de oponerse administrativamente a la resolución que otorgó las licencias mineras en un plazo de 30 días, tal como lo estipula la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad en su Artículo 20, la CC

resolvió que cuando existen actos de autoridad omisivos que violentan derechos, la violación se reputa como agravio continuado; esto quiere decir, un agravio que se mantiene vigente hasta que sea efectivamente operativizado.

Este es el caso del acto de discriminación de no considerar la existencia de Pueblos Xinkas en los departamentos de Jalapa y Santa Rosa y, por ende, de no consultarlos ante medidas administrativas que los afectan.

Sin embargo, lejos de cómo lo plantea la CC, la negación de la existencia del Pueblo Xinka y, por ende, la denegación de su Derecho de Consulta, no puede denominarse una actitud omisiva; más bien, es una postura activa de violentación de derechos.

3) La no aplicación del criterio de definitividad en casos en donde existe tutela directa de un derecho violentado por omisión.

La CC es del parecer que el hecho que existan medidas administrativas pendientes con relación a las resoluciones que otorgan licencias mineras e, incluso, procesos judiciales, no es limitante para acceder a la justicia constitucional cuando se reclama un agravio de omisión que es reiteradamente tutelado por la propia Corte, como en el presente caso.

No podría aducirse que, previo a acudir en amparo a denunciar discriminación por omisión de consulta a los pueblos indígenas, los afectados deban acudir a las vías administrativas o judiciales ordinarias, porque el derecho a la consulta a los pueblos indígenas y el derecho 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 al afectado, previo a acudir en amparo, tal como se asentó al inicio de esta literal, 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.

Por ende, faculta expresamente a las personas legitimadas a acudir directamente a la CC cuando Derechos como la Consulta han sido violentados, independientemente del estado de cualquier otro proceso y justifica abundante jurisprudencia al respecto (Expedientes 5710- 2013, 3753-2014 y acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017).

4) Hace radicar la legitimidad pasiva del MEM en el hecho que, como Ministro de Estado, es el obligado a efectuar la Consulta a Pueblos Indígenas en los temas que le corresponden.

La resolución que se analiza parte del supuesto que al Ministro de Energía y Minas es a quien le corresponde realizar la Consulta a Pueblos Indígenas, en el marco de los procesos administrativos que son de su competencia y que puedan afectar a aquéllos. Por ello, aunque la resolución haya sido emitida por la

Dirección General de Minería como sucedió en este caso, quien incumplió el deber de consulta fue el Ministro como tal. Además, estipula que es obligación genérica de cada ministro cumplir y velar porque se cumplan las leyes nacionales e internacionales, en sus respectivas esferas de trabajo.

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 al que 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...

Una consecuencia clara de lo anterior es que se repite lo que sucedió en la Sentencia de Oxec y Oxec II: que la orden que se efectúe la Consulta Previa se remite directamente al MEM, no sólo en este tipo de casos en donde las autorizaciones ya fueron emitidas sino en cualquiera otras que en adelante se vayan a emitir.

A pesar de la claridad de este punto, luego que se conoció esta resolución, la reacción del MEM, fue insistir en que el ministerio a su cargo no tiene el presupuesto necesario para realizar dicha consulta, pero que obedeciendo a la CC lo hará en cuanto el fallo quede firme. Además, agregó que para la aprobación de las licencias respectivas sí consultó a las comunidades y que previamente determinó que en San Rafael Las Flores no existía población indígena. Esta actitud demuestra una continuidad de su política discriminatoria y, al igual que en el Caso de Oxec y Oxec II, ***no da muestras que impulsará un proceso de Buena Fe, aun y cuando la CC le da la oportunidad a posteriori de cumplir con una ley que su ministerio conscientemente desacató.***

5) Retoma la doctrina internacional en materia de Consulta a los Pueblos Indígenas que había plasmado en resoluciones anteriores, particularmente en la Sentencia de Oxec y Oxec II.

La presente resolución hace un recorrido por los aspectos doctrinarios más importantes que en materia de Consulta a Pueblos Indígenas se han esgrimido -comités de expertos, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y otros-. En principio, establece que la base fundamental del Convenio 169 de la OIT es:

...el derecho de participación de aquellos pueblos en la toma de decisiones estatales que puedan afectarles directamente. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, ha afirmado que el espíritu de la consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio, en la cual se fundamentan todas las disposiciones de este instrumento internacional.

A partir de lo anterior, recuerda diversos aspectos que es importante destacar:

- La consulta debe hacerse tomando en consideración procedimientos apropiados y a través de las autoridades representativas.
- La Consulta procede ante medidas legislativas o administrativas -“*esa expresión debe ser comprendida como toda disposición de la administración pública enmarcada en el ámbito de la formulación y ejecución de sus políticas, así como el cumplimiento de sus funciones*”- que afecten a 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 que no se cause menoscabo en la identidad cultural y subsistencia digna de los Pueblos Indígenas.
- La Consulta debe realizarse para la preservación de la supervivencia de un pueblo indígena, de conformidad con sus formas ancestrales de vida. Este aspecto está relacionado con el territorio y la globalidad de la vida de dichos pueblos:

...la supervivencia de los pueblos indígenas no se identifica con la mera subsistencia física, sino que debe ser entendida como la capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio, de tal forma 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.

- No se entiende el Derecho de Consulta sin ligarlo al derecho a un medio ambiente sano, porque es dentro de este que se desarrolla la vida de los Pueblos Indígenas, debido a su ligazón con la tierra derivado de su cosmovisión.
- Debido a lo anterior, es muy importante determinar de qué forma una acción gubernamental puede afectar a una población indígena y, para el efecto, deben realizarse los estudios necesarios en forma amplia, seria y previa.

6) Análisis de las licencias de exploración y explotación minera como actos administrativos capaces de afectar a los Pueblos Indígenas

En principio, la CC deja claro que una licencia minera y todas las acciones que conlleva -auto- ralizaciones, prórrogas o cesiones son actos que genéricamente pueden denominarse medidas administrativas del Estado, encauzadas a través del MEM.

Además, recuerda que tanto el Congreso de la República como el Presidente, en distintas normativas han reconocido que todas las operaciones o actividades mineras podrían comportar un alto impacto ambiental potencial o riesgo

ambiental y que, por lo tanto, requieren de evaluaciones técnicas en cuanto a sus repercusiones. Estas evaluaciones atienden a criterios técnicos que dependen de múltiples factores, siendo algunos de ellos:

...ecotoxicidad, generación de contaminantes, uso de sustancias tóxicas, empleo de explosivos, efectos negativos sobre especies en riesgo o endémicas, emisión de gases invernadero, entre otros.

A partir de lo anterior, la CC apuntala los principales requisitos que preveía la legislación ambiental guatemalteca para poder otorgarse una licencia minera durante los años 2012 y 2013 -fechas en que se otorgaron las licencias objeto de análisis en la sentencia-.

Los aspectos considerados son los siguientes:

- Cuando se pretenda implementar cualquier proyecto u obra que pueda afectar el medio ambiente, deben aplicarse los instrumentos de evaluación ambiental que correspondan (Artículo 8 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente).
- Las operaciones mineras en todo caso deben ser evaluadas, sea para actividades de reconocimiento, exploración o explotación (Artículos 4 y 7 del Reglamento de la Ley de Minería).
- Para establecer el instrumento de evaluación ambiental exigible en cada caso, debe verificarse en cuál de las categorías delineadas en el Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades, se encuadra el proyecto del que se trate (Artículos 12 y 13 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental). El impacto puede ser clasificado en tres grandes categorías (A, B y C), correspondiendo la A a la más grave afectación posible al medio ambiente. En los casos previstos para la categoría A, el instrumento que corresponde es el Estudio de Impacto Ambiental (EIA).
- Una vez efectuado el instrumento de evaluación ambiental respectivo, debe ser aprobado por el MARN como condición ineludible para el otorgamiento de la licencia (Artículos 8 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente y 9 del Reglamento de la Ley de Minería).

Por ende, en síntesis, siempre que se trate de una actividad minera de exploración con perforación de pozos, o de explotación es de obligatorio cumplimiento elaborar y presentar un EIA a la autoridad competente, el cual debe ser aprobado para la autorización de licencia respectiva.

7) Aspectos relativos al EIA

Como se determinó en el apartado anterior, el más complejo de los instrumentos previstos para medir el grado de afectación de un proyecto u obra al medio ambiente es el EIA, el cual siempre opera y aplica en casos de actividades mineras. Por lo anterior, la CC da algunas pautas sobre cómo se deben efectuar estos instrumentos técnicos:

- Los EIA deben ser elaborados por técnicos en la materia debidamente inscritos en el Registro de Consultores –dependencia adscrita a la Secretaría General de Planificación y Programación de la Presidencia (SEGEPLAN)-.
- En el caso de las obras, industrias, proyectos y/o actividades categorías A y B del listado taxativo de proyectos, la aprobación de ese instrumento de evaluación estaba a cargo del MARN por medio de la Unidad de Calidad Ambiental de la Dirección General de Gestión Ambiental y de Recursos Naturales (Artículo 45 del Reglamento de Evaluación citado). En la actualidad, la aprobación de este tipo de instrumento ambiental corresponde a la Dirección de Gestión Ambiental y Recursos Naturales, o a las Delegaciones Departamentales del MARN (Artículo 34 del Reglamento de Evaluación vigente).
- Causas por las cuales la autoridad correspondiente podría rechazar instrumentos de impacto ambiental:
 - i) Ser prohibida por la Ley.
 - ii) Porque la información consignada en el documento no correspondía a la realidad del proyecto, obra, industria o actividad.
 - iii) Porque la localización de la obra se consideraba no viable de conformidad con las leyes, planes de manejo para áreas protegidas y ordenamiento territorial.
 - iv) Porque la suma de sus efectos acumulativos en el área rebasara la capacidad de carga de los sistemas y elementos ambientales, previamente establecida en estudios científicos desarrollados por la autoridad competente.
 - v) Se negara información o el acceso a instalaciones para efectos de inspección o verificación; y,
 - vi) Porque su impacto ambiental fuera altamente significativo e incompatible con su entorno ambiental y, por lo tanto inaceptable, conforme criterio técnico (en el Reglamento vigente se replican estas causales de rechazo y prevén otras).
- Los EIA debían contener mínimamente, la siguiente estructura:
- a) Datos generales del proponente del proyecto. b) Datos introductorios del proyecto.
- c) Descripción general del proyecto.
- d) Identificación del área de influencia.
- e) Identificación de los factores que puedan causar impacto al medio ambiente y a qué parte afecta.
- f) Análisis de alternativas razonables para la ejecución del proyecto.

g) Medidas de mitigación:

iii) Plan de seguridad ambiental.

iv) Sistema de disposición de desechos.

h) Programa de monitoreo ambiental.

i) Bibliografía consultada y fuentes de datos de información; y,

j) Nombre y firma de los miembros del equipo que preparó el Estudio.

• Desde la etapa más temprana posible de la construcción de un EIA, quienes lo elaboran deben involucrar a la población y proponer un plan de participación pública. Al presentar el informe, este podría ser objetado por quienes tuvieran conocimiento del mismo.

Además de las anteriores consideraciones, la resolución evoca los estándares internacionales en materia de EIA esgrimidos por la CortelDH, los cuales se resumen en:

- Deben llevarse a cabo antes de la realización de la actividad que presumiblemente afecte al medio ambiente.
- Deben ser realizados por entidades independientes bajo supervisión estatal.
- Si existen diversos proyectos relacionados, un EIA debe considerarlos todos.
- Debe existir participación de todas las personas interesadas.
- Cada EIA debe contener la información necesaria acorde al grado de riesgo en que el proyecto ponga al medio ambiente.
- Verificar el impacto del proyecto en las tradiciones y cultura de los pueblos afectados.

8) Orden al MEM para que efectúe la Consulta a Pueblos Indígenas en casos de explotación de riquezas naturales no renovables.

La CC considera que la legitimación pasiva en los casos de Consulta a Pueblos Indígenas en temas de minería le corresponde al Ministro del MEM. Por ello, indicó que cuando la Dirección General de Minería tenga conocimiento de cualquier solicitud de licencia, tiene la obligación de elevarla al Ministro para que efectúe el proceso consultivo, previo a darle más trámite.

Debido a lo anterior y para que el Estado no incumpla su obligación internacionalmente adquirida, la CC concluye que en el presente caso de MINERASA y en todos los casos futuros:

...En caso de petición de licencias de explotación o exploración de recursos naturales, el Ministerio de Energía y Minas, de manera fehaciente e inexcusable, antes de conferir la autorización que se solicita, deberá establecer si en el área de influencia del proyecto residen pueblos indígenas o tribales -a quienes asiste el derecho de ser consultados según el Convenio 169-, obligación que debe

cumplir el titular del ramo bajo su más estricta responsabilidad. Ese proceder deberá quedar documentado en el expediente administrativo que se forme con ocasión de la solicitud de licencia que sea formulada y, como todo acto de poder público, su resultado estará sujeto al control de constitucionalidad correspondiente.

Dicha verificación debe hacerse utilizando los medios científicos apropiados como los peritajes antropológicos y culturales, por lo que la CC ordena al Congreso de la República que cuando emita una Ley que regule lo relativo a esta materia, determine cuál debe ser el perfil profesional de la persona o entidad que se encargue de realizarlos.

Esta situación es aplicable en general cuando se trate de licencias de exploración y explotación, y puede sintetizarse así:

- Si el Ministro determina que en el área de impacto que involucra una acción minera hay Pueblos Indígenas, debe realizar el proceso consultivo.
- Si tuviere problemas para identificar si existen Pueblos Indígenas, debe utilizar los mecanismos idóneos tales como estudios o peritajes:

En caso de duda, las autoridades administrativas deben ordenar que entes especializados, ajenos a la controversia, realicen estudios y opiniones versadas que permitan dilucidar ese extremo.

- Si el Ministro determina que en el área de impacto que involucra una acción minera no hay presencia de Pueblos Indígenas, debe regresar el expediente a la Dirección General de Minería para que continúe el trámite.
- La CC hace depender su fallo de informes elaborados por instituciones académicas expertas en la materia, lo cual es correcto, toda vez que no excluya los criterios de auto identificación desde la subjetividad del Pueblo Xinka. En el presente caso, es sabido que no solamente el amparista se presentó a sí mismo como representante de población que se considera xinka, sino que la misma población indígena realizó pronunciamientos y movilizaciones sociales para hacerse visibles; además, debe considerarse que en algunas posturas, las propias municipalidades de las circunscripciones afectadas refirieron conocer y avalar este elemento - como síntoma de que responden a las dinámicas étnicas de este pueblo. Todos estos factores no fueron tomados en cuenta o valorados por los Magistrados y Magistradas.

9) El reconocimiento que hace la CC de que históricamente el Estado ha discriminado a los Pueblos Indígenas y los deberes de resguardo que tiene hacia con ellos.

Luego de hacer un repaso de los principales atributos de los Pueblos Indígenas para ser considerados como tales, contenidos en los instrumentos internacionales de la materia, la CC entra a reconocer que el Estado de Guatemala ha discriminado a los Pueblos Indígenas y que, por lo tanto, tiene obligaciones específicas respecto de este grupo humano.

A propósito de lo anterior, retoma las palabras de James Anaya en cuanto a la justificación de por qué el Estado guatemalteco debe consultar:

- Los Pueblos Indígenas tradicionalmente no gozan de representación adecuada en los procesos democráticos ordinarios de toma de decisiones.
- Las decisiones del Estado impactan de manera diferenciada a los derechos e intereses de los Pueblos Indígenas, en maneras no compartidas por la sociedad en general; y,
- La necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorables.

Una vez más, en este aspecto es de resaltar que el reconocimiento que hace la Corte es superficial porque supone que el resguardo de sus derechos es prioritario, pero a la vez los equipara de la misma manera con la inversión privada. De esta manera, vuelve a caer en el ciclo histórico que denuncia.

10) Situación de la licencia Escobal, procedimiento de autorización, derechos violentados y resolución al respecto

El análisis de la CC respecto de la licencia de explotación Escobal parte de identificar el conjunto de acciones que tendieron a su otorgamiento. En principio, la CC empieza a reseñar las etapas de tramitación del proceso iniciando con la solicitud en septiembre de 2011, con lo cual se abre el expediente administrativo SEXT -015-11.

Seguidamente, se hace una reseña del EIA, tanto en su estructura como en su contenido.

En el estudio se afirma que el proyecto de explotación consiste en la extracción de importante yacimiento de plata, plomo, zinc y oro, de clase mundial, por medio de labores subterráneas. La duración del proyecto se previó por el plazo de veintidós (22) años [Apartado 2.2. del Estudio de Impacto Ambiental]. Se describe que el proceso a utilizar es el de flotación selectiva (concentrado de minerales). Se precisa que en tal proceso se usará, entre otros, cianuro de zinc (0.05 kg/ton mineral) [Apartados 4.2 y 5.6.3 del Estudio].

Según se indica, este EIA contiene tres partes fundamentales:

- i) Síntesis de la Evaluación de Impactos Ambientales: durante la etapa de construcción de la mina, durante la etapa de extracción y procesamiento, y durante la etapa de cierre.
- ii) Medidas de mitigación.
- iii) Área de influencia del proyecto de explotación.

Un mes después de su presentación, el 19 de octubre de 2011, el EIA fue aprobado por la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN). Con dicho aval, la

resolución hace un repaso de las principales acciones que tomaron el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del MEM y MINERASA.

En cuanto a las acciones del Viceministerio, se trata de varias actividades que, según la autoridad, estuvieron orientadas a informar sobre el derecho minero que implicaba la licencia Escobal para establecer un diálogo con las poblaciones del Municipio de San Rafael Las Flores, departamento de Santa Rosa, previo a que fuera otorgada la licencia de explotación referida. En total, se documentan unas 36 actividades de este tipo entre cartas informativas, publicaciones, comunicados, memorándums, memorias, informes, monitoreos, mesas de diálogo, convenios, manifestaciones a favor y en contra, publicación de periódicos, visitas simples y reuniones con y entre autoridades estatales, autoridades municipales, comunidades, organizaciones locales, líderes o lideresas, etc.

La empresa a su vez, otorgó una lista de proyectos y actividades que patrocinó, incluyendo obras como remozamiento de iglesias, construcción o ampliación de escuelas, canchas deportivas, empedrados, depósitos de agua, etc.; eventos culturales como aportes voluntarios a ferias, etc.; donaciones, contribuciones económicas voluntarias a municipalidades, capacitaciones en diversos temas, cartas de entendimiento con entidades capacitadoras, convenios con fundaciones, etc.

Finalmente, la autorización se emitió en abril de 2013. En cuanto a inspecciones o monitoreos generales que la autoridad realizó en el desarrollo o implementación de la minera, la resolución hace mención de siete (7) procedimientos de este tipo.

De ahí que los principales puntos a dilucidar, según observa la CC, son:

- a) Si en la región existen Pueblos Indígenas.
- b) Si los procedimientos de comunicación que se realizaron desde el Estado y desde la empresa, implicaron cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.
- c) Si la resolución debe cancelar o no la licencia emitida, para lo cual hay que valorar si hubo o no mala fe por parte del Estado o de la empresa.

Otro elemento valioso a considerar es que la resolución recrimina al gobierno que en sus informes haya indicado que en las reuniones efectuadas, había posturas tanto a favor como neutrales sobre la instalación del proyecto minero. No aparecen las voces contrarias, las cuales se conoce que existen y que tienen bastante protagonismo en el proceso. El resultado de esta invisibilización es, lógicamente, que no se quiere entablar un auténtico diálogo con el Pueblo Xinka, y ello redundará en la exacerbación de la conflictividad social que provoca este tipo de proyectos.

Con relación a las reuniones informativas, la CC trae a colación que el mero traslado de información no es constitutivo de diálogo, por lo que, indica, no quedó asentado que el proceso fuera auténticamente participativo.

Cuando la sentencia se refiere a las denominadas aportaciones voluntarias a las Municipalidades, nuevamente saca a luz el hecho que efectuar dichas erogaciones, en nada se parece al mandato de propiciar que los Pueblos Indígenas participen en la elaboración, ejecución y evaluación de sus propios planes de desarrollo. Por ende, acciones de responsabilidad empresarial no se deben confundir con acciones provenientes de una Consulta a Pueblos Indígenas.

Finalmente, la resolución de la CC expone que no atiende el reclamo estatal y empresarial sobre que, al no haber una regulación específica sobre cómo efectuar una consulta a Pueblos Indígenas, no tenía por qué realizarla. El incumplimiento del Convenio 169 de la OIT es inexcusable.

En función de lo anteriormente expuesto, la CC resuelve dejar en suspenso la licencia Esco-bal, en tanto el MEM organiza la Consulta a los Pueblos Indígenas apegada a los estándares internacionales en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas, y apegada a las directrices que la misma Corte ha ido construyendo en otras sentencias, en tanto no exista una legislación específica.

11) Idoneidad técnica de los EIA y mandato de mejorar estándares de fiscalización y monitoreo a proyectos mineros por parte del Estado

Uno de los aspectos que aborda la resolución que se analiza es el de la conflictividad social que provocan los proyectos mineros. Según su argumentación, ésta se debe sobre todo a que Estado y empresa no son capaces de transmitir a la población con pertinencia y claridad, en qué consiste determinado proyecto minero; qué impacto verdadero tendrá; qué beneficios se ofrecen; y cómo se puede mitigar el daño ambiental. Por ello, continúa expresando, las personas se oponen a las minas. Esta postura es evidentemente racista porque parte del supuesto que la población no es capaz de entender por sentido común, cómo una mina puede afectar sus aguas, aires y demás riquezas naturales, suponiendo que una comisión de expertos los puede convencer de lo contrario.

Partiendo de la base anterior, la CC hace un análisis del impacto que Escobal ha tenido, tiene y tendrá en los territorios xinkas en donde opera, haciendo uso de informes técnicos en materia ambiental.

Entre las principales conclusiones están:

- Que debe revisarse el área de impacto contenida en el EIA porque puede ser mayor, debido a los principales afluentes del municipio de San Rafael Las Flores. Esta revisión, indica, deben hacerla órganos especializados o expertos.
- En términos generales, el EIA es consistente en cuanto a procedimientos que se describe se realizarán. Sin embargo, hace eco de una propuesta

de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC) que, además del análisis del estudio se realice una auditoría ambiental para verificar el cumplimiento exacto de los mismos. Ésta, indica la CC, puede ser contratada por el Pueblo Xinka pero con apoyo económico del Estado.

- Se refleja cierta desconfianza en que el Estado pueda o esté cumpliendo adecuadamente con su tarea de fiscalización de los procedimientos del proyecto, por lo que se indica que puede crearse una Comisión de Seguimiento que incluya a entidades académicas y a miembros de las comunidades para hacer las verificaciones del caso.
- Se reporta actitud negligente por parte de la Comisión Interinstitucional - conformada por expertos del MEM, MARN y Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS)- que se encargó de hacer algunas de las visitas de fiscalización o monitoreo a Escobal, lo cual se ve reflejado en la pobreza de los documentos que emitieron. Según la CC, con la escasa y equívoca información que brindaron, **es imposible determinar ahora si la contaminación que se detecta, se debe directamente a dicho proyecto y, en su caso, cómo y en qué medida.**
- Existen otras circunstancias tales como temblores frecuentes y rajaduras en las casas, las cuales no se puede comprobar que se deban a la acción minera, pero tampoco se puede comprobar lo contrario. Por ende, la CC manda al Estado a que dilucide esa situación desde los propios EIA que se realicen y sobre todo, que mejore sus protocolos de fiscalización o monitoreo.

La CC no suspendió en definitiva la licencia Escobal. Sin embargo, ordenó que se mantenga en suspenso mientras se realiza el proceso de consulta que desde el inicio se debió hacer...

...A fin de generar mejores condiciones de gobernabilidad y fomentar la convivencia intercultural pacífica, [por lo que] 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.

Como se deduce, una de las más grandes preocupaciones de la CC en las sentencias que se relacionan con Consultas a Pueblos Indígenas, es la cuestión de la gobernabilidad, la cual asume que sucede porque el Estado no aplica los estándares internacionales en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas, creando así rechazo por parte de los mismos. Esto quiere decir que, según la Corte, una vez se realice la consulta no hay justificación alguna para que ninguna persona o pueblo se oponga a los proyectos mineros, porque tuvieron oportunidad de discutir su implementación. En el siguiente párrafo contenido en la resolución que se analiza, puede observarse muy bien lo anteriormente dicho

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: i) de conocer de modo integral las implicaciones de tal proyecto;

ii) evaluarlas a la luz de su forma de vida, derechos y necesidades; iii) expresar su punto de vista y contrastarlo razonadamente con el de otros intervinientes del proceso; y. iv) eventualmente, participar en la planificación, ejecución y distribución de beneficios del proyecto. Esto, 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.

12) Sobre los resultados de la Consulta a Pueblos Indígenas.

Como ya se mencionó, la CC ordena que la consulta en el caso de la licencia de explotación Escobal, se haga para sostener la gobernabilidad del país, y que debe realizarse de tal forma que implique llegar a acuerdos entre el Estado, las empresas y las comunidades.

Sin embargo, la CC es clara sobre que en determinados casos puede que las partes no lleguen a algún consenso. Por ende, hace acopio del derecho que la Constitución Política de la República le otorga al Estado para disponer de sus recursos, y lo sustenta con sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en los cuales se dictamina que si no existe acuerdo el Estado puede imponer un proyecto minero, siempre que justifique su necesidad para el país.

Lógicamente, la esperanza de la CC es que por medio de la Consulta no se tenga que llegar hasta este punto.

En todo caso, es importante relacionar, como se hizo al inicio de este ensayo, que en el fondo está inmerso el dilema de qué significa, en términos neoliberales, “desarrollo” para el país.

13) Pautas para desarrollar la Consulta a Pueblos Indígenas en el caso concreto de MI- NERASA.

Como ha dicho la CC en la sentencia que se analiza, a pesar de múltiples conminaciones, el Congreso de la República, no ha emitido la legislación correspondiente para regular el proceso de Consulta a Pueblos Indígenas en Guatemala. Por ende, basándose en sus propias sentencias pero sobre todo, a partir de la Sentencia del Caso Oxec y Oxec II, en forma transitoria la Corte presenta un esquema básico que debe seguirse para efectivizarse la consulta en el caso concreto.

III. Pasos básicos transitorios dispuestos por la CC que deben seguirse para realizar la Consulta a Pueblos Indígenas en el caso del proyecto minero Escobal

A) MEM pide al MARN informe circunstanciado sobre las repercusiones ambientales que el proyecto puede tener en la comunidad.

B) Por todos los medios de comunicación a su alcance, privilegiando a los medios comunitarios, el MEM convocará a diversas instituciones para que nombren dos representantes: Consejos Municipales de los municipios afectados; comunidades indígenas; miembros de los Ministerios de Cultura y Deportes y MARN; COCODES, MINERASA; Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH); USAC y otras privadas que operen en el departamento de influencia; Comisión Presidencial de Diálogo (CPD).

C) Los representantes electos deben acreditar-se para la Pre Consulta: fijar plazo, primeras ponencias por órganos especializados, propuesta de mecanismos para consulta, conformación de comisión de acompañamiento, mecanismos de solución de conflictos, calendario.

D) Se abre etapa de Consulta: representante de CPD puede ser el mediador; PDH es observador en discusión.

E) Se estipulan acuerdos de garantía de cumplimiento de acuerdos.

Como puede observarse, una vez más la CC incurre en el error de querer estandarizar los procedimientos de desarrollo de consulta, minimizando la participación de los pueblos a través de sus instituciones representativas. Ello es especialmente notable en el punto B), en donde las entidades estatales tienen mucho mayor peso que los propios representantes de los Pueblos.

14) Protección al patrimonio arqueológico

Sustentado en la denuncia original del amparista sobre que en el territorio afectado por las licencias de exploración y explotación Juan Bosco y Escobal se encuentran ubicados sitios arqueológicos, la CC ordena que tanto el MEM como el Ministerio de Cultura y Deportes, auxiliados por institutos especializados, hagan un dictamen en donde se determine dicha afectación.

Si el resultado diere la razón al amparista, se manda que se tome en cuenta lo estipulado por la CSJ en el sentido que debe modificarse el área de intervención para que no vulnere el patrimonio nacional, el cual es además significativo para los Pueblos Indígenas de la región.

15) Nueva conminación al Congreso de la República para que elabore una Reglamentación sobre el Derecho de Consulta a Pueblos Indígenas.

La resolución habilita nuevamente el plazo de un (1) año para que el Congreso de la República emita una Reglamentación del proceso de Consulta a Pueblos Indígenas, debiéndose basar en los estándares internacionales en la materia, y tomando en cuenta las pautas establecidas en la sentencia de Oxec y Oxec II así como en el presente caso.

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

