APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO

EXPEDIENTE 4785-2017

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, tres de septiembre de dos mil dieciocho.

En apelación y con sus antecedentes, se examina la sentencia de ocho de septiembre de dos mil diecisiete, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS– por medio de su Mandatario Judicial con Representación, Pedro Rafael Maldonado Flores y su Director General Yuri Giovanni Melini Salguero, contra el Ministro de Energía y Minas. El postulante actuó con el patrocinio del Abogado Pedro Rafael Maldonado Flores. Es ponente en este caso el Magistrado Vocal I, Bonerge Amilcar Mejía Orellana, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. EL AMPARO

A) Interposición y autoridad: presentado el diecisiete de mayo de dos mil diecisiete en la Sección de Amparo de la Corte Suprema de Justicia. **B) Acto reclamado:** 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

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

Energía y Minas. **C) Violación que se denuncia**: 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. **D) Hechos que motivan el amparo**: de lo expuesto por la postulante se resume: **D.1) Producción de los actos reclamados: a)** por medio de resolución cero cero nueve (009) de la Dirección General de Minería de veintiséis de abril de dos mil doce, fue otorgada a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, la licencia minera de exploración denominada *Juan Bosco*, que le permite ejecutar labores de exploración en área ubicada en los municipios de Mataquescuintla, departamento de Jalapa, y Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa; asimismo, por medio de resolución ministerial un mil trescientos dos (1302) de tres de abril de dos mil trece, fue otorgada a esa misma entidad, la licencia minera de explotación denominada *Escobal*, que abarca extensión territorial perteneciente al municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **b)** tomando en cuenta que, según datos proporcionados el Instituto Nacional de Estadística, en las caracterizaciones departamentales realizadas en el año dos mil doce, en el departamento de Santa Rosa, el tres por ciento (3%) de la población es indígena, mientras que en el departamento de Jalapa, su presencia es del cero punto uno por ciento (0.1%), con base en el ordenamiento jurídico que regula, protege y garantiza el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y la obligación de las dependencias estatales de su cumplimiento, solicitó a la Unidad de Información Pública del Ministerio de Energía y Minas que informara si dentro del procedimiento que precedió al otorgamiento de las licencias mineras referidas, cumplió con realizar el proceso de consulta a los pueblos indígenas y en caso

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

afirmativo, que procediera a brindarle los documentos que corroboraran ese extremo y **c)** en respuesta a su gestión, el diecisiete de abril de dos mil diecisiete, la mencionada Unidad le comunicó que el Viceministerio de Desarrollo Sostenible de esa Cartera proporcionó información en cuanto a que, respecto de la licencia de exploración denominada *Juan Bosco,* en vista que en el área de influencia directa del polígono de la citada licencia, de conformidad con los registros del último Censo de Población y Habitación del año dos mil dos, que realizó el Instituto Nacional de Estadística, no se identifican pueblos indígenas, se consideró que no era pertinente la aplicación del procedimiento de consulta que prevé el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Con relación a la licencia de explotación *Escobal*, ese mismo Viceministerio dejó asentado que tras advertir que los pobladores de San Rafael Las Flores no se autoidentifican como indígenas, no dispuso agotar el procedimiento de consulta, esto en atención a que el elemento de la autoidentificación, es uno de los criterios fundamentales que, según el mencionado Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, son determinantes para la identificación de tales pueblos. **D.2) Agravios que se reprochan al acto reclamado**: estima que la autoridad impugnada, al emitir los acuerdos ministeriales mediante los cuales otorgó aquellas licencias mineras, vulneró los derechos y principio denunciados por las razones siguientes: ***i.*** el Estado de Guatemala tiene la obligación de permitir la participación de los pueblos indígenas en decisiones que puedan afectarles, debiendo consultarlos y obtener su consentimiento previo, libre e informado, 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. En adición, señaló que cuando el citado Convenio hace referencia a tierras o territorios, estos no se refieren exclusivamente a los lugares de habitación y cultivo, sino a aquellos en que se realizan actividades religiosas, culturales o de subsistencia, debiendo tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados de utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades habituales y de subsistencia y ***ii.*** contrario a lo manifestado por la autoridad denunciada, las zonas de influencia de los proyectos mineros mencionados constituyen territorios Xinkas, como lo demuestra el diagnóstico publicado en dos mil dieciséis por el Ministerio de Cultura y Deportes, titulado "*Situación de la Cultura Xinca*", el cual revela que ese pueblo se ha organizado y permanecido en los departamentos de Santa Rosa, Jalapa y Jutiapa, describiendo ampliamente su ubicación, distribución, costumbres y formas de vida. Afirma que la negación de la población indígena y la falta de consulta ante las decisiones administrativas adoptadas, constituyen una clara política de discriminación en el otorgamiento de las licencias mineras. **D.3) Pretensión**: 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

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

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. **E) Uso de recursos**: ninguno. **F) Casos de procedencia**: citó los contenidos en las literales a) y d) del Artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **G) Leyes violadas**: Artículos 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 2, numeral 1, literales a), b) y c); 6, numeral 1, literal a), del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas.

II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: se otorgó. **B) Terceros interesados: a)** Minera San Rafael, Sociedad Anónima; **b)** Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala; **c)** Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Conexas –ASEMIS–; **d)** municipalidades del departamento de Santa Rosa de los municipios de: **d.i)** Casillas; **d.ii)** Santa Rosa de Lima; **d.iii)** Nueva Santa Rosa y **d.iv)** San Rafael Las Flores **e)** municipalidades del departamento de Jalapa de los municipios de: **e.i)** Mataquescuintla y **e.ii)** San Carlos Alzatate; **f)** Felícito de Jesús Marroquín Alvizurez, David de Jesús Marroquín González, Elmar Antonio Pivaral Rodríguez, Agripina del Rosario Rodríguez Caravantes de Pivaral, Efrain de Jesús González Jiménez, Eduardo de Jesus Martínez, Paulino Marroquín Alvizures, Dolores Marroquín Santos, Esperanza Marroquín Román,

Jonatán Campos González, Gregoria Gonzalez y Gonzalez de Marroquín, Domingo de Jesús Marroquín López, Ricardo Marroquin Alvizures, Floricelda Marroquín Batres, Rusbe Antonio Monterroso Mijangos, Maria Imelda Morales Montenegro de Monterroso, Rosaura Marroquín Gómez de Hernández, Hermelinda Aceituno de Pivaral, René González Marroquin, Cristina de Jesús Pinto de Gómez, Lucia Antonia Pivaral Guate de Pivaral, Mayra Basilia Medina Pivaral de Rodríguez, Ezequiel Donis, Zenaida Maldonado Marroquín, Francisca Aracely Pivaral Pivaral, Francisca Yolanda Pivaral y Pivaral de Barrera, Pablo Enrique Pivaral Pivaral, Mario Osdulio Pivaral Pivaral, Danilo Everardo Pivaral y Pivaral, Pablo Humberto Flores Morales, Erbin Humberto Flores Rodríguez, Jaime Danilo Flores Rodríguez, Adolfo de Jesús Sandoval Chinchilla, Francisco de Jesús Pivaral Vega, Julia de Jesús Pineda del Cid de Muñoz, María Isidra Marroquín Alvizures de Anavisca, Luis Fernando Rodriguez Sandoval, Enrique Augusto Rodríguez Sandoval, José Antonio Rodríguez Sandoval, Francisca Esperanza Rodríguez Sandoval de Pivaral, José Alfredo Rodriguez Pivaral, Rolando Francisco Castillo Sandoval, Francisco Adelino Rodríguez Sandoval, Gloria Isabel Rodríguez Sandoval de Pivaral, Domingo de Jesús Castillo Gomez, Maria Laura Sandoval Sandoval de Castillo, Victor Manuel Avila Guzmán, María Navidad Sandoval Sandoval de Parada, Juan José Pozuelos Medrano, Celso Pivaral Medina, Veneda Sandoval González de López, Alicia Graciela Pineda, René de Jesús Pivaral Castillo, Vilma Arcelia Zeceña Sandoval de Castillo, Eswin Fernando Morales Pozuelos, Mario Enrique Pivaral Rodríguez, Dora Marisol Flores Rodríguez de Pivaral, Hipolito de Jesus Pivaral Guate, Raúl Waldemar Rodríguez Pivaral, Egricelda Marina Rodríguez González de Aquino, Juan Antonio Pozuelos, María Simona Marroquín Alvizures de Abrego, Rosa Nely

Morales Pozuelos de Morales, Roger Dolores Pozuelos Caravantes, Fernando de Jesús Zacarías, Flora María Zacarías Marroquín de Muñoz, Cayetana Orantes de Pivaral, Rita Nohelia Donis Oliva, Margarita Consuelo Pozuelos, Idalio Antonio Pivaral Rodríguez, Jonás Jeroboan Gómez Villagrán, Delia Rosa Morales Pozuelos de Barrillas, José Luis Abrigo Parraz, Luisa Mercedes Rodríguez Morán de Morales, Carlos Antonio Castillo Sandoval, Julián de Jesús Cano Fernández, Bernarda Arminda Martinez Chinchilla, Nelso de Jesús Martínez Chinchilla, Irisel de Jesús Martínez Chinchilla de Agustín, Felíx Alberto Parras Anavizca, Fernando Joel Pivaral y Pivaral, Pablo Francisco Vasquez Reyes, Juana Adelma Yolanda Pivaral Rodríguez de Sandoval, Ilma Raquel Pivaral Rodríguez, Jorge Manuel Montenegro Osorio, Alex Fernando Montenegro Osorio, Concepción Israel Valdez Pérez, María Roselia Valdez del Cid, María Basilia Parras Sandoval de Sandoval, Rudy de Jesús Morales Pozuelos, Hugo Lionel Gómez Sandoval, Bosveli Humberto Gómez Sandoval, Celso Antonio Gómez Sandoval, Luvia Lili Lima Lázaro, Delia Marina Gómez Sandoval de Orellana, Amilcar Antonio Pivaral Sandoval, Maria Irma Pivaral Sandoval, Pedro Francisco Aquino Mayén, Sara Lúz Toledo Monterroso, Carlos Francisco Monterroso Mijangos, Edgar Misael Pivaral y Pivaral, Alberto de Jesús Rodríguez Gonzalez, Nery Walter Monterroso Rodríguez, Olga Guillermina Morales Pineda, Fluvia Marghot Gómez Sandoval, Julia Marroquín Lopez de Hernández, Felisa de la Cruz Rodriguez González, Zoila Margarita Rodriguez González, Aquilino de Jesús Zacarías Marroquín, Lourdes Miria Morales Rodríguez, Blanca Leticia Navichoque Santizo, Onán Abisai Martínez Abrego, Ricardo Lorenzo Gutiérrez, Amparo de Jesús Vásquez Mijángos de Yoxon, Angela Gómez Cruz, Ericka Navidad Anavisca Marroquín, Florencia Elizabeth Gómez Montenegro, Gloria Cruz Pivaral de Abrigo, Norma

Elizabeth Muñoz Zepeda de Donis, Sandra Elizabeth Telles Aquino, Wilson Randolfo Pérez Abrego, Dolores del Carmen Castillo Marroquín de Yoque, Flor de María López Cotto, Irma Yolanda Juárez Aguilar de Ruíz, Atilano Arriaza López, Maria del Pilar Martínez Chinchilla de Medrano, Anibal Abrego Marroquín, Daris Anselma Martínez Muy, Benjamín Alarcón, Carlos Eduardo Rodríguez Loy, Juan Adolfo Muñoz Florián, Corina Amparo García Muñoz de Del Cid, Dania Judith Reyes Pérez de Gómez, Oseas Esaú Reyes Pérez, Pedro Muños Florian, Julio Roberto Muñoz Martínez, Jorge Mario Muñoz Martínez, Maria Epifanía Hernández Del Cid de Rosales, Julio Humberto Hernández Divas, Herlindo Loy García, David Joel Del Cid Marroquín, Efraín de Jesús Hernández Del Cid, Iris Carolina Pérez Ramos, Joaquin Matias, José Antonio Rodríguez Caravantes, Marina Estela Castillo de Garavito, Enrique Rodríguez Caravantes, Orlando Otoniel Lara Dávila, Rodolfo Lara Mejía, Augusto de Jesus Solares González, Mardoqueo de Jesús Lara Mejía, Juan Fernando Bolaños Santos, Fernando Ismael Pivaral Altun, Gérman Osorio Quevedo, Floridalma Hernández Vega, Maria Epifanía Hernández Del Cid de Rosales, Rigoberto de Jesús García Pivaral, Hilario Torres Gonzalez, Gloria Leticia Gómez Morataya, Valerio de Jesus Gómez Morataya, Antonio Abad Gómez Morataya, Luis Fernando Gómez Morataya, Maria Consuelo Gomez Morataya de González, Vilma Contreras Ruano de Gómez, Agustin Horacio Lopez Aguilar, Pablo Antonio Pozuelos Aguilar, Clara Beatris Pozuelos Leiva, José Carlos Alvizures Osorio, José Rolando Pivaral Flores, Efraín de Jesús Hernández Del Cid, Silvia Patricia Rodríguez Loy de Juárez, Enrique Rodríguez Caravantes, Isidro Herrera Hernández, Alberto de Jesús Pivaral Leiva, Juan Pozuelos Leiva, Sonia Imelda Pozuelos Gómez, Edelfo Antonio Medina Pivaral, Ana Isabel Pivaral, René

Antonio Muñoz Villagrán, Felix Carías Morales, José Ángel Lechuga Avila, Ruben Mejía Monterroso, Jose Victor Santos Salazar, Julian Alberto Carías Pérez, Samuel Enrique Santos Salazar, Mirna Dinora García Soto, Prospero Joaquín Santos Solares, Carlos Lionel Morales Rodríguez, Joel Aníbal Alvarez Meda, Alex Donaldo Nájera y Nájera, Angel Miguel de Jesús Hernández y Hernández, Carlos Alfredo Marroquín Gutiérrez, Gabriel de Jesús López Lemus, Ingrids Raquela Matías Mateo, Juan Luis Torres Hernández, Wendy Ebelia Gómez Nájera, Amando López Hernández, Pedro Rafael Torres Hernández, José Antonio Torres Hernández, Juan Gutiérrez Sente, Guilmer Danilo Castillo Rodríguez, Yeison Manuel Anavisca Marroquín, Mynor Andrés González Hernández, Walter Dionicio Hernández Jacobo, Fredy Arnoldo González Hernández, Martín Gutierrez León, Celsa Yaneth Pivaral Sandoval, Nelson Boanerges Donis Castillo, Adelfo Antonio Martínez González, Aly Ruby Pérez García, Álvaro Josué Rodríguez Donis, Bernabé Abrego Vega, Félix Raúl Alvizúres Lemus, Jairo Geovanny Hernández Lima, Jaqueline Estrellita Salazar Secaida, Luis Arnoldo López Lemus, Madelin Andina Pivaral Valdez, Merlín Estuardo Pérez, Miguel Angel Marroquin Ruano, Nilsa Verónica Franco Solares, Olegario Gómez Lima, Onán Abisai Martínez Abrego, Santos Víctor Aquino Castillo, Sarayda Antonieta Rodríguez Anavisca, Saúl de Jesús Pivaral Marroquín, Selvin Estuardo Cano Rivas, Victor Manuel Monterroso Santizo, Adán Antonio Raymundo Alvarez, Filadelfo Ramírez y Ramírez, Hugo Rafael Ramírez Domínguez, Jini Yesmán Alvizúres Lemus, Juan Alberto Hernández López, Luis Humberto Román Jiménez, Marlon Otoniel Nájera, Milton Otoniel Pérez Francisco, Santiago René Valenzuela Ramírez, Transito Anibal Gómez Lemus, Andres González Pérez, Byron Noé Lémus López, Walter Augusto Lémus López, Mynor Cecilio Rodríguez González, Marco

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Antonio Reyes Hernández, Carlos Israel Navas, José Roberto Reyes Hernández, Cosmen Eduardo Reyes Hernández, José Alfredo Estrada Gómez, Harry Pozuelos Flores, Fidel Lémus Villalta, Joselinne Rocío Reyes Montenegro de Sandoval, Delvin Arnoldo Avila Trujillo, Nilson Gerardo Dávila López, Juan de Dios Gómez Del Cid, Héctor Armando Davila Palma, Axel Ariel Ostorga Estrada, Luis Miguel Rodríguez Villalta, Boris Waldemar Pozuelos Alarcón, José Juan Martínez Cazún, José Alfredo Rodríguez Quevedo, Fielfer Antonio Villagrán Flores, Rudí Armando Dávila López, Edwin Hermelindo Orantes Herrera, Epifánio Lanuza, Kristian Gabriel Dávila, Nils Alexander Reyes Yohol, Wismar Jeferson Pozuelos Valenzuela, Manuel Lizandro Orellana Gómez, Luis Roberto Monterroso Mijangos, Neftalí Cordero Pérez, Edwin Danilo Monterroso Mijangos, Evelin Daninza Sandoval Pivaral de Montenegro, Michael Adolfo Edward Sandoval Alvarez, Héctor Giovany Sandoval Pozuelos, Pablo Idelfo García, William Edgardo Luna Cardona, Modesto Polanco Vásquez, Eleazar Esaú Gómez Vásquez, Héctor Giovany Sandoval Pozuelos, Alex Fernando Montenegro Osorio, Alex Elisandro Menéndez Méndez, José David Sandoval Pivaral, Deerlin Vanesa Chuy Pivaral, César de Jesús Sandoval y Sandoval, Sergio Luis Angel Pineda Monterroso, Rudy Eduardo Dávila Hernández, Jaime Rodríguez Quevedo, Carmelo Rodríguez Quevedo, Francisco Enrique Murallés Rodríguez, Celso Antonio Gómez Sandoval, Elda Luz Zecena Sandoval, Elvis Omar Alarcón Aguilar, Carlos Eduardo Orantes y Orantes, Luis Fernando Rodríguez Sandoval, Mynor Enrique Pivaral González, Edgar Misael Pivaral y Pivaral, José Luis Abrigo Parraz, Rodolfo Antonio Alvarez Pivaral, Donald Ernesto Monterroso Mijangos, Edy Antonio Pozuelos Flores, Josue David Reynoso Pacheco, Elfido Neftaly Pivaral Estrada, Luis Fernando Rodríguez Sandoval, Nestor Aristi Zeceña

Solares, Adolfo de Jesús Sandoval Chinchilla, Huber Leonardo Pozuelos Pivaral, Emilio Roque Toledo Monterroso, Ronald Alexander Morales Pivaral, Yensy Amarilis Avila Trujillo, David de Jesús Sandoval Chinchilla, Fredy Giovany Pivaral Véliz, Mario Roberto Matías Rodríguez, Carlos Oswaldo Pivaral Estrada, Raúl Pérez y Pérez, Jorge Manuel Montenegro Osorio, Blanca Alicia Pivaral Orellana, Amelia Aracely Hernández Alvizúres, Sonia Judith González Hernández, Merlin Marioly Matías Cazún, Andy Carolina González Hernández, María Beatriz Juárez Raymundo, Jennifer Gabriela Pacheco Hernández, Rosa María Aguilar, María del Rosario González Aguilar, Mildred Johanna de León Veliz, Sindy Guisela López Hernández, María Isabel Jiménez y Jiménez, Herminia Zecaida Hernández, Juana María Ajozal Pineda de Secaida, Ingrid Yanett Chanquin Escobar, Aleida Beraly Zecaida Hernández, Elvia Noemí Lorenzo Castrillo, Brenda Carolina González Escobar, Ancelma García Quinteros, Zoila Esperanza Quinteros Muñoz, Verónica Hernández Zecaida de Florián, Mayra Leticia Vega Hernández, Lidia Marleny Alvizures Pérez, Alex Aroldo Pivaral Hernández, Gloria Esmeralda Rodríguez Torres de Agustín, Iris Marisol Escobar Jiménez, Maira Leticia Escobar Jiménez, Ingrid Etelvina Junay López de López, Irma Yolanda López Pérez, Claudia Fabiola González Pérez de Monterroso, Darío Eli Salguero Peralta, Alicia Hernández Navichoque de Solares, Ingris Saraí Rodriguez García, Brenda Sulema Aquino Moratalla, Blanca Estela Alarcón Lemus, Marleni Esperanza Hernández Osorio de Estrada, Gladis Selena Estrada Torres, Roxana del Carmen Lima Hernández, Sara Areli García Pivaral, Ana Nohemí Osorio Escobar de Cano, Carmen Alicia Orantes Gómez, Petrona Hernández, Rosa Mirtala Gómez Muñoz de Chinchilla, Miriam Lorena Mijangos Aguilar de Orantes, Carlos Alberto Solares Ramírez, Manuel de Jesús Hernández Jacobo, Susana del Carmen

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Marroquín Juárez de Crúz, Maria Antonieta Pérez Zacarias de Abrego, Gloria Noemí Quevedo Cano, Olma Isabel Reynoso Carías, Evelia Mijángos Cabrera, Wendy Sucely Rodríguez Rodríguez, Heydy Banessa Orantes Rosales, Mirna Marilú Morales Navichoque, Elmer Antonio Escudero Vino, Adán Wilevaldo Soto Aguirre, Adelso Aguilar Agustín, Alex Misael Méndez Cabrera, Arnoldo Bó Yaxcal, Byron Fernando Aguilar Marcos, Carlos Adán Zacarías Sandoval, Carlos Roberto Mérida Hermosilla, Delfi Marquelli Barrondo Guá, Denis Armando González Salazar, Domingo Caál Toc, Dimas Estuardo Aguilar Marcos, Edgar Antonio Solares Salazar, Edie René Quiñonez Pérez, Efraín Toj González, Elmer Elisandro Hernández Jacobo, Elmer Josué Caal Quej, Esbin Alfredo Lima Gómez, Esdras Neftalí García Pérez, Eswin Armando Yoque Donis, Eswin Fabian López Raymundo, Erick Antonio López Flores, Francisco Javier López Tzoc, Guillermo Caal Pop, Gerardo de Jesús Ramírez López, Gerson Abigail López Cortez, Heber Pineda Hernández, Héctor Antonio Rodríguez Gómez, Henry Alexander López Cortéz; Hugo Armando Choc Choc, Herberth Gonzalo Vega Juárez, Héctor de Jesús González Mijangos, Israel de Jesús Gómez Catalán, Jaime Francisco Saquil Montufar, Jorge Ical Cucul, Jorge Tiul Coc, José Antonio Florian Morataya, José Cupertino Ramírez López, José Manuel Domínguez Jacobo, José Miguel Gómez López, José Luciano Ramírez López, Jose Luis Véliz Cojón, Juan Ricardo Herrera Galindo, Juan José Tul del Aguila, Julio Roberto Pérez Jiménez, Luis Raul Joj Florencio, Lusbin Noel Hernández Abrego, Mario Rodolfo Lima Gómez, Marlon Alberto Ascón Torres, Marlon Alfredo Soto Aguirre, Maycol Obdulio Muñoz Hernández, Medardo Pop Cu, Melvin Moisés Gómez Rodríguez, Miguel Arcangel Sasvín Domínguez, Miguel Angel Coc Pop, Nixon Wosbely Pú Alfaro, Norman Eduardo Hernández Cortes, Norvin Concepción

Sánchez Taquez, Ovidio Pop Cú, Pablo Caál Pop, Pedro Sagui Pop, Pedro Toj González, Raúl Cú Pop, Raul Toc Chub, Rudy Arnulfo Yaxcal Toc, Rudy de Jesús González Mijangos, Santos Marck Bámaca Mazariegos, Saul Rodriguez Alonzo, Selvin Arnoldo Lima Canté, Tomás Toj González, Víctor Joél Palma Pérez, Víctor Samuel García Díaz, Vílder Alexander Gatica Revolorio, Wernick Didier Mendoza Rodas, William Alexander Ochoa Minera, Wiliam Geovanny Pacheco Domínguez, Wilmer Wilfredo Domínguez Gómez, Eslin Lusiver Sánchez López, Luis Alfredo Hernández Casco, Marvin Daniel Del Cid, Elder de Jesús Villalta Hernández, Michael Sánchez Montenegro, Luis Antonio Sierra Medinilla, Roberto Enrique Sanchez Vega, Juan Alberto Hernández, Nery Geovanni Santos Ramírez, Roman Homero Hernández Rodríguez, Manuel Arnoldo Rodriguez, Elisa Ninet Girón González, Leonel Eduardo Santa Cruz Morales, Nelsón López Valladares, Selvin Ernesto Galvez Bernal, Héctor Augusto Centes Herrera, Claudio Neptalí García, José Fernando Dávila Cante, Pedro Celestino Jiménez Hernández, Roberto Antonio López Hernández, Demesio Crúz González, José Francisco Nájera y Nájera, Servin Arendy Torres Mijangos, Yoni Misael Marroquin, Kevin Magdiel Marroquín Gómez, José Luis Cabrera Gutiérrez, Israel de Jesús Gómez Catalán, Clara Luz Alarcón Lémus, Lesby Marbeli Pozuelos Alarcón, Roselia Adalila Alvarado Alvarado, Onelia Maribel de Páz López, Maria Guadalupe Abrego Hernández, Dorian Aíde Donis Chajon, Irma Esperanza Gómez Osorio, Juana Mateo, Juana Yolanda Salazar Gómez, Amalia del Rosario Gómez Osorio, Fluvia Marina Reyes Hernández, Mirna Yolanda Reyes Hernández, María Etelbina Osorio, María Magdalena Osorio Quevedo, Julio Audencio Medrano Mijangos, Maria del Pilar Martínez Chinchilla, Marleny Dinora Medrano Martínez de Pivaral, Estela de Jesús Lima Anavisca de Hernández,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Carmen Olimpia Salazar Pivaral de Medrano, Marta Julia Hernández Hernández, Gloria Esmeralda Rodríguez Torres de Agustín, Petrona Hernández Alvizures de Pivaral, Ana Nohemí Osorio Escobar de Cano, Sara Arelí García Pivaral, Rebeca Antonia Pivaral Torres de García, Maria Regina Jiménez Rodríguez de López, Blanca Odilia López Hernández de Pérez, Josselyn Lizeth Herrera Mendoza, Maria Iliana Herrera Anavisca, Irma Yaneth Revolorio Dávila de López, Justa Maldonado López, María Susana Raymundo Sumalé, Evangelina Hernandez Navas, Orfelinda Flores Sálazar de Vivar, Mildred Cesibel Pérez Maldonado de Herrera, Floridalma Hernández Vega, Dora Luz Marroquín Muñoz, Yoseli Herlinda Muñoz Pérez, Rosalinda de Jesús Pérez Castillo de Muñoz, Hilda Margarita Crúz Pérez de Arriaza, Hilda Dinora Arriaza Crúz, Vedania Garcia Herrera, Norma Areliz de León Herrera de Pérez, Dolores Nájera Hernández de Estrada, Brenda Yanet Monterroso González, Yolanda Hernández López de Morataya, Carlota Gómez Pinto de Cazún, Marlin Berzabé Pérez Morán de Morataya, Mirza Judith Estrada Ruano, María Evelia Pérez Estrada de Fajardo, Kelyn María Elena Ruano Pérez, Conzuelo Monzón Yol, Melva Yanira Mijángos Cabrera, Miriam Candelaria García Lima, Odalia Morales Donis, Mayra Arely Méndez López, María Azucena Rodríguez Martínez de Pérez, Marta Ruano Delgado de Estrada, Leslie Marleni Cazún Gómez, Fuencisla García Pivaral, María Julia Pivaral Leiva de Garcia, Elsa Valenzuela Escalante, Wendi Johanna García Castillo, Petrona Sánchez Macario de Cruz, Elsa Daniela Camey Valenzuela, Karen Lilibeth López Herrera, Alejandra Hernández Girón, Norma Marilú Abrego Martínez, Carmen Aleyda Camey Pérez, Floricelda Herrera Alarcón, Ana María García Landaverde de Raymundo, Claudia Paola Estrada Jiménez, María Elena Ibáñez Chávez, Laura Cecilia García, Verónica Herrera

García de Gómez, Vicky Marlyn Gómez Herrera, María Antonia de Paz Pocasangre de Chinchilla, Teresa de Jesús Cazún Camey de López, Francisca Muñoz García, Alberta Cazún Camey de Gómez, Elida Gómez Cazún de Estrada, Gladis Maricela Ramírez Raymundo de Pérez, Elvia Maricela Camey Mejía de López, Ernestina Muñoz de Ortiz, Vilma Contreras Ruano de Gómez, Paula Nohemí Florián Sacaríaz, Sandra Verónica Villalta Zacarías de Abrego, Zandra Nohemí Pérez Cazún de Zacarías, Berta Liria Villalta Pérez de Navas, Karla Guadalupe Castro Villalta de Villalta, María Maribel Muñoz Villalta, Alma Ayacenia Zacarías Sánchez de Navas, Rosalina López y López, Eva María Muñoz López, Mayra Liceth Muñoz López, Brenda Marisol Sasvín Gómez, Carmela López Guerra, Sandra González Marroquín, Saydi Yesenia Chinchilla Gómez, Juana Marroquín Alvizures, Maura Hermelinda Gutierrez López, Magalí Hernández Marroquín de López, Celestina Gómez Pérez de Gutiérrez, Fidelina Pérez Aguilar de Lemus, Sheyla Anaís Lémus Valenzuela, Etelvina Lémus Del Cid, Sandy Edilsa Lémus Pérez, Lidia Maribel López Marroquín de Lémus, Aleida Noemí Marroquín López, Jessica Paola Rojas Mancilla, Argelia Antonia Muñoz Villagrán, María Etelvina Valenzuela Lémus de Lémus, María Lorena Hernández Marroquín, Aura Azucena Hernández Marroquín, María Antonia Marroquín Alvisures de Hernández, Sandra Yaneth Hernández Marroquín, Teresa de Jesús Pivaral Abrego, Elsa Marina Abrego Cian, Noemí Hernández, Blanca Estela Salguero de Florián, Flory Yamima Florián Salguero, Blanca Luz González Marroquín, Brenda María Morales García, Edilsa Yaneth González Pérez, Luis Adolfo Salguero Gramajo, Marco Antonio Palma Donis, Sury Dolores Abrego Pérez de González, Cristian Estrada Pivaral, Edy Francisco Pérez Flores, Héctor Raúl Pivaral Lima, José Antonio Chinchilla de Paz, Yulian Audony Cazún Colindres, Josselinn

Avigail González Gómez, Carmen Alicia Orantes Gómez, Catherine Celeste de los Angeles Oliva Alvizures, Heidy Marilú Reyes Juárez, Julia Celeste Borrayo Zuleta, Karen Lisseth Flores Tojín de Navas, María José González Jolón, Mayra Alejandra Cardenas Sanchez, Nidia Maribel Meléndez Aguilar, Suheydi Damaris Carreto Tecún, Yesenia Beatríz López Pinto, Ana Rebeca Herrera Jacobo, Aura Rosmery López Lima, Claudia Díaz Javier, Héberson de Jesús Fabián Pérez, Edna Jamilet Marroquin Valdez, Elvis Romeo Franco Garzo, Oscar Guillermo Díaz Pacheco, María Guillermina Alvizurez Cruz de Urrutia, Ingrid Karina Abrego González, Irina Lucibely González Pérez de Coc, María Julissa Chajón Oliva, Karla Nohemí Galindo Sierra de Poncio, Kelly Mishelle Posadas Vásquez, Ledy Nineth Ortíz Lima, Lucero Isamar Navichoque Valenzuela, Marleni del Rosario Ixcotoyac de Arango, Odvin Leonel Navas Aguilar, Oscar Joel Chávez Morales, Ribert Josué Chinchilla Cisneros, Rudy Osvaldo Navas Aguilar, Virginia Esmeralda López Ramírez, Wendy Sucely Rodríguez Rodríguez, Alvaro Gustavo Estrada García, Auner Oswaldo Cabrera López, Byrón Ottoniel González Quinteros, Byron Estuardo Loy Ortíz, Cristian Felipe Estrada Secaida, Danny Estuardo Herrera Salazar, Edgar Leonel Yoque Donis, Elardo Toxcón Miranda, Elvis Romeo Lima Hernández, Erik Lizandro Flores López, Erwin de Jesús Cano Rivas, Israel Yunior Valdéz Pivaral, Jorge Solares Carias, Jorge Ademar García Pivaral, José Augusto Colindres Ortiz, Josué Audiel Pérez Veliz, Juan Carlos Herrarte Quinteros, Kevin Levi Reyes Pérez, Luis Raúl Hernández Alvarado, Marco Antonio Hernández Divas, Maycol Donis Solares, Mynor Adalberto Hernández Sánchez, Román Zasbín Marroquin, Ronal Belarmino González Del Cid, Selvin Cisneros Muñoz, Willy Fernando Flores Pivaral, Anny Mishell Fuentes Rodas, Marilin Dayana Torres Anavisca, Rosalina López y López, Irma Aracely

Gutiérrez Gómez de Villagrán, Daris Nohemi Marroquín Ortega, Paulita Lisbeth González Marroquin, Mildred Melania González Pérez, German Ramiro Saquij Ax, Deysi Rosmery Aquino Pivaral, María Isabel Castillo y Castillo de Pivaral, Mario Alexander Enríquez García, Katherin Alejandra Mayen Raymundo, Jenifer Vanessa Montenegro Martínez, Melaine Yeneysi Paz Orellana, Aura Yolanda Pérez Domínguez de Torres, Alida Yessenia Tuche Alvarez, Gloria Maribel Yoc Bámaca de Soto, Lesvia Beatriz Reyes Juárez de Morales, Wendy Yeceny Franco Solares, Amparo de Jesús Vásquez Mijángos de Yoxón, Silvia Patricia Rodríguez Loy de Juárez, Aly Ruby Pérez García, Elmer Eduardo Abrego Pérez, María Odilia Duarte Javier de Arango, Edilma Judith Mejía Hernández de González, Mariela Beatriz Pivaral González de Franco, Marta Julia Vega Hernández de Molina, Fey Walesca Molina Hernández, Blanca Thelma Ortiz González, Sonia María Jacobo Donis de Vega, Teresa del Rosario Gonzales Davila de Gonzalez, Irma Leticia Ortiz González, Milvia Janeth Ramírez Pérez, Lorena Amarilis González Hernández, Sandy Lisseth Méndez, Ledemia Rosbely Lémus Lémus, Etelvina Lémus Del Cid, Dilian Nohemí Lémus Lémus, María Etelvina Valenzuela Lémus de Lémus, Aleida Nohemí Marroquín López, Maura Hermelinda Gutierrez López, Argelia Antonia Muñoz Villagrán, Teresa de Jesús Marroquín Morataya de González, Damaris Liceth Marroquín Ortega, Saydi Yesenia Chinchilla Gómez, Jessica Lussely Morales, Marta Regina Suárez Rimola de Mazariegos, Rosalina García Aquino de Echeverría, Miriam Elenise Reyes Juárez, Erica Mavel Aquino Pivaral, Esmailyn Dayana Gregorio Jimenez, Alba Arminda García Aquino de Morales, Blanca Nieves Pú Arias, Telma Odilia Avila Cermeño de Del Cid, Leticia Hernández López de López, Daniel de Jesús Gómez Marroquín, María Zenaida Valdez Hernández de Carrera, Mario Cordero

Pérez, Blanca Estela Salguero de Florián, Laureana Pérez López, Celsa Yaneth Pivaral Sandoval, Imelda Reyes Cardona de Lopez, Ana Mayreth Gil Juárez, Marina Mercedes Ramírez Valenzuela, José Pio Taque Gómez, Eduarda Polando Vásquez de Valenzuela, Hevila de Jesús Montenegro Recinos, Antonia de Jesus González López, Amildo de Jesús Chinchilla Mijangos, Vicente Dónis Chocón, Carlos Roberto Flores Cordero, María Luz Estrada Abrego de Ostorga, Sandra Anabella Canales Barrera de Jerez, Lidia Maela Divas de Pinto, Atilano Arriaza López, Hilda Margarita Crúz Pérez de Arriaza, Juvelina Palma Cortéz, Cárin Yersenia Aquino Jiménez de Castillo, Dora Olimpia Martínez López, Anavela González López, Silvia Isabel Cazún de Flores, Gregorio Franco Hernández, Yesica Maribel Sandoval Pivaral de González, Luis Alfonso Lima, María Natividad González Pérez, Pedro Antonio Marroquín López, María Cecilia Montenegro Recinos, Clara Luz López de Pérez, Alberto Carmelino Cardona Cardona, Ingrid Etelvina Junay López de López, Hipólito de Jesús Pivaral González, Ismael de Jesús Rodriguez Sandoval, Herlindo Antonio Sandoval Pivaral, José Fidel Gómez Del Cid, Gloria Evelia Chanchavac Zacaríaz de Donis, Margarita Ramírez Pérez, Saydi Yesenia Chinchilla Gómez, Lesbia Amparo Sandoval y Sandoval de Castillo, Nelys Mirasol Marroquín López, Nilsabé Chajón Reyes, Aura Elmira Pivaral Véliz de Sandoval, Luis Fernando Gil Juárez, Mindy Dalila Morales Navichoque, María Carlota Parrás Anavizca, Arminda Eufemia Osorio Leiva de Valdéz, Susana del Carmen Marroquín Juárez de Crúz, Amparo de Jesús Vásquez Mijángos de Yoxón, Marta Julia Mijángos Cabrera, Mario Oswaldo Solares Reyes, Alcira Magalí García de La Crúz, Irma Delia Del Cid Ramírez de Mijángos, Margarita Isabel Aquino Gómez de Rodríguez, Francisca Oralia López de Cazún, Celso Cazún Aquino, Yolanda Maribel Cardona Ramírez, Rosa María

Barrientos Morales de Vásquez, Ustavio Salazar Lima, Doris Esmeralda Salguero Cordón de Toledo, María Isabel Secaida Alvizures de Salazar, Venancia de Jesús Morales, Yomery Marilu Monterroso Mijángos de Montiel, Estela Ramírez Pérez, Olga Carolina Cortave Sarceño, Nery González Marroquín, Susana Rodríguez de la Cruz Hernández, Manuel de Jesús Junay Guerra, Vilma Floricelda Carreto López, Jorge Manuel Marroquín Juárez, Gladys Yesenia Gálvez Ramírez de Mijángos, Telma Yaneth Monterroso Gonzalez, Faustino Pérez Domínguez, Rosa Rosaura Abrego Hernández, Rodolfo Franco Hernández, Yesmi Marilí Crúz López de Gómez, Mario Efraín Jerez Aguilar, Felipa de Jesus Solares Villalta de Jiménez, Ana Lilian Cordero de Leiva, Carlos Lorenzo Galicia, Domitila Lémus Secaida, Sandra Carolina González Lima de Orantes, Mariela Gonzalez García, María Alicia de Jesús Pérez Castillo, Guadalupe González Véliz de Pineda, Maudilia Dina Pérez Altun de Pivaral, José Luis Ramírez Hernández, Israela de Jesús Aquino Arana de Reyes, Amparo de Jesús Vásquez Mijángos de Yoxón, Mildred Yessenia Recinos Hernández, Domitila Lémus Secaida, Maria Guadalupe Yool Palma, Esperanza Macario de Cano, Reyna Gómez Osorio de Quevedo, Romelia Quevedo Chávez de Muñoz, Ana Maria Navas Aguilar de Colindres, Maria Herlinda Navas Quevedo de Martínez, Nancy Karina Andrés Ramos, Florencia Chávez Salazar de Méndez, Aura Maricela Quinteros Salazar, Daris Marisol Salazar Lémus, Marta Marroquín Sandoval de Abrego, Irma Yolanda Quevedo y Quevedo de Chavez, Berta Pacheco Castillo, Clenís Aracely Quevedo Jiménez de Moran, José Antonio Chavez Del Cid, María Vilma Corleto Quevedo, Josefa Herrera Carrillo, Emilia del Carmen Hernandez Navas, Rosario Chavez Del Cid, Marta Lidia Ayala Hernández de García, Olga Aguilar García, Dilia Aguilar Quevedo de Salazar, Juan Carlos Herrera Hernández, Floricelda Isabel

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Sasvin Gómez, María Angelica Quevedo y Quevedo, María Esperanza Aguilar Arriaga, Odilia Abrego Aquino, Lorena Maricela Quevedo Jiménez de García, Andrés Corleto, Aurelia Quevedo Lima de Corleto, Alcira Magalí García de la Crúz, Rosa María Barrientos Morales de Vásquez, Marta Patricia Escobar Jiménez, Ana María González Lémus de Marroquín, Dolores Vásquez González, Juvelina Palma Cortéz, Sandra Etelvina Sánchez Pérez de Echeverría, Aura Marina González Castillo de Pérez, Francisco Antonio Castillo Jiménez, Xiomara Jeannette Batres Orellana, Maria del Rosario Zacarías Marroquín de García, Silvia Elizabeth Estrada Sanchez de López, Delma Vásquez González de Contreras, Brenda Elizabeth Anavisca Villagrán de Díaz, Marvin Danilo Escobar Jiménez, Saúl David Monzón Méndez, Guadalupe González Véliz de Pineda, Blanca Estela Salguero de Florián, Julia Idalia Salazar Lima, Gloria Evelia Chanchavac Zacaríaz de Donis, Francisca Raquel Alvizures García de García, Juana Antonia López y López de Pérez, José Pio Taque Gómez, Josefina Agustín de Zacarías, Diego Pú Carrillo, Apolonia Aquino de De la Cruz, Rosa Elizabeth Hernandez, Crúz Elena Secaida Revolorio de Solares, Nolberto Marroquín Villagrán, María Elena Donis Aguilar de Reyes, José Domingo Reyes Morales, Rogelio de Jesús Cazún Valdéz, Aida Yolanda Aguilar Ortega, Amelia de Jesús Valdéz Hernández, Jorge Mario Lopez Navas, Carlos Roberto Flores Cordero, Antonia de Jesús González López, Cesar Augusto Pérez Rosales, Ana Marina de la Cruz de García, Samuel García, Sara Luz Jolón Pérez de López, Oscar Jaime López, Amparo de Jesús Vázquez Mijángos de Yoxón, Clara Luz López de Pérez, Enrique Román Pérez Pérez, Esmirna Muñoz López de López, Cárin Yersenia Aquino Jiménez de Castillo, Herminia González de Rodríguez, Gregorio Rodríguez Perez, Vicente Garcia Morales, Elida Mijángos Alvarado,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Sonia Elizabeth Garzo Alvarez de Aguilar, Carlos Binicio Arévalo Miranda, Brenda Lorena Donis Quevedo de Aguilar, Elida Celina López Palma de Contreras, Tomasa de Jesús Mijángos Lima de Contreras, Santos Oralia Villalta Pérez, Maylor de Jesús Contreras Martínez, María Ofemia Valenzuela Lemus de Chajón, Vilma Asucena Pineda Arroyo de Chiché, Víctor Hugo Chiché Yol, Asucena Revolorio Vásquez de Chajón, Eduardo Misael Camey Valenzuela, Bertalina Contreras Arroyo de Chiché, Zúlma Asucena Rodas Morales de Donis, Jesús Fabián López, Beatriz Vivar García de González, Ruben González García, Jakelyn Melina Hernández Sánchez de Hernández, Floridalma Quinteros Rodríguez, María Elisea Hernández Urías, Roselia Villalta Rosales de Hernández, Jorge Luis Luna Barrera, Aura Marina Dávila, Ofelia Barrientos Pérez, Mara Leticia Lima García de Vásquez, Floridalma Chajón López de Villalta, Lilian Marsela Villalta Pérez de Vivar, Carlos Amílcar Villalta Aguilar, Greis Amabilia Zacarias Dávila, Maria Imelda Herrera Perez, Francisca Agripina Urias Siguaque de Monterrroso, Emily Tamara Juárez Rodríguez, Madelline Viviana Gramajo Matías, Brandon René Portillo González, Gerson Blanco García, José Benedicto Franco Herrera, Ivan Alexander Juárez Grijalva, Juan Pablo Pérez Contreras, Olga Mariana Delgado Pérez, Rogelio de Jesús Cazún Valdéz, Jaime Pivaral Dedián, Alberto López Secaida, Elsa de Jesús Cazún Morataya, María Isabel Perez Dominguez de Alvizures, Carmelina Cano Pérez, Arminda Maritza López Pérez de Mendoza, Mirsa Elizabeth García González de Guzmán, Luis Roberto Muñoz Martínez, Bernarda Boc Pixtún, Corina Amparo García Muñoz de Del Cid, Amildo de Jesús Gómez Marroquín, Floricelda Villagrán Hernández de Gómez, Gloria Isabel Gómez Gutiérrez, Nery Enrique Chinchilla de Paz, Glenda Elizabeth López González, Olivia Esperanza López Molina, Bélgica

Verónica Mijangos Gómez de Montúfar, Maritza Eliet Pérez González de Hernández, Edy Noé Alonzo Fernández, Ana Lucia Pivaral Escobar, Mayra Patricia Pérez, Jaime Estuardo Pivaral Escobar, Kevin Roberto Navas Salazar, Evelin Adriana Estrada Cabrera, Milton Esau Hernández González, Rosa María Morales Aguilar, Blanca Elizabeth Pelén, Blanca Azucena Pineda Donis, Ana María Pivaral Dedián, Biby Salazar, Melgui Josué Salazar Muñoz, Yesenia Yisel Sandoval Pivaral, María Etelvina Torres Catalán, Sandra Patricia Vásquez Camey de Lima, Grecia Rosmeri Pivaral Gómez, Laura Cecilia Dónis Lemus de Dávila, Brenda Elizabeth Pérez, Miriam Nohemí Abrego García, Biky Aideé Reyes Cruz, Norma Isabel Cabrera Camey de Camey, Helen Julieta Lémus Pérez de Hernández, Sandy Edilsa Lémus Pérez, Zonia Verali Lémus López, Leylaní Daniela Marroquín Salazar, Yomeri Marilú Monterroso Mijángos de Montiel, Sergio de Jesús Agustín Martínez, Walfre Oswaldo Crúz Lémus, Sandra Carolina González Lima de Orantes, Brenda Noemi Leiva Cordero, Horacio de Jesús Marroquín Sumalé, Alba Consuelo Mijangos Cabrera, Érica Lorena Pérez Muñoz, Edna Elizabeth Pivaral Altún, Ana del Carmen Reyes Navas, Mayra Verónica Osorio Navas y Mirna Floricelda López González, en quien se unificó la personería de novecientos noventa terceros interesados; **g)** Atlas Mining & Construction, Sociedad Anónima; Guatemalteca del Sellado, Sociedad Anónima; Proveedora de Comercio e Industria y Compañía Limitada; Trasega, Sociedad Anónima; Muros Técnicos e Ingeniería Civil, Sociedad Anónima; Reparaciones y Mantenimiento en Sitio, Sociedad Anónima y Representaciones Químicas, Sociedad Anónima. En su primera comparecencia, las citadas entidades unificaron personería en la primera de las sociedades mencionadas; sin embargo, al haber desistido esta de su recurso de apelación, la unificación recayó en la

última de las entidades referidas y **h)** Consejo del Pueblo Maya –CPO–. **C) Informe circunstanciado:** el Ministro de Energía y Minas presentó escrito expresando: **a) sobre la Licencia de explotación minera *Escobal***: **a.i)** el ocho de julio de dos mil once, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, presentó ante esa institución solicitud de otorgamiento de licencia de explotación minera para un área de diecinueve . novecientos noventa y cinco (19.995) kilómetros cuadrados, dentro del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, para un período de veinticinco años, derivado de los resultados obtenidos de la licencia de exploración *Oasis* que fue previamente otorgada; **a.ii)** el veinticinco de julio de dos mil once, fue aceptada para su trámite la solicitud aludida identificada con el número de expediente SEXT – cero quince – once (SEXT-015-11). El requerimiento fue analizado por la Sección de Catastro Minero, que detectó traslape de área con otra solicitud de exploración minera, de esa cuenta ordenó que el área solicitada fuera reducida, asimismo, se requirió que los minerales a explotar fueran únicamente los otorgados en la licencia de exploración de la que derivó y que se ratificara por escrito su acuerdo con los municipios en los cuales se localiza el polígono de incidencia. Además, la Sección de Control de Derechos Mineros de Explotación, como resultado de la inspección realizada el veinticuatro y veinticinco de agosto de dos mil once, hizo una serie de requerimientos en cuanto al programa de trabajo presentado; **a.iii)** la Sección de Supervisión Minera del Departamento de Derechos Mineros, determinó que la entidad solicitante cumplió los requisitos técnicos y catastrales correspondientes, asimismo, la Sección de Control de Derechos Mineros de Explotación recomendó tener por aceptado el plan de trabajo de explotación con sus ampliaciones; **a.iv)** la Unidad de Fiscalización del Ministerio de Energía y

Minas, otorgó solvencia financiera a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en virtud del cumplimiento de las obligaciones financieras derivadas de los derechos mineros de exploración que le fueron otorgados; **a.v)** en observancia de lo previsto en el Artículo 20 de la Ley de Minería, la requirente presentó fotocopia legalizada de la resolución número tres mil sesenta y uno – dos mil once/DUGARN/ECM/beor (3061-2011/DIGARN/ECM/beor) emitida el diecinueve de octubre de dos mil once, por la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, que contiene aprobación del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto Minero *Escobal*, Categoría "A" y en cumplimiento de lo ordenado en el Artículo 45 de la Ley referida, presentó las publicaciones realizadas en el Diario Oficial y Nuestro Diario de los edictos respectivos, como consecuencia de esto, fueron planteadas doscientas cuarenta y un (241) oposiciones, que en su mayoría fueron denegadas, solo contra ocho de estas se interpuso recurso de revocatoria; **a.vi)** el diecinueve de diciembre de dos mil once, la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas emitió dictamen, por medio del cual opinó que la solicitud de licencia de explotación minera *Escobal* cumplió todos los requisitos regulados en la Ley de Minería, por lo que resultaba procedente su otorgamiento, dicho documento contó con el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación y **a.vii)** el tres de abril de dos mil trece, emitió resolución, en la cual otorgó a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, la licencia de explotación minera denominada *Escobal,* por un plazo de veinticinco años, para la explotación de los minerales: oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras, en un área de diecinueve . nueve mil novecientos veinticinco (19.9925) kilómetros cuadrados, ubicada en el Municipio

de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, la cual fue identificada como LEXT – cero quince – once (LEXT-015-11); **b) sobre la Licencia de exploración minera *Juan Bosco*: b.i)** el doce de noviembre de dos mil ocho, Entre Mares de Guatemala, Sociedad Anónima, presentó ante la Dirección General de Minería, solicitud de otorgamiento de licencia para la exploración de los minerales: oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras, en un área de cincuenta y nueve . nueve mil ciento sesenta y seis (59.9166) kilómetros cuadrados, dentro de los municipios de San Rafael Las Flores, Casillas y Nueva Santa Rosa, todos del departamento de Santa Rosa y Mataquescuintla del departamento de Jalapa; **b.ii)** el veintitrés de abril de dos mil diez, la citada Dirección aceptó la petición de cambio de solicitante, siendo sustituida Entre Mares de Guatemala, Sociedad Anónima, por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, que continúo el trámite del procedimiento; **b.iii)** la Sección de Castro Minero de la Dirección General de Minería emitió dictamen el veintiocho de septiembre de dos mil diez, en el cual indicó que la solicitud de exploración minera cumplió la prioridad requerida por la ley de la materia; asimismo, la Sección de Supervisión Minera de la referida Dirección, el veintinueve de septiembre de dos mil diez, dictaminó que la solicitud cumplió los requisitos técnicos y catastrales que establece la Ley de Minería; también, el Departamento de Control Minero señaló, mediante providencia de veinticinco de mayo de dos mil once, que el programa de trabajo presentado cumplió el requisito regulado en el Artículo 41, literal j), de la citada ley; además, la Unidad de Fiscalización del Ministerio de Energía y Minas, a través de providencia dictada el doce de julio de dos mil once, determinó que la entidad solicitante no tenía obligaciones financieras pendientes de cumplimiento y la Unidad de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas, emitió dictamen el siete de septiembre de dos mil once, en el cual recomendó la prosecución del trámite tendente al otorgamiento de la licencia requerida; **b.iv)** mediante resolución de once de mayo de dos mil doce, la Dirección General de Minería decidió otorgar a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, la licencia de exploración minera denominada *Juan Bosco,* de los minerales y en el área que fueron solicitados por un período de tres años, la cual fue identificada como LEXR – cero ochenta y nueve –cero ocho (LEXR-089-08); **b.v)** el diecisiete de septiembre de dos mil doce, la entidad solicitante presentó Estudio de Mitigación, que fue aceptado por la multicitada Dirección el veintinueve de noviembre de dos mil doce, con base en el dictamen elaborado por la Unidad de Gestión Socio Ambiental y **b.vi)** Minera San Rafael, Sociedad Anónima, pidió mediante escrito de once de febrero de dos mil quince, prórroga de la licencia otorgada, que aún se encuentra en trámite; **c)** lo actuado tanto por el Ministerio de Energía y Minas, como por la Dirección General de Minería se enmarca dentro de la esfera de facultades que les otorgan los Artículos 194 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 27 de la Ley del Organismo Ejecutivo, así como 3, 7 y 40 de la Ley de Minería. Aunado a lo anterior, en caso similar, la Corte de Constitucionalidad consideró que: *"*(…) *a) la licencia de explotación fue concedida de conformidad con el mandato otorgado al Ministerio de Energía y Minas en el Artículo 34 inciso d) de la Ley del Organismo Ejecutivo; b) que los postulantes tuvieron oportunidad de hacer valer sus argumentaciones en la vía correspondiente pero no lo hicieron, la referida concesión no puede evidenciar agravio reparable por la vía del amparo, al haber enmarcado las autoridades impugnadas su actuación dentro del ámbito de sus facultades* (…)*"* (sentencia de nueve de enero de dos mil ocho, dictada por la

Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente 123-2007 formado con ocasión de amparo en única instancia promovido por la Asociación Civil Colectivo Madreselva, Mario Perfecto Tema Bautista, Juan Mejía Ambrosio, Armando Méndez Tojil, Santos Serapio Ambrosio García, Víctor Basilio López Pérez, Oracio Vidal Pérez Pérez, Encarnación Carrillo Ambrosio, María Ortencia Chun Bautista y Hilda Martina López Tojil contra el Presidente de la República y los Ministros de Energía y Minas, Ambiente y Recursos Naturales, así como Salud Pública y Asistencia Social); **d)** el amparo se encuentra supeditado al cumplimiento de ciertos **presupuestos procesales** que determinan su procedencia, los cuales fueron incumplidos, de conformidad con lo que a continuación se detalla: **d.i)** el postulante inobservó el requisito de **definitividad** del acto reclamado, en vista que, según lo preceptuado en los Artículos 221 de la Ley Fundamental y 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, un Tribunal de esa naturaleza, como contralor de la juridicidad de la administración pública, debió conocer el presente asunto, porque las resoluciones reclamadas fueron dictadas por la administración pública, asimismo, en todo caso, el Procurador de los Derechos Humanos, en defensa de los intereses que le han sido encomendados, conforme el Artículo 274, literal f), de la Constitución Política de la República de Guatemala, era a quien correspondía agotar los procesos y procedimientos judiciales y administrativos pertinentes, previo a que se acudiera al ámbito constitucional; **d.ii) no existe agravio personal y directo** que amerite el otorgamiento de la protección constitucional solicitada, porque en el escrito contentivo de la acción de amparo, no se cumplió con señalar acto de autoridad emitido por este Ministerio que haya causado lesión a los derechos fundamentales del amparista, ni la manera como se configuró tal transgresión,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

únicamente se transcribieron artículos constitucionales, sin realizar argumentación al respecto; **d.iii)** esa institución carece de **legitimación pasiva** para soportar la pasividad del presente amparo, en virtud que al haber sido emitida resolución administrativa por órgano competente, que se encuentra firme, no podía quedar en inacción, porque su actuar se encuentra supeditado a la actividad de otras autoridades, así como a la observancia de normas, cuyo cumplimiento no es discrecional, esto de conformidad con el Artículo 154 del Texto Fundamental. La Corte de Constitucionalidad ha sentado doctrina legal al respecto, señalando que al no existir conexidad entre la autoridad que presuntamente causó el agravio y aquella contra la que se dirigió la acción no existe legitimación del sujeto pasivo; **d.iv)** no asiste **legitimación activa** al postulante del amparo, porque no posee interés genuino en el asunto, ni reconocida representatividad que le faculte para promover amparo en nombre de las comunidades, de acuerdo a sus prácticas y costumbres, con el objeto de obtener la defensa de los derechos colectivos que consideren conculcados y **d.v)** las licencias mineras fueron otorgadas en dos mil doce y dos mil trece, respectivamente, por lo que al haber transcurrido en demasía el plazo de treinta días que establece la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad para el planteamiento del amparo, este resulta **extemporáneo**. Las circunstancias descritas, inviabilizan la procedencia de la garantía constitucional instada, lo cual impide que pueda conocerse el fondo de la pretensión; **e)** el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, establece que corresponde a los gobiernos o Estados realizar consultas a estos pueblos, de conformidad con los mecanismos que estos determinen para el efecto. El Estado de Guatemala

ratificó el citado instrumento internacional, sin embargo, en resoluciones administrativas y en fallos de la Corte de Constitucionalidad, existen diversos criterios relativos a qué autoridad debe realizar los procesos de consulta; de hecho, en algunos casos se ha ordenado judicialmente que la realicen las municipalidades. El Ministerio de Energía y Minas, determinó que en las áreas de influencia de las licencias mineras otorgadas, no residen pueblos indígenas, con base en el Censo de Población y Habitación del año dos mil dos elaborado por el Instituto Nacional de Estadística. Pese a ello, realizó proceso previo de carácter informativo y participativo al que asistieron autoridades representativas de las comunidades, cumpliendo así los principios que señala la Organización Internacional del Trabajo en el aludido Convenio; **f)** Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en atención al *Entendimiento común de las Naciones Unidas sobre un enfoque basado en los derechos humanos para la cooperación para el desarrollo*, ha implementado programas de inversión social en beneficio de las comunidades en las cuales se ubican las áreas de incidencia de las licencias *Escobal* y *Juan Bosco*, en coordinación con las instituciones siguientes: Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación; Ministerio de Economía; Ministerio de Desarrollo Social; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Educación; Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social; Secretaría Ejecutiva de Planificación y Programación de la Presidencia; Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia; Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres; Instituto Nacional de Bosques; Comité Nacional de Alfabetización; Instituto Técnico de Capacitación y Productividad; Asociación Puente; Empresarios por la Educación; Alianza por la Nutrición; Fundación DECA Estudios de la Universidad Panamericana; FUNDAZÚCAR y GEF-PNUD. Los proyectos principales se

describen a continuación: **f.i)** Programa para la reducción de la desnutrición crónica: se implementó el programa *Aprendamos Juntos* elaborado por la Asociación Puente, cuya duración fue de dos años, que favoreció a ochocientas familias de quince comunidades del municipio de San Rafael Las Flores y una comunidad del municipio de Casillas. Se contó con la participación de las comisiones departamentales y municipales de seguridad alimentaria y nutricional –CODESAN y COMUSAN-, el Consejo Municipal de San Rafael Las Flores y los Consejos Comunitarios de Desarrollo (COCODES) de los citados municipios. Sus principales componentes fueron: organización comunitaria, desarrollo de competencias en la mujer, atención a la primera infancia, talleres de masculinidad para esposos y convivientes, apoyo a la ventana de los mil días, vigilancia nutricional, producción para el autoconsurno, manejo, preparación y consumo de alimentos, caja de ahorro y micro financiamiento, generación de ingresos, hogar saludable, así como, monitoreo y evaluación; **f.ii)** formación docente: en atención a la solicitud realizada por las Coordinadoras Técnicas Administrativas (CTA) de San Rafael Las Flores y la Delegada Departamental del Ministerio de Educación en Santa Rosa, se desarrolló un programa de formación docente por medio de la Fundación DECA Estudios de la Universidad Panamericana, con el cual se ha capacitado a más de cincuenta maestros. Sus principales aportes fueron: formación del docente, creación de comunidades de aprendizaje, acompañamiento pedagógico y modelaje en el aula, actividades extracurriculares que refuercen el aprendizaje de la matemática y la lectoescritura, fortalecimiento de la comunidad escolar, así como, monitoreo y evaluación previa, intermedia y final; **f.iii)** Escuelas saludables: se implementó en veintiséis escuelas del municipio de San Rafael Las Flores en coordinación con la Municipalidad del

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

referido municipio; el Ministerio de Educación; el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social; el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, así como la Secretaría de Seguridad Alimentaria y Nutricional de la Presidencia de la República. Sus principales componentes fueron: rincón saludable, gobiernos escolares, huertos escolares pedagógicos, mejoramiento de la infraestructura, especialmente de los baños, cocinas y tiendas escolares, así como, organización de padres de familia; **f.iv)** Centro de capacitación: se construyó un Centro de Capacitación, que es manejado por el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad. Desde su inauguración en dos mil trece se ha capacitado a más de mil personas. Sus principales aportes fueron en: soldadura, electricidad, corte y confección, joyería, inglés, computación, panadería, gastronomía, jardinería y esteticismo; **f.v)** Granjas sostenibles: como resultado de la alianza estratégica que se tiene con el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, se han construido diecisiete granjas sostenibles que benefician a ciento setenta familias, con base en el programa Centro de Capacitación para el Desarrollo Rural, que tiene como principal objetivo la implementación de mejores prácticas agropecuarias que coadyuven a la producción de alimento que garantice la seguridad alimentaria y la generación de excedentes para su venta y comercialización, mejorando así la calidad de vida de los participantes. Sus principales componentes fueron: cosecha de agua de lluvia, producción en macro túnel o casa malla, abono orgánico y conservación de suelos, diversificación agrícola por medio de frutales, gallinas ponedoras, cerdos de engorde, así como, ciento cincuenta horas de capacitación y asistencia técnica; **f.vi)** Programa de prevención y combate de la roya y productividad de café: se ha implementado este programa asistiendo a más de mil pequeños caficultores de la región. Su

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

objetivo principal ha sido brindar capacitaciones y asistencia técnica para que los pequeños y medianos productores de café, estén en mejor posición de prevenir y combatir la roya en sus cultivos. Asimismo, se ha donado fungicida y otros productos agrícolas; **f.vii)** Programa forestal: se ha apoyado a los agricultores con mejores prácticas forestales, así como con el registro de sus terrenos ante el Instituto Nacional de Bosques para que puedan ser sujetos del subsidio que el gobierno otorga mediante el Programa de Incentivos Forestales para Poseedores de Pequeñas Extensiones de Tierra de Vocación Forestal o Agroforestal –PINPEP-. Además, se ha contribuido con la siembra de más de setenta mil árboles y a la reforestación de setenta hectáreas en Santa Rosa anualmente, asimismo, se ha beneficiando a pequeños poseedores de tierra para que reciban subsidio forestal del gobierno de Guatemala durante los próximos seis años; **f.viii)** Emprendimientos y fortalecimiento de las asociaciones productivas locales: se planteó un modelo integrando las capacidades productivas construidas en otros programas de inversión social que habían sido implementados con formación en emprendedurismo, así como, asociatividad para apoyar los procesos de mercadeo, comercialización y búsqueda de mercados. Se ha ayudado a pequeños empresarios locales a generar ventas de más de dos millones de quetzales (Q2,000,000.00); **f.ix)** Fortalecimiento de la sociedad civil mediante la colaboración con instituciones y gobiernos locales: se coordinó con varias de las instituciones del gobierno central y con la Municipalidad de San Rafael Las Flores, para promover la organización comunitaria, la participación ciudadana y el fortalecimiento institucional, por medio de las actividades siguientes: capacitación de coordinadoras locales para la reducción de desastres, prevención de incendios forestales, capacitación a la Unidad Técnica

Departamental y a las Direcciones Municipales de Planificación, así como capacitación a los Consejos Comunitarios de Desarrollo; **f.x)** Cultivando agua buena: este programa internacional derivado de la colaboración bilateral entre los gobiernos de Guatemala y Brasil, se ha convertido en una importante plataforma para propiciar el diálogo, el relacionamiento comunitario y la generación de alianzas estratégicas entre comunidades, instituciones de gobierno y el sector privado, en él, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha participado activamente, en virtud de haber sido seleccionada por el Ministerio de Energía y Minas para desarrollar uno de los tres proyectos piloto para su implementación en el país y **f.xi)** Proyectos de infraestructura: Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha construido desde el inicio de sus operaciones en dos mil once hasta el dos mil dieciséis, múltiples proyectos de infraestructura que han beneficiado a gran cantidad de habitantes; **g)** solicitó que fueran adheridos al proceso, como terceros interesados, ochocientos setenta y seis habitantes de las comunidades en las cuales se desarrollan las licencias mineras *Escobal* y *Juan Bosco*; **h)** la admisión a trámite del amparo transgrediría los derechos de propiedad, libertad de industria y comercio, así como, al trabajo que asisten a los pobladores de los municipios de San Rafael Las Flores, Casillas, Nueva Santa Rosa y Mataquescuintla de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, los cuales se encuentran reconocidos en los Artículos 39 y 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala y **i)** la prosecución del trámite del amparo provocaría conflictos entre las comunidades ubicadas en las áreas de incidencia de los proyectos mineros, así como suspensión de los aportes al trabajo, la salud, la infraestructura y la educación, que han contribuido al desarrollo de esas comunidades. **D) Antecedentes remitidos**: la autoridad denunciada remitió: **i.**

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

expediente administrativo del Ministerio de Energía y Minas identificado como SEXT-015-11, el cual documenta el procedimiento agotado previo a expedir la licencia de explotación minera *Escobal,* solicitada por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima y **ii.** expediente administrativo SEXR-089-08 de la Dirección General de Minería, del Ministerio de Energía y Minas, que documenta el procedimiento agotado previo a conferir la licencia de exploración minera *Juan Bosco* a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima. **E) Medios de comprobación:** se prescindió del período probatorio y se admitieron e incorporaron para su valoración los medios de prueba documental siguientes que fueron diligenciados en el proceso de amparo en primera instancia, consistentes en: **E.i)** originales de: **i)** *"*(…) *informe circunstanciado remitido por el Ministro de Energía y Minas* (sic) (…)*";* **ii)** constancias extendidas el cinco de julio de dos mil diecisiete, por Luis Antonio Colindres Sandoval, Gerente de Recursos Humanos de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, que documentan: **a)** planilla de trabajadores que laboran en esa entidad y **b)** listado de empresas contratistas que tiene personal trabajando en la mina referida y **iii)** certificaciones contables extendidas por el Perito Contador de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, que hacen constar: **a)** el pago por la cantidad de doscientos setenta y siete millones ochocientos cuarenta y cuatro mil ochocientos veintidós quetzales con veinticinco centavos (Q277,844,822.25) en concepto de regalías al Estado de Guatemala y municipalidades del período correspondiente de dos mil catorce a dos mil diecisiete; **b)** el pago por el monto de ciento catorce millones seiscientos cuarenta y cuatro mil seiscientos treinta y cinco quetzales con cincuenta y tres centavos (Q114,644,635.53) en concepto de regalías a la municipalidad de San Rafael Las Flores del período correspondiente de dos mil catorce a dos mil diecisiete; **c)** el

pago de cuarenta y ocho millones quinientos cincuenta y cinco mil quinientos cincuenta y un quetzales con diecinueve centavos (Q48,555,551.19) en concepto de regalías a las municipalidades de Cuilapa, Barberena, Santa Rosa de Lima, Santa Cruz Naranjo y Casillas del departamento de Santa Rosa y San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, que corresponde al período de dos mil catorce a dos mil diecisiete; **d)** el pago por la cantidad de ciento noventa y cuatro millones doscientos veintidós mil doscientos cuatro quetzales con sesenta y seis centavos (Q194,222,204.66) en concepto de regalías voluntarias al Estado de Guatemala y municipalidades, del período correspondiente de dos mil catorce a dos mil diecisiete; **e)** el pago a la Superintendencia de Administración Tributaria de los montos siguientes: **e.i)** seiscientos sesenta y nueve millones quinientos ochenta y ocho mil seiscientos veintidós quetzales con treinta y nueve centavos (Q669,588,622.39) por concepto de Impuesto Sobre la Renta, del período correspondiente del uno de octubre de dos mil trece al treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete, **e.ii)** once millones quinientos cincuenta y un mil doscientos noventa y tres quetzales con veinticuatro centavos (Q11,551,293.24) por concepto de Impuesto al Valor Agregado, al cierre de mayo de dos mil diecisiete, **e.iii)** dos millones sesenta y siete mil ochocientos noventa quetzales con veintiséis centavos (Q2,067,890.26) por concepto de Derechos Arancelarios de Importación, al cierre de mayo de dos mil diecisiete; **e.iv)** cinco millones ochocientos treinta y cinco mil novecientos sesenta y dos quetzales con treinta y cuatro centavos (Q5,835,962.34) por concepto de Impuesto Único Sobre Inmuebles, que corresponde al período comprendido de dos mil once a dos mil diecisiete y **e.v)** quinientos trece mil cuatrocientos veintitrés quetzales con cuarenta y seis centavos (Q513,423.46) por concepto de Impuesto Sobre

Circulación de Vehículos, del período comprendido de dos mil trece a dos mil diecisiete; **f)** el pago por el monto de cincuenta y siete millones doscientos noventa y cinco mil cuarenta y tres quetzales con noventa y tres centavos (Q57,295,043.93) en concepto de salarios por un período de seis meses, de conformidad con los Libros de Salarios de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima; **g)** el pago de veintiséis millones novecientos cuarenta y cinco mil ochocientos cuatro quetzales con ochenta y cuatro centavos (Q26,945,804.84) en concepto de regalías, a los expropietarios de los terrenos donde se ubica la mina, del período comprendido de dos mil catorce a dos mil diecisiete y **h)** el pago de cuotas al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, por la cantidad de cuarenta y siete millones seiscientos sesenta y un mil seiscientos cuatro quetzales con ochenta y cinco centavos (Q47,661,604.85), al Instituto de Recreación de los Trabajadores de la Empresa Privada de Guatemala, por el monto de cuatro millones cuatrocientos sesenta y seis mil ochocientos setenta y nueve quetzales con cincuenta y dos centavos (Q4,466,879.52) y al Instituto Técnico de Capacitación Integral, por la cantidad de cuatro millones cuatrocientos sesenta y seis mil ochocientos setenta y nueve quetzales con cincuenta y dos centavos (Q4,466,879.52), así como, de cuotas patronales y retenciones laborales, por el monto de veintiún millones quinientos setenta y cinco mil trece quetzales con setenta y nueve centavos (Q21,575,013.79) del período comprendido del uno de junio de dos mil diez al treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete; **E.ii)** fotocopias de: **i)** "(…) *expediente número LEXT guion cero quince guion once (LEXT-015-11), de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, denominado ESCOBAL* (sic) (…)"; **ii)** "(…) *expediente número LEXR guion cero ochenta y nueve guion cero*

ocho (LEXR-089-08), de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, denominado JUAN BOSCO (sic) (…)"; **iii)** expediente de solicitud de información identificado como UIPEM ciento ochenta y tres - dos mil diecisiete (183-2017) tramitado por Roberto Morales, ante la Unidad de Información Pública del Ministerio de Energía y Minas; **iv)** expediente de solicitud de información identificado como UIPEM ciento ochenta y nueve - dos mil diecisiete (189-2017) tramitado por Pedro Rafael Maldonado Flores ante la Unidad de Información Pública del Ministerio de Energía y Minas; **v)** expediente de solicitud de información identificado como UIPEM ciento noventa - dos mil diecisiete (190-2017) tramitado por Pedro Rafael Maldonado Flores, ante la Unidad de Información Pública del Ministerio de Energía y Minas; **vi)** escrito de solicitud de licencia de explotación minera denominada *Escobal*, presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ante el Ministerio de Energía y Minas, el seis de julio de dos mil once; **vii)** 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); **viii)** resolución de tres de abril de dos mil trece, dictada por el Ministerio de Energía y Minas, dentro del expediente identificado como SEXT – cero quince - once (SEXT-015-11), en la cual se dispuso el otorgamiento de la licencia de explotación minera *Escobal* a Minera San Rafael, Sociedad Anónima; **ix)** resolución de veintiséis de abril de dos mil doce, dictada por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, dentro del expediente identificado como SEXT – cero ochenta y nueve – cero ocho (SEXT-089-08), en la cual se otorgó la licencia de exploración minera *Juan Bosco* a Minera San

Rafael, Sociedad Anónima; **x)** resolución de diecinueve de octubre de dos mil once, identificada como tres mil sesenta y uno –dos mil once / DIGARN / ECM / beor (3061-2011/DIGARN/ECM/beor) emitida por la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales; **xi)** certificaciones: **xi.a)** extendidas por el Registrador General de la Propiedad de la Zona Central, las cuales documentan diversas fincas adquiridas por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, sobre las cuales se desarrolla el proyecto de explotación minera *Escobal*, ubicadas en el departamento de Santa Rosa, así como de la inscripción uno (01) de la finca noventa y uno (91), folio noventa y uno (91) del libro uno E (1E) de Minas y **xi.b)** extendidas por la Encargada de la Oficina del Impuesto Único Sobre Inmuebles, de la Municipalidad de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veintiocho de julio de dos mil dieciséis, las cuales certifican que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha pagado el primer trimestre correspondiente al año dos mil dieciséis del Impuesto Único Sobre Inmuebles de las fincas en las cuales se desarrolla el proyecto de explotación minera *Escobal*, ubicadas en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **xii)** sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad: **xii.a)** el veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dentro de los expedientes acumulados noventa – dos mil diecisiete, noventa y uno – dos mil diecisiete y noventa y dos – dos mil diecisiete (90-2017, 91-2017 y 92-2017); **xii.b)** el veintiuno de diciembre de dos mil siete, dentro del expediente tres mil ochocientos setenta y ocho – dos mil siete (3878-2007); **xii.c)** el veinticinco de mayo de dos mil diez, dentro del expediente mil treinta y uno – dos mil nueve (1031-2009); **xii.d)** el catorce de septiembre de dos mil quince, dentro de los expedientes acumulados cuatro mil novecientos cincuenta y siete –

dos mil doce y cuatro mil novecientos cincuenta y ocho – dos mil doce (4957-2012 y 4958-2012); **xii.e)** el veinticinco de marzo de dos mil quince, dentro de los expedientes acumulados ciento cincuenta y seis – dos mil trece y ciento cincuenta y nueve – dos mil trece (156-2013 y 159-2013) y **xii.f)** el diez de junio de dos mil quince, dentro del expediente trescientos cincuenta y tres – dos mil catorce (353-2014); **xiii)** Primer Diagnóstico Comunitario del Proyecto de Explotación Minera *Escobal* en San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, elaborado por la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas; **xiv)** resolución de uno de junio de dos mil diecisiete, dictada por la Unidad de Información Pública del Registro Nacional de las Personas, identificada como UIP doscientos cuarenta y nueve – dos mil diecisiete (249-2017); **xv)** resolución de uno de junio de dos mil diecisiete, dictada por la Unidad de Información Pública del Registro Nacional de las Personas, identificada como UIP doscientos cincuenta – dos mil diecisiete (250-2017); **xvi)** acta notarial autorizada en la ciudad de Guatemala, el cinco de junio de dos mil diecisiete, por el Notario Luis Pedro Martínez Valdeavellano, en la cual se hace constar el resultado de la búsqueda del sitio web "*Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala*"; **xvii)** informes emitidos por la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas: **a)** de visita al Proyecto *Escobal* en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de catorce de febrero de dos mil doce; **b)** de visita a los municipios de Cuilapa y San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veintisiete de agosto de dos mil doce; **c)** de visita a las aldeas El Chan Grande, El Quequexque, Las Nueces, El Copate, Los Planes, El Fucío y el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

caserío Los Vados del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de siete de septiembre de dos mil doce; **d)** de visitas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, Proyecto *Escobal* y municipalidad de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veintiocho de septiembre de dos mil doce; **e)** de actividades de evaluación y seguimiento de la conflictividad social derivada del proyecto minero *Escobal* realizadas por la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de dos de octubre de dos mil doce; **f)** de reunión con miembros del Magisterio del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de cinco de octubre de dos mil doce; **g)** de visitas a las aldeas Media Cuesta, San Rafaelito, Estanzuelas y La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veintidós de octubre de dos mil doce; **h)** de visitas a los caseríos Las Cortinas, El Cielito, El Renacimiento, La Lagunilla, Las Delicias, así como, las aldeas La Vega y El Chanito del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de doce de noviembre de dos mil doce e **i)** de reunión para presentar al Consejo Departamental de Desarrollo de Santa Rosa el proyecto minero *Escobal*; **xviii)** Ayudas de memoria elaboradas por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas: **a)** de presentación de aval de los representantes del Consejo Comunitario de Desarrollo del trabajo que realiza Minera San Rafael, Sociedad Anónima, de veinticuatro de febrero de dos mil doce; **b)** de reunión del Ministerio de Energía y Minas con el Alcalde de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veinte de agosto de dos mil doce; **c)** de reunión de trabajo para dar seguimiento al proyecto minero ubicado en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Rosa, de veintiuno de agosto de dos mil doce; **d)** de reunión del Concejo Municipal de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veintinueve de agosto de dos mil doce, en la cual se divulgó información relacionada con el proyecto de explotación minera *Escobal*; **e)** de presentación del proyecto minero *Escobal* al Consejo Departamental de Desarrollo de Santa Rosa, de treinta y uno de agosto de dos mil doce; **f)** de 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, de veintiséis de septiembre de dos mil doce y **g)** de presentación del proyecto minero *Escobal* a los miembros del Consejo Municipal de Desarrollo del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de seis de diciembre de dos mil doce; **xix)** memorandos emitidos por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, números: **a)** cero noventa y siete –dos mil doce (097-2012) de siete de mayo de dos mil doce, que traslada carta remitida por vecinos de la aldea La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa y **b)** ciento cincuenta y tres – dos mil doce (153-2012) de trece de julio de dos mil doce, que traslada oficio remitido por la municipalidad de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **xx)** oficio emitido por el Ministerio de Energía y Minas el diecisiete de octubre de dos mil doce, identificado como MEM–VMH–OFI– doscientos cincuenta y ocho – dos mil doce (MEM–VMH–OFI– 258–2012); **xxi)** oficio emitido por el Alcalde Municipal de San Rafael Las Flores, departamento de Santa Rosa el tres de julio de dos mil doce, en el cual convoca al Ministro de Energía y Minas a participar en una mesa de diálogo de alto nivel, con el propósito de adoptar consensos; **xxii)** oficio emitido por el Sistema

Nacional de Diálogo Permanente de la Presidencia de la República de diecisiete de julio de dos mil doce, identificado como GG–SNDP– ciento sesenta y seis – dos mil doce (GG–SNDP–166–2012); **xxiii)** manual interno para la gestión de quejas y reclamos, denominado "*Tú Cuentas*" elaborado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima; **xxiv)** actas emitidas por los Consejos Comunitarios de Desarrollo de las comunidades de: **a)** Estanzuelas del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el dieciocho de mayo de dos mil trece, identificada como trece – dos mil trece (13-2013); **b)** El Fucío del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veinticinco de julio de dos mil trece, identificada como dieciocho – dos mil trece (18-2013); **c)** El Fucío del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el ocho de noviembre de dos mil trece, identificada como veinte – dos mil trece (20-2013); **d)** La Vega del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veinte de agosto de dos mil trece, identificada como cero uno – dos mil trece (01-2013); **e)** San Rafaelito del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el once de junio de dos mil trece, identificada como cero dos – dos mil trece (02-2013); **f)** El Copante del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el treinta y uno de mayo de dos mil trece, identificada como cero dos – dos mil trece (02-2013); **g)** de Barrio El Borbollón del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el doce de noviembre de dos mil trece, identificada como cero nueve – dos mil trece (09-2013); **h)** Los Planes del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el ocho de julio de dos mil trece, identificada como cero nueve – dos mil trece (09-2013); **i)** Empedrado El Quequexque del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el diez de septiembre

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de dos mil trece, identificadas como ochenta y nueve – dos mil trece, noventa – dos mil trece y noventa y uno – dos mil trece (89-2013, 90-2013 y 91-2013); **j)** San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el doce de agosto de dos mil trece, identificada como cero seis – dos mil trece (06-2013); **k)** El Cielito del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el once de noviembre de dos mil trece, identificada como cero ocho – dos mil trece (08-2013); **l)** Sabana Redonda del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el once de octubre de dos mil trece, identificada como cero nueve – dos mil trece (09-2013); **m)** Las Nueces del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el once de noviembre de dos mil trece, identificada como sesenta y cuatro – dos mil trece (64-2013); **n)** La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veinticuatro de septiembre de dos mil catorce, identificada como sesenta y nueve – dos mil catorce (69-2014); **ñ)** La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veintinueve de octubre de dos mil catorce, identificada como setenta – dos mil catorce (70-2014); **o)** La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el seis de noviembre de dos mil catorce, identificada como setenta y tres – dos mil catorce (73-2014); **p)** La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el ocho de septiembre de dos mil catorce, identificada como once – dos mil catorce (11-2014); **q)** La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, -no consta fecha-, identificada como treinta y ocho (38); **r)** El Barrialito del municipio de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, el diecinueve de mayo de dos mil catorce, identificada como cero uno – dos mil catorce (01-2014); **s)** Los Pocitos del

municipio de Casillas del departamento de Santa Rosa, el siete de julio de dos mil catorce, identificada como cincuenta y ocho – dos mil catorce (58-2014); **t)** Los Pocitos del municipio de Casillas del departamento de Santa Rosa, -fecha ilegible-, identificada como cero dos – dos mil catorce (02-2014); **u)** El Jícaro del municipio de Cuilapa del departamento de Santa Rosa, el trece de diciembre de dos mil catorce, identificada como cero uno – dos mil catorce (01-2014); **v)** El Jícaro del municipio de Cuilapa del departamento de Santa Rosa, el veintisiete de enero de dos mil quince, identificada como veinte – dos mil quince (20-2015); **w)** Los Pocitos del municipio de Casillas del departamento de Santa Rosa, el doce de enero de dos mil quince, identificada como cero uno – dos mil quince (01-2015); **x)** Los Pocitos del municipio de Casillas del departamento de Santa Rosa, -no consta fecha-, identificada como cero seis – dos mil quince (06-2015) e **y)** La Vega del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veintiocho de enero de dos mil quince, identificada como cero tres – dos mil quince (03-2015); **xxv)** solicitudes de infraestructura dirigidas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, de los Consejos Comunitarios de Desarrollo de las aldeas: **a)** La Vega del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veinte de agosto de dos mil trece; **b)** Las Cortinas del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de junio de dos mil trece; **c)** Chan Grande del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veinte de mayo y diecinueve de agosto, ambas de dos mil trece; **d)** Media Cuesta del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de catorce de febrero de dos mil trece; **e)** Sabana Redonda del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de diez de abril y dieciséis de octubre, ambas de dos mil catorce; **f)** Las Nueces del

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veintitrés de abril de dos mil catorce y **g)** Caserío Carrizal del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, de veintitrés de febrero de dos mil catorce; **xxvi)** solicitudes de obras de infraestructura dirigidas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, por el Consejo Educativo y Maestras de la Escuela Oficial Urbana Mixta de Párvulos de San Rafael Las Flores, departamento de Santa Rosa, de agosto de dos mil trece y marzo de dos mil catorce; **xxvii)** solicitud de obra de infraestructura dirigida a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, por el Caserío Carrizal del municipio de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, de veintitrés de febrero de dos mil catorce; **xxviii)** convenios suscritos entre Minera San Rafael, Sociedad Anónima y: **a)** Comunidad educativa de la Escuela Oficial de Párvulos Casco Urbano de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el dos de junio de dos mil catorce; **b)** Consejo Comunitario de Desarrollo de la aldea Sabana Redonda del departamento de Santa Rosa, el dieciséis de junio de dos mil catorce; **c)** Municipalidad de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, el veinte de agosto de dos mil catorce; **d)** Consejo Comunitario de Desarrollo de San Germán Amberes del municipio de Santa Rosa de Lima, departamento de Santa Rosa, el veinticuatro de junio de dos mil catorce y **e)** Consejo Comunitario de Desarrollo de la aldea Los Vados del departamento de Santa Rosa, el doce de enero de dos mil quince; **xxix)** convenio de colaboración institucional suscrito entre la Asociación Nacional de Municipalidades de la República de Guatemala –ANAM- y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el quince de mayo de dos mil trece; **xxx)** convenio de cooperación técnica identificado como cuarenta y tres – dos mil quince (43-2015) suscrito entre el Ministerio de Agricultura, Ganadería y

Alimentación y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el veintinueve de diciembre de dos mil quince; **xxxi)** convenio de cooperación suscrito entre el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el dieciséis de abril de dos mil trece; **xxxii)** convenio de concertación de acciones suscrito entre Fundación para el Desarrollo Económico y Social de Guatemala -FUNDES- y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el veintidós de abril de dos mil catorce; **xxxiii)** convenio de cooperación técnica interinstitucional suscrito entre el Ministerio de Desarrollo Social y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el treinta de abril de dos mil catorce; **xxxiv)** convenio de fortalecimiento educacional en el departamento de Santa Rosa suscrito entre Fundación Crisálida Internacional y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el catorce de junio de dos mil trece; **xxxv)** convenio de aporte voluntario celebrado entre el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el dieciséis de abril de dos mil trece; **xxxvi)** convenio de aporte voluntario celebrado entre el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el quince de diciembre de dos mil quince; **xxxvii)** convenios de aporte económico voluntario celebrados entre Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y los Alcaldes de las municipalidades siguientes, ubicadas en el departamento de Santa Rosa: **a)** San Rafael Las Flores, el veintiocho de enero de dos mil dieciséis; **b)** Santa Cruz Naranjo, el nueve de febrero de dos mil diecisiete; **c)** Barberena, el nueve de febrero de dos mil diecisiete y **d)** Cuilapa, el dieciséis de marzo de dos mil diecisiete; **xxxviii)** cartas de entrega y recepción de obras de infraestructura realizadas por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, a favor de las Escuelas: **a)** Oficial de Párvulos del Casco Urbano del municipio de San Rafael Las Flores, departamento de Santa Rosa, de dos de junio de dos mil catorce y **b)** Oficial

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Rural Mixta ubicada en la Colonia San Germán en el municipio de Santa Rosa de Lima del departamento de Santa Rosa, de veinticuatro de junio de dos mil catorce; **xxxix)** cartas de invitación de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, dirigidas a diversas entidades y empresas contratistas para que manifestaran su interés de participar en los concursos de cotización para la ejecución de los proyectos: **a)** "Mejoramiento en escuela primaria aldea San Germán Amberes, Santa Rosa de Lima, Santa Rosa" de veintidós de enero de dos mil catorce; **b)** "Construcción oratorio caserío El Carrizal, San Carlos Alzatate, Jalapa" de veintidós de enero de dos mil catorce y **c)** "Estudio de pre-factibilidad para la introducción de sistema de drenajes en la comunidad de Amberes, Santa Rosa de Lima, Santa Rosa", de veintidós de enero de dos mil catorce; **xl)** cartas de entendimiento suscritas por: **a)** el Ministerio de Economía y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el dieciséis de diciembre de dos mil quince y **b)** el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad -INTECAP- y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el ocho de agosto de dos mil trece; **xli)** notas de veintitrés de agosto de dos mil once, en las cuales aparece constancia de la manifestación de representantes de diversos Consejos Comunitarios de Desarrollo, en relación a su conocimiento sobre las operaciones de reconocimiento y exploración que desarrolla Minera San Rafael, Sociedad Anónima, así como de la inexistencia de inconvenientes legales entre la referida entidad y sus respectivas comunidades, además los aportes económicos, sociales y educativos otorgados por esa sociedad. Los Consejos firmantes corresponden a las comunidades del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa siguientes: **a)** Sabana Redonda; **b)** San Rafael; **c)** El Cielito; **d)** El Fucío; **e)** San Rafaelito; **f)** El Copante; **g)** Los Vados; **h)** La Cuchilla; **i)** La Vega; **j)** Los Planes; **k)** El Quequexque y **l)**

Media Cuesta; **xlii)** constancias de visitas técnicas emitidas por los beneficiarios de los proyectos sociales de Minera San Rafael, Sociedad Anónima el doce de noviembre y dos de diciembre, todas de dos mil trece; **xliii)** Acuerdo ministerial quinientos cincuenta y cinco – dos mil quince (555-2015) emitido por el Ministro de Agricultura, Ganadería y Alimentación, el treinta de diciembre de dos mil quince, en el cual aprobó el convenio de cooperación técnica identificado como cuarenta y tres – dos mil quince (43-2015) suscrito entre la citada Cartera y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el veintinueve de diciembre de dos mil quince; **xliv)** Acuerdo ministerial de ratificación del Acuerdo complementario al convenio básico de cooperación científica y técnica entre el gobierno de la República de Guatemala y el gobierno de la República Federativa del Brasil para la implementación del proyecto "*Apoyo para el desarrollo del programa cultivando agua buena de Guatemala*" emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores el seis de febrero de dos mil quince; **xlv)** testimonio de la escritura pública veintidós, autorizada en la ciudad de Guatemala el diecisiete de marzo de dos mil catorce, por el Notario Juan José Quesada Krieger, que contiene contrato de constitución de fideicomiso revocable de administración y pago y **xlvi)** comunicado efectuado por el Ministerio de Energía y Minas identificada como MEM – treinta y tres – dos mil diecisiete (MEM-33-2017), el seis de junio de dos mil diecisiete, en el cual afirma que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha cumplido con las obligaciones impuestas por el Estado de Guatemala y que, por su parte, el Ministerio ha observado el ordenamiento jurídico. Justifica la falta de realización del proceso de consulta por considerar que en el área de influencia de ambos proyectos mineros no se ubican pueblos indígenas y **E.iii)** en disco compacto: **a)** Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero *Escobal* y sus anexos

presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales; **b)** resolución identificada como tres mil sesenta y uno –dos mil once / DIGARN / ECM / beor (3061-2011/DIGARN/ECM/beor) emitida por la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, el diecinueve de octubre de dos mil once; **c)** Actualización del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero *Escobal* presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales; **d)** resolución identificada como cero cinco mil ochocientos uno – dos mil dieciséis / DIGARN / DCA / OBT / rdor (05801-2016/ DIGARN/DCA/OBT/rdor) emitida por el Departamento de Calidad Ambiental de la Dirección de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, el ocho de diciembre de dos mil dieciséis; **e)** Documentos denominados: **e.i)** "*Características de la población y de los locales de habitación censados, Censos nacionales XI de población y VI de habitación 2002*", elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, en julio de dos mil tres; **e.ii)** "*Caracterización departamental*, Jalapa *2012*", elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, en noviembre de dos mil trece; **e.iii)** Caracterización departamental, Santa Rosa 2012, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, en noviembre de dos mil trece y **h)** *Diagnóstico Situación de la Cultura Xinka* elaborado por la Antropóloga Claudia Dary Fuentes, a iniciativa de la Dirección General de Desarrollo Cultural y Fortalecimiento de las Culturas del Ministerio de Cultura y Deportes, en dos mil dieciséis. **F) Auto para mejor fallar**: la Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, previo a resolver, mediante resolución de treinta de agosto de dos mil diecisiete, requirió: **i.** a la Procuraduría General de la Nación que informara sobre la existencia de

solicitud de opinión realizada por el Ministerio de Energía y Minas del requerimiento de prórroga presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, dentro del expediente de exploración con licencia *Juan Bosco.* La institución requerida no proporcionó la información solicitada*;* **ii.** al Ministro de Energía y Minas, así como a la Dirección General de Minería, señalar: **ii.a.** el vencimiento de la licencia de exploración minera *Juan Bosco* y la fecha en que acaeció tal circunstancia*,* **ii.b.** la existencia de prórroga de la mencionada licencia, quién la presentó, ante qué autoridad y cuál es su estado; en cumplimiento de lo ordenado, el Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas informó que la licencia *Juan Bosco* fue otorgada mediante resolución de veintiséis de abril de dos mil doce, por un plazo de tres años contados a partir del acto de notificación, que fue practicado el doce de mayo de dos mil doce, en consecuencia, el derecho adquirido en la citada licencia venció el once de mayo de dos mil quince, además indicó que el once de febrero de ese mismo año, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, presentó solicitud de prórroga de la referida licencia minera de exploración ante esa Dirección, sin embargo, aun no ha sido resuelta, por virtud de que el expediente original fue remitido a esa Corte; **iii.** al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales *"*(…) *el estudio de impacto ambiental de los sitios arqueológicos y lugares sagrados de la comunidad ´Xinka´* (…)*"* (sic) ubicados en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, en el cual conste si tales sitios son afectados por los proyectos de exploración y explotación minera desarrollados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, así como informe del marco histórico y el período al que corresponden tales sitios arqueológicos y lugares sagrados. En virtud de lo anterior, la citada autoridad ministerial remitió copia del Estudio de Impacto Ambiental presentado por Minera

San Rafael, Sociedad Anónima, dentro del expediente en el que le fue otorgada la licencia de explotación *Escobal.* También remitió fotocopia de la resolución A.J. cuatrocientos diecinueve / dos mil once (A.J. 419/2011) emitida por la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes, el veintiocho de noviembre de dos mil once, en la cual se ordenó: *"*(…) *I) Liberar el área de terreno fuera del polígono de amortiguamiento para los montículos A, B y C* (…) *en donde no puede hacerse ninguna construcción ni movimientos de tierras del sitio arqueológico San Rafael Las Flores, que se encuentra ubicado en el proyecto minero El Escobal* (…)*";* **iv.** a la Arquidiócesis (sic) del departamento de Santa Rosa *"*(…) *estudio relacionado con la población indígena ´Xinka´ que reside en los municipios del departamento de Santa Rosa, a efecto de determinar el origen y evolución histórica de los ´Xinkas´ y si efectivamente en ese lugar se inició dicha cultura* (…)*".* El Obispo Católico de la Diócesis de Santa Rosa de Lima del departamento de Santa Rosa, presentó los resultados de la encuesta realizada en el departamento de Santa Rosa durante los meses de marzo y abril de dos mil quince, en virtud de la cual, treinta y dos mil ciento sesenta y dos personas se identificaron como indígenas Xinkas, de las cuales seis mil seiscientas setenta y cuatro pertenecen al municipio de San Rafael Las Flores; **v.** al Ministro de Cultura y Deportes informe sobre la existencia de lugares sagrados y monumentos arqueológicos que correspondan a la cultura Xinka ubicados en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa. La entidad requerida manifestó que los lugares sagrados asociados a monumentos arqueológicos en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, son de origen maya correspondientes a los períodos preclásico y clásico y que, aunque algunos han sido reutilizados por grupos Xinkas, no es posible asumir la existencia de un monumento arqueológico

de origen Xinka y **vi.** al Ministerio de Energía y Minas informe de los kilómetros cuadrados que abarcan las licencias mineras otorgadas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, así como, los municipios que afecta, debiendo acompañar plano geográfico suscrito por profesional de ingeniería civil. La citada Cartera indicó que originalmente el área de la licencia de exploración minera *Juan Bosco* otorgada a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, fue de cincuenta y nueve . nueve mil ciento sesenta y seis kilómetros cuadrados (59.9166 Km2) ubicada en los municipios de Mataquescuintla, Nueva Santa Rosa, San Rafael Las Flores y Casillas del departamento de Santa Rosa y el área otorgada en la licencia de explotación minera *Escobal* fue de diecinueve . nueve mil novecientos veinticinco kilómetros cuadrados (19.9925 Km2) dentro del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; además presentó los planos geográficos solicitados. **G) Sentencia de primer grado**: la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, **consideró**: "(...) *como cuestión preliminar, estima pertinente dar respuesta a los argumentos sustentados por el Ministerio de Energía y Minas (autoridad impugnada) y la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima (tercera interesada), quienes al presentar sus alegatos cuestionaron el incumplimiento de los presupuestos de procedencia de: temporalidad, definitividad y legitimación (activa y pasiva)* (…) *en el presente asunto, se configura una excepción a la observancia del presupuesto abordado, puesto que al tratarse de una denuncia por omisión, no resulta aplicable que para instar la jurisdicción constitucional el plazo prescrito en el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, sea aplicable en el presente asunto, pues en efecto, la violación al derecho de consulta enunciada se estima de carácter permanente, lo que a su vez denota que la propia conducta*

reprochada (acto negativo de abstención u omisión) posibilita el conocimiento de los motivos de agravio denunciados al ser de naturaleza continuada, en tanto la autoridad obligada soslaye el mandato legal de consultar a la comunidad afectada (…) *En relación a la falta de definitividad alegada por el Ministerio de Energía y Minas y la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, se estima que el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS- y la Comunidad Xinka de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, no tuvieron participación en los procedimientos administrativos en los que se emitieron los actos denunciados, que autorizaron la exploración y explotación minera en las instalaciones ocupadas por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, motivo por el cual no puede exigírsele que, antes de acudir al amparo, interpusiera los recursos o acciones respectivas para discutir la juridicidad de lo actuado por aquel Ministerio. Además, al denunciarse la omisión de la referida autoridad en cuanto a celebrar la consulta previa a la que alude el Convenio Número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no existen recursos o instancias ordinarias a través de las cuales pueda ventilarse adecuadamente esa situación* (…) *Se cuestiona por parte de la autoridad impugnada y los terceros interesados, que el amparo procede únicamente cuando existe un interés personal legítimo, ya que la legislación nacional no contempla la procedencia de la acción popular, y en todo caso la protección de derechos de una colectividad o difusos, compete únicamente al Ministerio Público y al Procurador de los Derechos Humanos* (…) *La justiciabilidad en amparo de derechos colectivos e individuales homogéneos ha sido admitida por la Corte de Constitucionalidad en casos calificados* (…) *La citada tendencia jurisprudencial no equivale a posibilitar la acción popular en esta*

vía, habida cuenta que en esos supuestos, al igual que si se trataran de una persona natural o jurídica, la legitimación activa está íntimamente ligada a la condición de que el agravio denunciado recaiga directamente sobre la esfera de derechos fundamentales del promotor del amparo, con la salvedad de que desempeña ese papel un determinado conglomerado de personas que se encuentran genuinamente agrupadas en una asociación, organización comunitaria, institución tradicional o similar, que para efectos procesales actúa por medio del o de los personeros o representantes designados con ese cometido. Lo anterior se evidencia al analizar la naturaleza jurídica del (sic) interponente, que este si (sic) posee legitimación activa para promover el presente amparo, al encontrarse genuinamente agrupada en una asociación (…) *Resulta inviable acoger el argumento de la autoridad impugnada y de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en cuanto a señalar que el acto reclamado no fue emitido por la autoridad denunciada, pues constaba en las actuaciones que las emitió la Dirección General de Minería. Es pertinente hacer mención, de que en el derecho internacional público, uno de los sujetos legitimados para ser parte en los instrumentos internacionales es el Estado, por tal motivo se entiende que es este quien adquiere los derechos y obligaciones que se deriven de aquello* (…) *En el caso de mérito, al cuestionarse el incumplimiento de llevar a cabo la consulta con los pueblos indígenas respecto a la licencia de explotación y exploración minera, se entiende que el ente obligado a llevarla a cabo era el Organismo Ejecutivo, a través del Ministerio de Energía y Minas, pues esa potestad le está conferida en la ley de la materia* (…) *el amparo promovido cumple con los presupuestos de procedencia* (…) *al advertir la existencia de un problema estructural que se pone de manifiesto en el caso*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

objeto de examen, se ha considerado necesario emitir una sentencia atípica con matices ´nomogenéticos´ que integre el ordenamiento jurídico y proporcionar lineamientos que puedan vincular a diferentes actores que, aunque no aparezcan como autoridades reprochadas en el asunto examinado, sean vinculados en la decisión que se emita a fin de superar una situación inconstitucional advertida por la evidente omisión de realizar la consulta previa e informada que corresponde cuando se emprendan proyectos que puedan causar afectación a las comunidades indígenas (…) *Es por ello que, a falta de una normativa local sobre el tema, en párrafos subsiguientes se fijarán los lineamientos que deben observarse en las consultas para que estas sean consideradas válidas* (…) *Cabe estimar que la Corte de Constitucionalidad en sentencia* (…) *emitida en los expedientes acumulados* (…) *(90, 91, y 92-2017), dio las pautas para realizar el proceso de consulta a pueblos indígenas en nuestro país. En el contexto nacional, actualmente se carece de un cuerpo normativo específico que viabilice el derecho a la ´consulta´ conforme lo dispuesto por el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo* (…) *Ante esta situación que acontece en la realidad, en la que figuran como afectadas una gran cantidad de personas que reprochan violación al derecho de consulta previsto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Corte de Constitucionalidad estableció un mecanismo, para dar respuesta rápida y eficaz a la problemática suscitada, siempre dentro del marco de su competencia y atendiendo a los principios de razonabilidad y autocontención de los que deben estar revestidas las resoluciones que emita para proteger los derechos humanos* (…) *De manera que al haberse omitido tal consulta, según lo considerado en las partes conducentes de este fallo, el Estado de Guatemala, debe cumplir sus obligaciones*

internacionales de buena fe y garantizar la efectivización del derecho humano colectivo referido, de conformidad con el principio Pacta Sunt Servanda (…) para que el proceso de consulta cumpla con el criterio y estándar de buena fe es necesario que: ***a)*** *El Estado de Guatemala cumpla con todos los criterios y estándares aplicables a la materia de consulta.* ***b)*** *Se establezca un clima de confianza mutua entre las partes.* ***c)*** *Que el proceso de consulta sea absolutamente transparente, sin ocultar ninguna información que pueda afectar los derechos y la decisión de los pueblos indígenas.* ***d)*** *Se asegure que antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, híbridos o de otro tipo, las comunidades originarias tomarán su decisión y su eventual consentimiento de manera libre, informada y sin ningún tipo de presión, persecución, extorsión, coerción, tergiversación de la información, engaño, ardid o cualquier artimaña que anule o nulifique su decisión o consentimiento de parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aprobación* (…) ***e)*** *se eviten de manera clara acciones como intentos o desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas y negociaciones secretas y paralelas con líderes o personas individuales de la comunidad* (…) *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 ´Escobal´ y ´Juan*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Bosco´, considerando tanto sus beneficios como sus repercusiones no deseadas así como las posibilidades de mitigación, compensación o resarcimiento de estas; y por otro, a trasladar a las autoridades públicas competentes una visión culturalmente pertinente y ajustada a la realidad, de las preocupaciones y expectativas de aquellas comunidades frente a la indicada iniciativa. Es a partir de esa concepción que la consulta deberá propiciar el acercamiento de perspectivas y posturas que desemboquen en la cristalización de acuerdos satisfactorios para todos los interesados (…) *como quedó apuntado en el apartado respectivo, el Estado de Guatemala, por medio del Ministro de Energía y Minas, autorizó los proyectos mineros en cuestión y que además se encuentra pendiente de resolver la prórroga de la licencia minera de exploración ´Juan Bosco´ presentada por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima con fecha once de febrero de dos mil quince, sin haberse realizado una consulta previa conforme los estándares constitucionales y convencionales; deberá el órgano del Estado encargado dirigir el proceso de consulta, encaminar también el diálogo a la posibilidad de arribar a acuerdos relativos a la implementación de medidas de mitigación y/o reparación de posibles daños ecológicos o de otra naturaleza que se pudieran haber ocasionado a los territorios del Pueblo Indígena ´Xinka´. Para el efecto, deberá procurarse la implementación de medidas destinadas a garantizar el derecho a la vida, salud, educación, desarrollo cultural y económico del pueblo indígena relacionado* (…) *del estudio de las actuaciones y específicamente del informe circunstanciado rendido por el Ministro de Energía y Minas, se advierte que de conformidad con el Decreto número 48-97 del Congreso de la República de Guatemala, previo a la autorización de explotación y exploración minera, se debe cumplir con los*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

requisitos respectivos y en el caso de que no aportó medios de convicción que demostraran que a la comunidad relacionada se les permitiera participar de manera efectiva y previa a la instalación de la entidad denominada ´Minera San Rafael, Sociedad Anónima´; si bien la autoridad reprochada manifestó que cumplió con todas las fases del procedimiento administrativo de conformidad con lo que regula Ley de Minería y su respectivo reglamento, incluyendo la publicación de edictos en medios de comunicación escritos, también lo es que, estaba obligada a observar lo concerniente al derecho de consulta, que les es reconocido en párrafos precedentes, por lo que las publicaciones a las que se hace referencia no suplen de ninguna manera ese derecho de consulta que el ente amparista denuncia vulnerado. La omisión de realización de la consulta, conduce a estimar el otorgamiento del amparo, con el propósito de que aquella tenga lugar y restablecer los derechos afectados a los pobladores de las áreas de influencia en las que los proyectos mineros se realizan. Esta deberá llevarse a cabo, conforme los estándares internacionalmente reconocidos para el efecto y según el procedimiento que se describirá. Sin embargo, debe tenerse presente que el Ministerio de Energía y Minas otorgó bajo su responsabilidad autorizaciones para la instalación de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, las cuales se encuentran contenidas en las resoluciones administrativas impugnadas, por lo que es indispensable determinar la situación en la que quedarán esas decisiones. Con respecto al agravio denunciado por el amparista en cuanto a que no se respetaron los sitios arqueológicos y lugares sagrados de la comunidad Xinka, que se encuentran ubicados en los departamentos de Santa Rosa y de Jalapa, y de conformidad con el primer párrafo del artículo 31 de la Ley del Organismo Ejecutivo, esta Corte determina

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

que por medio de lo requerido en auto para mejor fallar el Ministro de Cultura y Deportes informó bajo su responsabilidad que los asentamientos prehispánicos ubicados en dichas circunscripciones tenían relación con los períodos preclásico y clásico (…) *los cuales era de origen maya y que han sido reutilizados por grupos Xinkas, por lo que no es posible asumir sobre la existencia de monumentos arqueológicos de dicha etnia. Asimismo, se adjuntó fotocopia de la resolución número A.J. cuatrocientos diecinueve diagonal dos mil once emitida por la Dirección General del Patrimonio Cultural del Ministerio de Cultura y Deportes del veintiocho de noviembre de dos mil once, que contenía la finalización del proyecto de rescate de San Rafael Las Flores, Santa Rosa, por medio del cual se resolvió ´liberar el área de terreno fuera del polígono de amortiguamiento para los montículos a, b y c (desde la base de los tres montículos hasta los 25 m) en donde no puede hacerse ninguna construcción ni movimientos de tierra del sitio arqueológico San Rafael las Flores, que se encuentra ubicado en el proyecto minero El (sic) Escobal del municipio San Rafael las Flores departamento de Santa Rosa…´, en virtud de haberse localizado material cultural que demostraba la existencia de ocupación prehispánica en el lugar. Por lo que, este Tribunal Constitucional determina que se respetó el derecho de la población indígena Xinka al haberse establecido por parte del Estado de Guatemala, medidas para la conservación del sitio arqueológico ubicado en el municipio de San Rafael las Flores del departamento de Santa Rosa, cumpliéndose de esa forma con lo dispuesto por los artículos del 57 al 61 de la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación* (…) *Esta Corte advierte que existe una incongruencia entre lo argumentado por el Ministerio de Cultura y*

Deportes y lo indicado por el Ministerio de Energía y Minas, en cuanto a la existencia del pueblo indígena Xinka y de qué lugares se consideran sagrados, por lo que se estima pertinente fortalecer a los Ministerios relacionados para que den cumplimiento a la normativa constitucional referente a la cultura y a las comunidades indígenas, motivo por el cual este Tribunal Constitucional, se adhiere a la exhortación realizada por la Corte de Constitucionalidad en sentencia del veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, proferida en los expedientes acumulados números noventa, noventa y uno y noventa y dos todos de dos mil diecisiete, respecto a que el Congreso de la República de Guatemala debe cumplir en el plazo de un año contado a partir de estar firme esta sentencia, con realizar el procedimiento legislativo a efecto de asegurar que en el plazo citado se apruebe la normativa legal referente al derecho de consulta (…) *En este momento, al dictar la decisión final debe puntualizarse lo referente a la vigencia o no de las decisiones administrativas que contienen la autorización de aquellos proyectos –acto reclamado–, resoluciones que fueron dictadas bajo responsabilidad de los funcionarios autorizantes conforme lo establece el artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Al respecto, este Tribunal Constitucional considera que, como efecto del amparo definitivo, tomando en consideración el estado en el que se encuentran las cosas, en donde se ha aprobado los proyectos, se han otorgado licencias, se han iniciado operaciones –aun cuando momentáneamente se han suspendido en virtud del amparo provisional–, por lo que esta Corte con fundamento en la Observación General del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo realizada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones efectuada en la ´ochentaiunava´ reunión efectuada en el año*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

dos mil diez de la cual se hizo referencia en el sexto considerando y en el fallo emitido por la Corte de Constitucionalidad al que se hizo alusión en este fallo, se considera que para viabilizar el derecho a la ´consulta´, deberá otorgarse la protección solicitada con el efecto de ordenar al Ministro de Energía y Minas, realizar la consulta establecida en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; para el efecto, concede el plazo de doce meses, contados a partir de que adquiera firmeza este fallo, lapso durante el cual podrá continuar sus operaciones la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima en los proyectos denominados ´Escobal´ y ´Juan Bosco´. Asimismo, debe revisarse la regulación sobre las regalías a efecto de que se mejore el porcentaje en favor de los territorios y poblaciones afectadas por los proyectos extractivos de los recursos naturales, para plantear las reformas que se consideren pertinentes, para ello deben participar activamente las poblaciones involucradas con la Minera. En otro orden, esta Corte atendiendo a su visión de nación estima que se deberá implementar una política interinstitucional con los pueblos de cultura Xinka y demás aledaños, a efecto de salvaguardar los derechos fundamentales y así como cualquier impacto ambiental, educativo, de salud, cultural y demás. Esta Corte constituida en Tribunal Constitucional, considera que es importante atender a lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en su informe preliminar emitido el cuatro de agosto de dos mil diecisiete, en el marco de la visita a Guatemala, referente a la consulta con los pueblos y comunidades indígenas, manifestando lo siguiente: ´La comisión recuerda al Estado de Guatemala que la realización de esta consulta es obligación internacional de acuerdo con los estándares interamericanos en la materia. La

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

inexistencia de regulación interna no puede ser un obstáculo ni un pretexto para su falta de aplicación. En este sentido, la referida Comisión insta al Congreso de la República de Guatemala a elaborar una ley de consulta previa que cumpla con los estándares interamericanos en la materia, a través de un proceso de consulta con los pueblos y comunidades indígenas. La Comisión también ha sido informada sobre actividades extractivas que han ocasionado la contaminación de agua y tierras, el desplazamiento forzado, la afectación de la subsistencia de identidad de los pueblos indígenas y la criminalización de las personas defensoras de sus derechos. El Estado debe tomar medidas de reparación y no repetición en estos casos, y la aplicación de la consulta previa debe permitir además la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que tales actividades y proyectos produzcan.´ Con base en lo considerado, el amparo debe otorgarse para el solo efecto de que se haga valer el derecho de consulta de la comunidad indígena Xinka conforme a lo apuntado en párrafos anteriores y lo que se declare en la parte resolutiva del presente fallo (...)" **Y resolvió**: *"(...)* ***I) OTORGA,*** *el amparo solicitado por el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS), en contra del Ministro de Energía y Minas, para que se restituya a la comunidad indígena Xinka de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, en sus derechos constitucionales vulnerados, por lo tanto se ordena a la autoridad recurrida, realizar la consulta establecida en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, según las pautas descritas en la presente sentencia; para el efecto, concede el plazo de doce meses, contado a partir de que adquiera firmeza este fallo, lapso durante el cual podrá continuar sus operaciones la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima.* ***II)*** *Esta Corte estima que los*

Ministerios de Estado deberán dar cumplimiento a la normativa constitucional referente a la cultura y comunidades indígenas y se adhiere a la exhortación realizada por la Corte de Constitucionalidad dirigida al Congreso de la República de Guatemala, para que en el plazo de un año contado a partir de estar firme esta sentencia, realice el procedimiento legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta, para el efectivo cumplimiento de lo indicado, deberá notificársele el presente fallo. ***III)*** *Este Tribunal Constitucional considera que se debe atender lo indicado en el considerando séptimo de la presente sentencia.* ***IV)*** *Se revoca el amparo provisional otorgado en auto del veintidós de junio de dos mil diecisiete.* ***V)*** *Oportunamente remítase a la Corte de Constitucionalidad copia certificada del presente fallo, para los efectos contenidos en el artículo 81 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.* ***VI)*** *Notifíquese a las partes y en razón del contenido de esta sentencia y sus alcances, dese noticia de ella también al Congreso de la República de Guatemala y al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y al Ministerio de Cultura y Deportes (...)"*

III. APELACIÓN

Presentaron apelación contra el fallo de primer grado: **a)** Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–; **b)** Minera San Rafael, Sociedad Anónima, **c)** Municipalidad de Mataquescuintla del departamento de Jalapa; **d)** Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala; **e)** Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Anexas –ASEMIS– y **f)** Atlas Mining & Construction, Sociedad Anónima, que posteriormente fue sustituida por Representaciones Químicas, Sociedad Anónima, en quien se unificó la personería de siete terceras interesadas. Los apelantes fundaron sus

correspondientes recursos en los argumentos que a continuación se resumen:

A) El Centro de Acción Legal Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–, postulante, adujo que el fallo de primer grado, si bien otorga la protección constitucional solicitada, le causa inconformidad porque algunos de sus puntos provocan violación a diversos derechos constitucionales, como lo describe a continuación: **a)** el fallo apelado vulnera el principio de certeza jurídica, en virtud que inobserva la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y, por consiguiente, el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, revictimizando al pueblo Xinka ante la negación que, de su existencia, hizo la autoridad ahora cuestionada; **b)** al haber dispuesto revocar el amparo provisional, el Tribunal de Amparo de primer grado violó el debido proceso, así como lo establecido en el Artículo 30 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; **c)** al inobservar el contenido del Artículo 61 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, viola el derecho de defensa y **d)** en la emisión del fallo se inobservó el principio de congruencia, porque el Tribunal de Amparo de primer grado no hizo pronunciamiento respecto de la denuncia que expresamente efectuó en el escrito inicial de amparo, en cuanto a la discriminación de la que fue víctima el pueblo Xinka. **B) Minera San Rafael, Sociedad Anónima, tercera interesada,** argumentó: **a)** la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, no advirtió que el amparo fue solicitado sin cumplir con los presupuestos procesales de temporalidad, definitividad, legitimaciones activa y pasiva; **a.1)** para descartar el cumplimiento del presupuesto de temporalidad, aduce que la amparista tuvo conocimiento del otorgamiento de la licencia de explotación minera *Escobal* desde el dieciocho de

abril del dos mil trece, cuando el Ministerio de Energía y Minas, por medio de la Unidad de Información Pública emitió resolución mediante la cual le extendió copia de dicha licencia, por haberlo solicitado oportunamente. Afirma que la fecha en la cual tuvo conocimiento la ahora postulante del otorgamiento de las licencias a las que alude, puede determinarse tomando como referencia la fecha de presentación de la oposición a la solicitud de la licencia de explotación -cinco de octubre de dos mil doce- así como aquella en la cual fue presentado el escrito de evacuación de previo de oposición -trece de junio de dos mil dieciséis- actuaciones formuladas por Quelvin Otoniel Jiménez Villalta, quien compareció actuando bajo la dirección y procuración del abogado que en este amparo auxilia al Centro de Acción Legal Ambiental y Social de Guatemala -CALAS-, cuya sede señaló aquella persona particular como lugar para recibir notificaciones, incluso el ultimo escrito referido se redactó en papel membretado de esa entidad. La mencionada oposición se fundamentó en la ausencia de consulta por parte del Ministerio de Energía y Minas a las comunidades Xinkas de los municipios afectados por el proyecto de explotación minera. No obstante haberse expuesto este punto ante el Tribunal de Amparo de primer grado, en el fallo apelado se estimó que, en vista que el presente caso versa sobre una omisión, no resulta aplicable el plazo regulado en la ley de la materia, debido a que se trata de una violación permanente. Afirma que ese punto de vista es equivocado porque en el escrito inicial de amparo la entidad amparista formuló petición expresa en cuanto a que sean dejadas sin efecto las licencias de exploración y explotación, lo cual requiere del tribunal una actitud positiva, por lo que la petición de amparo sí está sujeta al plazo que establece el Artículo 20 la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; **a.2)** la inobservancia del principio de

definitividad del acto reclamado, la fundamenta en el hecho de que aquella oposición formulada por Quelvin Otoniel Jiménez Villalta –quien, según aseveró, compareció auxiliado por el Abogado Pedro Rafael Maldonado Flores, del Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala y señaló como lugar para recibir notificaciones la sede de esa entidad-, denunciando, al igual que lo hace en la presente acción de amparo**,** supuesta violación al derecho de consulta al pueblo indígena Xinka. Oposición que según asegura, en esa fecha, aún se encontraba en trámite. Afirma que esa actuación administrativa denota que la entidad amparista sí tuvo participación dentro de los procedimientos administrativos de las citadas licencias, por lo que resulta inadmisible el criterio del Tribunal de Amparo de primer grado en cuanto a que a la ahora postulante no podía exigírsele la observancia de ese presupuesto, por no haber tenido participación en aquella tramitación; **a.3)** aduce que la postulante carece de legitimación para solicitar amparo porque no fundamentó ni acreditó tener la representación de las comunidades Xinkas de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, ni adujo formar parte de ese pueblo ni tener sentido de pertenencia a dicha comunidad. Afirma que no obstante lo anterior, el Tribunal de Amparo consideró de forma errónea, infundada, incongruente y sin ningún razonamiento lógico, que la amparista posee legitimación activa por encontrarse genuinamente agrupada en una asociación, sin explicar de qué forma representa a dichas comunidades. Señaló que esta Corte le ha reconocido legitimación a la solicitante del amparo, específicamente en casos en los cuales se denuncian violaciones ambientales; pero que no le ha reconocido legitimación para promover acciones como la presente en la cual lo que denuncia es violación al derecho de consulta a los pueblos indígenas Xinkas y **a.4)** en cuanto al cuestionamiento que se formula

respecto de la licencia de exploración minera Juan Bosco, acaece falta de legitimación pasiva del Ministerio de Energía y Minas, puesto que esa licencia fue emitida por la Dirección General de Minería, que es un ente distinto a la autoridad denunciada, ese extremo provoca que el Ministro de Energía y Minas no pueda responder en amparo por la emisión de ese acto administrativo. Este punto fue abordado de manera errada por la Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, al estimar que al ser el Ministerio de Energía y Minas el obligado a llevar cabo el proceso de consulta a las comunidades indígenas, era correcto que el amparo hubiera sido enderezado en su contra; sin embargo, de conformidad con el Artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, para que se cumpla este presupuesto debe haber conexidad entre la autoridad contra quien se promueve el amparo y la que emitió el acto de poder que se reprocha como agraviante, elemento que no ocurre en el presente caso. Agregó que la Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, no tenía competencia para conocer en cuanto a la citada licencia de exploración, por lo que debió inhibirse y remitir el expediente al tribunal correspondiente; **b)** el Tribunal de Amparo violó sus derechos constitucionales de defensa y debido proceso al no pronunciarse sobre uno de los temas debatidos en el amparo y que es la inexistencia de comunidades Xinkas en el municipio de San Rafael Las Flores. Asegura que aportó documentación con la cual se comprueba que las diez comunidades que se encuentran en el área de influencia del proyecto, no se identifican como Xinkas. La Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, no tomó en cuenta los medios de prueba mediante los cuales se demostró esa circunstancia, tales como: ***i.*** el documento denominado *Primer Diagnóstico Comunitario Proyecto de Explotación Minera*

Escobal, San Rafael Las Flores, Santa Rosa, elaborado por el Ministerio de Energía y Minas, en el cual hizo constar que de once mil doscientos un (11,201) habitantes de esa localidad, *únicamente el uno por ciento (1%)* se identificó como perteneciente a la comunidad Xinka, o maya, grupo derivado de la inmigración; ***ii.*** Censo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística en el año dos mil dos, en el cual consta que, del total de pobladores del referido municipio, solo dos personas se identificaron como Xinkas; ***iii.*** Diagnóstico Situación de la Cultura Xinka realizado por el Ministerio de Cultura y Deportes en el año dos mil dieciséis, el cual confirma que en el municipio de San Rafael Las Flores, no se ubica la comunidad indígena Xinka; ***iv.*** información proporcionada por el Registro Nacional de las Personas en relación a que en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, no existe población que se identifique como perteneciente a la etnia Xinka; ***v.*** información que se obtuvo del sitio web del Parlamento Xinka de Guatemala, en la cual no consta que la comunidad indígena Xinka tenga su asiento en los municipios que se mencionan en los documentos oficiales como área de influencia y ***vi.*** actas suscritas en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el cinco y seis de abril de dos mil diecisiete, en las cuales consta que miembros del Consejo Comunitario de Desarrollo de las comunidades del área de influencia del Proyecto Minero *Escobal,* identificadas como aldea Los Planes, El Fucío, Estanzuelas, La Cuchilla y Las Nueces, hacen constar que en las Aldeas que representan, no existe población que se identifique como indígena; **c)** señala la tercera interesada que no obstante que los anteriores medios de convicción relacionados fueron aportados y debidamente diligenciados, el Tribunal de Amparo no se pronunció al respecto, de haberlos apreciado habría determinado

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

la inaplicabilidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en este caso. El único pronunciamiento que emitió al respecto fue la transcripción sobre el resultado de una encuesta que llevó a cabo la Diócesis de Santa Rosa de Lima, en marzo y abril de dos mil quince, en la cual se concluye que en el departamento de Santa Rosa, de las personas encuestadas, treinta y dos mil ciento sesenta y dos (32,162) personas se identificaron como indígenas Xinkas, precisando que en el municipio de San Rafael Las Flores fueron seis mil seiscientas setenta y cuatro (6674) personas las que se identificaron como Xinkas. Respecto de ese censo aseguró que entre las funciones de la Iglesia Católica, no se encuentra la de realizar estudio demográfico o antropológico, función que sí está conferida al Instituto Nacional de Estadística, al Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala y al Ministerio de Cultura y Deportes, por lo que la referida encuesta no permite establecer fehacientemente la validez o veracidad de la información proporcionada, ni se conocen las bases científicas y técnicas mediante las cuales se generó la información. Enfatiza en el hecho de que, al no ser aplicable el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no era obligatorio que se llevara a cabo el proceso de consulta previo a emitir la licencia de explotación minera Escobal, porque con base en los documentos referidos emitidos por autoridades competentes y legitimadas para tal efecto, se puede concluir que en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa no residen o habitan personas que se identifiquen como pertenecientes al Pueblo Indígena Xinka, sin que ello constituya discriminación hacia dicho pueblo o negación de su existencia; **d)** el Tribunal de Amparo de primer grado consideró, de forma errónea, que el Ministerio de Energía y Minas únicamente se había limitado a

publicar edictos en medios de comunicación escritos; sin embargo, al proceso de amparo fueron aportados diversos documentos (que conforman más de mil quinientos folios), con los cuales se demuestra que no obstante que no resultaba aplicable el proceso de consulta previa, el Estado de Guatemala sí desarrolló un proceso adecuado y de buena fe previo a la emisión de la licencia de Explotación Minera *Escobal*, el cual se ajusta a los parámetros internacionalmente reconocidos. Lo anterior consta en la respuesta de solicitud de información pública de seis de abril de dos mil diecisiete emitida por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, dentro del expediente identificado como UIPMEM-190-2017, así como en los documentos aportados por su representada con los cuales demostró que el Estado de Guatemala, sí desarrolló un proceso adecuado y de buena fe previo a la emisión de la licencia de explotación minera *Escobal,* en el cual cumplió con todos los principios internacionalmente reconocidos para su realización. De ahí que, en el presente caso, no existe agravio de relevancia constitucional que amerite la tutela constitucional. Aportó cuadro en el que describe cada una de las actividades que se realizaron como parte del proceso de consulta que aduce realizado, describiendo quiénes fueron los participantes y los temas abordados en tales oportunidades. Asimismo, consignó cuadro en el cual describe la actividad realizada y el objetivo o elemento de la consulta que se cumplió con cada una de los eventos que se realizaron; **e)** el Tribunal de Amparo de primer grado ordenó de forma errónea que se realice consulta a las comunidades indígenas de los municipios de San Rafael Las Flores, Casillas y Nueva Santa Rosa del departamento de Santa Rosa, así como en Mataquescuintla, del departamento de Jalapa, sin distinguir que la consulta debe hacerse de manera independiente para

la licencia de exploración *Juan Bosco* y la de explotación minera *Escobal*, en sus respectivas áreas de influencia. Lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, desatiende la definición que sobre el área de influencia regula el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, así como en los fallos emitidos por esta Corte y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme los cuales, dicha área obedece a un procedimiento técnico y científico establecido en los Estudios de Impacto Ambiental, y no puede ser impuesta de forma antojadiza, arbitraria o sin ningún sentido lógico razonable. Asegura que, en todo caso, en el supuesto de que se decidiera que procede realizar el procedimiento de consulta, esta debe realizarse, para la licencia de exploración minera *Juan Bosco*, en las comunidades indígenas Xinkas del municipio de Mataquescuintla del departamento de Jalapa y en los municipios de Nueva Santa, San Rafael Las Flores y Casillas, todos del departamento de Santa Rosa y, para el caso de la licencia de explotación minera *Escobal,* debe realizarla únicamente a las comunidades Xinkas en el municipio de San Rafael Las Flores, departamento de San Rosa. En otros términos, si se llegara a declarar que procede realizar consulta previa, debe ordenársele al Ministerio de Energía y Minas que realice el proceso en forma independiente para cada medida administrativa y, además, que se circunscriba al área de influencia o a la zona de incidencia de cada una y **f)** la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, no se pronunció sobre el hecho de que la licencia *Juan Bosco* se encuentra vencida y, por consiguiente, resulta imposible que pueda ocasionar agravio alguno en el ámbito constitucional, por lo que con relación a esta el amparo ha quedado sin materia. Si bien es cierto que solicitó una prórroga de la referida licencia, la misma aún no ha sido resuelta por la Dirección General

de Minería, como consecuencia, no puede causar afectación alguna a los derechos de la entidad amparista. Aunado a lo anterior y, en todo caso, la resolución de dicha solicitud de prórroga generaría un acto administrativo nuevo y distinto que obviamente difiere de los señalados como actos reclamados dentro de la presente acción de amparo. **C) La Municipalidad de Mataquescuintla del departamento de Jalapa –tercera interesada–** expresó: **a)** la sentencia impugnada incumple con las finalidades que el Artículo 265 constitucional atribuye al amparo, el cual, en consonancia con el Artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, dispone que esa garantía está dada en razón de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de estos cuando la violación hubiere ocurrido y **b)** se omitió interpretar de forma extensiva la Constitución Política de la República de Guatemala, con el objeto de brindar la máxima protección, y se dejó de analizar todo aquello que formal, real y objetivamente resultara pertinente y todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, pese a que esa es una obligación que atañe a los tribunales de amparo por virtud de lo preceptuado por el Artículo 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **D) La Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala –tercera interesada–** argumentó: **a)** la sentencia impugnada fue dictada en contravención con lo regulado en el Artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, porque si bien reconoce que, como pueblo Xinka de Santa Rosa y Jalapa, les fueron violados derechos fundamentales, no suspendió definitivamente los actos reclamados, lo cual permite que continúe la violación a los derechos fundamentales; **b)** esta Corte en varias sentencias ha reconocido que el derecho a la consulta se

encuentra dentro del catálogo de derechos fundamentales protegidos en los estándares internacionales y en ese sentido, no opera únicamente como parámetro para que los jueces constitucionales examinen la legalidad de las actuaciones gubernamentales, sino que constituye punto de partida del ordenamiento jurídico vigente que toda la población, especialmente las autoridades, deben observar y aplicar; **c)** al haber sido otorgadas las licencias mineras sin que previamente se haya consultado a la comunidad Xinka, aquellas carecen de legalidad, porque no es suficiente con que el Ministerio de Energía y Minas haya observado el procedimiento regulado en la Ley de Minería, sino que también debió cumplir con la obligación estatal que le impone el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; **d)** la autoridad denunciada no solo dejó de observar el derecho de consulta, sino además, negó la existencia del pueblo Xinka, a fin de justificar esa omisión, por lo que de mantenerse vigentes los actos reclamados, se menoscaba la eficacia del control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, al consentir que subsistan los actos administrativos que contravienen la legislación internacional vigente en Guatemala, lo cual coloca a las comunidades indígenas en situación de inseguridad, en virtud que no pueden confiar en el ordenamiento jurídico guatemalteco, porque los encargados de aplicarlo, lo hacen de forma contradictoria o ambigua y **e)** al privilegiar lo regulado en el Artículo 125 constitucional, se soslayan sus derechos fundamentales, por lo que al otorgarse el amparo, se debió suspender en definitiva los actos reclamados, porque, como afirmó, fueron emitidos con inobservancia al debido proceso administrativo y al principio de legalidad, debido a que se ha conculcado el derecho a la consulta del pueblo Xinka. **E) Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Anexas –ASEMIS–, tercera**

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

interesada, argumentó: **a)** el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece una serie de derechos colectivos cuyos titulares son los pueblos indígenas y sus miembros. Esa regulación internacional surgió por la necesidad de proteger la identidad, costumbres, tradiciones, formas de vida y cosmovisión propias y características de aquellos pueblos. Ante esa circunstancia, es equivocada la decisión del Tribunal de Amparo de primer grado de ordenar que se realice consulta a pueblos indígenas en el Municipio de San Rafael Las Flores –área de influencia del proyecto de explotación *Escobal*– pese a que en ese Municipio no se ubica el pueblo indígena Xinka, extremo que se comprueba con ***i.*** el censo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, ***ii.*** Diagnóstico elaborado en el año dos mil dieciséis por el Ministerio de Cultura y Deportes titulado "*Situación de la Cultura Xinka*"; ***iii.*** información proporcionada por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala y ***iv.*** la información que consta en el sitio web del Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala; **b)** el Registro Nacional de las Personas mediante resoluciones de uno de junio de dos mil diecisiete, identificadas como UIP doscientos cincuenta - dos mil diecisiete y UIP número doscientos cuarenta y nueve - dos mil diecisiete (UIPNo.250-2017yUIP249-2017), que demuestran que sí existe población indígena Xinka en el país, pero que esta no reside en el Municipio de San Rafael Las Flores. Asegura que el hecho de que se afirme que en esa circunscripción no existe comunidad Xinka, no equivale a la negación de la existencia de dicho Pueblo Indígena, sino que, por el contrario, se afirma su existencia, pero debe tomarse en cuenta que están asentados y residen en otras circunscripciones geográficas del país; **c)** no obstante lo anterior y, contrario a lo considerado por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, previo a la

emisión de la licencia de explotación minera *Escobal*, el Estado de Guatemala, por medio del Ministerio de Energía y Minas, desarrolló e implementó proceso adecuado y de buena fe para fomentar la participación, el diálogo y entrega de información con las instituciones representativas de las comunidades del área de influencia del referido proyecto, con el objetivo de llegar a acuerdos y consensos con estas últimas respecto de la medida administrativa y medidas de mitigación de impacto. Lo anterior consta en la respuesta de solicitud de información pública de seis de abril de dos mil diecisiete emitida por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas dentro del expediente UIPMEM-190-2017, que fue acompañada, pero en forma parcial, por la amparista en su escrito de promoción de amparo. Con base en lo que consta en esa documentación, puede advertirse que se cumplió con los parámetros establecidos en el Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo para el proceso de consulta, afirmación que tiene sustento en lo siguiente: ***i.*** se observó el carácter previo de la consulta y mediante procedimientos apropiados que datan desde el año dos mil once; ***ii.*** el proceso se realizó con instituciones representativas de las comunidades del área de influencia del Proyecto Minero *Escobal* -determinada en el Estudio de Impacto Ambiental- porque se agotó con participación de los respectivos Consejos de Desarrollo (COCODES) de las comunidades que integran el área de influencia del proyecto citado, los cuales están plenamente facultados para representarlas y actuar en beneficio de sus intereses. Debe tenerse en cuenta que en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa no existen comunidades Xinkas o poblaciones indígenas, que tengan alguna otra forma de representación; ***iii.*** el Estado de Guatemala ha llevado a cabo todos los esfuerzos necesarios a efecto de que se

mitigue cualquier posible riesgo o daño que pudiera llegar a ocasionarse, impulsando el diálogo continuo con los habitantes del área de influencia y sus Consejos de Desarrollo, promoviendo la implementación de proyectos de desarrollo sostenible de los cuales resulten beneficiados todos los habitantes de aquella área de influencia; ***iv.*** el Estado de Guatemala logró establecer importantes acuerdos con los habitantes de las comunidades del área de incidencia, habiendo obtenido, incluso, el consentimiento libre y expreso para que ese proyecto sea desarrollado. Ese consentimiento ha quedado plasmado también por el interés manifestado por los habitantes de aquella área al involucrarse, apoyar y beneficiarse de los proyectos de desarrollo sostenible descritos, reconociendo que desde la presencia de Minera San Rafael en el área de influencia, se han producido mejoras y beneficios en los diversos ámbitos de educación, infraestructura, agricultura, empleo y la facilitación del suministro de agua potable, en general en el desarrollo de los citados habitantes y ***v.*** también se ha cumplido con observar que las comunidades participen en los beneficios que reporta el proyecto minero, siendo favorecidas de dos maneras específicas: ***v.a.*** se constituyó la Asociación de los ex propietarios de los terrenos en los cuales se desarrolló el proyecto minero *Escobal*, la cual está integrada por más de doscientos vecinos de las comunidades del área de influencia de dicho Proyecto, a quienes se les ha dado participación equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) de las ganancias que reporta Minera San Rafael, Sociedad Anónima, habiendo recibido en dicho concepto hasta la fecha –quince de septiembre de dos mil diecisiete– la cantidad de veintiséis millones doscientos diecisiete mil setecientos setenta y cuatro quetzales con treinta y siete centavos (Q26,217,774.37) y ***v.b.*** se han suscrito un total de cuatro Convenios de Aportes

Voluntarios con las Municipalidades de: San Rafael Las Flores, Cuilapa, Santa Cruz Naranjo y Barberena, todas del departamento de Santa Rosa, habiendo percibido en dicho concepto, en total, hasta la fecha la cantidad de ochenta y dos millones ochocientos setenta y seis mil ciento doce quetzales (Q82,876,112); **d)** al haber llevado a cabo el referido proceso consultivo, el Estado de Guatemala sí cumplió y respetó el derecho de consulta, aunque no se le haya denominado específicamente "*consulta previa*", por lo que no existe agravio o lesión a los derechos constitucionales del amparista ni de los habitantes de las comunidades del área de influencia del proyecto minero aludido, en consecuencia, deviene notoriamente improcedente realizar nuevo proceso consultivo como lo pretende la accionante; **e)** el amparo fue planteado sin observar los presupuestos procesales de legitimación activa, definitividad de los actos reclamados y temporalidad, aseveración que tiene sustento en lo siguiente: ***i.*** la amparista carece de legitimación para accionar en amparo, en vista que no acredita que se la haya ocasionado agravio personal y directo, porque: ***i.a.*** el agravio denunciado no atañe a la materia ambiental, que es el ámbito en el que la Corte de Constitucionalidad ha reconocido legitimación a esa entidad y ***i.b***. la amparista solicita protección en favor de terceros, atribuyéndose legitimación para defender los derechos del pueblo indígena Xinka, pese a no pertenecer a este y el cual, en todo caso, tiene sus propias autoridades que lo representan; ***ii.*** la solicitud de amparo es extemporánea, por cuanto el reclamo que por vía de esa garantía se formula, no alude a una actitud omisa de la autoridad impugnada, sino que lo que se pretende es que se decrete la suspensión definitiva de la licencia de explotación referida. Derivado de esto, siendo que mediante resolución de dieciocho del mes y año citados emitida por la Unidad de Información Pública del

Ministerio de Energía y Minas, la ahora postulante tuvo conocimiento de que fue aprobada la licencia de explotación minera *Escobal*, es a partir de la fecha en la que tuvo conocimiento de ese acto que debe contabilizarse el plazo para acudir en amparo. Además, han sido planteadas diversas acciones, entre ellas un amparo, siete procesos contenciosos administrativos y una oposición contra el procedimiento administrativo de autorización de la citada licencia, acciones en las cuales se señaló como lugar para recibir notificaciones la sede de la amparista, y en los escritos contentivos de tales diligencias se utilizó papel membretado de esa entidad. Todos esos elementos debieron ser tomados en cuenta para determinar que ha transcurrido en exceso el plazo de treinta días con el que contaba la postulante para acudir en amparo y ***iii.*** no se cumplió con el principio de definitividad, porque el agravio relativo a la omisión de consulta previa es el mismo que adujo Quelvin Otoniel Jiménez Villalta en la oposición que planteó dentro del procedimiento administrativo de la licencia de explotación, oposición que, en la fecha de la evacuación de su audiencia, aún se encontraba en trámite. Debe tenerse en cuenta que el opositor fue auspiciado en esa gestión por la ahora postulante del amparo, lo cual se comprueba por el hecho de que, en el trámite de esa oposición, señaló como lugar para recibir notificaciones la sede de la amparista y los escritos fueron presentados en hojas membretadas del Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala, habiendo figurado como abogado el mismo que auxilia la presente acción de amparo. Resulta improcedente sostener que siendo que no fue la amparista la que planteó la oposición no puede exigírsele el cumplimiento del principio de definitividad, puesto que el agravio denunciado persigue la tutela de derechos del pueblo Xinka, que es precisamente uno de los reclamos esgrimidos en la citada

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

oposición, esto hace que resulte desacertado el criterio del Tribunal de Amparo de primer grado en cuanto a que siendo que la entidad amparista y la comunidad Xinka no tuvieron participación en el proceso administrativo de otorgamiento de licencias, no se les puede exigir el agotamiento de recursos administrativos. **F) Representaciones Químicas, Sociedad Anónima, representante común de las terceras interesadas,** expresó como motivos de apelación, los siguientes: **a)** en la sentencia impugnada no se aborda ni se hace consideración alguna sobre los argumentos de inobservancia de los presupuestos procesales siguientes: ***i.*** competencia, el que se adujo observado, en virtud que la licencia minera de explotación *Escobal* fue otorgada por el Ministerio de Energía y Minas y la licencia de exploración minera Juan Bosco (que se encuentra vencida) fue expedida por la Dirección General de Minería, pese a ello ambas fueron invocadas como actos reclamados dentro del presente amparo; ***ii.*** temporalidad, que adujo incumplido con sustento en la intervención de la amparista en el procedimiento administrativo de otorgamiento de licencia minera de explotación *Escobal* y ***iii.*** definitividad, que se denunció como inobservado porque, en el marco de las garantías de certeza y seguridad jurídica, debieron agotarse previamente diversas instancias y procedimientos administrativos previos. No se abordó en la sentencia que apela, la denuncia razonada de violación de los derechos fundamentales de defensa, al debido proceso, a la tutela judicial eficaz y a la propiedad de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima; **b)** la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, debió inhibirse de conocer de la acción de amparo planteada contra la Dirección General de Minería, y remitirla a la Sala competente, conforme lo establecido en el Artículo 4 del Auto Acordado 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, sin que pueda

aducirse como aplicable lo dispuesto en el Artículo 7 de ese Auto Acordado, porque las licencias otorgadas por las dos autoridades denunciadas, no son resoluciones o actos que hayan sido objeto de conocimiento y resolución en grado, por lo que no aplica dicha disposición al caso concreto. Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, se arrogó funciones competenciales que no tiene y, consecuentemente, inobservó el presupuesto procesal de existencia de competencia; **c)** aún y cuando la postulante del amparo haya aducido que tuvo conocimiento del hecho cuestionado el diecisiete de abril de dos mil diecisiete, consta en el expediente administrativo que se sustanció con ocasión de la licencia de explotación *Escobal* que, el trece de junio de dos mil dieciséis, Quelvin Otoniel Jiménez Villalta, con la asesoría del Centro de Acción Ambiental Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–, cuya sede señaló como lugar para recibir notificaciones, presentó escrito en papel membretado de esa entidad, en el cual se opuso al reconocimiento del derecho minero de la entidad peticionante, aduciendo ausencia de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas de los municipios afectados por el otorgamiento de la licencia minera. Ante esa circunstancia, no corresponde a la realidad la afirmación de la postulante en cuanto a que, tuvo conocimiento de la falta de consulta previa, hasta el mes de abril de dos mil diecisiete. Afirma que con base en esos elementos el Tribunal de Amparo de primer grado debió declarar incumplido el presupuesto de temporalidad; **d)** la petición de amparo no cumple con el presupuesto de definitividad por las razones siguientes: **d.i) infracción al principio de confianza legítima:** el derecho a la seguridad jurídica, consagrado en el Artículo 2 constitucional implica que los administrados gozan de los beneficios derivados

del principio de confianza legítima, conocido como expectativas legítimas. Dicho principio encuentra su asidero conceptual en el hecho de que el propio Estado no puede, impunemente, vulnerar intereses jurídicos y expectativas creadas a través de conductas toleradas e impulsadas por el propio Estado. En ese sentido, existe amplia jurisprudencia en el derecho comparado, que ha aceptado que las expectativas legítimas y los estados de confianza se encuentran sujetas a control jurisdiccional. Asegura que, doctrinariamente, para comprender los alcances del principio de protección de la confianza legítima, es pertinente recordar que este surge en el marco de protección a los derechos de los particulares frente a la posibilidad que tiene la Administración Pública para revocar actos que favorecen al administrado. Si bien aquella puede revocar actos estimados como irregulares, aunque hayan sido favorables al administrado, dichas revocatorias provocan daños porque el otorgamiento del acto administrativo a favor del administrado, genera expectativas que hacen emprender acciones derivadas de dicha autorización estatal. De esa manera, basados en el beneplácito, autorización, venia, soporte y apoyo del Estado, los administrados beneficiarios de tales autorizaciones estatales, realizan acciones necesarias para concretar las actividades y acciones autorizadas y que derivan en inversiones económicas de alto impacto. Tal como ocurre en el caso que ha sido sometido a conocimiento del Tribunal de Amparo, en el cual la actividad minera se generó derivado de las licencias de explotación y exploración objeto de análisis dentro del amparo y conllevó a realizar inversiones millonarias para la adquisición de bienes muebles e inmuebles, compra de equipo industrial, plantas, molinos, materias primas, químicos, herramientas, edificaciones, construcciones, tecnología, vehículos, etcétera, así como la contratación de miles de trabajadores que generan empleo

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

directo sin excluir la compra de otros bienes y servicios en cantidades significativas e importantes que han generado empleos indirectos para beneficio de miles de familias guatemaltecas. Los beneficiaros de las licencias de explotación y exploración mineras extendidas por el Ministro de Energía y Minas y por el Director General de Minería, respectivamente, han actuado con absoluta buena fe. Dentro de dicha lógica, los administrados que, habiendo actuado de buena fe, adquirieron derechos a la seguridad y a la propiedad privada a partir de los actos denunciados, se encuentran protegidos por los Artículos 2º. y 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala. De ahí que la invalidación súbita de las autorizaciones estatales, daña la confianza legítima y las expectativas de buena fe de los administrados, por lo que es imperativo que el Tribunal superior pondere y analice esta tendencia doctrinaria y jurisprudencial que, como fue expuesto, surgió en un contexto de protección a la garantía constitucional de seguridad jurídica. Afirma que, en el fallo apelado, la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, otorgó tutela constitucional para el solo efecto de que se haga valer el derecho de consulta de la comunidad indígena Xinka, en los términos, parámetros y directrices contenidos en las referidas resoluciones. En ese sentido, al haber otorgado el amparo definitivo para los efectos ya indicados, el Estado de Guatemala, a través del Organismo Judicial, modificó, alteró y cambió de manera importante, los alcances, condiciones, términos y circunstancias dentro de las cuales la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, puede ejercer sus derechos derivados de las licencias de explotación y exploración extendidas por el Estado referido a su favor, provocando trastorno sustancial a las condiciones previstas de inversión, que afecta la confianza legítima y las expectativas de buena fe de la entidad

Minera San Rafael, Sociedad Anónima. Por otra parte, asegura, que resulta desacertado que el Tribunal de Amparo haya conferido plazo de doce meses para que se realice el proceso de consulta y que, al mismo tiempo, haya otorgado plazo de un año al Congreso de la República para que emita la legislación que norme el proceso de consulta. Estima que, en todo caso, de sostenerse el otorgamiento del amparo dispuesto en primer grado, deberá precisarse que la consulta debe realizarse dentro de los doce meses contados a partir de que ya se haya emitido la legislación correspondiente, esto con el fin de que el proceso de consulta ordenado se realice con base en normativa suficiente, amigable, sencilla y de fácil aplicación, con el objeto de que la consulta sea eficaz y **d.ii) Infracción a la doctrina de los actos propios:** esta teoría proclama el principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos ejecutados con anterioridad, es decir, que se prohíbe que un persona pueda limitar los derechos de otra actuando contra su propio comportamiento. Asegura que la eventual suspensión definitiva de las licencias mineras otorgadas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, supondría abuso de derecho, prohibido por el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial y, asimismo, conlleva flagrante contravención a la doctrina de los Derechos Propios, sustentada en la verdad sabida y la buena fe guardada, principio filosófico que inspira el comercio, consagrado en el Artículo 660 del Código de Comercio de Guatemala y **d.iii) violación al principio de declaración de lesividad:** la declaratoria de lesividad es un acto administrativo por el que una entidad administrativa considera dañino para los intereses públicos generales, un acto previamente dictado por ella. Es requisito previo que la impugnación se haga ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ante esa circunstancia, si el Ministerio de Energía y Minas

considera dañinas para los intereses públicos las referidas licencias mineras, deben declarar la lesividad de las mismas y solicitar su anulación por la vía contencioso administrativa. Por consiguiente, la suspensión definitiva de dichas licencias, así como retrotraer el procedimiento de otorgamiento de las mismas a una fase previa a la resolución de otorgamiento de aquellas deviene ilegal y violatoria al principio de lesividad. Concluyó, afirmando que la subsecuente paralización de las operaciones industriales y comerciales de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, supone consecuencias negativas a sus intereses y su patrimonio, porque se le haría incurrir en moratorias e incumplimientos a nivel nacional e internacional, perjudicando su aviamiento mercantil, limitando los derechos laborales de sus trabajadores y allanando el camino para un inminente colapso comercial, con las impredecibles consecuencias para la empresa, sus filiales, sus accionistas, sus acreedores, sus inversionistas, bancos financistas, sucursales, tanto en Guatemala como en muchos países alrededor del mundo.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA PÚBLICA

A) El Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–, postulante, reiteró los argumentos expuestos en el escrito inicial de amparo y apelación. Agregó que: **a)** esta Corte, en los expedientes 1600-2015, 795-2016 y 1380-2016, le reconoció legitimación para actuar en defensa de los derechos difusos y colectivos, extremo que les ha permitido en diversas oportunidades instar la vía del amparo para reclamar la observancia de derechos humanos colectivos relacionados con el medio ambiente; **b)** asegura que no existe parámetro de comparación entre la gestión integrada de recursos hídricos y una matriz energética implementada en el norte del país, con el modelo extractivo que

se realiza en las licencias a las cuales se ha aludido en este proceso de amparo, porque estas causan impacto ambiental irreversible que genera afectación en la cuenca hidrográfica del Río los Esclavos; **c)** resaltó que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, aún sin contar con la licencia respectiva había invertido en infraestructura en la zona de explotación, razón por cual no puede aducir buena fe en su actuar; **d)** aduce que los proyectos cuestionados han dejado como saldo personas fallecidas, otras encarceladas y, lo más grave, han provocado la ruptura del tejido social de las poblaciones asentadas en la cuenca hídrica de los municipios afectados; **e)** afirmó que en la doctrina, la legislación nacional y la jurisprudencia internacional, no existe la figura de la *consulta reparadora*, la cual según su entender, persigue reparar el daño ocasionado pero a costa de la ruptura del tejido social, así como del irreversible impacto ambiental y de altos niveles de corrupción en la zona; **f)** en consideración al principio de no regresividad en la protección de derechos humanos, la sentencia de alzada no puede conllevar retroceso en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, de hacerlo se transgredería el estado constitucional de derecho y se revictimizaría a las poblaciones indígenas Xinkas de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa; **g)** en la sentencia apelada, el Tribunal de Amparo de primer grado omitió pronunciarse respecto a la discriminación que sufrió el pueblo Xinka por parte de Estado de Guatemala, pese a que dicho argumento constituye el principal motivo de agravio en el amparo. Aduce que existe discriminación al negar la existencia del pueblo Xinka, para facilitar el otorgamiento de la licencia minera, así como obviar el proceso de consulta establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no obstante que consta en el estudio de impacto ambiental que Minera San Rafael

está ubicada sobre el sitio arqueológico Xinka denominado San Rafael. Afirma que dicho proceder encuadra en el delito de discriminación, regulado en el Artículo 202 bis del Código Penal. Agregó que las terceras interesadas en el amparo también incurrieron en el delito referido, porque al apelar solicitaron que la Corte de Constitucionalidad declare la inexistencia del pueblo Xinka con el objeto de vedarles el derecho de ser consultados; **h)** los proyectos mineros *Escobal y Juan Bosco*, ocupan los municipios de San Rafael Las Flores, Casillas y Nueva Santa Rosa del departamento de Santa Rosa y Mataquescuintla en el departamento de Jalapa; sin embargo, de acuerdo con los convenios de regalías voluntarias firmados entre el Ministerio de Energía y Minas y la entidad Minera San Rafael Sociedad Anónima, los municipios de influencia directa de estos proyectos son, además de los ya señalados, San Carlos Alzatate en el departamento de Jalapa y Santa Rosa de Lima en el departamento de Santa Rosa, abarcando ambos proyectos, un total de ochenta kilómetros de extensión; **i)** el amparo objeto de estudio no se asemeja a las circunstancias acaecidas en el caso *Oxec*, razón por la cual la sentencia que esta Corte dictó en aquel caso no debe ser parámetro de referencia para la resolución de la presente acción constitucional; además, precisó que dicho fallo no constituye doctrina legal; **j)** la autoridad denunciada ha transgredido principios fundamentales de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, porque en aras de favorecer el otorgamiento de licencias mineras, niega la existencia de uno de los cuatro pueblos que habitan la República de Guatemala –el pueblo Xinka–, proceder con el cual justificó su negativa de realizar el proceso de consulta a los pueblos indígenas; **k)** respecto de la información proporcionada por el Registro Nacional de las Personas –RENAP– en relación a que no consta

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

la existencia del pueblo Xinka en las áreas relacionadas, indicó que esta no debe ser tomada en cuenta en virtud que fue hasta el uno de diciembre de dos mil catorce, que esa institución dispuso la inclusión, en el Documento Personal de Identificación, de los campos sobre la pertenencia a algún Pueblo o Comunidad Lingüística, lo cual implica que esa información empezó a ser captada dos años después de que el Ministerio de Energía y Minas negara la existencia del pueblo Xinka en Guatemala; **l)** el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, no pueden negar la existencia del pueblo Xinka porque desde antes que se expidieran las licencias mineras relacionadas tenía conocimiento que el proyecto de explotación *Escobal* se ubica sobre el sitio arqueológico denominado San Rafael, extremo que consta en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales; **m)** asegura que la decisión del Tribunal de Amparo de primer grado de permitir que la entidad minera continúe operando mientras se desarrolla la consulta, es discriminatoria y **n)** considera que el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, fue producto de tráfico de influencias, puesto que existe video del evento "*Denver Gold Forum 2017"* o Foro del Oro de Denver 2017, en el cual el representante de la entidad canadiense *Tahoe Resources Inc*, propietaria la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, Roy Clayton, manifestó en forma pública y expresa que la sentencia de primer grado fue producto del acercamiento que dicha entidad tuvo con el Gobierno de los Estados Unidos de América. Concluyó solicitando que se emita pronunciamiento sobre la denuncia de discriminación que cometió el Ministerio de Energía y Minas contra el pueblo Xinka de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa. Además, de considerarlo necesario, se solicite en auto para mejor fallar informes a la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Embajada de Estados Unidos de América y a la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, en torno a las circunstancias que pudieron influir en el sentido de la sentencia de amparo de primer grado. **B) La Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala, tercera interesada,** expresó: **a)** reiteró lo manifestado en su escrito de apelación y resaltó la afectación del pueblo Xinka sobre la violación del derecho de consulta. Asegura que la falta de información sobre la etnia Xinka en el Instituto Nacional de Estadística, pudo derivar del hecho de que cuando fue realizado el último censo, en el año dos mil dos, en la boleta no figuraba variante para poder consignar la pertenencia a alguno de los pueblos indígenas. En el caso de la información del Registro Nacional de las Personas –RENAP– esta institución agregó esa variante hasta el año dos mil catorce y fue como consecuencia de denuncias presentadas por la comunidad Xinka de Guatemala, en relación a que no aparecían dentro de las boletas de enrolamiento de datos de ese Registro; **b)** indicó que en abril de dos mil trece, el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, celebraron convenio de aporte voluntario de regalías, en el cual reconocieron que los diez municipios de influencia directa son Mataquescuintla y San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, San Rafael Las Flores, Casillas, Nueva Santa Rosa, Santa Rosa de Lima, Santa Cruz Naranjo, Barberena y Cuilapa del departamento de Santa Rosa, circunscripciones en las que ha existido y existe pueblo Xinka; **c)** refirió que en el Libro del Cabildo de la ciudad de Guatemala del año mil quinientos veintinueve, aparece un acta en la que los españoles trataron en Consejo de Guerra la situación del Pueblo de Jumaytepeque sobre sus tierras, además, recientemente en sentencia de dos de junio de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Segunda de la Corte de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, dentro del expediente 137-2016, se reconoció la existencia del pueblo Xinka de Jumaytepeque como titular del territorio comunal de más de cincuenta kilómetros cuadrados; **d)** desde mil ochocientos sesenta y dos, el Gobierno de Guatemala otorgó al municipio de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa más de ciento treinta y nueve (139) caballerías de territorio, prácticamente la totalidad de ese municipio como tierra comunal, la que administran de acuerdo con sus propias formas de organización; **e)** asimismo, el treinta de septiembre de mil novecientos veintitrés, por medio de Acuerdo Gubernativo, se reconoció la personalidad jurídica de la comunidad indígena de Jalapa, también conocida como comunidad indígena Xinka de Santa María Xalapán, como propietaria de cuatrocientas (400) caballerías que ha organizado bajo sus propias formas de administración; **f)** las tierras de las comunidades indígenas citadas, conforme el Artículo 67 de la Constitución Política de la República de Guatemala, gozan de protección especial del Estado, en el sentido que mantendrán las formas propias de tenencia de la tierra comunal y administración que tradicionalmente han tenido, razón por la cual considera que en el presente caso, no solo se transgredió el derecho de consulta, sino también los territorios comunales Xinkas, porque, pese a reconocerse que se encuentran en el área de influencia directa del proyecto minero, no se les consultó previo a la emisión de las licencias cuestionadas, vedándoles su derecho de libre determinación y de decidir qué hacer o no dentro de su territorio de acuerdo a sus propias formas de organización; **g)** señaló que la Corte de Constitucionalidad en sentencia de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dictada dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, reconoce la consulta como un derecho fundamental, que forma parte del bloque de constitucionalidad

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

guatemalteco, asimismo, que es un derecho de carácter colectivo que sirve precisamente para poder influir en las decisiones que toma el Estado en relación a las situaciones que pueden afectar su forma de vida; **h)** refirió que en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, se consideró la necesidad de revisar el tema de las regalías que Minera San Rafael otorga al Estado de Guatemala, sin embargo, en el presente caso, no se alega un derecho económico, sino la afectación a su forma de vida, porque se le impone un modelo de desarrollo económico contrario a su cosmovisión, el cual ha sido perjudicial porque ha provocado división, criminalización, muerte, desconfianza, tráfico de influencias y ha roto el tejido social del pueblo Xinka e **i)** puntualizó que no se puede alegar que el derecho minero es un derecho adquirido dentro del marco de la legalidad, porque la emisión de las licencias no observó todo el marco jurídico aplicable, no bastaba con aplicar únicamente la Ley de Minería, también debieron respetarse los instrumentos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala. Solicitó que se declare con lugar el recurso de apelación y como consecuencia, se modifiquen los efectos del otorgamiento dispuestos en la sentencia apelada, por resultar incongruentes, en virtud de que no puede restituirse el derecho de consulta violado si las licencias mineras otorgadas continúan surtiendo efectos. **C) El Consejo del Pueblo Maya –CPO–, tercero interesado,** indicó: **a)** comparece en el presente asunto solidarizándose con el pueblo Xinka en la defensa de los derechos que han sido vulnerados de forma sistemática durante varios años; **b)** indicó que desde que se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Estado de Guatemala, por medio del gobierno de turno y los Ministerios quedaron obligados a consultar a los pueblos indígenas, previamente, sobre las medidas administrativas y

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

legislativas que afectan la vida, la espiritualidad y el bienestar de estos últimos; **c)** durante los últimos veinte años, los pueblos indígenas han exigido la aplicación de ese instrumento internacional, pero el Estado de Guatemala, que no supera el problema de racismo histórico, no admite que Guatemala sea un país eminentemente indígena y niega a esa parte de la población el reconocimiento de sus derechos; **d)** los argumentos del Ministerio de Energía y Minas, expuestos en el informe circunstanciado, denotan la imposibilidad de que en Guatemala se pueda construir una sociedad justa. Negar la existencia de un pueblo, es negar su historia, su identidad, su territorio y sus derechos, pese a que estos son reconocidos no solo por la normativa nacional sino también en el derecho internacional; **e)** se ha exigido la observancia del derecho de consulta previa en cuanto a la explotación de los bienes naturales en sus territorios y se han emitido resoluciones en las que se les reconoce ese derecho, pero pese a ese reconocimiento no se cumple con disponer la suspensión definitiva de los proyectos que causan daño a sus poblaciones; **f)** al igual que el pueblo Xinka, en la actualidad, existen muchos pueblos indígenas a los que se les violan sus derechos, esto porque en Guatemala aún se privilegia a un sector, el cual tiene la concepción de dar tratamiento *de peones* a los pobladores y perciben el territorio como *su finca*, situación que obliga a la Corte de Constitucionalidad a reconducir la situación, logrando la construcción de la armonía en Guatemala; **g)** arguyó que no es posible que a veinte años de haber ratificado el Convenio citado, se siga actuando como si los derechos ahí reconocidos fueran algo ilusorio. De ser cierto que en el caso concreto se desea implementar diálogo verdadero, es necesario que se dejen sin efecto las licencias otorgadas y a partir de ese momento decidir como corresponde; **h)** la sentencia apelada es absurda, porque burla y

menosprecia los pueblos indígenas originarios de Guatemala, por estar redactada a favor de las empresas transnacionales y sus aliados locales e **i)** afirma que la consideración realizada en el fallo impugnado no es lógica, por cuanto que se consigna que es necesario emitir sentencia atípica con matices monogenéticos; sin embargo, este tipo de sentencia se emite, únicamente, para profundizar en el análisis del derecho vulnerado y, así se pueda garantizar y asegurar su plena vigencia y efectividad; no sirven tales fallos para manipular la sentencia y provocar un contra sentido. Refirió que la consulta debe celebrarse con carácter previo, en el caso concreto, si no se cumplió con observar tal extremo, la consecuencia debe ser la suspensión definitiva de las licencias otorgadas, porque solo de esa manera se puede restaurar el derecho vulnerado. Esa restitución en el goce del derecho de consulta no se repara ordenando la realización de la consulta en forma posterior, sino que debe restituirse al pueblo Xinka en su derecho de que siempre que se dispongan medidas en su territorio, previamente, deben ser consultados, ese es el silogismo que debe aplicarse y no otro. Solicitó que se revise de forma exhaustiva la sentencia apelada y se haga valer la justicia, emitiendo fallo que garantice el derecho de consulta a los pueblos indígenas y que, al determinar que este fue vulnerado, se procedan a suspender en definitiva las licencias otorgadas. **D) La Municipalidad de Mataquescuintla, departamento de Jalapa, tercera interesada**, adujó que: **a)** es de su conocimiento que el Ministerio de Energía y Minas otorgó las licencias mineras que fueron solicitadas por Minera San Rafael, Sociedad Anónima; sin embargo, dicha entidad omitió realizar la consulta previa a las poblaciones ubicadas en las áreas de influencia en que se desarrollan los proyectos; **b)** ha recibido continuas quejas de los pobladores, quienes afirman que las labores de explotación se

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

realizan hasta altas horas de la noche, lo que perturba su tranquilidad; **c)** carece de veracidad que el proyecto minero se circunscribe únicamente al municipio de San Rafael Las Flores, porque los trabajos de explotación también se han llevado a cabo en el territorio del municipio de Mataquescuintla. Aunado a ello, es preciso indicar que a ese municipio le ha sido ofrecida parte de las regalías que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, otorga al Estado de Guatemala; pero se han negado a aceptar; **d)** las regalías mínimas que se pagan, únicamente las reciben algunas municipalidades, que incluso se encuentran muy alejadas del área de influencia del proyecto, tales como, Santa Cruz Naranjo, Barberena y Cuilapa; **e)** el daño que los citados proyectos causan al medio ambiente afectarán a las presentes y futuras generaciones; **f)** los actuales Alcaldes de las municipalidades de San Carlos Alzatate, Mataquescuintla, San Rafael Las Flores, Casillas, Nueva Santa Rosa y Santa Rosa de Lima (las cuales se ven directamente afectadas por las actividades extractivas que realiza Minera San Rafael, Sociedad Anónima) fueron electos democráticamente y se comprometieron en sus campañas electorales a no aceptar regalías derivadas de proyectos mineros; **g)** asegura que el gobierno de un país extranjero influyó en la sentencia de amparo de primer grado, por lo que sus efectos denotan la apropiación de recursos naturales de Guatemala por parte de empresas de aquel país, situación que impactará negativamente a esa región, puesto que elevará sus índices de pobreza y contaminación ambiental; **h)** citó la sentencia de diecinueve de enero de dos mil doce, expedientes acumulados 2433-2011 y 2480-2011, en la cual esta Corte señaló que: *"*(…) *es incuestionable el derecho de los pueblos interesados a ser consultados* (…)*"* y que *"*(…) *No existe una extralimitación de funciones, porque los pueblos no tienen prohibición para expresar su opinión sobre asuntos que de*

cualquier manera sean de su interés (…)*"* e **i)** estima que la sentencia dictada por el *a quo,* al revocar el amparo provisional otorgado, transgredió los derechos que en esta habían sido reconocidos, contraviniendo el Artículo 30 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Solicitó que el fallo de primer grado sea revocado, otorgando la protección constitucional solicitada y ordenando la suspensión de los actos reclamados. Además, enfatizó en su petición de que sea revocado el numeral IV de la referida sentencia. **E) La Municipalidad de Casillas, departamento de Santa Rosa, tercera interesada**, argumentó que el municipio de Casillas del departamento de Santa Rosa se dedica a la siembra y cosecha de frijol, caña y café, así como a la crianza de ganado. Afirma que es inadmisible que los pueblos indígenas no se les consulte sobre los proyectos de minería que entidades internacionales desarrollan en sus territorios. Concluyó asegurando que es necesario resolver a favor de la población Xinka, porque solo de esa manera se puede mantener la paz social en el municipio que representa. **F) La Municipalidad de Santa Rosa de Lima, departamento de Santa Rosa, tercera interesada**, expresó: **a)** la actividad que desarrolla la empresa minera les afecta porque explota los recursos naturales de su comunidad; **b)** disiente de la forma en la que resolvió el Tribunal de Amparo de primer grado, porque si bien reconoció a los pueblos indígenas su derecho de consulta, permite que la empresa minera continúe con los trabajos de explotación. Refirió que lo que los pueblos indígenas demandan es que se les tome en cuenta y que se les permita emitir su parecer sobre la instalación de este tipo de empresas en sus pueblos; **c)** al negar la existencia del pueblo Xinka han sido ignorados y discriminados, sin tomar en cuenta que un alto porcentaje de los pobladores no está de acuerdo con la instalación de proyectos mineros en sus

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

territorios y al permitirles que lo hagan, ha provocado la ruptura del tejido social y la paz de los pueblos; **d)** demandan que se les permita continuar con el modelo de desarrollo que han mantenido durante años, en el cual existe respeto a la vida y los derechos del pueblo, afirman que tanto en Santa Rosa de Lima como en otros pueblos, incluido San Rafael Las Flores –municipio en el que está instalado el proyecto minero– existe pobreza, lo cual es indicativo de que esos proyectos no resuelven los problemas y necesidades de la población, por el contrario, provocan división, que es una consecuencia grave; **e)** en cuanto al agua, afirman que es un derecho vital para todo ser humano que fluye desde la profundidad de la tierra, es un regalo de Dios para la sobrevivencia, así como de la vida vegetal y de los animales, por lo que es necesario administrarla con responsabilidad en búsqueda del bien común, no con ambición desenfrenada de crecer económicamente, sin importar la trasgresión de los derechos de los más débiles; **f)** en el proceso de amparo ha quedado acreditado que las licencias mineras referidas fueron otorgadas con violación al principio de legalidad. Por tal razón, de acuerdo con la propia jurisprudencia que esta Corte ha asentado, es evidente que la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, debió suspender en forma definitiva las licencias mineras *Escobal y Juan Bosco*; sin embargo, no lo hizo y **g)** asegura que la Corte de Constitucionalidad debe emitir su fallo con apego al principio de legalidad, sin dejarse influenciar por la campaña mediática, que tanto la empresa minera como las gremiales empresariales han realizado en los medios de comunicación, aduciendo que están incurriendo en significativas pérdidas económicas. Solicitó que al resolver este asunto, el Tribunal constitucional lo haga con responsabilidad, escuchando la voz de Dios, por medio de la voz del pueblo, es decir, apegada a la ley para que los pueblos

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

puedan disfrutar de la paz social que se ha venido deteriorando a consecuencia de la presencia de las empresas mineras, extremo que únicamente se conseguirá dejando en suspenso en forma definitiva las licencias mineras y ordenando llevar a cabo la consulta, pero sin permitir que la empresa continúe operando durante el tiempo que se sustancie ese proceso. **G) La Municipalidad de San Carlos Alzatate, departamento de Jalapa**, **tercera interesada**, refirió que esa comunidad está conformada por personas indígenas, las cuales solicitan que se respeten sus derechos. Manifestó que la problemática que se ha vivido en ese pueblo ha provocado inconformidad por la forma arbitraria del proceder de la empresa minera. Pidió que se respeten sus derechos como comunidad indígena, así como ellos son respetuosos de la ley. **H) La Municipalidad de Nueva Santa Rosa, departamento de Santa Rosa, tercera interesada**, refirió que: **a)** personeros de la empresa minera han manifestado a los inversionistas extranjeros que han entregado múltiples aportes a los municipios; sin embargo, esto carece de veracidad, porque únicamente se han limitado a regalar algunos artículos, en cuya entrega requieren a las personas firmar documentos, que luego presentan ante los citados inversionistas para acreditar su anuencia con la actividad minera; proceder que amerita ser investigado; **b)** no es aceptable conferir preeminencia al interés económico sobre el valor de la vida humana. La decisión que se emita en este caso puede salvar la vida de los pobladores o provocar su pérdida, por lo que el fallo debe atender el clamor del pueblo; **c)** en sentencia de dos de julio de dos mil diecisiete, dictada por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil dentro del expediente 137-2016, fue otorgado amparo en favor del pueblo Xinka de Jumaytepeque en protección de sus tierras, precedente que contribuye al análisis del presente caso, porque

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

fue dictado en atención a que, en Nueva Santa Rosa, existen trece comunidades Xinkas que administran ciento veintisiete caballerías de tierra; **d)** Guatemala es el noveno país más desigual del Mundo, según lo indicó Rebeca Arias, representante de Naciones Unidas, quien afirmó que debe mejorar en la prestación de servicios sociales, tales como agua, salud y vivienda, los cuales se ven directamente afectados por las actividades mineras; **e)** resulta inaceptable que se lleven la riqueza de los pueblos, sin ser fiscalizados y que estimen que esto es compensable con las regalías que dan a las municipalidades, las cuales califica de *"sobornos para los Alcaldes",* porque no reparan el daño que se ocasiona al pueblo; considera que esto se evitaría legislando el tema de la minería, tal como lo hizo El Salvador y **f)** hubo anomalías en el otorgamiento de las licencias mineras, por lo que el pueblo de Guatemala exige justicia y esta solo se alcanzará cancelando en definitiva tales licencias. Esto último permitirá la convivencia pacífica de las comunidades, permitiéndoles desarrollar su propio modelo económico. Solicitó que sean canceladas definitivamente las licencias otorgadas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima. **I) La Municipalidad de San Rafael Las Flores, departamento de Santa Rosa, tercera interesada**, argumentó: **a)** su interés es salvaguardar la seguridad, derechos y bienestar de sus habitantes. Indicó que independientemente de lo que se resuelva dentro de la presente acción constitucional de amparo, es necesario que el Estado respete las garantías constitucionales, tal como lo regulan los Artículos 1º. y 2º. de la Constitución Política de la República de Guatemala; **b)** con fundamento en los artículos citados, deben respetarse las garantías constitucionales de los habitantes del municipio de San Rafael Las Flores, porque si la entidad Minera San Rafael continúa operando o dispone suspender operaciones, provocaría

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

bloqueos y protestas en contra y a favor de esa entidad; **c)** es necesario tomar en consideración la opinión de la población de los municipios afectados, porque a ellos se debe el Estado, en virtud que la soberanía radica en el pueblo y **d)** debe considerarse que la municipalidad, por medio de su gobierno, debe velar por el bienestar de sus habitantes. Solicitó que se resuelva la acción de amparo garantizando a los habitantes de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, sus derechos fundamentales. **J) El Ministerio de Energía y Minas, autoridad denunciada**, expresó: **a)** conforme el Artículo 125 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la explotación de recursos naturales no renovables fue declarada de utilidad y necesidad públicas, así como la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables. Ese mismo precepto establece que el Estado debe establecer y propiciar las condiciones propias para la exploración, explotación y comercialización de esos recursos. Con base en esa disposición constitucional el Congreso de la República promulgó el Decreto 48-97, Ley de Minería, con el objeto de normar la actividad de reconocimiento, exploración, explotación y en general las operaciones mineras. Según lo establecido en la Ley de Minería y su Reglamento, una vez cumplidos los requisitos de ley y agotado el trámite respectivo, corresponde a ese Ministerio otorgar las licencias de explotación minera y, por su parte, a la Dirección General de Minería de esa Cartera corresponde otorgar las licencias de exploración. De esa cuenta, correspondía al Ministerio conocer y resolver lo relacionado con el otorgamiento de la Licencia de Explotación *Escobal* y a la Dirección lo relacionado con el otorgamiento de la Licencia de Exploración *Juan Bosco*; **b)** lo actuado por el Ministerio y la Dirección se encuentra conforme a Derecho, habiendo dado cumplimiento al mandato

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

constitucional referido y con base en las facultades que le confiere la Ley de Minería y su Reglamento, así como la Ley del Organismo Ejecutivo; **c)** aseguró que en el presente caso, se incumplió el presupuesto procesal de definitividad porque previo a la promoción del presente amparo, el Procurador de los Derechos Humanos, conforme el Artículo 274, literal f), de la Constitución Política de la República de Guatemala, debió promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, con el objeto de proteger los intereses que le han sido encomendados; **d)** existe falta de legitimación pasiva, porque su actuar depende de acto de autoridad y leyes superiores que no son discrecionales; **e)** existe falta de legitimación activa en la organización civil que promovió el amparo de mérito, porque, en todo caso, correspondía a las comunidades asentadas dentro de la circunscripción territorial que se aduce afectada, acudir a la justicia constitucional en procura de la defensa de los derechos e intereses que colectivamente comparten, compareciendo por medio de las personas a las que reconocen representatividad de acuerdo con sus prácticas y costumbres, o al Procurador de los Derechos Humanos a efecto de proteger los intereses difusos que le han sido encomendados. La amparista no tiene la representatividad del Pueblo Xinka, por lo que carece de legitimación activa; **f)** según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la consulta a los pueblos indígenas debe ser realizada por los gobiernos o Estados, quienes deben determinar los mecanismos para llevarla a cabo. A pesar que Guatemala ratificó ese Convenio, han existido diferentes criterios en cuanto a quién corresponde realizar la consulta, en algunos casos la consulta ordenada judicialmente la han realizado las municipalidades. Afirma que, pese a que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo no debía aplicarse previo a extender la licencia de explotación *Escobal*,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

el Estado de Guatemala cumplió con los parámetros de consulta que son requeridos por dicho Convenio, previo a la emisión de la citada licencia; **g)** la consulta prevista en el citado Convenio no resulta aplicable para otros grupos que no sean considerados pueblos indígenas o tribales. En ese sentido, si el Estado emite medida administrativa en la cual no se prevea afectación directa a ninguna comunidad indígena o tribal, no está obligado a realizar o llevar a cabo la consulta que refiere el Convenio mencionado. Refirió que previo a otorgar la licencia del proyecto minero *Escobal*, estableció que de la población radicada en el municipio de San Rafael Las Flores, que asciende a once mil doscientos uno habitantes, únicamente el uno por ciento se identifica como perteneciente a una etnia Maya o Xinka, producto de la migración, lo cual se corrobora con el censo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y el Diagnóstico del año dos mil dieciséis realizado por el Ministerio de Cultura y Deportes, titulado “Situación de la Cultura Xinka”, el cual establece que en el departamento de Santa Rosa, las comunidades Xinkas son dos y no están ubicadas en el Municipio de San Rafael Las Flores, sino en el municipio de Chiquimulilla y Nueva Santa Rosa, asimismo, con la información proporcionada por el Registro Nacional de las Personas, en resolución de uno de junio de dos mil diecisiete, en la cual establece que si bien existe población indígena Xinka en el país, dicha población no reside en el municipio de San Rafael las Flores, ni en las comunidades que integran el área de influencia directa del proyecto de explotación. Indicó que no niega la existencia de dicho pueblo indígena, por el contrario afirma su existencia, solo que están asentados y residen en otras partes del país y **h)** tal como se informó en escrito de seis de abril de dos mil diecisiete, emitido por el Vice Ministro de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas dentro del expediente

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

número UIPMEM – ciento ochenta y tres – dos mil diecisiete (UIPMEM-183-2017), el Estado de Guatemala por medio del Ministerio de Energía y Minas realizó el proceso previo de carácter informativo y participativo, con la finalidad de establecer diálogo en el municipio de San Rafael Las Flores, proceso en el cual participaron autoridades locales, municipales y Consejos Comunitarios de Desarrollo (COCODES). A pesar de que no se le denominó expresamente "consulta previa" en virtud que no existe legislación que reglamente el procedimiento, sí cumplió con los parámetros establecidos en el Convenio 169, así como en la jurisprudencia nacional e internacional para realizarla, a saber: **h.i)** para la emisión de la licencia de explotación minera *Escobal*, el Estado de Guatemala sí cumplió con el carácter previo de la consulta, en virtud que antes de su emisión (tres de abril de dos mil trece) condujo y llevó a cabo un proceso consultivo que inició en el año dos mil once, con las instituciones representativas de las comunidades de las áreas de influencia determinadas en el Estudio de Impacto Ambiental, aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales; **h.ii)** la consulta se hizo por medio de las instituciones representativas de los pueblos interesados, manteniendo diálogo constante con los habitantes de las comunidades del área de influencia del proyecto minero *Escobal*, el cual se condujo en su mayoría a través de los Consejos de Desarrollo correspondientes, de conformidad con lo regulado en los Artículos 1 y 3 de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. El diálogo se realizó, además, con Consejos Municipales de Desarrollo –COMUDES–, Consejos Departamentales de Desarrollo –CODEDES–, el Magisterio y el Consejo Municipal de San Rafael Las Flores; **h.iii)** la consulta se realizó de buena fe y mediante procesos transparentes, es decir, el Estado de Guatemala hizo los esfuerzos necesarios a

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

efecto de que el desarrollo del proyecto minero *Escobal* se adecuara a lo ordenado en la licencia en la cual se autorizó su ejecución, disponiendo la mitigación de cualquier posible riesgo o daño que pudiera ocasionarse, motivando, como se afirmó, diálogo continuo tanto con los habitantes del área de influencia, como con sus Consejos Comunitarios de Desarrollo –COCODES– y otras instituciones representativas, promoviendo la implementación de proyectos de desarrollo sostenible en beneficio de los vecinos del área de influencia; **h.iv)** la Consulta tuvo como finalidad llegar a acuerdos y obtener el consentimiento sobre las medidas propuestas. El Estado de Guatemala sí ha cumplido con el referido Convenio, por cuanto ha logrado establecer importantes acuerdos con los habitantes de las comunidades del área de influencia del proyecto minero *Escobal*, incluso ha recibido el consentimiento libre y expreso para el desarrollo de dicho proyecto y **h.v)** la consulta debe determinar que los pueblos interesados pueden participar siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades y percibir indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. La consulta realizada sí cumplió con dicho parámetro, en virtud que las comunidades interesadas sí participan en los beneficios que reporta Minera San Rafael, Sociedad Anónima, a través de la Asociación de Expropietarios de los terrenos en los cuales se desarrolló el proyecto de la licencia minera *Escobal*, que está integrada por más de doscientos vecinos de las comunidades del área de influencia de dicho proyecto, quienes tienen participación equivalente al cero . cinco por ciento (0.5%) de las ganancias que reporta Minera San Rafael, según lo expuso dicha entidad en su escrito de evacuación de audiencia. Solicitó que declare con lugar el recurso de apelación y como consecuencia, se modifique la sentencia impugnada por ser contradictoria,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

porque ordena al Ministerio de Energía y Minas que lleve a cabo proceso de consulta, pero no indica qué procedimiento en específico debe realizar. Debe tomarse en cuenta que, en todo caso, deben realizarse dos procesos de consulta independientes, en virtud que los proyectos objeto de amparo (uno de explotación y otro de exploración), se encuentran en municipios y departamentos diferentes; además, se refieren a procedimientos administrativos distintos y autorizados por autoridades administrativas diferentes (el Ministerio de Energía y Minas y la Dirección General de Minería). **K) Minera San Rafael, Sociedad Anónima –tercera interesada–** reiteró lo expuesto en su escrito de apelación, respecto al incumplimiento de presupuestos procesales del amparo, así como lo concerniente a la inaplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, derivado de la inexistencia de comunidad indígena Xinka en los cuarenta y cinco kilómetros cuadrados que conforman el área de influencia de la licencia de explotación *Escobal,* ubicada en la municipalidad de San Rafael Las Flores, de conformidad con el Estudio de Impacto Ambiental respectivo, así como lo relativo a la ausencia de agravio, puesto que oportunamente se llevó a cabo el proceso consultivo previo con las comunidades del área de influencia del relacionado proyecto, para lo cual se observaron los parámetros establecidos en el Convenio aludido. Asimismo, destacó que el derecho que se denuncia violado es el de consulta, que asiste a los pueblos indígenas y no derechos ambientales. El Tribunal de Amparo de primer grado omitió emitir pronunciamiento sobre la imposibilidad de que la licencia minera de exploración *Juan Bosco* pueda causar agravio, en atención a que se encuentra vencida. Tampoco se pronunció en cuanto a que, habiendo sido esa licencia extendida por el Director General de Minería, el amparo sobre esa actuación lo debió conocer una Sala de la Corte de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Apelaciones y no la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 4 del Auto Acordado 01-2013 de la Corte de Constitucionalidad. Agregó que: **a)** el Ministerio de Energía y Minas no negó la existencia del pueblo Xinka, como lo aduce la amparista, sino que afirmó y demostró que este pueblo no se encuentra ubicado en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; extremo que basó en la información oficial emitida por el Registro Nacional de las Personas -RENAP-, el Instituto Nacional de Estadística (INE) y el Ministerio de Cultura y Deportes; **b)** del análisis del contenido de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, no se advierte que ese órgano jurisdiccional haya revictimizando al pueblo xinka, contrario a ello, dispuso el otorgamiento de la protección constitucional pedida para que a la población indígena ubicada en los municipios de Casillas, Nueva Santa Rosa, San Rafael Las Flores y Mataquescuintla le fueran restituidos los derechos constitucionales que se señalaron como vulnerados. La amparista, no obstante haber obtenido la protección constitucional solicitada, apeló el fallo de primer grado, lo cual evidencia que su interés no era la restauración del goce de sus derechos, sino la cancelación del proyecto minero; **c)** en cuanto al agravio que aduce la postulante, derivado de que el fallo impugnado revocó el amparo provisional, asegura que la Corte de Constitucionalidad ha definido que los efectos del amparo provisional no son definitivos sino temporales y su vigencia queda supeditada al momento en el que se emita la sentencia respectiva. Afirma que el Tribunal de Amparo tiene la facultad de revocar el amparo provisional en la sentencia cuando las situaciones fácticas y el sentido de ese pronunciamiento así lo ameriten, como sucedió en el presente caso, en el cual la Corte Suprema de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, dispuso que podía continuar con las operaciones mineras; **d)** como tercer agravio de apelación el solicitante se limitó a indicar que: "(...) *se violenta el Artículo sesenta y uno (61) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad",* sin expresar de manera comprensible en qué consistía esa supuesta violación, mencionando únicamente que se violó ese artículo de la ley de la materia. Dicho agravio carece de debido razonamiento, lo cual imposibilita presentar argumentos de refutación y que el tribunal de alzada emita pronunciamiento al respecto; **e)** en cuanto a la apelación presentada por la municipalidad de Mataquescuintla, departamento de Jalapa, asegura que esa institución edilicia no emitió razonamientos respecto de los agravios que le ocasiona la sentencia de primer grado, únicamente, se limitó a transcribir preceptos de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, extremo que impide poder exponer argumentos de refutación, así como emitir pronunciamiento al respecto; **f)** la Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala fundamenta su apelación en su inconformidad respecto de que el Tribunal de Amparo de primer grado no suspendió de forma definitiva la licencia de explotación minera *Escobal*. Al respecto, asegura que esta Corte, en el fallo dictado dentro los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, dispuso que en los casos en los cuales se denuncia la omisión de consulta previa, las sentencias deben tener efecto reparador, lo cual significa que si bien se reconoció el derecho de consulta del que gozan los pueblos indígenas y tribales, su inobservancia es imputable al Estado, por lo cual no puede afectarse los derechos de terceros sobre quienes no recae esa obligación, fue con base en ese criterio que se permitió a las terceras interesadas en ese proceso –Hidroeléctrica

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Oxec e Hidroeléctrica Oxec II– que continuaran con sus operaciones, mientras el Estado de Guatemala, por medio del Ministerio de Energía y Minas, debe llevar a cabo el proceso de consulta a las comunidades indígenas ubicadas en el área de influencia del proyecto, dentro del plazo fijado en esa sentencia; tal razonamiento fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, en el fallo apelado, razón por la cual la decisión que ahora se conoce en alzada no puede ocasionar los agravios que denuncia la apelante; **g)** derivado del citado proceso consultivo, se acordó el otorgamiento de beneficios directos a favor de las municipalidades ubicadas dentro del área de influencia, durante la vigencia de la licencia otorgada, tales como inversiones, proyectos de desarrollo y regalías correspondientes al cinco . cinco por ciento (5.5%) sobre sus ingresos brutos, siendo el promedio mundial de cuatro . cinco por ciento (4.5%); **h)** asegura que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, al momento de ser suspendida, había pagado más de trescientos millones de quetzales en concepto de regalías directas a las comunidades ubicadas en el área de influencia, invertido más de setecientos millones de dólares de los Estados Unidos de América en el territorio de Guatemala y pagado impuestos por un monto mayor a seiscientos millones de quetzales; **i)** a la fecha, ha pagado al Estado de Guatemala más de mil millones de quetzales en concepto de impuestos y regalías, ha generado más de seis mil plazas de trabajo, ha invertido más de ochenta y cinco millones en proyectos de desarrollo, salud, educación y seguridad social en el área de influencia y ha pagado trescientos ochenta mil quetzales diarios en salarios percibidos por personas de esa área; **j)** existen datos oficiales que señalan que Guatemala ha dejado de percibir ciento doce millones de quetzales (Q112,000,000.00) a razón de uno . un (1.1) millones de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

quetzales diarios, derivado de lo anterior, el Banco de Guatemala reconsideró el crecimiento económico del país con relación al indicador de Producto Interno Bruto -PIB-, asimismo, la calificadora de riesgos internacional *Standard & Poor´s* redujo la calificación crediticia de Guatemala, lo cual se le considera más riesgoso para la inversión extranjera; **k)** adicionalmente, el *a quo* no tomó en consideración los documentos presentados por ella y el Ministerio de Energía y Minas, fundamentando su decisión en documentos poco relevantes para el caso, obtenidos mediante auto para mejor fallar; **l)** Minera San Rafael, Sociedad Anónima, además de estar sujeta al cumplimiento del ordenamiento jurídico guatemalteco debe observar las legislaciones estadounidense y canadiense, las cuales superan por mucho la esfera de protección a derechos y principios que otorga el Estado de Guatemala; **m)** la magnitud de la huella ambiental que deriva de su actividad es mínima, puesto que ha utilizado el ochenta por ciento (80%) de su territorio para reforestación y agricultura y **n)** la Doctora Carmen Moreno, Directora de la Organización Internacional del Trabajo refirió en su visita a Guatemala: *"(…) el Convenio 169 debe ser un instrumento de buena gobernanza y una herramienta para resolver los conflictos y reconciliar los distintos intereses (…)";* por lo que estima que dicho argumento debe ser tomado en consideración al decidir el presente caso. Solicitó que se declaren sin lugar los recursos de apelación interpuestos por Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS), la municipalidad de Mataquescuintla y la Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala, así como, con lugar su recurso de apelación, y como consecuencia, se revoque el fallo de primer grado. **L) La Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Anexas –ASEMIS–, tercera interesada**, reiteró lo expresado en el escrito

contentivo de su recurso de apelación y agregó: **a)** que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo tiene como objeto tutelar los derechos de los pueblos indígenas y tribales, asegura que este no es aplicable al caso concreto, debido a que el pueblo Xinka no se encuentra asentado en el área de incidencia del proyecto de explotación minera *Escobal*, circunscripción territorial que fue definida en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, esto de conformidad con el "*Primer Diagnóstico Comunitario Proyecto de Explotación Minera Escobal San Rafael Las Flores, Santa Rosa*" elaborado por el Ministerio de Energía y Minas, documento que también fue valorado en el caso *Oxec*. Hizo énfasis en que, según jurisprudencia de esta Corte, es precisamente el Estudio de Impacto Ambiental el que sirve de base para determinar el área de influencia de cualquier proyecto. Señala que, en todo caso, la consulta debe realizarse de conformidad con ese parámetro objetivo; **b)** la licencia *Escobal* abarca un área de dos . sesenta y dos kilómetros cuadrados (2.62 km2); sin embargo, el área de incidencia aprobada por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales es de cuarenta y cinco kilómetros cuadrados (45 km2), en ese territorio se ubican diez comunidades pertenecientes al municipio de San Rafael Las Flores, pero ninguna de ellas alberga población Xinka, esto de conformidad con: **b.i)** el censo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística; **b.ii)** las certificaciones emitidas por el Registro Nacional de las Personas de Guatemala –RENAP–; **b.iii)** la información que consta en el sitio web del Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala y **b.iv)** el diagnóstico elaborado por el Ministerio de Cultura y Deportes en el año dos mil dieciséis, denominado "*Situación de la Cultura Xinka"*; **c)** lo manifestado por el Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala, relativo a que por medio de un convenio

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

voluntario de pago de regalías se amplió el área de incidencia, carece de veracidad, porque esto únicamente puede efectuarse mediante resolución administrativa. Ese convenio demuestra la buena fe que tiene Minera San Rafael, Sociedad Anónima, de pagar regalías por encima de las exigidas por la Ley de Minería; **d)** acceder a la pretensión de algunas de las entidades apelantes, en cuanto a que se suspenda en definitiva la licencia de operaciones, pese a que han transcurrido cuatro años desde que el proyecto empezó a ejecutarse, violaría el principio de seguridad y certeza jurídica que le asiste, porque la Corte de Constitucionalidad en ningún caso ha dispuesto que la omisión de consulta tenga como consecuencia, la declaratoria de suspensión definitiva de un proyecto que se encuentra operando. Ese criterio jurisprudencial ha tenido sustento en el hecho de que, disponerlo así, acarrearía responsabilidad para el Estado. Además, la suspensión definitiva provocaría afectación en la situación laboral de más de un mil quinientas personas, como afectadas directamente y a sus familias; **e)** tanto la amparista como la municipalidad de Mataquescuintla y la Asociación Parlamento del pueblo Xinka de Guatemala, no realizan petición concreta, ni argumentación sobre los motivos que sustentan su recurso de apelación, lo cual imposibilita a la Corte de Constitucionalidad efectuar el pronunciamiento respectivo; además, indica que el Tribunal de Amparo de primer grado, al dictar sentencia que ahora es objeto de cuestionamiento, reparó el agravio denunciado al ordenar que se realice la consulta requerida; **f)** la postulante señaló que la sentencia impugnada viola el Artículo 46 constitucional y revictimiza al pueblo Xinka por la supuesta negación de su existencia, argumentos que a su juicio son infundados, porque del estudio de ese fallo se desprende que el Tribunal de Amparo de primer grado analizó la supuesta

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

violación denunciada a la luz de lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; **g)** no existe agravio que amerite la protección constitucional de amparo, en virtud que el Estado de Guatemala llevó a cabo el proceso consultivo previo a la emisión de la licencia de explotación *Escobal*, el cual cumplió con los parámetros establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; **h)** destacó el incumplimiento de los presupuestos procesales de la acción de amparo planteada; **i)** asegura que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha invertido setecientos ochenta millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD80,000,000.00), por lo que la suspensión de la licencia otorgada, provocaría pérdidas incalculables a la referida entidad minera que podrían llevarla a la quiebra, siendo el único responsable el Estado de Guatemala. Asegura que, según el Ministerio de Finanzas Públicas, la partida presupuestaria para el municipio de San Rafael Las Flores, en los últimos tres años, fue de cuarenta y un millones de quetzales (Q41,000,000.00) y que las regalías que la entidad minera le pagó a ese municipio, durante ese mismo período, ascienden a ciento catorce millones de quetzales (Q114,000,000.00); **j)** de suspenderse la licencia de minería se afectaría a terceros, entre ellos, el Estado de Guatemala, porque este dejará de percibir regalías e impuestos, así como a los trabajadores de la referida minera y sus comunidades, puesto que la mina ha contribuido al desarrollo de esas poblaciones porque: **j.i)** ha generado más de un mil quinientos empleos directos y seis mil indirectos; **j.ii)** ha pagado al Estado de Guatemala más de mil millones de quetzales en concepto de regalías, impuestos y aportes voluntarios desde el año dos mil catorce; **j.iii)** ha invertido ochenta y cinco millones de quetzales en proyectos de desarrollo; **j.iv)** ha abierto más de ciento cincuenta negocios nuevos en el municipio de San Rafael Las

Flores del departamento de Santa Rosa; **j.v)** ha incluido más de veinticinco mil personas en programas de desarrollo social; **j.vi)** ha pagado, diariamente en concepto de salarios y beneficios para trabajadores de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, más de trescientos ochenta mil quetzales, para un total de más de once millones de quetzales al mes; **j.vii)** efectuó el pago de treinta millones sesenta y un mil trescientos sesenta y tres quetzales con noventa y seis centavos en regalías a ex propietarios de las fincas que actualmente ocupa la licencia *Escobal*; **j.viii)** pagó más de ochenta y nueve millones ochocientos sesenta y nueve mil cuatrocientos noventa quetzales con cuarenta centavos, en regalías legales otorgadas desde el año dos mil catorce y **j.ix)** pagó más de ciento noventa y cuatro millones doscientos veintidós mil doscientos cuatro quetzales con sesenta y seis centavos, por concepto de regalías voluntarias otorgadas desde el año dos mil catorce; **k)** lo expuesto evidencia que las comunidades del área de influencia e incluso el Estado de Guatemala, han percibido beneficios derivados del otorgamiento de las licencias relacionadas, además de otras ventajas que provienen de los proyectos de desarrollo sostenible descritos. Reconocen que desde que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha tenido presencia en el área de incidencia, se han creado mejoras y beneficios en educación, infraestructura, agricultura, empleo y la facilitación del suministro de agua potable, en general, ha contribuido al desarrollo de los habitantes; por lo que al solicitar la postulante que se suspendan las licencias, su pretensión va más allá de garantizar el derecho de consulta que aduce le asiste a las poblaciones que asegura son afectadas y **l)** la amparista y la Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala pretenden la suspensión definitiva del acto reclamado; sin embargo, esto constituye medida desproporcionada e

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

innecesaria, porque existe doctrina legal de esta Corte, en la cual se ha sostenido el criterio de que no resulta imperativo suspender definitivamente la licencia otorgada, puesto que se haría incurrir en responsabilidad al Estado de Guatemala, esto sumado a la inseguridad que ello conlleva y la afectación a los derechos fundamentales de trabajo, propiedad, industria y comercio de terceros. A ese respecto, citó el fallo de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, emitido dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, *sentencia estructural*, que determinó pautas que deben ser observadas en todos los proyectos hidroeléctricos y mineros en los que se analice la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Hace énfasis en que, hasta la fecha, no ha sido emitida sentencia de este Tribunal en la que se haya ordenado realizar la consulta y dejar en suspenso las actividades del proyecto en cuestión. Solicitó que se declaren con lugar los recursos de apelación interpuestos por Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Anexas –ASEMIS– y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y como consecuencia, se revoque la sentencia impugnada, denegando el amparo y que, en todo caso, no se suspenda la licencia de explotación minera *Escobal*, asimismo, que se declaren sin lugar las apelaciones interpuesta por la postulante, así como por la Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala y la Municipalidad de Mataquescuintla del departamento de Jalapa. **M) Representaciones Químicas, Sociedad Anónima, representante común, tercera interesada,** expresó: **a)** el Tribunal de Amparo de primer grado omitió efectuar la calificación de los presupuestos procesales, establecida en el Artículo 26 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, siendo estos, la legitimación, temporalidad, definitividad y, obviamente, la competencia; **b)** con

relación a la competencia, afirma que de acuerdo con lo regulado en los Artículos 13, literal a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 4, literal a) del Auto Acordado 1-2013 de este Tribunal, la Corte Suprema de Justicia solamente podía conocer de la impugnación de la licencia de explotación *Escobal*, porque fue la emitida por el Ministro de Energía y Minas, no así la impugnación de la licencia de exploración *Juan Bosco*, porque esta fue emitida por la Dirección General de Minería y consecuentemente, el conocimiento sobre ese acto administrativo le competía exclusivamente a una Sala de la Corte de Apelaciones; **c)** en cuanto al presupuesto de temporalidad, ha sido criterio sentado por esta Corte que a la omisión de consulta, establecida en el Convenio 169 de la Organización del Trabajo, no aplica el plazo del Artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; sin embargo, dentro del presente amparo se impugnan las licencias mineras, por lo que sí procede aplicar el plazo establecido en ese precepto; **d)** en cuanto a la legitimación pasiva, el Ministerio de Energía y Minas ostenta la legitimación pasiva por la emisión de la licencia de explotación *Escobal*; pero no para los efectos de la impugnación de la licencia de exploración *Juan Bosco*, porque esta última fue emitida por la Dirección General de Minería; **e)** en cuanto al principio procesal de definitividad, afirma que consta en autos y en el expediente administrativo número SEXT-015-11 Escobal (tramitado ante el Ministerio de Energía y Minas con motivo de la solicitud de la emisión de la licencia de explotación minera Escobal) que Quelvin Otoniel Jiménez Villalta, bajo la asesoría del Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–, cuya sede se señaló como lugar para recibir notificaciones y bajo la dirección, procuración y auxilio del Abogado Pedro Rafael Maldonado Flores, que actualmente comparece dentro del presente amparo

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

como Mandatario Judicial con Representación del Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–, presentó en papel membretado de "*CALAS*" escrito de trece de junio de dos mil dieciséis, identificado como "*evacuación previo a oposición*" en el cual se opuso al otorgamiento de derecho minero *Escobal* y señaló: "*comparezco a evacuar el previo que impusiera esta Dirección a la oposición a la aprobación del otorgamiento de derecho minero de explotación denominado proyecto minero Escobal*"; además, denunció: "*ausencia de consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas de los municipios afectados por la licencia minera que se tramita, tal como lo manda el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo*"; es decir que, el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS– tuvo conocimiento desde esa fecha (trece de junio de dos mil dieciséis) de las actuaciones acaecidas dentro del expediente administrativo; sin embargo, en el escrito inicial de amparo, el ahora postulante afirmó que conoció de esas acciones hasta el diecisiete de abril de dos mil diecisiete, al ser notificado de las resoluciones de la Unidad de Información Pública, en las que se le informó que no se realizaron los procesos de consulta a los pueblos indígenas. Lo expuesto, evidencia la falta del cumplimiento de los presupuestos procesales de temporalidad y definitividad; razón por la cual, el Tribunal de Amparo de primer grado debió suspender en definitiva del trámite del amparo; **f)** en cuanto a la pretensión del fondo del amparo, indicó que resulta importante señalar que en la sentencia apelada no se abordó la denuncia razonada de violación de los derechos de defensa, al debido proceso, a la tutela judicial eficaz y a la propiedad privada. Indicó que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, tiene el derecho a que dentro del marco del debido proceso se cumpla con los principios fundamentales de contradicción, igualdad

procesal, legalidad, doble instancia, fiscalización y valoración de la prueba, los cuales por medio del amparo no resultan pertinentes, puesto que la impugnación de las licencias mineras emitidas a favor de dicha entidad, deben ser dilucidadas en proceso de conocimiento. Asimismo, de conformidad con el derecho de defensa y debido proceso, la entidad minera está facultada a hacer valer los derechos adquiridos que el Estado le otorgó oportunamente; **g)** en el contexto de la consulta a que se refiere la sentencia apelada, tomando como marco conceptual de referencia los criterios sentados por la Corte de Constitucionalidad, en el sentido de emitir sentencia atípicas, estructurales, nomogenéticas y no positivistas, establece que debe realizarse la consulta previa a las comunidades indígenas; sin embargo, estima que esta debe realizarse sin menoscabar los derechos legítimamente adquiridos por la entidad minera y debe ajustarse a dos principios fundamentales: ***i)*** el principio de la confianza legítima y ***ii)*** el principio de la doctrina de los actos propios. Aunado a lo expuesto y, en observancia del principio de proporcionalidad, si la Corte de Constitucionalidad, en el caso concreto, dispusiera confirmar la sentencia impugnada, debe cumplir con estos aspectos, es decir, no suspender las licencias mineras y no obstaculizar la explotación y operación, porque el responsable de la supuesta omisión de consulta a los pueblos indígenas es el Ministerio de Energía y Minas, por lo que esa circunstancia no tendría que afectar las actividades y derechos de Minera San Rafael, Sociedad Anónima. Respecto a la infracción del principio de la doctrina de los actos propios, indicó que la eventual suspensión definitiva de las licencias mineras otorgadas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, supondría abuso de derecho, prohibido en el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, asimismo, implicaría vulneración a la doctrina de los derechos propios, la cual se

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

sustenta en la verdad sabida y la buena fe guardada, que es un principio filosófico que inspira el comercio, el cual se encuentra contenido en el Artículo 660 del Código de Comercio de Guatemala; **h)** señala que para los efectos de la consulta complementaria debe determinarse de forma clara, precisa e inequívoca las áreas de afectación de la explotación minera, tal como lo establecen los Artículos 13, 14 y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo e **i)** afirma que los recurrentes, en sus respectivos escritos de apelación, no pidieron que se revocara o modificara la sentencia apelada, consecuentemente, existe deficiencia técnica fundamental, respecto de la cual la Corte de Constitucionalidad ha considerado que debe consignarse la expresión de la solución final que se pretende obtener del Tribunal *ad quem,* ello porque, el Artículo 67 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad preceptúa que la resolución en apelación deberá confirmar, revocar o modificar lo resuelto por el tribunal de primer grado, y en caso de revocación o modificación, hará el pronunciamiento que en Derecho corresponda. Solicitó que se declare con lugar el recurso de apelación interpuesto y como consecuencia, se revoque el fallo apelado, denegando amparo. **N) Mirna Floricelda López González, en quien se unificó la personería de novecientas noventa personas que requirieron ser vinculadas al proceso de amparo en calidad de terceras interesadas**, manifestó que: **a)** la denuncia efectuada por el postulante en el escrito inicial de amparo es confusa y no cuenta con el respaldo probatorio que demuestre que la emisión de las licencias señaladas como agraviantes violan los derechos de participación, protección, consulta y no discriminación del pueblo Xinka asentado en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, los cuales están reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; **b)** como originarios del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa y miembros de esa comunidad, en la cual se encuentra ubicado el proyecto de la licencia *Escobal,* aseguran que en el área de influencia de ese proyecto no residen pobladores que se autoidentifiquen o formen parte de la comunidad Xinka, por lo que no existe lesión a los derechos constitucionales que se denuncian; **c)** la entidad accionante es ajena al municipio de San Rafael Las Flores, en consecuencia, al no haber sido objeto de agravio personal y directo carece de legitimación activa para plantear el presente amparo, por lo que la acción constitucional instada es notoriamente improcedente y **d)** el otorgamiento del amparo y la suspensión de las actividades mineras, constituiría una medida desproporcionada, que perjudicaría gravemente a los habitantes del municipio de San Rafael Las Flores, porque dejarían de percibir los múltiples beneficios económicos, sociales, laborales, educativos y ambientales, en virtud de dicho proyecto, que desde su instalación ha conllevado un significativo aumento en su calidad de vida. Solicitó que se deniegue la protección constitucional de amparo solicitada. **O) El Ministerio Público** indicó que comparte el criterio sustentado por el Tribunal de Amparo de primer grado por haber otorgado la protección constitucional solicitada, en virtud de las razones siguientes: **a)** lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte de Constitucionalidad en casos similares como el presente, determina que la consulta a pueblos indígenas como lo establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es reconocida como derecho fundamental de carácter colectivo, y debe generarse a efecto de establecer canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

indígenas, cuando se prevea que se provocará afectación en las condiciones de vida de esas comunidades, que ha de realizarse mediante procedimientos de consulta y participación. La situación que se denota de los argumentos esgrimidos por la postulante y lo manifestado en el informe circunstanciado rendido por la autoridad cuestionada, es que no ha sido agotada la consulta al pueblo Xinka, omisión que es atribuible a la autoridad cuestionada, por tal razón y en resguardo a los derechos regulados en el Convenio 169 citado, la acción constitucional debe otorgarse, con el objeto de que la consulta tenga lugar conforme los estándares internacionales reconocidos por el ordenamiento jurídico guatemalteco; **b)** de esa cuenta, corresponde al Estado de Guatemala, por medio del Ministerio de Energía y Minas, poner en práctica la consulta establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en observancia del ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional aplicable al presente caso; **c)** el Convenio citado, en su Artículo 6, literal a), establece que debe consultarse a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente en especial antes de emprender o autorizar programas de protección o explotación de recursos naturales o de encontrarse ya en ejecución como acaece en el presente caso, para disponer las medidas mitigadoras, resarcitorias o compensatorias que garanticen el modo de vida y las proyecciones futuras de las comunidades afectadas, es decir, atendiendo la importancia de la consulta a pueblos indígenas y previendo conflictos que puedan surgir entre comunidades indígenas por dicho tema, es entendible que debe conferírseles participación en las decisiones

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

relativas a medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y **d)** al emitir sentencia otorgando la protección constitucional pedida, se debe tomar en consideración lo relacionado con el Derecho a la identidad, con el objeto de que la consulta a pueblos indígenas se lleve a cabo por advertir disposiciones de poder público que afectan directamente sus condiciones de vida, que van en detrimento de su identidad cultural y su subsistencia digna. Solicitó que resuelva sin lugar el recurso de apelación y como consecuencia, se confirme la sentencia impugnada.

V. INFORMES REQUERIDOS POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, EN AUTO DE SIETE DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO

Esta Corte, previo a dictar sentencia, requirió los siguientes estudios e informes:

A) Al Ministerio de Cultura y Deportes, al Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala que, realizaran, cada uno y en forma separada, estudio antropológico en el Municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, a efecto de obtener información acerca de la existencia de pueblos indígenas en ese Municipio, tomando como referencia los criterios objetivos y subjetivos definidos en el Convenio 169.

B) Al Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas –CESEM– de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad –CEAB– de la Universidad del Valle de Guatemala, que emitieran opinión versada, cada uno y en forma separada, sobre: **i)** Estudio de Impacto Ambiental realizado dentro del

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

expediente formado con ocasión de la solicitud de licencia de explotación minera requerida por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, dentro del expediente SEXT- cero quince – once (SEXT-015-11) del Ministerio de Energía y Minas y **ii)** estudios realizados del dos al seis de diciembre de dos mil trece, por el Ministro de Energía y Minas, el Ministro de Ambiente y Recursos Naturales y el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, sobre el proyecto de explotación minera con licencia *Escobal*. Se requirió que en estos estudios se estableciera si las medidas de mitigación previstas por la citada entidad minera son eficientes para evitar la contaminación de las aguas superficiales y del medio ambiente en general. Que, en caso de advertirse contaminación al agua, debían establecer si tal alteración posee relación con la actividad del citado proyecto de explotación minera. Se requirió a ambos entes que determinaran las consistencias e inconsistencias de los estudios sobre los cuales se requería su opinión, debiendo agregar sus propias conclusiones.

C) Al Director de Gestión, Control y Seguimiento Ambiental del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (*sic*) que informara qué monitoreos ha realizado en el proyecto de explotación con licencia *Escobal*, con qué periodicidad se han efectuado esas actividades de seguimiento y qué medidas preventivas se han asumido para evitar la contaminación de las aguas superficiales.

D) Al Viceministro de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas que remitiera el expediente administrativo, formado en el Viceministerio a su cargo, en el que se documente todo lo actuado con ocasión de las solicitudes de las licencias de exploración y explotación formuladas por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima y

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

E) Al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales que remitiera el Instrumento de Evaluación Ambiental aprobado por ese Ministerio sobre el proyecto exploración autorizado mediante licencia *Juan Bosco*.

En los plazos señalados por este Tribunal, las instituciones requeridas comparecieron a la sede de esta Corte en sendos escritos, que fueron incorporados al expediente correspondiente. A continuación, se resume el contenido de los informes aportados.

a) Informes relativos a los estudios antropológicos solicitados sobre el Municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa

i) Informe rendido por el Ministerio de Cultura y Deportes

El Ministerio de Cultura y Deportes asegura que efectuó estudio de carácter mixto. Para ello realizó consultas bibliográficas de estudios existentes, entrevistas a personas relacionadas con el asunto y una visita corta a la cabecera municipal de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa.

En su informe aseguró que en lo concerniente al origen del pueblo Xinka, las hipótesis más aceptadas proponen que estos formaron parte de una serie de migraciones provenientes del noroeste de Mesoamérica y cronológicamente se asocian a grupos de habla *pipil* que también migraron desde una región que actualmente es parte de los Estados Unidos Mexicanos. Luego de su llegada, ocuparon diversos lugares en el sureste de Guatemala, principalmente en la región que actualmente conforman los departamentos de Santa Rosa, Jutiapa y Jalapa.

El municipio de San Rafael Las Flores fue creado el dos de marzo de mil ochocientos sesenta y se asentó en las tierras de la hacienda denominada *El Potrero*. El Gobierno de Guatemala de ese momento, ordenó que se

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

establecieran dos poblaciones, una compuesta por los indígenas que ocupaban la aldea de Alzatate y la otra conformada por los ladinos que residían en la hacienda mencionada. Esta última población recibió el nombre de San Rafael; por esa razón el municipio de San Rafael Las Flores no es el resultado de la evolución de un "*pueblo de indios"*.

En el municipio de San Rafael Las Flores existe un sitio arqueológico que fue estudiado en dos mil once. Los arqueólogos concluyeron que los hallazgos son residuos de una ocupación menor; se estableció así, que no existió asentamiento formal y prolongado. Los lugares sagrados asociados a monumentos arqueológicos en San Rafael Las Flores son de origen maya; no es posible asumir la existencia de un monumento arqueológico de origen xinka. Los lugares que actualmente se consideran habitados por xinkas en el departamento de Santa Rosa son Chiquimulilla, Guazacapán, Taxisco, San Juan Tecuaco, Jumaytepeque y Santa María Ixhuatán. En Jalapa la montaña de Santa María Xalapán, algunas aldeas de Mataquescuintla, parte de San Carlos Alzatate y parte de San Pedro Pinula.

En cuanto a la conservación de toda o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, en San Rafael Las Flores no se encuentra organización formal dentro de la estructura de la Iglesia Católica, como podrían ser las cofradías de corte tradicional.

Las instituciones económicas no presentan tradición, porque se manejan dentro de los principios internacionales de la oferta y la demanda, ofreciendo productos nacionales e importados. No fue posible identificar instituciones de función cultural y política tradicionales.

Describe que en las comunidades de San Rafael Las Flores (casco

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

urbano), caserío La Cuchilla, caserío Los Planes, Aldea Las Nueces, Caserío El Fucío, Aldea Sabana Redonda, Caserío El Volcancito, Aldea San Juan Bosco, Aldea Estanzuela y Aldea El Quequexque, predomina la autodeterminación de mestizo o ladino. Para los cuidados de la salud de sus habitantes, algunas comunidades cuentan con centros de salud, centros de acopio y la asistencia de comadronas. En la cabecera municipal, el idioma predominante es el español, la población joven se interesa en el idioma inglés, contrario a lo que sucede con el idioma xinka debido a que, según afirman los vecinos del lugar, no tiene sentido aprender ese lenguaje por la ausencia de población de esa etnia en el casco urbano.

En lo que concierne a la religión que profesan sus habitantes, existen datos del año dos mil once, los cuales muestran que la religión católica romana posee el porcentaje más alto, seguida de la religión evangélica y otras que representan el dos . diecisiete por ciento (2.17%); dentro de este último grupo, se puede incluir a los practicantes de la espiritualidad maya, quienes disponen de cuatro lugares sagrados denominados Amberes, Media Cuesta, Olivia y San Rafael Las Flores. En estas prácticas participan personas que se auto determinan mayas, mestizos y xinkas; sin embargo, las visitas a dichos lugares generalmente son de carácter ocasional.

La producción agropecuaria consiste en crianza de aves, cultivo de maíz y hortalizas; asimismo, pero en menor proporción, se observó la crianza de bovinos y porcinos. Se pudo establecer que la actividad económica menos apreciada se relaciona con el cuidado de los bosques. La vestimenta utilizada por hombres y mujeres es propia del grupo ladino o mestizo, con ciertas características de moda internacional y comercial.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

En San Rafael Las Flores no se encuentra organización formal dentro de la estructura de la iglesia católica romana, como podrían ser las cofradías de corte tradicional. La autoridad local es el alcalde municipal, no existe alguna evidencia de organización tradicional. Si bien existe el Consejo del Pueblo Xinka de Guatemala y el Parlamento del Pueblo Xinca de Guatemala, estos no poseen representantes del municipio de San Rafael Las Flores. [Este informe obra a folios mil quinientos tres (1,503) al mil quinientos quince (1,515) de la pieza de amparo formada ante esta Corte.]

ii) Informe rendido por el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala

El Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, informó haber realizado entrevistas colectivas abiertas y semi-estructuradas en: **i) el departamento de Santa Rosa**: específicamente en los municipios de Cuilapa, Nueva Santa Rosa, Casillas [específicamente en La Aldea y Laguna de Ayarza], San Rafael Las Flores [tanto en la cabecera departamental como en las aldeas El Copante, Media Cuesta, Las Nueces y el Volcancito] y **ii) en el departamento de Jalapa:** en el Municipio de Mataquescuintla. Realizó búsquedas bibliográficas y archivísticas, especialmente en el Archivo General de Centroamérica.

La institución requerida remitió informe en el cual asentó: territorio es un término polisémico que no solo alude a espacio, sino a un medio geográfico y natural, en el cual se desarrollan las relaciones sociales y que tiene significancia cultural e implicaciones a nivel social. Para el pueblo indígena, territorio no equivale a municipio, porque la lógica cultural del territorio es distinta a la lógica administrativa. El municipio es una unidad político-territorial del Siglo XIX, por lo

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

que no resulta suficiente para explicar la conexión de los habitantes con el territorio, por ser ellos precedentes a la formación de demarcaciones municipales. El territorio Xinka es extenso y comprende los departamentos de Escuintla, Santa Rosa y Jutiapa, no se limita al municipio de San Rafael Las Flores. Regionalmente ha existido intercambio de productos vegetales y animales –corredores agroecológicos y culturales–; cada grupo ha creado una ruta para llegar a la costa o a las montañas. Actualmente existen relaciones interpersonales, familiares, comerciales y de trabajo entre los habitantes de los distintos municipios que conforman el departamento de Santa Rosa, inclusive con habitantes de los departamentos de Jalapa y Jutiapa. Las personas entrevistadas afirmaron que "*no se encuentran encerrados dentro del municipio*". Consideran que cualquier decisión gubernamental asumida para una población afecta a las vecinas, porque conciben su territorio más allá de los límites municipales. Por esta razón, el Instituto no circunscribió su estudio al municipio de San Rafael Las Flores.

Para abordar el tema de la continuidad histórica citó que desde mil novecientos cuarenta, se han realizado estudios arqueológicos en los departamentos de Santa Rosa, parte de Jutiapa y Escuintla. Como resultado, se han identificado estructuras arquitectónicas prehispánicas, de tipo habitacional y ceremonial. El departamento de Santa Rosa posee ciento veintinueve sitios arqueológicos, que se distribuyen en trece de los catorce municipios que lo conforman; en el municipio de San Rafael Las Flores existen identificados trece sitios arqueológicos, los cuales datan del período preclásico (1500 a.C) hasta el postclásico (850-1524 d.C), de los cuales destaca el sitio denominado San Rafael Las Flores, ubicado a tres kilómetros de la cabecera municipal y a seis de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Mataquescuintla. Es uno de los sitios mayores del suroccidente. Fue declarado Monumento Nacional el doce de junio de mil novecientos setenta [Registrado en el Archivo de Sitios del Departamento de Monumentos Prehispánicos, así como en la Unidad de Registro de la Dirección General de Patrimonio Cultural y Natural y en el Archivo de Sitios del Dr. E. M. Shook.] No se ha logrado identificar el nombre del grupo o grupos que habitaron el sitio, así como el idioma que hablaban, los datos que obtuvieron no evidencian que los xinkas hayan construido ese sitio, pero sí consta que fueron estos a quienes los españoles encontraron en la región. Los habitantes del municipio de San Rafael Las Flores entrevistados se identifican como descendientes de los antiguos constructores de las estructuras halladas, apreciación motivada por su estima al lugar.

Asegura el Instituto que, según investigaciones arqueológicas realizadas en el lugar, la Minera San Rafael se ubica en una parte de ese principal sitio arqueológico. Afirma que las personas entrevistadas dijeron conocer la existencia de varios montículos ubicados en terrenos privados cercanos al pueblo y en los terrenos que ocupa la entidad minera.

En el municipio de San Rafael Las Flores y sus aldeas, habitan personas mestizas y otras que se auto identifican como Xinkas y reconocen el espacio del sur oriente del país como propio, porque históricamente han vivido allí y han usado esas tierras para sobrevivir. La conexión territorial es inseparable e incomprensible si no se toma en cuenta su historia regional vinculada a Mataquescuintla y San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, a Ayarza del municipio de Casillas y otros lugares. La Laguna de Ayarza, ubicada en el municipio de Casillas, departamento de Santa Rosa, es concebida por los pobladores como un manto acuífero que pertenece a Casillas y a otros pueblos

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

vecinos la cual, según su cosmovisión, los ha alimentado durante años.

El municipio de San Rafael las Flores fue creado el dos de marzo de mil ochocientos sesenta, fue asentado sobre tierras de la hacienda denominada *El Potrero*, originalmente adscrita al pueblo de Mataquescuintla el cual fue catalogado durante toda la época colonial como "*pueblo de indios*". Los ocupantes originarios del territorio rural sobre el que se erigió el municipio eran los trabajadores de la hacienda, así como otros habitantes rurales tanto indígenas, como mestizos y españoles.

San Rafael Las Flores está inserto en una dinámica territorial, económica, social y cultural de la región Xinka, la cual se define, según su ubicación geográfica, en relación al mar y a las montañas.

Todo el territorio de Santa Rosa, parte de Jutiapa y Jalapa fue ocupada por la etnia Xinka, con intercambios culturales con los pipiles y poqomames.

Los lingüistas coinciden en que las toponimias en idioma xinka permiten confirmar la antigua ocupación del territorio por parte de los xinkas. Se ha establecido que los xinkas habitaron un territorio más extenso de lo que se ha supuesto, que se pudo haber dilatado hasta los márgenes del río Motagua. Algunos nombres de municipios, aldeas, volcanes, cerros, montañas, cascadas, ríos y lagunas están en idioma xinka: Alutate, Alzatate, Ayampuk, Ayarza, Araisapo, Arloroma, Guixoro, Ipala, Samororo, Sanpaquisoy, Sansare, Sanarate, Sanguayabá, Sansirisay, Sanyuyo, Sansayo, Sansupo, Sansururate, Sare, Tatasirire y Urlanta.

Con relación a la conservación, en todo o en parte, de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, aseguró que se produjo un proceso de mestizaje biológico y cultural, que se reflejó en la generalización del uso del

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

idioma español; sin embargo, ese fenómeno no acabó con las poblaciones autóctonas.

Elementos culturales de San Rafael Las Flores y de los municipios vecinos, se han transformado por los cambios económicos derivados de las políticas coloniales y liberales, debido a la modernización y globalización, así como la introducción de productos industrializados, el impacto de los medios de comunicación y las migraciones, por lo que no se puede encontrar allí la pureza étnica de sus pobladores, como existieron hace siglos.

Entre los hallazgos de la investigación se determinó que los adultos mayores de algunos poblados hablan el idioma xinka, no así los niños y jóvenes. Este fenómeno deriva de la discriminación y racismo que operó negativamente contra la práctica cotidiana del idioma. Las personas entrevistadas mencionaron características culturales que les identifican, tales como la gastronomía tradicional de origen xinka. Algunas personas identifican una forma particular de vestir de las mujeres indígenas, conformada por un vestido largo de tela de colores fuertes y diseños floreados, además del delantal o gabacha. Este tipo de vestimenta ha sido sustituida por otros tipos de ropa, debido a la discriminación.

Algunas mujeres de la aldea Media Cuesta del municipio de San Rafael Las Flores, poseen técnicas de alfarería idénticas a las de Santa María Ixtahuatán, centro alfarero por excelencia de la zona Xinka.

Existen prácticas médicas tradicionales vigentes, sobre todo relacionadas con el embarazo, parto, post parto y cuidados en la infancia. En el estudio de campo se observaron ejemplos del uso que los pobladores del municipio de San Rafael Las Flores hacen de plantas medicinales.

En el conocimiento local y la tecnología indígena se reportó la observación

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de las fases de la luna durante la época de la siembra, poda, tala y cosecha; también toman en cuenta la luna para determinar los cuidados de las mujeres embarazadas y de los recién nacidos. En el área rural se observó la dieta básica de consumo de maíz y frijol, además de yerbas como quilete, yerba mora y chipilín.

En los departamentos de Santa Rosa, Jutiapa y Jalapa, existen varias comunidades que han sido creadas para velar por la posesión, herencia y traspaso de las tierras comunales; también para el cuidado de los recursos naturales de propiedad colectiva, tales como los ríos, quebradas, lagunas y bosques. Los recursos naturales, junto a la cosmovisión propia y las relaciones sociales que se establecen en un espacio físico, conforman la base fundamental de la noción de territorio.

Las comunidades indígenas han existido hace siglos, pero fueron obligadas a inscribirse legalmente como asociaciones civiles. Salvo pocas excepciones, las comunidades citadas cuentan con un representante frente al Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala (PAPXIGUA). Las comunidades indígenas del suroriente de Guatemala existen para salvaguardar las tierras comunales y, aunque en San Rafael Las Flores no existen tierras comunales, comparten, con el respeto de comunidades de otros municipios, ciertas tradiciones culturales.

En la religión Xinka tienen relevancia las celebraciones de las y los santos patronos de varias aldeas y cabeceras municipales. Esas festividades están a cargo de las comunidades indígenas y de las cofradías locales y constituyen motivo importante a la cohesión social y la reciprocidad. Muchas cofradías han desaparecido, como la de San Rafael Las Flores, que existió hasta hace veinte

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

años, cuando las mujeres llegaban de las aldeas llevando alimentos propios de la región. Aun y cuando esta cofradía ya no existe, es parte de la memoria colectiva del pueblo. Actualmente se realizan rezados en la casa del mayordomo o primer ministro, persona encargada de cuidar la imagen religiosa.

En relación al tema de la autodeterminación, aseguró que los vecinos se describen como descendientes de quienes hace muchísimos años dejaron los montículos y restos materiales del sitio arqueológico de San Rafael Las Flores. Varias personas vinculan estos vestigios con la identidad Xinka, esta es su manera de interpretar la existencia de dicho lugar y su articulación con el presente, lo cual puede no corresponder con la interpretación estrictamente arqueológica, pero sí con la formación de identidades.

La identidad Xinka se fundamenta en el apego territorial, el sentido de pertenencia a una comunidad que es representada por medio de organizaciones indígenas antiguas y otras nacidas luego de los Acuerdos de Paz.

San Rafael las Flores está habitado por personas que se identifican como ladinas y/o mestizas, también por otras que reconocen a sus antepasados indígenas y, de esa cuenta, se autodefinen como indígenas y Xinkas, otros se identifican como gente de campo, campesinos y otros como mestizos. Algunos ya no se denominan Xinkas, porque ha predominado el discurso de ladinización por parte del Estado, se autodeterminan como mestizos, pero dicen que creen que sus antepasados fueron indígenas.

En San Rafael Las Flores, las personas también hablaron de tres lugares que identifican como comunidades Xinkas: las Aldeas de la Cuchilla, Copante y Media Cuesta. También consideran que un barrio o una zona de San Rafael podría ser Xinka. [Este informe obra a folios del mil quinientos dieciocho (1,518)

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

al mil quinientos cuarenta y ocho (1,548) de la pieza de amparo formada ante esta Corte.]

iii) Informe rendido por el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala

El ente requerido asegura que efectuó consultas bibliográficas, revisión de archivos y visitas de campo en el Municipio de San Rafael Las Flores. En estas últimas visitaron tres (3) instituciones estatales, cuatro (4) no gubernamentales e indígenas de la zona, un (1) museo regional y entrevistaron dieciocho (18) familias que representan a cincuenta y un (51) individuos, incluyendo guías espirituales en la cabecera municipal y cuatro aldeas.

Se indica que para establecer la existencia de grupos indígenas en la región suroriente de Guatemala, debe tomarse en cuenta que se han registrado, además de los pueblos Xinka o Poqomam, identidades indígenas albergadas bajo los términos “naturales”, “mestizos”, “de la montaña”, “ladinos pardos”, “indios ladinos”, etc. Estas identidades difieren del modelo tradicional identificado para la región occidental del país, debido a ello, para identificar estos grupos deben tomarse en cuenta criterios flexibles, sin pretender sujetarse a etiquetamientos sociolingüísticos.

El estudio no se limitó a determinar la presencia del pueblo Xinka, sino a todas las variantes de etnicidad, no se circunscribió a las fuentes documentales del Municipio de San Rafael Las Flores, sino abarcó las de Mataquescuintla (del departamento de Jalapa), por ser esta jurisdicción a la cual pertenecía originalmente el pueblo de San Rafael Las Flores.

En cuanto al criterio de continuidad histórica y conexión territorial, la evidencia arqueológica indica ocupación del período Preclásico al Postclásico en

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

los sitios arqueológicos denominados San Rafael Las Flores, Laguna de Ayarza y Media Cuesta. Existe evidencia de asentamientos indígenas en San Rafael Las Flores durante la época previa a la conquista. Como en la mayoría de los sitios arqueológicos del país, no se puede comprobar o descartar la relación entre las poblaciones que habitaron ese territorio y las que actualmente residen en él. Lo que sí se advierte es que, al momento de la Conquista, la zona era un punto de encuentro interétnico entre pueblos Poqomam, Xinka y Nahuatl/Pipil.

En el padrón de mil ochocientos cincuenta y dos (1852) -época que antecede a la creación del municipio- aparecen registradas trescientas ochenta y nueve (389) personas identificadas como indígenas, cuyos apellidos se encuentran en idioma castellano. Los documentos históricos de la región reconocen la presencia de poblaciones indígenas en el territorio de San Rafael Las Flores durante el Siglo XVIII, época en la que aún pertenecía a Mataquescuintla.

Los municipios de San Rafael Las Flores, Mataquescuintla y San Carlos Alzatate tienen origen común, porque derivaron de la división de la hacienda denominada San Juan El Potrero. La Laguna de Ayarza ha sido lugar sagrado y fuente de recursos para la población de San Rafael Las Flores. Las tierras ejidales de San Rafael Las Flores llegaban hasta las orillas de la Laguna de Ayarza. En la actualidad, aún existe interacción económica, matrimonial y religiosa entre aquellos tres municipios.

En mil ochocientos sesenta (1860), cuando fue creado el municipio de San Rafael Las Flores, en el lugar existía población indígena. No ha sido encontrada evidencia documental que identifique movimiento migratorio significativo desde la fundación del Municipio. La memoria oral también indica que parte de la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

población actual ha permanecido en el territorio desde entonces y se identifican como indígenas, reflejando así trayectoria familiar y comunitaria asociada a la pertenencia al territorio. Esto permite concluir en que la población que actualmente habita en la región de San Rafael Las Flores, desciende de las poblaciones mencionadas.

En lo que concierne al criterio de conservación, en todo o en parte, de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, en varias aldeas del Municipio de San Rafael Las Flores, se registró la existencia de elementos sociales, económicos, culturales y políticos propios de las poblaciones indígenas Xinka y Poqomam, especialmente en los ancianos.

Se obtuvo información acerca de una comunidad de San Rafael Las Flores que forma parte del Parlamento Xinka.

Se observó un modelo de salud y medicina que responde a un cuerpo epistémico no biomédico ni occidental, presente en la población, especialmente en el área rural.

Se observaron artes y técnicas aun practicadas por ancianos como la alfarería, la jarcia y atarrayas de pesca, elementos culturales asociados a las esferas Xinka y Poqoman.

Actualmente algunos elementos culturales como la vestimenta, rezadoras, bailadoras de funerales y cofradías no son practicadas por los pobladores; no obstante, aún se conservan en la tradición oral de las generaciones mayores.

Se registraron prácticas tradicionales asociadas a la pedida de novias y el uso de lugares sagrados, así como en la gastronomía, observación de las fases lunares y el cuidado de semillas, las cuales corresponden a la cultura indígena mesoamericana.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Con relación a la autodeterminación, existe evidencia que habitantes de San Rafael Las Flores, se autoidentifican como indígenas. Se afirma que la autodeterminación no se cuantifica, sino que se aproxima a la conciencia de la identidad indígena en el suroriente de Guatemala que, si bien está presente, ha cambiado en el transcurso del tiempo, dependiendo del contexto sociopolítico de cada período histórico y los procesos propios de autoidentidad individual y comunitaria.

Luego de recolectar y analizar los datos arqueológicos, históricos y etnográficos, el Centro de Investigaciones concluye en que, con aplicación de los criterios del Convenio 169, sí considera la existencia de pueblos indígenas en el Municipio de San Rafael Las Flores. [El informe a que se hace referencia en esta literal obra a folios del mil quinientos cincuenta y tres (1,553) al mil quinientos sesenta y cinco (1,565) de la pieza IV de amparo formada ante esta Corte.]

b) Informes conteniendo opinión versada sobre: i) Estudio de Impacto Ambiental presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, previo al otorgamiento de la licencia de explotación "Escobal" y ii) monitoreo realizado del dos al seis de diciembre de dos mil trece, por el Ministro de Energía y Minas, el Ministro de Ambiente y Recursos Naturales y el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, sobre el proyecto de explotación minera con licencia *Escobal*.

i) Informe rendido por el Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas –CESEM– de la Universidad de San Carlos de Guatemala

i.a) Respecto del Estudio de Impacto Ambiental

En el caso del instrumento de evaluación analizado, las medidas de mitigación propuestas por la entidad minera, sí son adecuadas para evitar la

contaminación. Sin embargo, resultaría conveniente que tales medidas sean evaluadas mediante auditoría ambiental.

El instrumento de evaluación ambiental refiere que se utilizará proceso de flotación, el cual requiere cantidades menores de cianuro de sodio en comparación con un proceso de cianuración comúnmente utilizado, previendo que para desechar las colas, se dispondrá de un depósito de hasta sesenta y cinco metros de alto, con taludes, las cuales se exprimirán y se depositarán secas.

En lo que concierne a las consistencias e inconsistencias de ese estudio, estima que ese instrumento de evaluación es consistente, debido a que fue elaborado conforme los términos de referencia que proporciona el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. Asimismo, el estudio presenta adecuada compresión de la situación ambiental en el año dos mil once, fecha de su realización, y de las medidas de mitigación que propone. No se advierte contaminación hídrica, sin embargo, el ente especializado no descarta la posibilidad de que, con las operaciones del proyecto, puedan surgir impactos no previstos en las cuencas hidrográficas adyacentes, por lo que recomienda la revisión de la definición del área de influencia del proyecto minero.

i.b) Con relación al informe de la inspección técnica interinstitucional

De conformidad con el informe de la visita efectuada, se tomaron muestras de agua en grifos y pozos de abastecimiento de agua potable, también en la descarga de la planta de tratamiento de aguas residuales, entrada de la planta de tratamiento de aguas residuales, cuerpos de agua superficiales, en la pileta de cumplimiento ambiental y en los lodos generados por el clarificador de la planta de tratamiento, advirtiéndose que en cuatro puntos de muestreo, la calidad

bacteriológica es deficiente, porque se encuentran contaminados por *coliformes* y *escherichia coli*, también, se evidenció que el agua del pozo municipal de San Rafael Las Flores, no cumple con los valores límites de arsénico; sin embargo, esto se puede relacionar con condiciones geológicas naturales, la cual no tiene relación con la actividad minera, en todo caso, tal extremo es responsabilidad del proveedor del servicio de agua.

Con relación a la visita interinstitucional, evidencia las inconsistencias siguientes: **i.** en el numeral IX se indicó que debería entregarse análisis de las variaciones de los sismógrafos, no obstante ello, en el informe final únicamente consta que se observaron casetas en las que se encuentran resguardados los sismógrafos; **ii.** en el numeral XXII, se refirió que los resultados de los monitoreos deberían ser presentados al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, en un informe semestral, con los parámetros evaluados durante el mismo, debiendo mantener los resultados obtenidos de cada monitoreo a la vista del citado Ministerio; sin embargo, consta que se realizó petición verbal del informe sin hacer constar que se tuvo a la vista el mismo; **iii.** en el numeral XLII, relacionado con el manejo de disposición de desechos peligrosos, consistentes en aceites, lubricantes, refrigerantes y otros, se indica que el proyecto sí cumple con los requerimientos, pese a que fueron reportados derrames en varias ubicaciones y **iv.** la ubicación del muestreo de los cuerpos de aguas superficiales, no corresponde con los puntos indicados en el cuadro en el que se muestran las coordenadas de los mismos. Los muestreos en cuerpos de agua y pileta de cumplimiento ambiental presentan únicamente un cuadro con la interpretación de los resultados, indicando que no existe contaminación del agua; sin embargo, se debe contar con los resultados de laboratorio que respalden las conclusiones

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

emitidas, de lo contrario los resultados únicamente reflejan la opinión del personal que realizó el informe de dicha visita. Recomienda: **a)** realizar auditoría ambiental para conocer las condiciones actuales del proyecto, en vista que los documentos analizados fueron elaborados entre los años dos mil once y dos mil trece. Ese tipo de proyectos deben ser monitoreados constantemente; **b)** realizar los monitoreos mediante la metodología minera "*APELL para minería*" con el fin de proveer preparación para emergencias a nivel local y **c)** que las inspecciones técnicas y monitoreos ambientales en proyectos de este tipo, sean realizados por comisiones que incluyan a miembros de las comunidades cercanas al proyecto y entes académicos que garanticen la eficiencia e imparcialidad de las mismas.

[Obra a folio mil quinientos noventa y tres (1593) de la Pieza IV de esta Corte.]

ii) Informe rendido por el Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad –CEAB– de la Universidad del Valle de Guatemala

ii.a) Respecto del Estudio de Impacto Ambiental

En lo que concierne a la eficiencia de medidas de mitigación, el Estudio de Impacto Ambiental, en general, describe adecuadamente la identificación y análisis de los peligros asociados al proyecto minero. Asimismo, considera adecuada la utilización de medios alternativos para la extracción de metales, debido a que el proceso de mina subterránea con la extracción de metales por medio de flotación, requiere cantidades menores de cianuro que las minas metálicas a cielo abierto con extracción de metales por lixiviación con cianuro, generando un impacto ambiental considerablemente menor, adicionalmente el proceso de filtrado y secado de colas previsto en el estudio, reduce el volumen de este material de desecho y resulta en un depósito de colas estable. Las medidas de mitigación previstas se consideran efectivas para evitar la contaminación de

aguas superficiales y el medio ambiente en general; sin embargo, el documento presenta algunas secciones que se pueden mejorar, específicamente en el diseño de muestreo de calidad de agua, tanto para determinar la línea base, como para el monitoreo propuesto a realizarse durante la operación de la mina, de igual forma, estima que existen oportunidades de mejora en aspectos de monitoreo de flora y fauna.

Con relación a la línea base y monitoreo de aguas superficiales y subterráneas, refiere que se pudo ampliar el número de puntos de toma de muestras, debido a que los lugares designados para tal efecto únicamente comprenden la quebrada Escobal y el río el Dorado, antes y después de atravesar el área de la mina, sin evaluar los ríos de San Rafael y Tapalapa, los cuales son afluentes principales que atraviesan el municipio de San Rafael Las Flores. De conformidad con el diseño del estudio, no es posible determinar si la actividad minera está impactando todos los ríos de la región, debido a que la contaminación de agua que pudiera causar la actividad minera afectaría también aguas que se ubican fuera del área de influencia directa del proyecto. Se estima relevante evaluar la calidad de los cuerpos de agua que se ubican debajo del área del proyecto, en vista que con ello podrían determinarse los impactos que la actividad minera tiene sobre la calidad del agua. Esto fue solicitado a la entidad titular de la licencia de explotación seis meses previos al inicio de la etapa de construcción del proyecto; sin embargo, a la fecha de la visita, tal requerimiento no había sido atendido. En cuanto al manejo de flora y fauna, considera que las medidas de mitigación propuestas no son específicas, debido a que en el estudio se mencionó revegetación con especies nativas o de rápido crecimiento; pero no se indicó un listado de esas especies, no se detalló la forma de obtención de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

semilleros ni si se establecería un vivero o la fuente de estas. De igual forma, no fue detallada la metodología de monitoreo biológico a realizar, para poder identificar los impactos por parte de la actividad minera sobre la biodiversidad de la región. Por lo tanto, no son claros los objetivos y metas respecto de la intención de rehabilitar la biodiversidad a las condiciones previas a las actividades mineras o incrementarla.

Estima que, en general, el Estudio de Impacto Ambiental presenta una consistencia satisfactoria, aunque existen algunos puntos de mejora. Como inconsistencia del citado instrumento de evaluación, destaca que en la "*sección de alternativas*" no se haya realizado el análisis de la alternativa de "no llevar a cabo" el proyecto de extracción minera. Asegura que en los Estudios de Impacto Ambiental, esa alternativa es importante como una herramienta de control que permite cuantificar los impactos relativos de las alternativas con proyecto.

Resalta que el Estudio de Impacto Ambiental únicamente busca determinar los posibles impactos de la actividad minera antes de que esta inicie operaciones, posteriormente, por lo tanto, debe evaluarse el Sistema de Gestión Ambiental por medio de monitoreos adecuados, los cuales deben ser implementados por la misma minera, complementados con el control que deben realizar las autoridades competentes.

ii.b) Con relación al informe de la inspección técnica interinstitucional

Advirtió inconsistencia entre la teoría del referido estudio con relación a la práctica de la operación.

El informe de la visita interinstitucional reportó los resultados del análisis de la muestra tomada en la descarga de la planta de tratamiento de aguas residuales y de la disposición de lodos del proyecto, concluyendo que estas sí

cumplen con los límites máximos permisibles, de conformidad con el Acuerdo Gubernativo doscientos treinta y seis - dos mil seis; sin embargo, no indica cuál de las plantas de tratamiento fue analizada, tomando en cuenta que existen tres plantas de tratamiento de aguas.

Al haber sido realizada la visita ocho meses después de iniciada la actividad de la mina, sería difícil advertir cualquier impacto en el medio ambiente en ese momento, por lo cual es importante que se efectúen monitoreos constantes, utilizando puntos de muestreo adecuados que involucren todos los ríos y quebradas principales, incluyendo aquellos que se ubican fuera del proyecto minero. Sin perjuicio de que los muestreos no evidenciaron contaminación relacionada con la actividad minera, sí se advirtieron los problemas siguientes: **i.** el agua producida en los túneles de excavación no era canalizada de acuerdo con lo previsto en el Estudio de Impacto Ambiental, lo cual representa riesgo para los trabajadores y riesgo de contaminación de aguas subterráneas y superficiales y **ii.** una pileta construida por emergencia para tratar aguas de proceso, no fue impermeabilizada, por lo tanto, representa amenaza de contaminación de aguas subterráneas. Estas deficiencias no fueron corregidas por la entidad minera, no obstante que se solicitó fueran subsanadas en vista previa, como consecuencia de ello, se sugirió imponerle la sanción correspondiente.

El informe es inconsistente en cuanto a los puntos de muestreo de calidad de agua y no incluyó los resultados de los análisis de aguas superficiales realizados por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. Aunado a lo anterior, el informe concluye que el proyecto minero cumple con los compromisos ambientales, sin embargo, en la lista de cotejo no se indicó cumplimiento de los

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

compromisos relativos a la biodiversidad y la calidad del agua, además se evidencian tres compromisos relativos al tópico de relación con comunidades indígenas, que fueron reportados como cumplidos, pero sin adjuntarse la documentación que respalde tales afirmaciones.

Con relación a la interrogante de la posible contaminación de agua derivada de la actividad de la mina, el único documento que contiene información al respecto es el informe de la visita interinstitucional; sin embargo, los puntos de toma de muestras de calidad de agua descritos en el Estudio de Impacto Ambiental, no coinciden con los puntos utilizados durante la visita interinstitucional referida, por lo tanto, no se puede determinar de forma certera si, en caso de existir contaminación del agua, esta se encuentra relacionada con la actividad minera. Los muestreos realizados por el Ministerio de Salud en las comunidades aledañas al proyecto minero, evidencian existencia de contaminación microbiana por *coliformes* y *E coli*, la cual probablemente se originó de descarga de aguas domésticas de esas comunidades o por contaminación por heces animales. El muestreo también evidenció niveles de arsénico mayores a los permitidos para agua de consumo humano en el pozo municipal de San Rafael Las Flores; sin embargo, con la información proporcionada en el informe de visita interinstitucional, es imposible determinar la fuente de esa contaminación, aunque la información contenida en el Estudio de Impacto Ambiental sugiere que puede ser de origen natural, debido a que la población de San Rafael Las Flores y una parte de la mina, se ubican en áreas de aluvión, que corresponden a suelos con alto contenido de arsénico de forma natural. Al margen de lo anterior, el ente especializado resalta que la presencia de altas concentraciones de arsénico debe ser tomado en cuenta seriamente por la entidad minera, debido a que el proceso

de remoción y exposición del suelo y minerales por el proceso de minería, podría repercutir en un aumento significativo de la disolución de arsénico en las aguas superficiales y subterráneas de la región. El segundo muestreo realizado durante la visita, tuvo como objetivo evaluar posible contaminación ambiental, concluyendo que la calidad de estos cuerpos de agua no se ve afectada por la descarga de aguas residuales del proyecto minero, sin embargo, es imposible evaluar la veracidad de esta afirmación, debido a que no se mostraron los resultados de análisis de calidad de agua y los puntos de muestreo no coincidían con los puntos base consignados en el Estudio de Impacto Ambiental. [Obra a folio mil quinientos sesenta y seis (1566) de la Pieza IV de esta Corte.]

c) Informe rendido por el Director de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales respecto de las inspecciones realizadas en el proyecto de explotación con licencia *Escobal*

El funcionario requerido detalló el trámite administrativo del expediente doscientos diecisiete - once (217-11) contentivo de Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de explotación minera con licencia *Escobal* presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. Aseguró que el diecinueve de octubre de dos mil once, fue dictada la resolución tres mil sesenta y uno – dos mil once/DIGARN/ECM/beor (3061-2011/DIGARN/ECM/beor), por medio de la cual fue aprobado el Estudio de Evaluación Ambiental aludido, por lo que fue extendida Licencia de Evaluación Ambiental número mil cuatrocientos setenta y seis – dos ml once/DIGARN categoría “A” (1476-2011 DIGARN categoría “A”), con vigencia del quince de diciembre de dos mil once al catorce de diciembre de dos mil doce.

Asimismo, refirió que en junio de dos mil diecisiete, fue conformada mesa

técnica interinstitucional de trabajo integrada por el Viceministro de Ambiente y Recursos Naturales y miembros de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres (CONRED), el Congreso de la República, el Ministerio de Gobernación, la Procuraduría de Derechos Humanos y la Municipalidad del municipio de Casillas del departamento de Santa Rosa, con el objeto de dar a conocer a los pobladores y representantes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo del citado municipio, el informe técnico-científico elaborado por el Instituto Nacional de Sismología, Vulcanología, Meteorología e Hidrología (INSIVUMEH), en el cual se afirma que los sismos de baja magnitud ocurridos en el área en la que se encuentra asentada la población, son producidos por causas naturales de origen geológico, por lo que los movimientos de placas tectónicas no derivan de las actividades mineras que se desarrollan en la región.

El doce de octubre de dos mil diecisiete, se celebró reunión en la sede de la Arquidiócesis de Santa Rosa, en la que participaron autoridades municipales, representantes del Ministerio de Gobernación, de la Procuraduría de los Derechos Humanos, del Ministerio de Energía y Minas, de la Presidencia y del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, ocasión en la que se discutió la conflictividad provocada, según lo manifestado por los pobladores, por el proyecto minero que desarrolla Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el municipio de Casillas

Adjuntó a su informe fotocopia de las inspecciones técnicas que han sido realizadas en el proyecto de explotación minera con licencia *Escobal*, las cuales se enuncian a continuación:

a) Monitoreo ambiental de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Plan de Gestión Ambiental del Estudio de Impacto Ambiental del

proyecto minero con licencia Escobal, realizado del veintiocho al treinta de abril de dos mil catorce, por comisión interinstitucional integrada con personal de los Ministerios de Energía y Minas y Ambiente y Recursos Naturales [adjuntó informe de la inspección referida].

b) Monitoreo practicado del veintiocho al treinta de abril de dos mil catorce, al proyecto de explotación con licencia *Escobal*. [En atención al requerimiento realizado a la entidad minera en el informe técnico realizado luego de dicha inspección, el veintitrés de agosto de dos mil dieciséis, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, presentó Diagnóstico Ambiental de Bajo Impacto del proyecto de Actualización del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto minero *Escobal].*

c) Monitoreo ambiental de verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas en la resolución de aprobación identificada con el número dos mil seiscientos trece – dos mil siete / ECM / LP (2613-2007/ECM/LP), dictada por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, practicado del veintisiete al treinta de abril de dos mil quince, por comisión interinstitucional integrada con personal de los Ministerios de Energía y Minas y la citada Cartera Ministerial.

d) Informe circunstanciado de catorce de noviembre de dos mil dieciséis, en el que constan los resultados de visita al proyecto minero con licencia *Escobal* realizada el once del mes y año citados.

Al informe remitido, el funcionario requerido adjuntó legajo de fotocopias sin foliar.

d) Expediente del Viceministro de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas

El Viceministro de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, remitió expediente *sin número,* conformado por cuatrocientos sesenta (460)

folios, en el que constan treinta y seis (36) apartados, a los cuales esa oficina identificó como "A*nexos*".

e) Expediente del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales formado con ocasión del Evaluación Ambiental Inicial y Plan de Gestión Ambiental aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales sobre el proyecto exploración autorizado mediante licencia *Juan Bosco*.

El Ministro de Ambiente y Recursos Naturales compareció a aportar copia simple del expediente EAI-4,413-2104 formado ante esa Cartera con ocasión del instrumento de *Evaluación Ambiental Inicial y Plan de Gestión Ambiental* presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, con ocasión de la solicitud de licencia de exploración *Juan Bosco.*

VI. DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS PRESENTADOS DENTRO DEL PRESENTE PROCESO DE AMPARO

Durante la tramitación del presente expediente, tanto en primer grado como ante este Tribunal, varias personas –individuales y jurídicas– comparecieron a aportar sendos escritos en los que expusieron puntos de vista respecto de diversos temas. Sobre cada una de tales comparecencias, fue emitida resolución en la que se tuvieron por presentados los análisis jurídicos aportados al Tribunal.

A continuación, se traslada resumen de las argumentaciones esgrimidas por cada uno de los comparecientes.

A) Análisis jurídico presentado por la Cámara de Industria de Guatemala ante la Corte Suprema de Justicia [folio ciento setenta y siete (177) de la Pieza I de amparo formada ante el Tribunal de Amparo de primer grado]

a) Los alcances del derecho de consulta a los pueblos indígenas: no es un

derecho de veto

La consulta es un proceso de buena fe y no debe ser considerado como derecho de veto de las comunidades; debido a que es potestad del Estado de Guatemala asumir las decisiones administrativas en cada caso.

La aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en especial con relación a la consulta de los pueblos indígenas o de grupos con interés, no puede vulnerar lo dispuesto en la Constitución Política de la República de Guatemala, tampoco puede servir como fundamento para reclamos que vulneren derechos fundamentales de terceros o que legitimen la creación de normas que concedan privilegios (derecho de veto) de ningún tipo, porque la consulta regulada en ese instrumento internacional fue creado para generar diálogo intercultural, buscando acuerdos entre las comunidades, el Estado y los solicitantes de las medidas, cuya meta es crear un acercamiento entre los interesados, sistema que se basa en el principio de buena fe, el cual conlleva que ambas partes traten de llegar a un acuerdo sin agendas ocultas o intenciones más allá de respetar la transparencia de lo públicamente convenido.

Pese a que el Estado reconoce la validez del Convenio mencionado, aún no ha generado un procedimiento para la realización de las consultas por medio de una ley o reglamento, lo cual provoca incertidumbre en la aplicación de aquel derecho. Esto conlleva un vacío jurídico. De ahí que sea inviable limitar el ejercicio de un derecho adquirido, exigiendo el cumplimiento de un procedimiento que no existe, generando un ambiente de inestabilidad en el que no se respetan los derechos adquiridos, debido a que las licencias y permisos obtenidos para realizar actividades productivas se mantienen en constante peligro de ser revocadas.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Es decir, se penaliza el supuesto incumplimiento de una obligación que, aunque el Estado cumpla, puede ser considerado como no cumplido al no existir claridad respecto de lo que se debe entender como cumplimiento de dicha obligación.

En el caso concreto, es imposible que la entidad que recibió las licencias realizara el procedimiento de la consulta dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, porque la obligación no recaía sobre ella, sino sobre el Estado, que es quien debe cumplir con los dos requisitos esenciales de la aplicación del derecho de consulta.

Sería no solo injusto, sino que lesionaría la certeza jurídica y los derechos adquiridos de la entidad que recibió las licencias, si estas se cancelaran, provocándole daños y perjuicio irreparables.

b) Aplicación del criterio sustentado en la sentencia dictada en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 (caso Oxec y Oxec II)

La Corte de Constitucionalidad, al resolver el presente asunto debe observar lo resuelto en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 (caso Oxec y Oxec II). Debe tomarse en cuenta que las resoluciones de este Tribunal son vinculantes.

En esos expedientes, la Corte de Constitucionalidad emitió una sentencia que doctrinariamente se conoce como un "*fallo estructural*", estableciendo lineamientos obligatorios que deben tomarse en cuenta para celebrar las consultas contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en tanto el Congreso de la República de Guatemala no cumpla con su obligación de emitir una ley específica, a efecto de solucionar el vacío existente en el país.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Entre los lineamientos impuestos en la decisión de la Corte de Constitucionalidad, para celebrar las consultas, se incluye la intervención de la autoridad estatal responsable, quien debe conducir el procedimiento de buena fe, de forma transparente y pública; además, se reconoció el derecho de la industria (Oxec y Oxec II), para continuar con sus operaciones.

En el fallo relacionado se estableció que no basta con cumplir las normas generales para otorgar una licencia para cualquier sector productivo, porque es responsabilidad del Estado la celebración de la consulta, respetando el espíritu del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, generando un modelo de respeto y participación y no un sistema de dependencia o superioridad de una parte con la otra, lo que persigue es un modelo de integración y colaboración.

También se dispuso que se debía realizar el procedimiento de consulta dentro del plazo de un año, contado a partir de la emisión de la sentencia. De forma general, se estableció un período de pre consulta como fase de estudio, lo cual permite generar un procedimiento de consulta específico para cada medida, dicha consulta es flexible, porque puede adaptarse para ser lo más transparente y de buena fe para cada ocasión, lo que incluye el establecimiento de fechas para el diálogo y la comunicación.

"Por último, se establece un plazo de doce meses, para que se inicien los procedimientos de consulta para todos los casos existentes".

La sentencia emitida en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 (caso Oxec y Oxec II) no resolvió la paralización o suspensión de las entidades que obtuvieron la licencia, porque se reconoció que, al no existir un procedimiento establecido, la omisión de agotar el proceso de consulta no es

responsabilidad de los administrados.

c) Obligación de observar el principio de seguridad y certeza jurídica

Es propósito fundamental de la Constitución Política de la República de Guatemala tutelar garantías constitucionales; lo cual incluye el respeto de las normas y disposiciones legales. Esto permite alcanzar seguridad jurídica, hito imprescindible de cualquier Estado de Derecho, porque permite que todas las personas posean certeza y confianza plena en que sus derechos no serán vulnerados de forma antojadiza o caprichosa.

El Artículo 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala establece como deber del Estado garantizar a los habitantes certeza y seguridad jurídica; esto compromete a las autoridades a respetar lo acordado y no imponer nuevos requisitos, que puedan afectar la libre ejecución de derechos adquiridos. En el caso objeto de análisis, la seguridad jurídica se vulneraría si se declarara que debió observarse un procedimiento inexistente.

La transgresión a la seguridad jurídica impide el desarrollo de la justicia y la equidad. La certeza es esencial para los demás valores, porque la incertidumbre es incompatible con la tranquilidad que apareja la claridad de conocer fehacientemente qué regulaciones son aplicables y de qué manera.

B) Análisis jurídico presentado por la Cámara de Comercio Guatemalteco-Americana (AMCHAM) ante la Corte de Constitucionalidad [folio doscientos cuarenta y seis (246) de la Pieza I formada ante esta Corte]

a) Inviabilidad de la pretensión de suspensión definitiva de las licencias de extendidas en favor de Minera San Rafael, Sociedad Anónima. Principio de proporcionalidad

La pretensión de la accionante en cuanto a que se suspendan definitivamente

las resoluciones que otorgaron las licencias en cuestión, es atentatoria del principio de proporcionalidad.

La pretensión de la accionante en cuanto a que se realice el proceso de consulta no exige la satisfacción de la primera parte de esa pretensión —suspender las resoluciones aprobatorias de las licencias—. De tal manera que la realización de la consulta previa sin que para el efecto se suspendan las licencias mineras es absolutamente factible (como esta misma Corte ha dispuesto en otros casos), y además satisface las exigencias del principio de proporcionalidad.

La noción de proporcionalidad es un principio general del derecho constitucional, el cual exige que las intrusiones gubernamentales a las libertades de los individuos sean justificadas y requiere, asimismo, que en la medida que esas intrusiones gubernamentales sean más severas, las justificaciones sean también más robustas. El objeto de la proporcionalidad es que las limitaciones a los derechos fundamentales únicamente puedan sustentarse viablemente en la protección y resguardo jurídico de otros derechos o valores fundamentales, que también estén constitucionalmente amparados.

El principio de proporcionalidad ha sido considerado como un "*criterio universal de constitucionalidad*", así como "*una parte inevitable de cada texto constitucional*". La influencia y alcances de la aplicación de la proporcionalidad ha alcanzado tal extensión que ha sido denominada la norma última y por antonomasia de cualquier Estado de Derecho.

La Corte de Constitucionalidad ha utilizado en diversas ocasiones el principio de proporcionalidad como herramienta para resolver casos que aparejaban contraposición entre principios o derechos fundamentales, por ejemplo, al calificar la proporcionalidad de sanciones impuestas a notarios, examinar la legitimidad de

regresiones a prestaciones sociales ofrecidas por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS-, la validez de requisitos que se imponen a las empresas que prestan servicios de seguridad privada.

La proporcionalidad es la medida efectiva para analizar el caso sub judice: **i)** por su pertinencia y adopción generalizada en el derecho constitucional contemporáneo y el derecho internacional de los derechos humanos como método para dirimir colisiones entre derechos constitucionales y **ii)** porque es una herramienta útil para examinar el adecuado uso de cualquier medida regulatoria adoptada en el ejercicio del poder público, supuestos que se concretan en el presente amparo, de ahí que la utilidad de la aplicación del principio de proporcionalidad al caso concreto, se debe a que por medio de este se podría determinar constitucionalmente si en efecto las afectaciones que derivarían de la suspensión definitiva de las licencias mineras estrían justificadas por la protección al derecho de consulta que se está haciendo valer.

El principio de proporcionalidad está conformado por tres sub principios. La evaluación de estos subprincipios determina si se ha observado el principio de proporcionalidad en el caso concreto y, por ende, si las medidas empleadas o propuestas son constitucionalmente legítimas. Estos son: **i)** adecuación; **ii)** necesidad y **iii)** proporcionalidad en sentido estricto.

El sub principio de adecuación, demanda que el sacrificio sobre el ejercicio de un derecho constitucional sea adecuado o idóneo para preservar otro valor constitucional; es decir, la verificación de si un medio empleado en la limitación de un derecho constitucional en realidad fomenta y promueve la protección del derecho que se pretende proteger. Los medios empleados deben ser razonables y aumentar las posibilidades de la consecución del derecho que se pretende

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

proteger.

El de necesidad, exige que no exista otro medio menos restrictivo para preservar el valor fundamental en cuestión. Para implementar el sub principio de necesidad a un escenario concreto, se deben examinar todas las vías que persiguen la obtención del fin deseado y debe elegirse la que menos limite el derecho constitucional en cuestión.

Y el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, busca la optimización de las posibilidades jurídicas del caso, es decir, el máximo ejercicio de todos los derechos en juego. Este sub principio, al contrario de los anteriores, no examina las circunstancias fácticas del caso, si no que se limita a evaluar los elementos jurídicos.

La proporcionalidad en sentido estricto busca establecer una congruente y proporcional relación entre la limitación a un derecho y el beneficio que representa el derecho que está en contra. Es importante determinar que la importancia de los derechos no siempre guarda identidad. Según el principio de proporcionalidad, la importancia de un derecho es relativa en cuanto a otros derechos que están en juego, por lo que lo expuesto reafirma la premisa que establece que los derechos no son absolutos, sino que deben garantizarse en función de no infringir o vulnerar otros derechos en cuestión.

La premisa fundamental de la proporcionalidad en sentido estricto es: "*Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*". En términos prácticos, la evaluación de dicha premisa se traduce en lo siguiente: la determinación de si se cumple o no con el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu* se califica con base en la ponderación que consta de tres pasos: **a)** el

primero que consiste en definir el grado de afectación o no satisfacción de un principio; **b)** el segundo paso que radica en establecer la importancia del principio que está contrapuesto y **c)** el tercero que supone definir si la importancia de la satisfacción de un principio justifica la restricción del principio que se encuentra opuesto.

b) Aplicación del principio de proporcionalidad al presente caso

En el presente asunto, la aplicación del principio de proporcionalidad tiene por objeto establecer si la suspensión definitiva de las licencias mineras es proporcional, si la afectación que deriva de las suspensiones de licencias se encuentra constitucionalmente legitimada para preservar el derecho a la consulta. En concreto, los derechos que se contraponen son, por un lado, la libertad de industria, comercio y trabajo, así como la propiedad privada (amparados en los Artículos 39 y 43 constitucionales, sin perjuicio de otras normas internacionales) y el derecho a la consulta previa, que deriva de la autodeterminación de los pueblos, la protección a los pueblos indígenas y sus propiedades (Artículos 66 y 67 constitucionales, sin perjuicio de otras normas de carácter internacional).

El fin primordial de la consulta previa es involucrar a las comunidades potencialmente afectadas en los proyectos y medidas que materializan una afectación, de tal manera que se preserve el derecho de las comunidades de determinar por sí mismas (autodeterminación) su desarrollo social, cultural y económico. La consulta no puede tener, como consecuencia directa, la suspensión de las licencias, porque su naturaleza es consultiva y no vinculante. Su fin primordial es el involucramiento, participación e información de las comunidades que pudieran verse afectadas por una medida administrativa o de otra índole.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Los objetivos esenciales no se logran con la suspensión de la licencia, porque no es una medida que en sí misma promueva la realización de una consulta previa, en términos fácticos es evidente que la suspensión de licencias mineras es independiente de la realización de la consulta, es decir, estos hechos no están vinculados causalmente. Expuesto de otra manera, la realidad es que, aun y cuando las operaciones de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, estén suspendidas, esto no garantiza, promueve o fomenta la realización de la consulta, porque esta puede llevarse a cabo indistintamente de que estén realizándose las operaciones extractivas o no, como ya lo ha recalcado esta Corte en casos anteriores, porque dichas operaciones no impiden o afectan su realización.

En el caso concreto, el cumplimiento del sub principio de necesidad se verifica ponderando si la suspensión de las licencias mineras es la alternativa menos gravosa para proteger el derecho a la consulta previa que se pretende hacer valer, es decir, que es viable determinar si se ha cumplido el principio de necesidad respondiendo la siguiente pregunta: ¿es posible realizar una eventual consulta previa sin privar a los empleados de la entidad minera de sus fuentes de trabajo e ingreso, sin impedir el libre desarrollo de la industria y el comercio de la entidad, sin obstaculizar el aprovechamiento de la propiedad privada y poner en riesgo las significativas inversiones realizadas en el país?

La respuesta a cada uno de los cuestionamientos anteriores es un categórico sí, es posible restaurar un pretendido derecho a la consulta previa sin suspender las actividades de una industria y afectar los derechos de cientos y miles de personas que dependen de dichas actividades.

Llevar a cabo la consulta previa no riñe ni obstaculiza las operaciones de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Minera San Rafael, Sociedad Anónima y, viceversa, las operaciones de la minera pueden continuar sin ser óbice a la ejecución de la consulta, es decir, existe un medio menos gravoso que suspender las licencias mineras para preservar el derecho a la consulta previa y consiste en ordenar la realización de la consulta mientras se continúan las actividades extractivas.

Debido a que existen otras vías que permiten alcanzar el fin constitucional deseado (la realización de la consulta), que son menos gravosas, debe optarse por ellas, de ahí que suspender las licencias mineras, como lo pretende el amparista constituiría evidente violación del sub principio de necesidad.

Para determinar si el sub principio de proporcionalidad se cumple en el caso bajo estudio, es imperativo constatar si el grado de no satisfacción que derivaría de la suspensión de las licencias mineras se ve justificado por la importancia de realizar la consulta.

La suspensión implicaría la pérdida de miles de fuentes de trabajos directos e indirectos, la obstaculización del desarrollo de una actividad económica lícita, la afectación a la propiedad privada derivada de la pérdida del valor de las inversiones realizadas por Minera San Rafael, Sociedad Anónima y sus accionistas, el desincentivo a la inversión nacional y extranjera como método de desarrollo. Es decir, el grado de afectación resultante de una suspensión definitiva a las licencias de la entidad minera es del nivel más grave.

Ambos derechos en colisión están constitucional e internacionalmente protegidos por normas de orden público. Es decir, en virtud de que ambos derechos son fundamentales, una intrusión a los derechos de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y de sus personas vinculadas no se justifica en aras de alcanzar otro derecho de la misma jerarquía, el cual en este caso es el derecho a

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

la consulta previa. Consecuentemente, se debe concluir que la realización de la consulta no es un motivo imperativo que justifique la suspensión de las licencias mineras de la Minera y, por tanto, tal medida inobservaría el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Con base en el principio de seguridad jurídica la confianza hacía el ordenamiento jurídico requiere, como presupuesto indispensable, predictibilidad en la aplicación e interpretación de las normas que rigen a una sociedad, por lo que si en el pasado se han emitido criterios contestes respecto de la aplicación de una norma y ante la ausencia de motivos de que justifiquen un giro jurisprudencial, deben prevalecer los criterios anteriormente establecidos, esa preferencia a los criterios jurisprudenciales ya establecidos es conteste con la doctrina de la *jurisprudence constante*, al contrario de la doctrina *stare decisis*, en la cual el precedente judicial es obligatorio y un solo precedente tiene suficiente fuerza vinculante por sí mismo.

La escuela de la *jurisprudence constante* es consistente con la naturaleza de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad que en general no es obligatoria (salvo para tribunales de inferior jerarquía, cuando constituya doctrina legal), y el hecho de que ese órgano no está previamente vinculado o limitado por sus anteriores resoluciones.

A pesar de los precedentes reiterados por la Corte de Constitucionalidad no la obligan, el uso prudente de estos sugiere otorgar significativa deferencia al precedente ya asentado frente a nuevas posibles interpretaciones de una norma.

Con el paso de los años la Corte de Constitucionalidad ha resuelto casos en los que, como en el presente, se alega la omisión de la obligación estatal de realizar una consulta de conformidad con el Convenio 169 de la Organización

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Internacional del Trabajo.

De manera consistente y reiterada la Corte de Constitucionalidad ha emitido fallos en los que ha reiterado que se deben dictar medidas tendientes a la realización de la consulta sin obstar la continuidad de las operaciones extractivas o hidroeléctricas.

Existe una línea firme jurisprudencial integrada por los expedientes: 3787-2007, 4419-2011, 5327-2012, 4957-2012, 1149-2012, 156-2013, 90-2017, 91-2017 y 92-2017, que contienen un criterio establecido en la doctrina de la Corte de Constitucionalidad, por medio del cual se determina que la omisión estatal de realizar la consulta no provee bases suficientes para cancelar el desarrollo de la operación de la empresa respectiva.

Como consecuencia del hecho de que en la macrosentencia dictada en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, así como en los fallos citados anteriormente, se concluyó que no procede suspender definitivamente la autorización gubernamental que permite la operación de una empresa en casos en los que se alegue omisión de realizar consultas previas, por lo que dichos criterios deben replicarse, observarse y acogerse en ocasiones futuras, precisamente para llenar la omisión legislativa y proveer certeza jurídica a los ciudadanos.

La Corte de Constitucionalidad no debe acoger la solicitud de suspensión de las licencias mineras concedidas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima.

C) Análisis jurídico presentado por el Alcalde Municipal de Santa Cruz Naranjo del departamento de Santa Rosa ante la Corte de Constitucionalidad [folio setecientos noventa y nueve (799) de la Pieza II formada ante esta Corte]

a) Del convenio de aporte voluntario celebrado entre la municipalidad de Santa Cruz Naranjo y la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima

Luego de diálogos y reuniones celebradas entre Minera San Rafael, Sociedad Anónima, autoridades estatales y vecinos del municipio de Santa Cruz Naranjo del departamento de Santa Rosa, convinieron que aquella efectuaría aporte voluntario, consistente en uno por ciento (1%) de las ganancias que se obtengan de la actividad minera. Ese acuerdo permite a la población participar de los beneficios del proyecto minero que desarrolla la institución referida.

El aporte económico voluntario otorgado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, a la Municipalidad de Santa Cruz Naranjo del departamento de Santa Rosa, correspondiente al segundo semestre de dos mil dieciséis, fue de tres millones trescientos sesenta y cuatro mil ochocientos cuarenta y ocho quetzales con ochenta y cinco centavos (Q3,364,848.85). Dicha cantidad ha sido utilizada por la referida Municipalidad para llevar a cabo proyectos de construcción y solventar gastos administrativos.

b) Informe a la Corte de Constitucionalidad sobre las consecuencias que produce al municipio la suspensión de operaciones de la entidad minera

Es su deber informar a la Corte de Constitucionalidad sobre las graves consecuencias que se causan al municipio cada día que pasa sin que se permita a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, continuar con sus operaciones, al no resolverse en definitiva la acción de amparo promovida por el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS), entidad que no pertenece al departamento de Santa Rosa, ni es afectado en forma alguna por el desarrollo del proyecto minero con licencia *Escobal*.

Existe pago pendiente, el cual corresponde al primer semestre de dos mil

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

diecisiete, que asciende al monto de cinco millones trescientos doce mil cuatrocientos veintinueve quetzales (Q5,312,429.00) que podrían haberse utilizado a favor de los vecinos del municipio de Santa Cruz Naranjo.

Desde el año dos mil trece, la Municipalidad de Santa Cruz Naranjo del departamento de Santa Rosa, ha recibido regalías voluntarias por parte de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, las cuales han pasado a formar parte de su presupuesto, permitiendo realizar obras a favor del municipio, pero existen otras que aún se encuentran pendientes, las que dependen exclusivamente de los aportes que realiza la citada entidad minera.

c) Urgencia de la emisión del fallo de segundo grado

Resulta necesario e indispensable que se emita la sentencia correspondiente, porque cada día que transcurre sin que se reinicien las operaciones de la entidad minera, la aludida Municipalidad se ve perjudicada, al no poder concluir proyectos pendientes de ejecución e iniciar otros que permitan el desarrollo para mejorar la calidad de vida de los vecinos del municipio.

D) Análisis jurídico presentado por Juan Carlos Peláez Villalobos, en su condición de investigador independiente en materia jurídico-registral de inmuebles con énfasis en aspectos histórico-documentales y su relación etnohistórica ante la Corte de Constitucionalidad [folio ochocientos treinta y dos (832) de la pieza II formada ante esta Corte)

a) Consideraciones teóricas y jurídicas respecto de la existencia y territorialidad de los Pueblos Xinkas

Durante los últimos decenios, la historiografía oficial guatemalteca ha realizado afirmación alejada de la realidad socio-antropológica y de todo rigor científico: el Pueblo Xinka en Guatemala se encuentra en vías de extinción, sobre

todo derivado de estudios del año mil novecientos setenta, en los cuales el punto de referencia para el reconocimiento de un pueblo originario, se centraba en la cantidad de hablantes de un idioma o lengua materna.

En la actualidad definir la existencia o no de un pueblo originario ya no depende única y exclusivamente del uso del idioma, porque se toman en cuenta otros factores o elementos culturales como la autoidentificación o identidad cultural, la pertinencia cultural, la cosmovisión, la cosmogonía y la cosmopolítica de los grupos humanos para poder definirlos como un pueblo o comunidades indígenas, respetando la autodescripción voluntaria de los individuos a un colectivo etnocultural propio, así como la existencia de un conglomerado sociocultural específico en el cual se interrelacionan integralmente con las mismas o parecidas características y valores asumidos del pueblo que se trate.

Si bien es cierto, la región suroccidental del territorio nacional (donde se ubican los departamentos de Santa Rosa y Jalapa) ha sido sujeta de un proceso de ladinización que afectó principalmente a los pueblos originarios allí asentados, ello no significa que los habitantes se *"hayan blanqueado culturalmente"*, en vista que la historia ha demostrado que, ante la invasión de la identidad cultural de los pueblos indígenas y su asimilación o integración forzosa a la cultura dominante, dichos pueblos han reaccionado, reforzando su identidad etno cultural como un mecanismo de defensa de la cultura ancestral ante la intromisión de un agente o cultura exógena.

En la actualidad, el Pueblo Xinka se encuentra experimentando proceso de reforzamiento identitario, cuyo eje vector de coalición viene a ser la defensa de su territorio ancestral.

Las luchas de los pueblos originarios de Guatemala es una realidad, el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Pueblo Xinka es un caso paradigmático en el ejercicio de la administración propia de sus tierras comunales y de su territorio.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) en mil novecientos ochenta y siete, realizó estudio sobre la discriminación, en ese documento define lo que se debe entender como **"***persona Indígena***"** y propone lo siguiente: "*Desde el punto individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por auto identificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación de grupo)*". Es decir, que para ser considerado como miembro de una comunidad o pueblo indígena, en primer lugar tiene que existir un pueblo que se identifique como indígena, que la persona se identifique como miembro de esa comunidad o pueblo y que sea aceptado como un miembro. Esas circunstancias acaecen con el Pueblo Xinka, en el cual existen personas que se identifican como Xinkas, existen comunidades y pueblos que se identifican como Xinkas y en el concierto de Pueblos Originarios de Guatemala, se reconoce la existencia del Pueblo Xinka; además, el Estado de Guatemala lo reconoce como existente.

La pertinencia cultural con la cual se identifica la persona indígena viene a ser dictada por la vida intra-comunitaria, lo comunal prevalece sobre lo individual sin desaparecer al individuo en su propia personalidad; sin embargo, para ser considerado persona indígena tiene que asumir e interiorizar una serie de patrones culturales que lo identifican con una comunidad indígena como tal, miembro de un pueblo indígena de ascendencia Maya o Xinka y ser aceptado comunalmente como tal en dichas comunidades.

Los patrones culturales son todas aquellas maneras de comprender la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

creación, la naturaleza, la comunidad, la persona, es lo que se denomina cosmogonía. También, son todas aquellas maneras de relacionarse con la creación, la naturaleza, la comunidad, la persona, es lo que se llama cosmovisión. Y últimamente ha surgido el concepto de cosmopolítica como aquella red de relaciones humanas integradas a las naturales en vistas a lograr alcanzar el buen vivir o bien común, lo que para el mundo occidental se conceptualiza como desarrollo. Las comunidades indígenas en forma ancestral han ido elaborando y socializando su propia cosmogonía, cosmovisión y cosmopolítica; esta forma muy particular de desenvolverse y relacionarse consigo y con el otro es lo que origina el derecho y sentimiento de pertenencia identitaria, elementos para la pertenencia a un pueblo o nación originaria.

En la actualidad, las comunidades indígenas presentes en territorio guatemalteco, son descendientes genéricas y culturales de los pueblos originarios Maya y Xinka, Sin embargo, cabe resaltar, que de conformidad con la etnohistoria, la historia y la antropología las referidas civilizaciones, desde sus orígenes se han conformado por la diversidad de pueblos, por lo que, aunque sus descendientes tienen un mismo origen filocultural, ellas no. En el estudio de la Organización de las Naciones Unidas referido, se presenta la definición de lo que debe entenderse como comunidad indígena, pueblo indígena o nación indígena: "*Son comunidades, pueblos y naciones indígenas las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en sus territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus*

territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales".

La autodeterminación es una de las características fundamentales en el ser de un *"Pueblo o Comunidad Indígena"*, quienes mantienen y eligen patrones culturales representativos existentes previamente en los grupos de cuya ascendencia devienen y son actualizados dentro de las dinámicas sociales y culturales del mundo contemporáneo, los cuales se expresan como una acción de resistencia activa y pasiva ante los atropellos históricos que los grupos hegemónicos imponen desde la política, economía y el derecho; la autoidentificación de las comunidades indígenas miembros de un pueblo Maya o Xinka debe ser considerada como una dinámica de actualización de dichos patrones culturales, pues son ellas las encargadas de su propio desarrollo.

Para ser jurídicamente considerado como comunidad, pueblo o nación indígena es necesario poseer vigentes los patrones culturales que los identifican como descendientes de los pueblos originarios, esto no implica permanecer anclado en el pasado, sino que actualizando las costumbres propias de cada grupo humano procediendo a aferrarse a los patrones culturales esenciales que los identifican con grupos existentes y resistentes al proceso de colonización al que son constantemente sometidos.

En la definición propuesta por la Organización de Naciones Unidas, se menciona la "continuidad histórica", respecto de la cual se considera que *"Esta continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente de uno o más de los siguientes factores: ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; ascendencia*

común con los ocupantes originales de esas tierras; cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.); idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal) y otros factores pertinentes (…)"

Todos los factores referidos, se generan en cada uno de los pueblos de ascendencia Maya o Xinka ubicados y localizados en Guatemala, unos se acentúan más que otro derivado del proceso de castellanización o ladinización a que han sido sometidos. Esta última circunstancia exige que los representantes de las entidades estatales de gobierno, deban estar sensibilizados e imbuidos en la realidad multinacional del Estado guatemalteco; teniendo conocimiento mínimo socio-antropológico que les brinde instrumentos básicos para abordar las pretensiones de las comunidades indígenas miembros de un Pueblo Maya o Xinka. Ningún funcionario, persona particular, entidad pública o entidades privadas pueden negarle a otra persona, menos a un pueblo, que se autoidentifique como indígena sin cometer un acto discriminatorio y racista.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la autoidentificación colectiva de cada comunidad indígena, ha estimado que: *"*(…) *es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía, por lo cual corresponde a la comunidad correspondiente identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado u otros organismos externos lo hagan o lo controviertan: <la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma como esta se auto-identifique>".* [(Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok contra

Paraguay. Sentencia del veinticuatro de agosto de dos mil diez (…) treinta y siete.) Citada por la Corte de Constitucionalidad en la sentencia emitida dentro del expediente 1262-00, sentencia de doce de julio de dos mil uno].

La región sur oriental del territorio guatemalteco (Santa Rosa y Jalapa) ha sido sometida a un proceso de castellanización-ladinización sumamente agresivo. El Estado de Guatemala ha planificado la asunción de la cultura de los pueblos originarios a la cultura dominante, por ello a lo largo de la historia el Pueblo Xinka ha fortalecido su constitución identitaria etnocultural.

En la actualidad, las prácticas de la espiritualidad ancestral se viven y promueven entre la población, como las narraciones mitopoyéticas sobre la génesis de dichos Pueblos se han rescatado y se promueven en los centros de promoción cultural entre las generaciones jóvenes y de la niñez. La vestimenta está siendo rescatada de conformidad con la memoria viva de personas ancianas, fuentes de sabiduría y resabios culturales. Existen ingentes intentos de preservar, estudiar y sistematizar los distintos idiomas Xinkas. Además, perviven patrones culturales Xinkas en la administración de sus territorios, que han sido resguardados y administrados por las autoridades comunitarias bajo patrones culturales y jurídicos propios que responden a la cosmovisión y cosmopolítica ancestral.

El haber sido objeto de un proceso de ladinización asimilacionista, no significa que se haya realizado perfectamente "*el blanqueamiento etno cultural",* más bien, como se ha afirmado en diversas ocasiones, los miembros de los Pueblos Originarios respondieron en sentido contrario "*afirmando sus patrones identitarios etnoculturales*".

Diversas fuentes históricas confirman el ascenso de la curva demográfica

de los Pueblos Originarios de Guatemala, entre los cuales figura el Pueblo Xinka. En la actualidad se conoce que no hubo pestes ni movimientos sociales en el territorio de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, que ameritaran la aniquilación etnocultural del Pueblo Xinka. Por lo tanto, carece de veracidad la tendencia estatal de acentuar la disminución de sus miembros y su casi desaparición estadística obtenida mediante los *"censos de la población"*, contrario a ello, en los albores del mencionado Siglo surgió una lucha reivindicativa de su identidad como miembros del Pueblo Indígena Xinka, especialmente con actos como la solicitud de aprobación de los reglamentos de administración de las tierras comunales que les pertenecen y de los reglamentos del uso de sus bosques comunales. Existe contradicción epistemológica, porque real y objetivamente el Pueblo Xinka y su territorio existen, contrario a los datos oficiales que niegan esa existencia. El Estado de Guatemala a partir del año mil novecientos veinte, ha sometido a los miembros de este pueblo originario a un constante y agresivo proceso de aculturación, lo que ha sido resistido por sus integrantes fortaleciendo el carácter interno y externo de su identidad etnocultural propia, al grado de ser uno de los pueblos originarios que ha luchado en forma más aguerrida por el reconocimiento de su pervivencia ancestral. En la actualidad, el citado pueblo mantiene la administración ancestral de sus territorios y recursos naturales, en consecuencia, es uno de los pueblos que presenta resistencia más organizada y sistemática ante la amenaza del despojo neocolonial que se pretende instalar dentro de sus territorios para saquear sus recursos naturales.

Debe tenerse en cuenta que el término territorio indígena constituye: ***"****(...) la referencia espacial de la identidad colectiva, es decir el espacio de pertenencia*

a un grupo y a una cultura. Es el espacio histórico que simboliza las relaciones afectivas con el pasado ancestral, y también el espacio vivido en donde se han plasmado las huellas que dejan las relaciones afectivas y de contradicción entre los miembros de la comunidad. Es, además, el espacio simbólico que ha permitido la reproducción cultural del pueblo, es decir, es el espacio de vida y de la madre naturaleza. El territorio indígena es un espacio de apropiación. No es solamente un referente simbólico, sino una fuente de recursos para beneficio individual o colectivo, sujeto a diferentes formas de ocupación, es decir una garantía para la sobrevivencia que difícilmente puede obtenerse fuera del contexto comunitario. El territorio indígena constituye un espacio político, cultural y económico sobre el cual se establecen relaciones de poder y de diferenciación social, pero también relaciones de cooperación, solidaridad y reciprocidad (…)*"* (Diagnóstico de la Conservación y Manejo de Recursos Naturales en Tierras Comunales. Documento del Consejo Nacional de Áreas Protegidas, 2009, Págs. 16 a la 18).

"El territorio de un Pueblo Indígena conlleva dentro de su propia naturaleza una serie de notas propias que responden a la cosmovisión del grupo social y antropológicamente diferenciado, sin buscar con ello el surgimiento de un grupo con soberanía autónoma o autárquica que pretenda la secesión del resto del territorio estatal. Simplemente es el reconocimiento de la 'otredad' particular de la Comunidades Indígenas de Ascendencia Maya -en este caso Xinka- asentados en el territorio nacional de la República de Guatemala" (Juan Carlos Peláez Villalobos. Nuestra Madre Tierra. Guatemala, 2011. Pág. 21).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe abundante jurisprudencia al respecto, la cual ha de aplicarse, por ser integrante del

ordenamiento jurídico guatemalteco como parte del bloque de constitucionalidad y como consecuencia, aplicar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, en todas las actividades del Estado, sea en diligencias judiciales o administrativas.

El pueblo Xinka alega en su favor la territorialidad que como pueblo originario le corresponde en los departamentos de Santa Rosa, Jalapa y Jutiapa, lo que hace al amparo de la normativa contenida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

b) Conclusiones relevantes para el caso concreto

i) El Pueblo Xinka mantiene una relación viva y actual con sus territorialidades, tierras comunales y recursos naturales, tal relación no implica únicamente su aprovechamiento, sino también su administración y defensa. Existe todo un bagaje de relación espiritual con dicha territorialidad, existen lugares sagrados, manifestaciones arqueológicas de su permanencia continúa como pueblo originario en dicho territorio, así como rutas de viajes cosmogónicos donde se concretizan los mitos e historias de sus ancestros, existe variada toponimia histórica que marca una serie de límites del territorio Xinka.

ii) El Pueblo Xinka es un pueblo indígena prehispánico, el cual en la actualidad se encuentra experimentando una gran vitalidad fundamentada en dos ejes transversales: su lucha identitaria etnocultural y la defensa de su territorialidad ancestral.

iii) Existe prueba documental que permite delimitar la territorialidad ancestral del Pueblo Xinka de Guatemala, caracterizada por la íntima relación que su población mantiene con sus sitios identificados con toponimias propias y

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

la memoria viva de los ancestros históricos.

iv) El Pueblo Xinka posee como un valor etnocultural propio, la defensa del territorio en cuanto al respeto y buen uso de los recursos naturales.

v) El Estado de Guatemala tiene una deuda histórica con el Pueblo Xinka, debido a que, desde el establecimiento de la república moderna, ha buscado invisibilizar y desaparecer estadísticamente a ese pueblo originario con la finalidad de despojarlo de sus derechos históricos y ancestrales.

E) Análisis jurídico presentado ante la Corte de Constitucionalidad por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-; Due Process of Law Foundation (DPLF) / Fundación para el Debido Proceso; Earth Rights Internacional (ERI); Clínica de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Columbia; Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa; Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP); Robert F. Kennedy Human Rights; Plataforma Internacional contra la Impunidad y Alianza de Autoridades Indígenas Ancestrales [folio mil ciento setenta y seis (1176) de la Pieza III formada ante esta Corte].

a) El auto-reconocimiento como criterio de definición de los pueblos indígenas y su condición de sujeto colectivo de derechos

El Derecho Internacional ha avanzado en el derecho al auto-reconocimiento fundamentalmente a través de dos instrumentos, ambos ratificados por Guatemala: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Uno de los elementos centrales de estos instrumentos es la afirmación de que los pueblos indígenas son los actores centrales en decidir, libre y

autónomamente, si se reconocen como tales. Para determinar la existencia de un pueblo indígena el Convenio 169 establece elementos objetivos y subjetivos. El criterio subjetivo se refiere a la autoconciencia de un grupo de poseer una identidad indígena o tribal. Por su parte, los criterios objetivos establecen que un grupo se considera como indígena cuando: **a)** los que desciendan de las poblaciones originarias de los Estados y que **b)** conservan todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

El elemento subjetivo es un ejercicio autónomo de reconocimiento colectivo de una comunidad como un grupo que posee una identidad indígena. En el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, el Artículo 1(2) se refiere a la auto-identificación colectiva como criterio subjetivo para determinar la aplicación de sus disposiciones a los pueblos indígenas y tribales.

La idea de preexistencia de los pueblos interesados no sólo estaría fundada en la continuidad histórica de estos, la costumbre y su cultura, sino que comprendería la auto-identificación originaria del pueblo de que se trate. En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también CIDH) ha aseverado *"*(…) *que no es posible precisar una definición de PPII (pueblos indígenas), dada la inmensa diversidad de los pueblos de las Américas y del resto del mundo, pues una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva"*.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el Artículo 33, establece los derechos de los pueblos indígenas a decidir sus propias identidades, procesos de pertenencia e instituciones. Los Estados que adoptaron la Declaración, entre ellos Guatemala, reconocen que el ejercicio del derecho a la determinación de la identidad se da de manera colectiva

en los ámbitos de las costumbres, tradiciones y composición institucional propia de cada pueblo o comunidad indígena.

En el ámbito interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– ha seguido la auto-identificación del pueblo o comunidad como criterio fundamental para el establecimiento de su carácter como indígena. En efecto, ha afirmado que el criterio de auto-identificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido como elemento determinante la auto-identificación colectiva. En su sentencia en el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que "*la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (...) Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma cómo esta se auto-identifique*".

La Organización Internacional del Trabajo ha explicado que los elementos objetivos que definen un pueblo indígena son: **a)** continuidad histórica, es decir, que sean sociedades que desciendan de grupos anteriores a la colonización o la conquista; **b)** conexión territorial en el sentido que sus antepasados hayan habitado el país o región y **c)** instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas que sean propias y hayan sido mantenidas de manera parcial o total.

Un estudio del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas concluyó que, entre los factores considerados pertinentes para la comprensión del concepto indígena figuran: **i)** la prioridad en el tiempo, respecto

de la ocupación y el uso de determinado territorio, **ii)** la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; **iii)** la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta y **iv)** experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.

El reconocimiento de que las formas de vida y culturas indígenas, además de su uso u ocupación de la tierra tradicional, no necesitan ser estáticas para ser legítimas, es un criterio importante del derecho a la autodeterminación. En dos mil diecisiste, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos señaló en el asunto de *African Commission of Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya* que el hecho de que el pueblo Ogiek haya adoptado una forma de vida más "*moderna*" no significa que el pueblo haya perdido su distintiva identidad cultural. Según el tribunal africano: *"Una forma de vida estática no es un elemento definitorio de cultura o distinción cultural* (...) *Es natural que algunos aspectos de la cultura de la población indígena, como ciertas formas de vestirse o símbolos grupales, puedan cambiar con el tiempo. Sin embargo, los valores, en su mayoría la tradición invisible de los valores incrustados en la autoidentificación* [del grupo] *a menudo permanecen sin cambios* [Traducción libre]*".*

El referido Tribunal señaló que algunos cambios "modernos" en el estilo de vida Ogiek que el gobierno de Kenia encontró ofensivos fueron en realidad el resultado del maltrato del Estado a los Ogiek y la negación del acceso del pueblo a su tierra. Esta misma Corte ha rechazado la idea de que un pueblo indígena autoidentificado pueda perder su condición de tal y sus derechos

correspondientes meramente sobre la base de tomar decisiones que un Estado considera que no se ajustan a un concepto externo y limitado de indigenidad.

Por su parte, la citada Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, rechazó el argumento del Estado de que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo Saramaka en la 'sociedad moderna' ha afectado su distinción cultural. En el caso, Surinam cuestionó si se puede definir legalmente a los saramaka de una forma que se tome en cuenta los distintos grados en que varios miembros auto-identificados del pueblo Saramaka se adhieren a las leyes, costumbres y economía tradicional del pueblo Saramaka, particularmente de aquellos que viven en Paramaribo o fuera del territorio reclamado por los Saramaka.

La Corte respondió que *"*[e]*l hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad."* Además, observó que *"la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver solo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres"* y no el Estado o la Corte.

Debe enfatizarse que, bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los pueblos o comunidades indígenas no requieren estar registrados o reconocidos por el Estado, para ser titulares y ejercer sus derechos. En efecto, en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que *"*(…) *el otorgamiento de*

personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado".

b) Derecho de consulta y a consentimiento previo, libre e informado

De acuerdo a reiterada jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho de propiedad, contenido en el Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *"*(…) *protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos".* Con base en ello, la Corte en mención ha establecido salvaguardias especiales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, que pueden ser resumidas de la manera siguiente: **a)** la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; **b)** la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; **c)** el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de los pueblos indígenas; **d)** los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de

buena fe y **e)** los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, además de los requisitos comúnmente aplicados en la restricción de la propiedad individual (legalidad, necesidad y proporcionalidad), las restricciones derivadas de la concesión de actividades económicas que afecten a los pueblos indígenas, no deberán poner en peligro la integridad cultural de la comunidad indígena y, en última instancia, su subsistencia física y cultural como pueblo.

Con tal fin, los Estado deben llevar a cabo procesos de consulta libre e informada, de buena fe, antes de autorizar cualquier actividad económica que afecte a los territorios de los pueblos indígenas y tribales. La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido también que la consulta debe realizarse *"de conformidad con las costumbres y tradiciones"* de los pueblos indígenas.

Según ha establecido la Corte, los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y tribales se beneficien razonablemente de estas actividades y que no se otorgue ninguna concesión hasta que una entidad independiente y técnicamente capaz que actúa bajo supervisión del Estado haya realizado una evaluación previa del impacto social y ambiental del proyecto.

c) Obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en proyectos de inversión de gran impacto

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

referido de manera constante a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en especial al derecho al territorio y su relación intrínseca con el derecho al consentimiento. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el consentimiento debe: *"*(…) *interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos esenciales en relación con la ejecución de planes de desarrollo e inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos"*

Se trata pues de un "(…) *deber limitado de obtener el consentimiento libre, previo e informado*", en el que el consentimiento no puede circunscribirse solamente como un objetivo del proceso de consulta, sino un verdadero derecho fundamental.

La Corte citada ha establecido una serie de circunstancias bajo las cuales el consentimiento es exigible cada vez que el Estado tome decisiones o medidas que afecten los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. Esas circunstancias o supuestos del consentimiento como mandatario guardan estricta relación con los proyectos de inversión de gran impacto, así como de los casos de desplazamientos territoriales de los pueblos indígenas.

Sobre este tema, la Corte ha señalado que: *"*(…) *cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según su costumbres y tradiciones."*

Cuando la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales amenace con el despojo de su territorio a

los pueblos indígenas, así como de los recursos naturales para la subsistencia de los mismos, requiere *per se* el consentimiento de estos.

Al respecto, la Comisión interamericana de Derechos Humanos ha indicado que *"algunas actividades pueden considerarse prima facie a gran escala, como las grandes explotaciones mineras* (…) *Asimismo, ha precisado que existen ´evidentes diferencias entre pequeñas actividades mineras y los grandes tajos propios de la 'mega minería'; que implica la remoción de altas cantidades de materia por año y la afectación de una amplia superficie",* actividades que constituirían proyectos de gran impacto.

d) Desplazamiento territorial de los pueblos indígenas

El desplazamiento es una medida excepcional para llevar a cabo proyectos de inversión dentro de los territorios indígenas, debido a que sus efectos principales *"*(…) *comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración* [y]*, en algunos casos, abuso y violencia"*

Al respecto el Artículo 16.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo señala que *"*(…) *cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa".*

Concordemente el Artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que añade lo siguiente: *"Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios.* ***No se***

procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas *interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso"* (letras negrillas añadidas por los autores).

En su informe titulado "Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, exploración y desarrollo", la Comisión Interamericana de Derechos Humanos abordó detalladamente los supuestos que requieren el consentimiento de los pueblos afectados. Allí, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ratificó la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka contra el Estado de Surinam, en el sentido de que los proyectos a gran escala deben ser precedidos no solo de la consulta, sino del consentimiento del pueblo indígena o tribal afectado.

En el documento mencionado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desarrolló pautas para definir a un proyecto como "*a gran escala*", a partir de la magnitud del proyecto, volumen e intensidad de la afectación al territorio e impacto humano y social de la actividad. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mencionó expresamente la extracción de minerales, gas y petróleo como ejemplos de actividades a gran escala.

e) Salvaguardas específicas sobre el derecho a un medio ambiente sano

La Corte ha subrayado que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático tienden a afectar el goce efectivo de los derechos humanos de la población. En casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, el referido tribunal ha hecho referencia a la relación entre un medio ambiente sano, la protección de los recursos naturales y la preservación de la

cultura y forma de vida de las respectivas comunidades o pueblos.

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

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

La Corte ha indicado que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse *"*(…) *conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto".* Además, de acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, en sentencia de veinte de abril de dos mil diez, caso de las plantas de celulosas sobre el Río Uruguay, Argentina contra Uruguay, la responsabilidad del Estado no termina con la realización de este estudio, sino que tiene la obligación de monitorear, de manera continua, los efectos de un proyecto o actividad en el medio ambiente.

La Corte ha establecido parámetros generales que deben tenerse en cuenta en la realización de los Estudios de Impacto Ambiental; llevarse a cabo antes de la realización de la actividad, realizarse por entidades independientes bajo la

supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, participación de las personas interesadas, respetar tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y tener un contenido determinado.

En la Opinión Consultiva *"Medio Ambiente y Derechos Humanos",* la Corte establece que la consulta a las comunidades indígenas y tribales, debe realizarse dentro del proceso de estudio de impacto ambiental, cuando se desarrollen proyectos que puedan afectar sus territorios, destacando además que estos estudios deben realizarse respetando las tradiciones y cultura de estos pueblos indígenas afectados. En el caso de proyectos de inversión que puedan afectar territorios indígenas y tribales, la Corte ha indicado que *"se debe dar participación a la comunidad, dentro del proceso de estudio de impacto ambiental, mediante una consulta".*

En la controversia que en el presente expediente se ha sometido a la jurisdicción de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, queda claro que la evaluación de impacto ambiental presentada por el Ministerio de Energía y Minas no reconoce la existencia del pueblo Xinka en las zonas de influencia de los proyectos Escobal y Juan Bosco, por lo que no se realizó un proceso de consulta y ni se obtuvo el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Esta omisión implica la nulidad de pleno derecho de la declaración de impacto ambiental que dio lugar a la concesión de las licencias de los proyectos en cuestión, al no haberse practicado de conformidad con la normativa y estándares internacionales.

f) Obligaciones internacionales del Estado de Guatemala con relación al Pueblo Xinka

i) Marco constitucional sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Constitución Política de la República de Guatemala de mil novecientos ochenta y cinco no cuenta con disposiciones sobre la consulta previa, aunque recoge ciertos derechos conexos. Entre las normas aplicables a los pueblos indígenas, la Constitución reconoce el derecho a la identidad cultural de las personas y las comunidades (Artículo 58), establece salvaguardas para el patrimonio cultural de la Nación (Artículo 60), protege el arte, folklore y artesanías tradicionales (Artículo 62), entre otras. La Constitución guatemalteca contiene una sección sobre "*comunidades indígenas*" en la que se establece, entre otras, la obligación de protección de los grupos étnicos (Artículo 66), la protección de las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas (Artículo 67), y el otorgamiento de tierras para el desarrollo de las comunidades (Artículo 68).

Se advierte particularmente la relevancia del Artículo 66, referido a la *"protección de los grupos étnicos"*, por cuanto reconoce implícitamente la diversidad cultural de Guatemala. Se trata de la primera Constitución en la historia del país que contiene una referencia similar. Su antecesora, la Constitución de mil novecientos cuarenta y cinco, declaraba *"de interés y utilidad nacionales, el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas"*, evidenciando así una aproximación integracionista. *"Si bien la Constitución guatemalteca vigente parte de un punto de inestimable valor, no contiene un reconocimiento explícito de su carácter de país pluricultural, multiétnico y multilingüe, ni se refiere al reconocimiento expreso de los pueblos indígenas que habitan en él".*

i) Recepción de los tratados y estándares internacionales en el ordenamiento interno

Guatemala es Estado parte de los tratados de derechos humanos más

relevantes en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el de la Organización de Naciones Unidas, aplicables a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Se hace por ello sumamente relevante recordar que las disposiciones internas deben ser interpretadas a la luz del derecho internacional aplicable que reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas. En efecto, como Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, Guatemala se encuentra obligado al cumplimiento de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (1948). Asimismo, ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el veintisiete de abril de mil novecientos setenta y ocho y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el nueve de marzo de mil novecientos ochenta y siete. Guatemala ha ratificado la mayoría de los tratados interamericanos de derechos humanos.

El cinco de junio de mil novecientos noventa y seis, Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual entró en vigencia doce meses después. Cabe notar que la Corte Constitucional guatemalteca, a través de una Opinión Consultiva emitida en mil novecientos noventa y cinco, concluyo que: *"*(…) *el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los Artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional".* Igualmente, la Corte de Constitucionalidad ha establecido, basándose en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, obligaciones que tiene el Estado de Guatemala respecto de

tales pueblos.

Respecto al rango que ocupan estos tratados en el orden interno, el Artículo 46 de la Constitución guatemalteca establece que los tratados de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno. En dos mil doce, en la sentencia dictada en el expediente número 1822-2011, la Corte estableció que los tratados de derechos humanos priman sobre la Constitución. Adicionalmente, en dicho fallo, recogió la figura del *bloque de constitucionalidad,* definiéndolo como aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal.

Tales instrumentos internacionales constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades y poseen una función hermenéutica, en virtud de la cual los jueces, al momento de interpretar el derecho interno, deben recurrir a estos instrumentos, así como a las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales, en virtud que ambas generan obligaciones para todo el aparato estatal.

En cuanto a la consulta previa específicamente, si bien como se advirtió el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas no aparece regulado en la Constitución, con base en el Artículo 46 de ese Texto Fundamental, la Corte de Constitucionalidad ha interpretado que la consulta previa es "*un derecho fundamental de carácter colectivo*", integrado plenamente en el bloque de constitucionalidad guatemalteco.

En el caso concreto, es relevante el informe rendido por el Ministerio de Cultura y Deportes, porque en él incluye información respecto de la existencia de

restos arqueológicos Xinkas, demostrando su presencia en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa. Esto les concede las garantías y derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y demás instrumentos internacionales de los que el Estado de Guatemala es parte.

F) Análisis jurídico presentado por la Cámara de Industria de Guatemala ante la Corte de Constitucionalidad [folio mil trescientos cuarenta y dos (1342) de la Pieza III formada ante esta Corte]

a) Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental. Características que determinan su carácter técnico, objetivo e imparcial

El Estudio de Impacto Ambiental es un documento técnico, cuya elaboración y validez depende de la legislación nacional aplicable, los primeros cuerpos legales que regulan su procedencia son la Ley de Minería, Decreto número 48-97, el Reglamento de la Ley de Minería, Acuerdo Gubernativo 176-2001 y la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto número 68-86, ambos del Congreso de la República de Guatemala.

El Acuerdo Gubernativo 137-2016, Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, aprobado por la Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Presidencia de la República –reglamento que contiene los lineamientos, estructura y procedimientos necesarios para apoyar el desarrollo sostenible del país en el tema ambiental–, define el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental como: *"*(…) *el documento técnico que permite identificar y predecir, con mayor profundidad de análisis, los efectos sobre el ambiente que ejercerá un*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

proyecto, obra, industria o actividad que por sus características se ha considerado como de moderado y de alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental según el Listado Taxativo". El instrumento de evaluación ambiental es un documento técnico, objetivo e imparcial, elaborado por una persona individual o jurídica –especializada en materia ambiental y registrada ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales–, cuyo contenido mínimo es determinado por la legislación nacional vigente, y cuya revisión y aprobación está a cargo de entidades públicas expertas en materia ambiental, de ahí que no debe ser considerado como un documento técnico que pueda ser tachado de ser subjetivo o parcial, sino que debe dársele pleno valor probatorio.

Una licencia de exploración minera y una licencia de explotación minera son autorizaciones distintas, por ello la Ley de Minería en su Artículo 6 regula: *"Explotación Minera: extracción de rocas, minerales o ambos, para disponer de ellos con fines industriales, comerciales o utilitarios"; "Exploración Minera: conjunto de trabajos administrativos, de gabinete y de campo, tanto superficiales como subterráneos, que sean necesarios para localizar, estudiar y evaluar un yacimiento".*

Una de las principales diferencias entre ambas licencias, es la obligación legal que tiene todo interesado en obtener licencia de explotación minera de presentar Estudio de Impacto Ambiental ante la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, de conformidad con lo que establece el Artículo 20 de la Ley de Minería.

b) Diferencias entre la licencia de exploración *Juan Bosco* y la licencia de explotación Escobal

Las diferencias entre las licencias de exploración y explotación se extraen de lo

preceptuado en los Artículos 24 y 27 de la Ley de Minería, de los que dimanan los derechos que confieren las licencias de exploración y explotación, en tal sentido el Artículo 24 establece: *"La licencia de exploración confiere al titular la facultad exclusiva de localizar, estudiar, analizar y evaluar los yacimientos para los cuales le haya sido otorgada dentro de sus respectivos límites territoriales* (…)*"* Por su parte el Artículo 27 prescribe: *"La licencia de explotación confiere al titular la facultad exclusiva de explotar los yacimientos para los cuales le haya sido otorgada, dentro de sus respectivos límites territoriales".*

En el presente proceso de amparo se señalan como lesivas dos licencias de operaciones mineras otorgadas a favor de Minera San Rafael, Sociedad Anónima: **i)** Licencia de exploración denominada *Juan Bosco* otorgada por el Director General de Minería en resolución cero cero nueve (009), de veintiséis de abril de dos mil doce, dentro del expediente SEXR – cero ochenta y nueve – cero ocho (SEXR-089-08), la cual se encuentra vencida desde el veinticinco de abril de dos mil quince y **ii)** Licencia de Explotación denominada *Escobal*, aprobada por el Ministro de Energía y Minas, mediante resolución mil trescientos dos (1302), de tres de abril de dos mil trece, dentro del expediente SEXT – cero quince – once (SEXT-015-11).

Atendiendo a las normas citadas, que establecen objetivos distintos y diferencias entre las licencias de exploración y explotación, la licencia de exploración denominada *Juan Bosco,* es una licencia distinta e independiente de la licencia de explotación denominada *Escobal*.

Destaca las diferencias siguientes:

1) la licencia de exploración denominada *Juan Bosco*: objeto: confería la facultad exclusiva a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, de localizar, estudiar,

analizar y evaluar yacimientos de minerales; **área:** el área de la licencia se ubicaba en el municipio de Mataquescuintla del departamento de Jalapa y en los municipios de Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores, todos del departamento de Santa Rosa y **el plazo:** la licencia fue otorgada por un plazo de tres años, contado a partir de la fecha de su otorgamiento, es decir, del veintiséis de abril de dos mil doce, por lo que venció el veinticinco de abril de dos mil quince y **2) la licencia de Explotación denominada *Escobal*: objeto:** confiere la facultad a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, de explotar oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras; **área:** el área de influencia abarca únicamente el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, es decir, dicha licencia no abarca la totalidad del departamento de Santa Rosa y ningún otro municipio del departamento de Jalapa y **plazo:** la licencia fue otorgada por un plazo de veinticinco años.

Cada una de las licencias referidas, por ser individuales y distintas, tienen objeto, área y plazo específicos, definidos en la licencia respectiva, extremo que debe ser tomado en cuenta al momento de resolver.

G) Análisis jurídico presentado por James Anaya y James Cavallaro ante la Corte de Constitucionalidad [folio mil cuatrocientos ochenta y dos (1482) de la Pieza III formada ante esta Corte]

a) Pueblos indígenas. Elementos que determinan su existencia

El marco internacional de derechos de los pueblos indígenas tiene un propósito fundamentalmente protector y correctivo, que apunta a reparar las consecuencias actuales de la denegación histórica a su derecho a la libre determinación y de otros derechos humanos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales de aplicación general, por ello la Declaración de las

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reconocen en términos idénticos en sus preámbulos, que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo cual les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

Al determinar los grupos para los cuales se debe aplicar los instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, siendo que no existe definición única de estos, los mismos estándares refieren aspectos tanto objetivos como subjetivos.

Entre los aspectos objetivos, se incluye: **a)** ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; **b)** ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; **c)** cultura en general o en ciertas manifestaciones específicas; **d)** idioma y **e)** residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo. Por su parte, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en el Artículo 1, literal b, identifica los siguientes para determinar su ámbito de aplicación hacia los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

Respecto del elemento subjetivo, los estándares internacionales, como la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en los Artículos 9 y 33, reconocen los derechos de los pueblos indígenas a auto-identificarse y a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de aquellas, sin que el ejercicio de ese derecho derive en discriminación de alguna clase. El criterio de auto-identificación permite que sean las personas y las comunidades y pueblos indígenas quienes definan su propia identidad cultural y constituye el criterio fundamental para determinar la condición de indígena de un pueblo o comunidad. (Como en el Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil siete, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 164). El Convenio 169 citado hace referencia a la conciencia de la identidad indígena como "*un criterio fundamental para determinar a los grupos a los que se aplican las disposiciones las disposiciones del presente Convenio*" (Artículo 1, párrafo 2). Asimismo, la Declaración Americana establece que "*La auto identificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica, los Estados respetarán el derecho a dicha auto identificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena*" (Artículo 1.2).

Como ha afirmado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta un principio generalmente aceptado de los derechos humanos que la existencia de grupos diferenciados por razón étnica, lingüística o religiosa, no puede depender de la decisión unilateral de los Estados. Sin embargo, en varios países se han generado prácticas preocupantes de no reconocer ciertos grupos como pueblos indígenas, obviando

así la aplicación de sus obligaciones internacionales en esta materia. Tal como ha enfatizado la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, al no reconocer a ciertos grupos como pueblos indígenas, los Estados y otros actores evitan la aplicación de las normas internacionales y los mecanismos de protección más apropiados para tratar los tipos de problemas de derechos humanos que confrontan estos grupos.

b) Responsabilidad de las entidades privadas de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas

Los principios rectores sobre empresas y derechos humanos adoptados por el Consejo de Derechos Humanos, afirman la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y de aplicar la debida diligencia en materia de derechos humanos en sus acciones. El anterior Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, ha enfatizado que la falta de un reconocimiento explícito, o un reconocimiento limitado de los pueblos indígenas por parte de un Estado "*no puede ser una excusa para que las empresas no apliquen los estándares internacionales mínimos en relación con los derechos de estos pueblos"*. Por lo que, dentro de un marco de diligencia debida, según los principios internacionales, corresponde a las empresas la responsabilidad de alertar de antemano la existencia de pueblos indígenas potencialmente afectados por sus futuras actividades y en qué medida podrían verse afectados por las mismas, sin que sea dable que contribuyan o se beneficien del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales con los pueblos indígenas.

En el contexto específico de Guatemala, tal como se reconoce en los Acuerdos de Paz, los pueblos Maya, Xinca y Garífuna han sido sometidos a niveles de

discriminación, explotación e injusticia por su origen, cultura y lengua, tras su visita al país, el anterior Relator Especial Anaya, notó que esta historia ha resultado en rupturas de aspectos importantes de sus identidades, observando que, además el conflicto armado "*tuvo un impacto altamente destructivo de las formas tradicionales de organización social y política al interior de las comunidades*", situación que se ha complicado aún más por la creación de nuevas instancias formales de representación democrática que han traído como consecuencia el "*debilitamiento de las estructuras tradicionales y la entrada en juego de intereses políticos locales en muchos casos ajenos a los intereses de las propias comunidades*."

c) Aplicación del principio precautorio en caso de incertidumbre del daño causado a los pueblos indígenas

Cuando existen dudas respecto a la aplicabilidad de los estándares internacionales en materia de los derechos de los pueblos indígenas, resulta de utilidad referirse al principio precautorio. Según este principio, la falta de certeza científica sobre los peligros de daño grave o irreversible, en general sobre el medioambiente y la salud, no puede ser utilizada como un pretexto de no tomar una acción protectora. De la misma forma, cuando exista la posibilidad de que una medida podría resultar en daño grave o irreversible, los Estados deberían ejercer el mayor nivel de precaución para anticipar, evitar y mitigar los riesgos, a través de la aplicación de los estándares internacionales relevantes. El deber de precaución podría ser aún mayor en los casos de los grupos quienes han sufrido un debilitamiento de sus estructuras tradicionales representativas y quienes están en procesos de recuperación de aspectos centrales de su identidad, tomando los riesgos y vulnerabilidades adicionales que corren en cuanto a su sobrevivencia

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

cultural.

Por su naturaleza, los proyectos de extracción y desarrollo de los recursos naturales, tienden a impactar de manera significativa a los derechos de los pueblos indígenas afectados. Por lo general, los derechos afectados comprenden los derechos a la libre determinación; no discriminación; participación; propiedad, tierras, territorios, recursos naturales; cultura y religión, incluyendo lugares y objetos sagrados y salud y bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable, entre otros. En muchos países, los proyectos de extracción y de desarrollo también han resultado en situaciones de conflictividad y de división en las comunidades, resultando en impactos negativos sobre la sobrevivencia cultural de los pueblos y en violaciones a los derechos a la integridad física y la vida por las situaciones de violencia que se han generado.

En el contexto de estos proyectos, debido a los riesgos de impactos significativos, los Estados están obligados a aplicar medidas para evitar posibles daños y asegurar garantizar los derechos humanos. Según los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas y el medioambiente, estas salvaguardas incluyen el desarrollo de procesos de consulta y la obtención de su consentimiento libre, previo e informado, sobre el proyecto a desarrollarse. Estos procedimientos especiales y diferenciados, se justifican por la naturaleza de la situación de vulnerabilidad de ciertos grupos (social y económico) y porque por lo general, están marginados en la esfera política y los procesos democráticos corrientes

d) Derecho de consulta a los pueblos indígenas. Las características de los procesos consultivos

La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas está

afirmada en diversos instrumentos internacionales, en particular el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; además, los órganos de tratados de la Naciones Unidas han afirmado en numerosas ocasiones que los tratados de derechos humanos garantizan el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, incluyendo la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente.

El anterior Relator Especial, James Anaya, ha dedicado varios informes al tema del derecho a la consulta, en cuanto al contexto específico de Guatemala aclara que la obligación de consultar a los pueblos indígenas deriva de que: **a)** los pueblos indígenas tradicionalmente no gozan de una representación adecuada en los procesos democráticos ordinarios de toma de decisiones; **b)** 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 **c)** la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.

El deber de celebrar consultas es una obligación que se plantea, porque los derechos sustantivos de los pueblos indígenas pueden verse afectados por una acción determinada, particularmente los derechos relacionados a la identidad cultural, libre determinación, autonomías, tierras, territorios y recursos naturales, entre otros.

Cabe señalar que el deber de celebrar consultas variará necesariamente en

función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas, por ejemplo, las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país, requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos los pueblos indígenas y al alcance de estos. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos afectados y presten atención a sus intereses.

No existe una fórmula para todos los países y para todas las circunstancias con relación a la aplicación del derecho a la consulta. En este sentido, el Artículo 34 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, regula que *"la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuentas las condiciones propias de cada país"*; sin embargo, el margen de discrecionalidad no es absoluto, tal y como afirma el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: *"*(…) *un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que hay de atribuirse a los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin."*

Existe un importante desarrollo de los elementos esenciales del deber de los Estados de asegurar la consulta a los pueblos indígenas, acorde a los estándares internacionales, que incluye: **a)** el carácter previo de la consulta, es decir, debe ser en las fases iniciales de una medida a desarrollarse y continuar durante todas las fases del proyecto en el marco de comunicación constante entre las partes; **b)** ser de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo; **c)** la consulta debe ser

adecuada y accesible, por medio de mecanismos culturalmente apropiados y con los representantes tradicionales de los pueblos indígenas; **d)** la realización de Estudios de Impacto Ambiental conforme a los estándares internacionales, que constituyen una salvaguardia de derechos que deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y **e)** con información completa e independiente, tanto sobre los beneficios como los riesgos del proyecto.

Los estándares internacionales establecen claramente que la consulta no es un mero trámite o procedimiento formal para lograr la autorización o expeditar la implementación de una medida, porque deberían de funcionar como "una salvaguardia de los derechos internacionalmente reconocidos", que "se ven invariablemente afectados de una u otra forma" por los proyectos de escala industrial.

Los procesos de consulta sirven para identificar con anticipación y desarrollar medidas que protegen los derechos que pueden verse afectados por un proyecto. Para poder evaluar los posibles riesgos de un proyecto y para que los pueblos indígenas puedan adoptar decisiones libres e informadas como requieren los estándares internacionales, también son fundamentales los estudios sobre el impacto ambiental y sobre los derechos humanos, previos a la ejecución de las operaciones extractivas.

Una característica fundamental de la consulta es que se desarrolle antes de la aprobación y adopción de la medida en cuestión. Los órganos de control de la Organización Internacional de Trabajo han interpretado que el requisito de consulta previa implica "*que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso*" y que las reuniones posteriores al trámite de la medida, no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169 de la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Organización Internacional de Trabajo.

Los estándares internacionales de derechos humanos, también requieren que los plazos de la consulta sean adecuados para que los pueblos indígenas puedan conocer y discutir la medida “libremente”. En la práctica, la consulta y el consentimiento pueden ser necesarios en las distintas etapas de un proyecto extractivo, desde la exploración hasta la producción y la clausura del proyecto. En algunos casos, los Estados han implementado proyectos sin llevar a cabo un proceso de consulta aún en proyectos a gran escala. Es importante señalar que en estos casos, se estarían incumpliendo los estándares internacionales relacionados con la obligación de consultar y obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. Sin embargo, si las actividades de un proyecto continúan en el futuro, es necesario que sean con base en el consentimiento de las comunidades afectadas, por medio de un proceso llevado a cabo de conformidad con los estándares internacionales y con garantías, para asegurar la protección efectiva a los derechos humanos impactados. Durante este proceso, sería necesario suspender las actividades del proyecto, para que las consultas se desarrollen en forma “libre” (sin presiones) tal como requieren los estándares internacionales y dejar abierta la posibilidad de que el proyecto no siga adelante dependiendo de los resultados de la consulta.

Es evidente que existen desafíos importantes en muchos países para asegurar las condiciones para llevar a cabo procesos de consulta, debido a los altos niveles desconfianza que existen entre los pueblos indígenas, los Estados y las empresas. Esta desconfianza deriva a menudo de patrones de una falta de cumplimiento histórica y contemporánea con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo la consulta y el consentimiento, u otras

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

prácticas contrarias a los estándares de buena fe.

Cabe señalar que en el contexto de proyectos extractivos y de aprovechamiento de recursos naturales las *"*(…) *prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales* (…)*"* agravan estos niveles de desconfianza. En este sentido, la Corte Interamericana ha enfatizado que *"*(…) *la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia* (…)*"* [Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de dos mil doce (fondo y reparaciones), párr. ciento ochenta y seis]

En ese contexto, es necesario tomar medidas concertadas para crear un clima de buena fe y confianza mutua a través del establecimiento de espacios de diálogo y acercamiento con los representantes tradicionales de los pueblos indígenas afectados. Un paso importante en esta conexión es la suspensión del proyecto ya mencionado. Entre otras medidas, se debe implementar esfuerzos para enfrentar los desequilibrios del poder, en cuanto a recursos, influencia política, experticia, acceso a información, entre otros, que en general existen entre el Estado y los pueblos indígenas.

e) De los Estudios de Impacto Ambiental

Es fundamental que los Estados aseguren la objetividad de las evaluaciones de impacto, sometiendo los estudios a una revisión independiente o desarrollar otras medidas.

Los citados estudios, desarrollados con la participación de los pueblos indígenas, ayudan a identificar la extensión de los impactos ambientales y sociales y el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. El anterior Relator Especial Anaya, ha asegurado que los procedimientos de consulta con respecto a proyectos extractivos, constituyen las vías mediante las cuales los pueblos indígenas pueden contribuir activamente a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta sobre sus derechos sustantivos e intereses. Además, son claves para la búsqueda de alternativas menos dañinas o para la definición de medidas de mitigación, para llegar a acuerdos favorables sobre sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, y promover el disfrute de sus derechos humanos.

f) Área de influencia de los proyectos de explotación de recursos

La posible afectación directa de derechos por los proyectos de extracción y desarrollo de los recursos naturales, debe determinarse de manera integral, en vista que enfocarse únicamente en “áreas geográficas de influencia directa” de una medida propuesta, limitaría la protección de derechos humanos a cuestiones ambientales.

g) Alcances del derecho de consulta

De acuerdo con su función como medio para salvaguardar los derechos humanos, la consulta no es simplemente una medida para validar una decisión predeterminada o un acuerdo desfavorable para los pueblos indígenas afectados. Solo cuando los acuerdos se dan “*en condiciones justas que protejan los derechos de los pueblos indígenas, el consentimiento cumple su función de salvaguardia de los derechos humanos*”.

En ese sentido, los órganos de control de la Organización Internacional de Trabajo, han reconocido que los principios de buena fe han sido concebidos para crear un diálogo que permita a los Estados y a los pueblos indígenas, trabajar con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio.

En ciertos casos, los estándares internacionales obligan a los Estados no solo a consultar a los pueblos indígenas, sino también a obtener su consentimiento libre, previo e informado. En estos contextos, es de gran relevancia el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que incluye su derecho a participar en la toma de decisiones que les afectan y sentar sus propias prioridades para el desarrollo dentro de sus territorios.

Existe un consenso a nivel internacional que, por lo general, es necesario obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados antes de adelantar con proyectos de extracción en sus territorios.

Según los estándares internacionales, los Estados pueden imponer limitaciones al ejercicio de algunos derechos (aunque solo a aquellos que no sean considerados como “intangibles”) y que tales limitaciones solo pueden establecerse bajo parámetros limitados y bien definidos. Para ser válidas, estas limitaciones tienen que cumplir con los criterios de necesidad y proporcionalidad con una finalidad pública válida, definida dentro de un marco general de respeto de los derechos de una comunidad o pueblo indígena y no se obtenga el consentimiento, el Estado tendría que determinar y justificar por qué el proyecto de extracción es necesario para lograr un objetivo legítimo y asegurar que su diseño es necesario y proporcional para lograr tal fin.

Cuando un Estado determina que puede permitirse poner en marcha un

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

proyecto extractivo que afecta a un pueblo indígena sin su consentimiento y decide hacerlo, queda obligado a respetar y proteger los derechos del pueblo indígena y de asegurar una garantía de las demás salvaguardas pertinentes, incluyendo la adopción de medidas de mitigación para reducir o compensar la limitación de derechos humanos. La Corte Interamericana también ha enfatizado que en ningún caso se puede avanzar con una iniciativa si la restricción implica *"una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes"*.

H) Análisis jurídico presentado por Gladys Elizabeth Tzul Tzul ante la Corte de Constitucionalidad [folio mil quinientos setenta y nueve (1579) de la pieza IV formada ante esta Corte]

La compareciente aportó al expediente el documento sociológico-académico denominado *"Mujeres Xinkas y Estructura Política Comunal Xinka: Un análisis sobre los efectos de los COCODES*".

En el documento aludido, se expone que la estructura política Xinka funciona como formación social histórica, basada en el control de la tierra comunal y en la existencia de estructuras históricas de gobierno, dentro de dichas organizaciones se encuentra: la Sala de Comunes, los Gabinetes Mayores y Menores, las Juntas de Principales, entre otros.

En la estructura política Xinka, las mujeres constituyen la columna vertebral; porque garantizan la vital labor de cuidar niños, hombres, ancianos y enfermos. Además, el ser fuente de vida las convierte en centrales de cultivo en parcelas para alimentación familiar y de animales domésticos, cuidan las fuentes de agua, venden los excedentes de sus productos para obtener dinero y realizan intercambio complementario con sus compañeros, padres, hermanos, hijas,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

amigas y demás comuneros, lo cual garantiza la vida colectiva.

El argumento central del estudio jurídico consiste en que "*la reproducción de la vida precisa de una estructura política que organice y paute la defensa, el cuido y la recuperación de los bienes comunales que toda la comunidad Xinka disfruta*". Esas estructuras de política comunal, se articulan de manera autónoma y supracomunal con otras comunidades y ha dado nombre a lo que en los pueblos se conoce como Parlamento Xinka.

La existencia del sistema de autoridades comunales propias del pueblo Xinka funcionan de manera cotidiana, porque es la que establece las pautas y normas para la regulación de la vida social, debido a que el sujeto de la política comunal no es un individuo en sí, sino que una trama colectiva donde los fines inmediatos son deliberar y producir decisión política para asegurar los medios concretos para el bienestar: el territorio y todo lo que contiene.

La estructura Xinka tiene como pilares básicos las asambleas, el trabajo comunal y un sistema de autoridades propias (Gabinetes, Juntas de Principales, Salas de Comunes, entre otras). La existencia de los denominados Concejos Comunitarios de Desarrollo -COCODES-, creados en dos mil dos –dentro del marco de la política general de descentralización– se convierten para la política Xinka, en un mecanismo de suplantación de las históricas y legítimas autoridades y asambleas de las comunidades que por siglos los pueblos Xinkas han conservado.

Un efecto de la existencia de los Concejos Comunitarios de Desarrollo -COCODES- consiste en el trasplante de la burocracia estatal al seno de las estructuras comunales; sustituyendo de esa manera las deliberaciones e intereses comunes de las asambleas y autoridades Xinkas del cuido y resguardo

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de tierras y montañas, por los procedimientos burocráticos, es decir, sus agendas se centran en los procedimientos aludidos y de realización de documentos para la priorización de proyectos de infraestructura y no necesariamente en la histórica consigna del cuido del territorio.

Un segundo efecto consiste en el interés de los Concejos Comunitarios de Desarrollo -COCODES- en la planificación de proyectos de infraestructura, lo que habilita la creación de redes de influencias basadas en el clientelismo y la prebenda de política partidista, en razón de que son las personas cercanas a los círculos de confianza del alcalde municipal, quienes construirán redes de influencia que compiten por favores y negocios, esas personas son nombradas en actos privados para ocupar la dirigencia de los Concejos Comunitarios de Desarrollo.

Las comunidades Xinkas a pesar de la guerra interna, lograron conservar sus estructuras de gobierno. Así lo presenta la historia oral reciente, es bajo esta investigación de historia oral que se permite vislumbrar algunas lógicas que van desde términos del cuido de los límites de los mojones, de las dinámicas de los derechos de uso de la tierra comunal, hasta los términos de arreglo de conflictos entre vecinos. Tanto el cuido de mojones, como la mediación de conflictos al interior de la comunidad, muestran el funcionamiento de una sociedad que ha establecido sus formas de autorregulación, en función de las dinámicas de los lazos creados por compartir tierra comunal y por regular la vida cotidiana según las normas comunales del uso.

La incomprensión de los funcionarios estatales sobre los mecanismos de resolución de problemas sobre límites de tierras comunales, evidencia la efectividad del sistema de autoridades Xinkas, porque este tenía como funciones

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

primordiales el cuido y resguardo de los límites de la tierra, así como de mediar y resolver los problemas que se presentan en torno a los límites en el uso.

En la política Xinka, los referentes para la resolución de asuntos sobre tierras comunales son dilucidados ante la Junta de Principales, los Gabinetes o la Sala de los Comunes, según el territorio de que se trate.

La institucionalidad creada por los Acuerdos de Paz, no logró romper las estructuras de dominación militar, sino más bien se refuncionalizaron, puesto que dichas estructuras se perpetuaron en las estructuras civiles de participación tal y como sucede en los Consejos Comunitarios de Desarrollo –COCODES–.

Visto desde la perspectiva de la "representación" los Consejos Comunitarios de Desarrollo –COCODES– son incompatibles con los formatos de poder y representación política Xinka. Las estructuras comunales Xinka tienen como fuente de poder las diversas asambleas comunales y el poder recae en una persona; los citados Consejos aparecen según la promulgación de la una ley Estatal y en varios casos, los dirigentes de esos Consejos no son relevados de sus cargos, creando con ello redes de influencia política que clausuran la vitalidad y autonomía de producción de decisión de los comuneros Xinkas, además de una suplantación de sus instituciones.

Las mujeres Xinkas son parte constitutiva de la estructura comunal y son agentes activistas en la complejidad de la organización de la vida cotidiana que tiene forma y contenido en la estructura de política comunal Xinka, producida desde la propiedad comunal de la tierra.

Las luchas de las mujeres Xinkas se dirigen a la reproducción de la vida, por la alimentación y el cuidado de los niños, por el resguardo de las fuentes de agua, el cuidado de parcelas de cultivo familiar y su centralidad en la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

organización de fiestas y de duelos, entre otros. Este mundo de la reproducción se ve directamente afectado por la instalación liberal de los Concejos Comunitarios de Desarrollo –COCODES–. El funcionamiento de estas instituciones representa también una erosión de la fuerza femenina en las comunidades Xinkas, por cuanto que mientras en la estructura comunal son constitutivas de decisión en tanto son comuneras y hacen uso de las tierras comunales, por el contrario, en la estructura de Concejos Comunitarios de Desarrollo –COCODES– solo puede participar como un sector y con ellos de nuevo se instala un trasplante liberal en el mundo comunitario.

La energía social de las mujeres se presenta como columna vertebral, en tanto que articula las dimensiones del mundo doméstico al mundo comunal, porque se encarga del cuidado de la vida y lucha contra la violencia. Por ello, la capacidad de intervención social de las mujeres habilita una amplitud en el universo político comunal.

Este es el telar de fondo para comprender las dinámicas políticas de las luchas de las mujeres Xinkas que no luchan de manera individual, sino que con la comunidad en general, porque es en ella donde radica la posibilidad de la vida.
El futuro de la vida está en el pasado vivido. "*Yo soy mujer Xinka, digo que soy Xinka, porque vivo en la tierra comunal del pueblo, además de nosotros los Xinkas tenemos un origen; el hacedor de todo fue Tata Kajna Tiwix*", quien creó e hizo todo nuestro mundo y Nana Mikeila es la guardiana, cuidadora y protectora de todo lo creado; por eso las Xinkas se rigen por la energía de Tata Kajna Tiwix, el hacedor de la tierra, a la que protegen, y además las mujeres Xinkas se rigen por la energía femenina de Nana Mikeila, la guardiana que cuida el territorio Xinka, por ello cada una desde su identidad como mujeres Xinkas, cuidan y

protegen el territorio.

Son las comunidades indígenas las que habilitan el mundo para que los comunitarios y citadinos tomen agua limpia.

I) Análisis jurídico presentado por la Cámara de Comercio Guatemalteco-Americana (AMCHAM) ante la Corte de Constitucionalidad [folio mil seiscientos seis (1606) de la Pieza IV formada ante esta Corte]

En el sistema judicial guatemalteco se han emitido criterios jurisprudenciales, tanto por la Corte de Constitucionalidad, como por la Corte Suprema de Justicia, fundamentados legal y fácticamente y desarrollados conforme a las circunstancias actuales; en las cuales es obvia y evidente la omisión legislativa que no ha permitido concretizar el procedimiento para llevar a cabo la consulta a los pueblos indígenas, prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Omisión que no es responsabilidad de entidades privadas que invierten en el país, sino del Estado.

Para la resolución del presente proceso de amparo, debe tenerse en cuenta el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia emitida en el caso OXEC, el cual deberá utilizarse como herramienta técnica judicial que permita mantener la armonía concretizada en otro fallo que, aunque individual, ha sido emitido en particulares y similares circunstancias.

La sentencia del caso OXEC marca un antes y un después dentro del capítulo de la aplicación del Convenio 169 citado, en ese fallo la Corte de Constitucionalidad: **i)** plasmó de forma fundamentada los lineamientos internacionales, sustantivos y procedimentales que integran el derecho de consulta, el cual categoriza como parte del bloque de constitucionalidad

guatemalteco; **ii)** enmienda de forma provisional, por medio de una macrosentencia, la falencia sistemática gubernamental que menoscaba el derecho humano fundamental de consulta que gozan los pueblos indígenas; **iii)** habilita nuevamente la operación del proyecto OXEC y establece un procedimiento *ad hoc* que debe seguir el Ministerio de Energía y Minas para el caso particular de OXEC y la comunidad indígena *q'eqch*i; y **iv)** en virtud de la falta de reacción del Congreso, luego de varias exhortaciones de la Corte de Constitucionalidad, conmina nuevamente a los Diputados del Congreso a que en el plazo de un año generen el proceso legislativo necesario para suplir el vacío legal existente.

Coherentemente con lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad en la sentencia del caso OXEC y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en algunos de sus fallos, respecto del derecho humano de consulta de los pueblos indígenas, es obligación del Estado de Guatemala acomodar su estructura institucional interna para asegurar su protección.

Es el Estado de Guatemala quien se ha adherido al tratado internacional que regula el derecho de consulta a los pueblos indígenas, por lo que es la autoridad estatal la principal obligada de promover su protección por medio de la correcta y precisa implementación de mecanismos legales e institucionales que faciliten su respeto. La carencia de legislación ordinaria en la materia no puede anular el derecho de consulta a los pueblos indígenas, porque ello significaría que la validez de un acto omisivo menoscabaría un derecho humano fundamental; sin embargo, lo anterior genera una situación compleja, porque en un escenario se tiene la protección de un derecho fundamental y, por el otro, la falta de diligencia del Estado de Guatemala, como principal obligado en emitir la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

normativa que asegure la protección de ese derecho, afectando directamente al sector privado en detrimento de otro derecho fundamental como lo es el de propiedad privada.

Un concepto básico enraizado en el término justicia es el de: *"Dar a cada quien lo que merece";* ese principio fue aplicado correctamente por la Corte de Constitucionalidad al emitir una macrosentencia, acatada por la Corte Suprema de Justicia, que debe guiar la decisión del Tribunal Constitucionalidad en el presente caso.

Se debe de considerar la sentencia del caso OXEC y emitir un fallo congruente con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en la instancia anterior y que: **i)** no entorpezca las operaciones de Minera San Rafael; **ii)** confirme la ordene al Ministerio de Energía y Minas que realice las consultas a los pueblos indígenas de conformidad con los lineamientos plasmados por la Corte de Constitucionalidad y **iii)** refuerce la conminatoria al Congreso para que en el plazo de un año genere el proceso legislativo correspondiente.

Guatemala, por ser un país en vías de desarrollo, requiere capital extranjero para impulsar cualquier agenda de desarrollo económico y social. De conformidad con lo anterior, resulta fundamental la atracción de inversión extranjera. Sin embargo, esto al implicar un alto riesgo para el inversionista, requiere que el Estado garantice la efectividad del principio de seguridad jurídica. El mejoramiento de la seguridad jurídica depende de la optimización de tres capacidades: **i)** capacidad de gobierno; **ii)** capacidad de producción legislativa y reglamentaria y **iii)** capacidad de gestión judicial y administrativa, que en conjunto afectan el clima de negocios que incide como variable de competitividad para atraer capital extranjero de forma directa. Lo anterior consiste en un modelo de

buena gobernanza, en función a la seguridad jurídica, bajo el cual se debe basar la actuación Estatal para efecto de poder mejorar su competitividad en atraer aquella inversión.

La capacidad de Gobierno consiste en la naturaleza política y grado de institucionalidad que tiene el Estado. Particularmente, para el caso de seguridad jurídica, se refiere a la independencia de los tres organismos del Estado y el respeto al derecho en general, como fuente de estabilidad e institucionalidad.

Capacidad de producción legislativa y reglamentaria, se refiere a la calidad normativa que rige el ordenamiento interno y el proceso mediante el cual son emitidas tales normas. A nivel legislativo, el proceso de promulgación de normas incide directamente en la calidad de las mismas; se debe contar con el conocimiento técnico y el consenso político para promulgar leyes dirigidas a regular un tema, sin otorgar beneficios arbitrarios a sectores particulares.

Y la capacidad de gestión judicial y administrativa se refiere a la calidad de operación del aparato judicial administrativo al ejercer el control de legalidad y constitucionalidad en sus decisiones. Algunas de las condiciones para asegurar esta calidad son: imparcialidad política y económica del poder judicial; capacidad de poder administrar los casos de forma eficiente sin incurrir en mora judicial; la revisión de los actos administrativos, con base en el principio de legalidad; el uso de la jurisprudencia para otorgar certeza y predictibilidad al sistema judicial, labor que corresponde realizar a esta Corte.

En el presente proceso de amparo, la Corte de Constitucionalidad debe observar los tres elementos citados, en la forma que sigue:

En la capacidad de Gobierno, esta Corte debe asegurar su imparcialidad e independencia como órgano controlador del orden Constitucional y garantizar el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

respeto al derecho como elemento necesario de institucionalidad. Esto implica que su esfera de Poder Judicial no debe ser penetrada por factores políticos externos provenientes del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y/o sociedad civil. La decisión de la Corte debe obedecer y respetar estrictamente el derecho, ya sea contenido en las normas o en la jurisprudencia.

En la capacidad de producción legislativa y reglamentaria, la Corte de Constitucionalidad ha desarrollado doble función: **i)** en vista de la falencia operativa del Congreso, esta Corte ha tenido que suplir dicho vacío legal y, a la vez, conminar a dicho órgano a que produzca el elemento legislativo faltante y **ii)** por antonomasia, es el ente de control de legalidad y constitucionalidad, ex post, de la normativa emitida por el Congreso. Sus sentencias deben observar la legislación ordinaria y la constitucional, así como sus propios precedentes.

Respecto de la Gestión Judicial y Administrativa, la Corte debe reflejar alta capacidad en cada uno de sus fallos porque estos trascienden más allá del caso concreto, generando expectativas de aplicabilidad que inciden en las decisiones de inversionistas establecidos o que pretenden establecerse en el país. Debe existir un alto nivel de diligencia en cada pronunciamiento porque sus decisiones coadyuvan con la buena gobernanza del Estado de Guatemala.

Tahoe Resources, Inc. es la accionista mayoritaria de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, si bien es una entidad formalmente constituida en Canadá, se cotiza en la Bolsa de Nueva York y dirige su administración y operación por medio de filiales estadounidenses, en ese sentido, de conformidad con la estructura corporativa y operativa de Tahoe Resources, Inc. con respecto a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, podrían considerarse protegida por el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana,

Centroamérica y Estados Unidos -CAFTA-DR-.

Para que un inversionista se entienda protegido por el Capítulo 10 citado debe, preliminarmente, encajar dentro del concepto de inversión e inversionista de otra Parte que establece el Artículo 10. Para hacer tal determinación, es preciso analizar el Artículo 10.28 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos -CAFTA-DR-, que contiene ambas definiciones: *"*(…) *Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:* (…) *(b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa* (…)*"*, por medio de la participación accionaria de Tahoe Resources, Inc. en Minera San Rafael, Sociedad Anónima, las filiales estadounidenses pudieran considerarse como las que controlan indirectamente la inversión accionaria en el territorio guatemalteco. Por el otro lado, *"(...) inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte (...)"*. De conformidad con el texto citado, indiscutiblemente las filiales estadounidenses aludidas encajan dentro de lo que se considera inversionista de una Parte.

Consecuentemente, si en determinado caso se decide elevar la presente disputa a un plano internacional, la inversión realizada por Tahoe Resources, Inc. y sus filiales estadounidenses en el territorio nacional, podrían considerarse como una inversión cubierta por el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre

República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos -CAFTA-DR- y acreedora de todas sus prerrogativas.

El citado Capítulo establece ciertas disposiciones como estándares mínimos de protección que un Estado parte debe garantizar a las inversiones cubiertas de otro Estado Parte. Para el caso de Minera San Rafael, debe aplicarse la obligación de Nivel Mínimo de Trato, que incluye la obligación del Estado de proveer un trato justo y equitativo de acuerdo al derecho internacional consuetudinario.

Dependiendo del resultado del caso Minera San Rafael, el Estado de Guatemala podría enfrentar arbitraje de inversión en su contra, ya sea dentro del foro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI–, como del Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil –CNUDMI–, a efecto de debatir sobre el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el citado Tratado de Libre Comercio.

La obligación de trato justo y equitativo que debe el Estado de Guatemala a los inversionistas podría verse inobservada desde dos perspectivas: **i)** por la negligencia del órgano legislativo de promulgar la normativa interna que regule el proceso de consulta a los pueblos indígenas, lo que hace imposible su cumplimiento, generado alto nivel de inseguridad a los inversionistas; y **ii)** desde la óptica internacional, resolver este caso en sentido distinto al dispuesto en el caso *OXEC*, podría ser considerado como arbitrario, violando el debido proceso de los inversionistas.

En los casos Teco Guatemala Holdings LLC contra Guatemala y *Railroad Development Corporation* contra Guatemala, el Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI–, declaró que el Estado

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

de Guatemala violó la obligación de trato justo y equitativo prevista en el Artículo 10.5 del citado Tratado. En el segundo caso citado, el Estado de Guatemala fue condenado a pagar al inversionista la cantidad de once millones trescientos seis mil setecientos cuarenta . nueve dólares de los Estados Unidos de América (USD11,306,740.9), por concepto de compensación por daños. Recientemente, en el primero de los casos relacionados, el Estado de Guatemala fue condenado a pagar la cantidad de veintiocho millones seiscientos veintiún mil doscientos cuarenta y siete. cuatro dólares de los Estados Unidos de América (USD28,621,247.4) también por concepto de compensación por daños y gastos y costos legales.

Las cifras citadas son altas para una economía en desarrollo. Guatemala se encuentra actualmente en crisis económica y política; por lo que no debe sumarse, a esa situación, otros aspectos perjudiciales.

J) Análisis jurídico presentado por el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH) [folio mil seiscientos dieciocho (1618) de la Pieza IV ante esta Corte]

a) Vigencia de la licencia *Juan Bosco*

La Licencia de exploración *Juan Bosco* fue concedida a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el nueve de mayo de dos mil doce, para un período de dos años. Sin embargo, la compañía aludida solicitó dos ampliaciones para extender su vigencia, las cuales aún no han sido resueltas por el Ministerio de Energía y Minas. De conformidad con lo anterior, no es atendible lo alegado por algunas de las partes procesales en cuanto a que tal derecho al encontrarse vencido, no genera afectación alguna a los derechos del pueblo Xinka, en consecuencia, tales argumentos no deben ser atendidos por la Corte de Constitucionalidad.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

b) Inobservancia del derecho de consulta a los pueblos indígenas asentados en las áreas en que se desarrollan los proyectos mineros *Escobal* y *Juan Bosco*

Se encuentra acreditada la violación a los derechos denunciados, en virtud que la autoridad objetada no agotó el proceso de consulta con el pueblo indígena Xinka, previo al otorgamiento de las licencias mineras *Escobal* y *Juan Bosco*, en los términos previstos por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, extremo que se acredita con el informe circunstanciado presentado por el Ministro de Energía y Minas.

Frente a la demanda de protección constitucional, el Ministro de Energía y Minas, informó que la institución que representa: *"*(…) *al realizar el diagnóstico comunitario previo a otorgar las licencias mineras objeto del presente amparo, determinó de conformidad con los registros del último Censo de Población y Habitación del año 2002 que realizó el Instituto Nacional de Estadística, que en el área de influencia directa del polígono de las licencias mineras no se identifican pueblos indígenas. A pesar de lo anterior el Ministerio de Energía y Minas sí realizó un proceso previo de carácter informativo y participativo al que asistieron autoridades representativas de la comunidad, cumpliendo con las premisas y principios que indica la OIT y el Convenio 169; para demostrar lo anteriormente manifestado se acompaña el Anexo I".*

No obstante, lo afirmado por el Ministro de Energía y Minas, el representante legal de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, sostiene que: *"En el presente caso, el Ministerio de Energía y Minas previo a otorgar la licencia del Proyecto Minero El Escobal, estableció que de la población (11,201 habitantes) del municipio de San Rafael Las Flores únicamente el 1% se identifica como*

*perteneciente a una etnia maya o Xinka, producto de la migración. Lo anterior se hizo constar en el documento elaborado por dicho Ministerio denominado ´*Primer Diagnóstico Comunitario Proyecto de Explotación Minera Escobal San Rafael Las Flores, Santa Rosa´ (Anexo 19). Dicha información se corrobora con los datos proporcionados por el Registro Nacional de las Personas de Guatemala, el sitio web del Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala, el diagnóstico elaborado por el Ministerio de Cultura y Deportes en el año dos mil dieciséis denominado "*Situación de la Cultura Xinka*" y el censo del Instituto Nacional de Estadística. [Según el censo poblacional referido y lo afirmado por la autoridad cuestionada en su informe circunstanciado, únicamente en los municipios de Casillas del departamento de Santa Rosa y San Manuel Chaparrón del departamento de Jalapa no se reporta población que se autoidentifique como Xinka.]

El área de afectación de las operaciones derivadas de la licencia de explotación denominada Escobal, además del municipio de San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa, abarca los municipios de Mataquescuintla, San Carlos Alzatate y Jalapa del departamento de Jalapa; así como los municipios de Casillas, Nueva Santa Rosa, Santa Rosa de Lima, Barberena, Santa Cruz el Naranjo y Cuilapa del departamento de Santa Rosa, lo que se acredita con el Convenio de Aporte Voluntario celebrado entre el Ministerio de Energía y Minas y la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el cual se estipuló en la cláusula "*CUARTA*: *"*(…) *Manifiestan los partes que el aporte regulado en el presente convenio, será distribuido de lo siguiente manera: a) Un tres por ciento (3%) dividido en formas iguales al Estado y la municipalidad donde se lleve o cabo lo actividad extractiva. En el presente caso, dicho Municipalidad es lo Municipalidad de San Rafael Las Flores. b) Un uno por ciento*

(1% dividido en partes iguales entre los municipios de influencia directa de lo actividad extractiva. Dichos municipios son: del departamento de Jalapa: c.1) Mataquescuintla; c.2) San Carlos Alzatate; c.3) Jalapa; del departamento de Santa Rosa: c.4) Casillas; c.5) Nueva Santa Rosa; c.6) Santa Rosa de Lima; c.7) Barberena; c.8) Santa Cruz el Naranjo y c.9) Cuilapa (…)*"*

La autoridad cuestionada, por el deber de debida diligencia en cuanto a la realización de consulta, debió realizar el proceso consultivo con el pueblo Xinka asentado en todos los municipios afectados.

La documentación presentada y los argumentos insostenibles de la autoridad cuestionada y las terceras interesadas permiten concluir que no se realizó proceso de consulta al pueblo Xinka. Derivado de lo anterior, correspondería conforme a lo previsto por el ordenamiento jurídico nacional y los estándares internacionales, confirmar la protección constitucional, debido a la violación a los derechos de consulta del pueblo Xinka, debiendo ordenarse que se extremen las reglas de la debida diligencia de las autoridades estatales para evitar vulnerar los derechos de pueblos originarios reconocidos en el Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, previo al otorgamiento de cualquier licencia de reconocimiento, exploración y explotación minera.

c) Modificación ilegal de las áreas otorgadas en las licencias mineras concedidas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima

Para evitar dar cumplimiento a la obligación de consulta, la autoridad objetada, en alianza con la entidad minera, modificó deliberadamente las áreas afectadas, reduciéndolas a la amparada en la licencia de explotación *Escobal,* la cual es de diecinueve . nueve mil novecientos veinticinco kilómetros cuadrados

(19.9925 Km2). Y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, a un área de cuarenta y cinco kilómetros cuadrados (45 Km2). a pesar de que conforme al Convenio suscrito entre el Ministro de Energía y Minas y la referida entidad el área afectada comprende un total de diez municipios pertenecientes a los departamentos de Jalapa y Santa Rosa.

d) De la configuración de fraude de ley

Las circunstancias de que haya mediado manipulación de las áreas de influencia de los proyectos y que las licencias otorgadas en el caso sometido a juicio hayan sido emitidas con inobservancia del deber de consulta, que a tenor de lo previsto en el Artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es de carácter imperativo e ineludible, configura el fraude de ley, prohibido por los Artículos 44 y 176 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y previsto en el 4 de la Ley del Organismo Judicial. La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre el fraude de ley en sentencias de ocho de agosto de dos mil once, cinco de agosto de dos mil dos y catorce de enero de mil novecientos noventa y tres, dictadas dentro de los expedientes 2906-2011, 737-2002 y acumulados 241-1992 y 245-1992, respectivamente.

Al respecto, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD– en su Informe Nacional de Desarrollo Humano, Riesgos de Corrupción en el Otorgamiento de Derechos Mineros en Guatemala (2015/2016), señaló: *"(…) el Estado permite la extracción de sus bienes naturales, muchas veces a costa de la estabilidad y el bienestar de sus pueblos, debido a su débil capacidad de regulación, así como, deficiencias estructurales que han sido revelados en el informe Nacional".* Destaca que la vulneración al derecho de consulta ha sido una preocupación recurrentemente denunciada en los informes anuales de la Oficina

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala.

e) Extensión territorial sobre la cual la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, aduce poseer derechos mineros

De conformidad con el reporte anual emitido por el Consejo de Ética para el Fondo de Pensiones Global del Estado Noruego en dos mil catorce, la entidad Tahoe Resources Inc, ha afirmado que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, posee derechos mineros en un área aproximada de dos mil quinientos kilómetros cuadrados (2,500 Km2); no obstante, según información proporcionada por el Ministerio de Energía y Minas (en el sitio web: http://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2018/06/Ot_santarosa.pdf) la licencia Escobal ampara una extensión de diecinueve . nueve mil novecientos veinticinco kilómetros cuadrados (19.9925 Km2), ubicada en San Rafael Las Flores, municipio del departamento de Santa Rosa, aprobada mediante resolución mil trescientos dos (1302), el tres de abril de dos mil trece y la licencia Juan Bosco de cincuenta y nueve . nueve mil ciento sesenta y seis kilómetros cuadrados (59.9166 Km2), que abarca los municipios de San Rafael las Flores y Casillas del departamento de Santa Rosa; así como, Mataquescuintla del departamento de Jalapa, otorgada mediante resolución cero cero nueve (009), el veintiocho de abril de dos mil doce. De esa cuenta, las licencias cuestionadas Escobal y Juan Bosco comprenden, en total, una extensión aproximada de setenta y nueve . nueve mil noventa y un kilómetros cuadrados (79.9091 Km2).

Conforme a la información publicada por el Ministerio de Energía y Minas, la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima solamente tiene registradas cuatro licencias, siendo estas: *Juan Bosco* LEXR – cero ochenta y nueve – cero

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

ocho (LEXR-089-08), *Escobal* LEXT – cero quince – once (LEXT-015-11), *Lucero* LEXR – cero cuarenta y uno – cero seis (LEXR-041-06) y *Andrés* LEXR – cero treinta – cero siete (LEXR-030-O7), las cuales totalizan un área equivalente a ciento sesenta y nueve . siete mil trescientos cuarenta y un kilómetros cuadrados (169.7341 Km2), cuya extensión comprende municipios de los departamentos de Santa Rosa, Jalapa, Jutiapa y Guatemala; no obstante, la entidad propietaria de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha afirmado que posee derechos sobre veintidós (22) licencias, que en promedio comprenden un área de dos mil quinientos kilómetros cuadrados (2,500 km2).

f) De la manipulación y ocultamiento de información

Minera San Rafael, Sociedad Anónima y la entidad propietaria de esta "Tahoe Resources Inc" ocultó y manipuló la información siguiente: **a)** la empresa tenía conocimiento desde la adquisición en dos mil diez, que las licencias mineras adquiridas producto de la transacción de compra-venta realizada con Goldcorp Inc, otorgadas a la entidad Entre Mares, Sociedad Anónima, se encontraban en territorios cuya población pertenecía al pueblo Xinka, como consecuencia de ello, en el informe titulado Proyecto Escobal Guatemala NI cuarenta y tres – ciento uno (NI 43-101), realizado en dos mil diez por AMEC Americas Limited –AMEC–, se ponderó en la evaluación preliminar como un aspecto de alto riesgo los aspectos culturales y patrimoniales, ante la evidencia arqueológica en la zona; **b)** el rechazo de los pueblos originarios de Guatemala a las actividades mineras, afirmando que la empresa no tiene conocimiento de la presencia de población indígena que resida en el "área inmediata al proyecto", sin embargo, las licencias adquiridas llamadas Oasis Lucero y Andrés cubrían un área aproximada de ciento cincuenta y dos kilómetros cuadrados (152 km2),

equivalentes a quince mil doscientas (15,200) hectáreas excedían el ámbito territorial del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, derivado de ello, en el informe anual del período finalizado en dos mil once, afirma que la empresa "*(…) no tiene conocimiento de ninguna población indígena que resida en el área del Proyecto Escobal. Según el Instituto Nacional de Estadísticas de Guatemala (Censo 2002), la población de San Rafael Las Flores es noventa y nueve . seis por ciento (99.6%) ´ladino´, es decir de origen hispano y no indígena*", lo cual implica que al menos el cero . cuatro por ciento (0.4%) de la población en dicho municipio era perteneciente a algún pueblo originario del país; **c)** que no obstante reportar pago de impuestos al treinta de septiembre de dos mil diecisiete, ha efectuado un total de sesenta y cinco solicitudes de devolución de créditos fiscales a la Superintendencia de Administración Tributaria, de los cuales: ocho devoluciones han sido aprobadas sin ajustes, veintiocho devoluciones han sido aprobadas con ajustes, nueve se encuentran en proceso de auditoría y diez están pendientes de auditoría y **d)** que la tasa de retorno de capital invertida promedio se ha fijado en cincuenta y uno . cuatro por ciento (51.4%), pudiendo alcanzar el setenta . uno por ciento (70.1%) con lo cual el capital invertido según sus propias proyecciones sería en el peor de los escenarios de dos años, el cual según la última proyección alcanzaría un retorno promedio de capital equivalente al sesenta y ocho . cinco por ciento (68.5%) sobre un capital de cuatrocientos cinco . cuatro millones de dólares de los Estados Unidos (USD405.4 millones).

g) Sobre los daños causados a la población indígena

Según los documentos que obran en el expediente se pone de manifiesto el rompimiento del tejido social, producto de las acciones realizadas por Minera San

Rafael, Sociedad Anónima.

Además, las operaciones mineras amparadas en la licencia *Escobal* han generado daños a la población que no han sido resarcidos por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, como fueron puestas en conocimiento por los miembros de los Consejos Comunitarios de Desarrollo de "Los Planes", "El Fucío", "Estanzuelas", "Aldea La Cuchilla" y "Las Nueces", tal como quedó documentado en actas en las que constan reuniones sostenidas con Consejos Comunitarios de Desarrollo de algunas comunidades aledañas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en las que se evidencian los daños provocados por las actividades que realiza dicha entidad, entre los que se destacan: **a)** Reunión llevada a cabo en el Consejo Comunitario de Desarrollo –COCODE– de Los Planes el cinco de abril de dos mil diecisiete, según el punto tercero del acta LPN – uno – dos mil diecisiete (LPN-1-2017): *"*(…) *Los miembros del COCODE plantearon las preocupaciones y sugerencias orientadas al derecho minero El Escobal: a) la preocupación que nacimientos de agua se han secado a partir de la presencia minera en el área, b) ruidos y vibraciones por las detonaciones las cuales han provocado que las casas se rajen y que han quitado la paz a las personas para dormir tranquilos, c) PQIYQ-—Y contaminación por los químicos que utiliza la mina, d) así mismo, se identifican como la aldea más afectada por el trabajo minero, e) mantienen una preocupación de la situación que se generará cuando la mina cierre y la sugerencia de que los aportes de la mina sean proyectos auto-sostenibles, como una cooperativa que ayude a que los grupos de agricultores puedan darle un valor agregado a sus productos, y f) posibilidades de trasladar las actuales condiciones de trabajo para que se mantengan en el tiempo* (…)*";* **b)** en reunión realizada en el Consejo Comunitario de Desarrollo –

COCODE– de El Fucío el seis de abril de dos mil diecisiete, se puso de manifiesto en el punto cuarto del acta que: *"*(…) *Dentro de los daños que se perciben, los miembros del COCODE plantearon las preocupaciones y sugerencias orientadas en torno el derecho minero El Escobal, a) rajaduras en las casas y vibraciones, considerados ya como una comunidad evaluada por la CONRED en naranja, b) la preocupación del ruido que se escucha toda la noche, c) la preocupación del polvo que se levanta, d) que se están haciendo perforaciones mineras a menos de 40 metros de nacimientos de agua y se han secado pozos de agua, además de sentirse amenazados a que el agua que encuentran tenga altas cantidades de metales pesados y solicitan poder hacer monitoreo del agua que consumen, para lo que el representante del Ministerio de Ambiente indica que ese monitoreo puede solicitarse al Ministerio de Salud, e) la falta de aportes a su comunidad por parte de la mina, f) en el tema laboral manifiestan que generalmente se contrata a personas de otros municipios, así como que los beneficios son mayores para los que no son de San Rafael* (…)*";* **c)** en reunión sostenida en el Consejo Comunitario de Desarrollo –COCODE– de Estanzuelas el cinco de abril de dos mil diecisiete, en el punto tercero del acta EST número uno – dos mil diecisiete (EST No. 1-2017): *"*(…) *Los miembros del COCODE plantearon las preocupaciones y afectaciones que consideran que se han suscitado en torno al derecho minero El Escobal: a) la contaminación que ha provocado la mina, b) la preocupación de la disminución de la cantidad de agua a partir de la presencia de la mina, c) la preocupación de que la tierra ha disminuido su capacidad afectando en la producción de cultivos, principalmente de café, d) la presencia de vibraciones en su comunidad, y e) manifiestan que se sienten engañados ante cualquier ayuda que provea la mina, manipulando a la gente*

para aceptarlos y utilizando las firmas de los comunitarios para promocionar el desarrollo social de la mina (…)*"* y **d)** en reunión sostenida con miembros del Consejo Comunitario de Desarrollo –COCODE– y comunitarios de la aldea La Cuchilla el seis de abril de dos mil diecisiete, en el punto tercero del acta, se indica que: *"*(…) *Los miembros del COCODE plantearon las preocupaciones y sugerencias orientadas al derecho minero El Escobal: a) que las visitas que realizan a la mina han sido limitadas para no entrar a los espacios donde están afectando o donde pasan debajo de su comunidad, b) que los monitoreos que se han instalado en su comunidad han sido manipulados, c) las vibraciones se han mantenido y cada vez son más fuertes en su comunidad y han causado rajaduras en toda la comunidad y los han tratado de desalojar pero se sienten manipulados y las pocas familias que quedan se ven obligados por la empresa para irse al ser amenazados con que los servicios que se habían instalado poco a poco desaparecen, d) al haber sido declarados como comunidad inhabitable por CONRED, se sienten amenazados a que su comunidad no tenga servicios y condiciones que antes tenían, e) así mismo, se identifican como una de las aldeas más afectadas por el trabajo minero y consideran que lo mejor sería suspender las operaciones mineras hasta que se encuentre una solución, salvaguardando la vida de las personas* (…)*"*

h) Demandas y denuncias realizadas contra Minera San Rafael, Sociedad Anónima y Tahoe Resources Inc, en el plano internacional

El rechazo de las operaciones mineras en el área afectada por las licencias *Escobal* y *Juan Bosco*, son anteriores al otorgamiento de las licencias por parte de la autoridad impugnada a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, extremo que fue del conocimiento del Ministerio de Energía y Minas, de los

representantes de Minera San Rafael, Sociedad Anónima y de Tahoe Resources Inc, [propietaria de los activos de Minera San Rafael, Sociedad Anónima], así como de la sociedad guatemalteca y comunidad internacional, no obstante, las licencias mineras fueron otorgadas mediante procedimiento en el que se manipuló información por parte de agentes estatales en alianza con el sector empresarial y financiero, nacional e internacional.

La entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y la entidad Tahoe Resources Inc, en alianza con el sector empresarial, han realizado campañas de cabildeo internacional y nacional para influir en actores políticos, diplomáticos y en la opinión pública para presionar a los órganos jurisdiccionales a los que ha correspondido conocer la presente acción de amparo, tal y como lo han documentado entidades de derechos humanos y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala.

Además, las operaciones desplegadas por Minera San Rafael, Sociedad Anónima y la entidad propietaria Tahoe Resources Inc, en el área de influencia de las licencias mineras otorgadas y en trámite, además de la violación al derecho de consulta del pueblo Xinca, han propiciado el incremento de los niveles de violencia social, vulneraciones de derechos humanos de autoridades ancestrales, lideresas y líderes comunitarios, personas defensoras de derechos humanos, e, incluso el hostigamiento y ataque contra magistradas y magistrados, acciones que han motivado el retiro de inversionistas y la promoción de demandas ante tribunales canadienses y estadounidenses, así como, la incorporación en el año dos mil diecisiete de la empresa propietaria de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el informe *Dirty Profit* -Ganancias Sucias-, por las operaciones del proyecto denominado *Escobal* ejecutado en el territorio

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

nacional.

Las prácticas empresariales de Minera San Rafael, Sociedad Anónima y la entidad propietaria de esta, Tahoe Resources Inc, ejecutadas en alianza con agentes estatales, el sector empresarial y financiero nacional e internacional, han generado inseguridad, lo cual ha provocado el retiro de inversionistas, la promoción de demandas ante órganos jurisdiccionales en Canadá y Estados Unidos de América, así como el Sistema Interamericano. Por ello, resultaría paradójico y contrario al ordenamiento jurídico, permitir que esa empresa continúe desarrollando operaciones durante el proceso de consulta al pueblo Xinka, siendo procedente revocar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Las diversas acciones legales promovidas en el ámbito internacional son: **a)** demanda promovida ante la Corte del Distrito Oriental de Nueva York por Tyler Sanders y otros contra Tahoe Resources Inc, C.Kevin MaCarthur, Ronald W. Clayton, Mark Sadler y Elizabeth Macgregor por violación a las leyes federales de valores, caso número uno : diecisiete – cv – cero cuatro mil cincuenta y dos (Caso No. 1:17-cv-04052). En ella se sostiene que los demandados presentaron información falsa a los accionistas sobre el cumplimiento de la obligación de consulta a los pueblos indígenas que se encuentran en el área de influencia del proyecto minero *Escobal*; **b)** ante la Corte del Distrito de Nevada se sustancia la demanda promovida por Oussama Attigui y otros contra Tahoe Resources Inc, Elizabeth McGregor, Mark Sadler, Ronald W. Clayton y Kevin McArthur, por violación de las leyes federales de valores, caso número dos : diecisiete – cv – mil ochocientos sesenta y ocho (Caso No. 2:17-cv-1868). En la acción promovida se afirma que la demandada realizó declaraciones falsas en torno a la licencia

Escobal, otorgada a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, lo cual provocó que algunos accionistas compraran acciones de Tahoe Resources Inc, a precios mayores a los reales; **c)** ante el sistema jurídico canadiense se sustancia demanda contra Tahoe Resources Inc derivado de los graves perjuicios provocados por personal de seguridad de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en abril de dos mil trece, al abrir fuego contra personas que manifestaban pacíficamente contra las operaciones mineras que realiza la entidad citada, así como por manipulación de la escena del crimen por parte de su personal y el Ejército y la Policía Nacional Civil de Guatemala; **d)** el ocho de abril de dos mil catorce, el Consejo de Ética para el Fondo Global de Pensiones del Gobierno Noruego, recomendó al Ministro de Finanzas de ese país la exclusión de Tahoe Resources Inc, por considerar que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha vulnerado derechos humanos, derivado de la actividad de explotación minera que desarrolla en Guatemala. Sobre el derecho de consulta puntualizó que: *"*(…) *no es suficiente que un proceso de consulta satisfaga los requisitos legales formales si la legislación no concuerda con los estándares internacionales* (…)*"* Derivado de lo anterior, los fondos del gobierno noruego fueron retirados de las inversiones de Tahoe Resources Inc, desde el uno de enero de dos mil quince; **e)** el ocho de mayo de dos mil diecisiete, Justice and Corporate Accountability Project, presentó solicitud para que la entidad Tahoe Resources Inc fuera investigada, en vista que omitió divulgar información importante sobre las operaciones en curso de la minera con licencia *Escobal* y la propuesta de su expansión. Al referirse a los procesos de consulta llevados a cabo en Guatemala argumentó que tanto Minera San Rafael, Sociedad Anónima, como sus partidarios *"*(…) *han presentado demandas para evitar que las personas voten o se invaliden los resultados*

desfavorables de dichos votos (…) [asimismo, Tahoe Resources Inc,] *argumentó en diciembre de 2015 que el grado de apoyo de la comunidad debería determinarse por el número de alcaldes que reciben regalías* (…) [según la información proporcionada por la referida entidad, quien] *tenía información de que cuatro meses antes, una serie de consultas en la región habían tenido por resultado alcaldes que rechazaron las regalías* (…) [por lo que] *tenía información sobre la falta de apoyo a sus operaciones, pero no la divulgó".* Como puede advertirse las prácticas empresariales de Minera San Rafael, Sociedad Anónima y su propietaria Tahoe Resources Inc, han tenido costos significativos para la vigencia de los derechos humanos, el Estado de Derecho y la seguridad jurídica en Guatemala, como factor clave para propiciar inversión extranjera y **f)** incorporación de Tahoe Resources Inc, propietaria de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el Informe *Dirty Profit* -Ganancias Sucias-. El referido informe analiza las empresas y entidades financieras que violan normas y estándares ambientales, así como derechos humanos. El informe publicado en dos mil diecisiete, incluyó a la entidad aludida por las operaciones que realiza en Guatemala, habida cuenta que desde el dos mil once, ha existido oposición a las operaciones desarrolladas por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, lo que ha quedado evidenciado en los referendos practicados en los municipios circundantes a los proyectos. Destaca, además, que en abril de dos mil trece, se otorgó la licencia de explotación minera *Escobal*, sin tomar en consideración las más de doscientas quejas individuales que fueron presentadas por motivos ambientales. Como resultado de lo anterior, la licencia se encuentra sujeta a diversos procesos legales. Y puntualiza que los funcionarios de gobierno que otorgaron las licencias renunciaron a mediados de dos mil quince, por denuncias

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de corrupción, en las cuales se vieron involucrados el presidente y vicepresidenta del país. Asimismo, señala que desde que entró en operación la mina, a principios de dos mil catorce, se han reportado escases de agua, secado de pozos en varias comunidades cercanas y se ha documentado contaminación hídrica, así como daños a casas que se cree están relacionados con explosiones y el tráfico de camiones.

En el mismo sentido, relaciona las referidas prácticas empresariales con actos de violencia, manipulación de información, omisión de divulgar información relevante y violación de derechos humanos. El incumplimiento de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, se encuentran documentado en el Primer Diagnóstico Comunitario: Proyecto de Explotación Minera Escobal, San Rafael las Flores, Santa Rosa, realizado por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, en el cual consta que: **a)** la percepción positiva que tenían los comunitarios varió, porque muchos de los ofrecimientos realizados por la entidad referida no se llevaron a cabo; **b)** *"San Rafael Las Flores tiene alta vulnerabilidad ambiental, por el mal manejo de sus recursos hídricos y ecosistemas prioritarios, así como por la intensidad de uso del suelo. También tiene alta vulnerabilidad político institucional por la baja participación de la sociedad civil e interinstitucional para fomentar el desarrollo del municipio, al relacional las amenazas y la vulnerabilidad se puede catalogar a San Rafael Las Flores con alto riesgo"* y **c)** *"Mucha de la conflictividad desatada hasta ahora puede minimizarse y de alguna manera hasta resolverse si se informa a la población de manera oficial y sobretodo objetiva sobre el proyecto minero, ya que gran parte del descontento se debe a la desinformación o poco acceso a información verídica que se tiene".*

i) Ganancias generadas por el proyecto de explotación *Escobal* y capital invertido por Minera San Rafael, Sociedad Anónima

Según información proporcionada por la entidad propietaria de Minera San Rafael, Sociedad Anónima la tasa de retorno de capital invertido promedio de esa entidad, después del pago de impuestos, sería el siguiente: **a)** cincuenta y uno (51%) sobre un capital inicial de trescientos veintiséis . seis millones de dólares (USD326.6) y **b)** sesenta y ocho . cinco por ciento (68.5%) sobre un capital de cuatrocientos cinco . cuatro millones de dólares (USD405.4). La Corte de Constitucionalidad puede advertir que, según la información publicada por Tahoe Resources Inc, (en el sitio web: http://www.tahoeresources.com/wpcontent/uploads/2017/10/TahoeSR2016SpanishW.pdf.) la venta de plata, que se obtuvo como producto de las operaciones de la licencia *Escobal* durante dos mil dieciséis, alcanzó un total de trescientos dieciséis . ocho millones de dólares (USD316.8). Únicamente con esa operación, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, recuperó el noventa y siete por ciento (97%), del total de capital que espera invertir durante toda la vida útil de la mina, según su primera proyección y el setenta y ocho por ciento (78%), de conformidad con la última proyección estimada. Es preciso advertir que las sumas que esperaría invertir, serían los gastos que la empresa proyecta tener durante toda la vida útil de la mina, por lo que aún no han representado un desembolso efectivo, mientras las ganancias obtenidas de la comercialización de plata, es una suma que efectivamente ya obtuvo dicha entidad.

Conclusiones y peticiones de fondo

En torno al derecho de consulta, es relevante la recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, sobre los informes periódicos

décimo noveno a vigésimo segundo (19º a 22º) combinados de Costa Rica. Ese país ha desarrollado proceso participativo en el cual, respetando el derecho de los pueblos originarios, autoridades estatales y de los pueblos originarios han puesto en marcha un mecanismo con amplia participación social.

La Corte de Constitucionalidad puede advertir que los principios, reglas y prácticas internacionales han ido evolucionando hasta llegar a considerar que no se requiere una ley emanada del poder legislativo, sino un "mecanismo práctico" que sea incluyente y respete las formas de organización social y prácticas culturales de los pueblos originarios.

Esta solución representaría un avance en el estancamiento que ha tenido el proceso legislativo, el cual, por diversas razones ha sido desatendido reiteradamente por el Congreso de la República, de allí, la necesidad de innovar la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad, en vista que una solución distinta podría no solamente lesionar los derechos de los pueblos originarios, sino, además, intensificar los niveles de violencia y violación a los derechos humanos.

Oportuno resulta acotar, que la falta de una ley o mecanismo, no exime a las autoridades estatales para tornar operativos los derechos contenidos en el Artículo 66 de la Constitución Política de la República y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En este caso, como lo ha afirmado la Corte de Constitucionalidad en diferentes fallos, es procedente: **a)** confirmar la protección constitucional otorgada al pueblo Xinka de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa; **b)** suspender, conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico y los estándares internacionales, las operaciones de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, para

garantizar la protección de los derechos que han sido vulnerados; **c)** ordenar a la autoridad cuestionada, que en observancia del deber de debida diligencia establezca la potencial afectación de los derechos de consulta de otros pueblos que pertenecen a la cultura maya; **d)** innovar la doctrina de la Corte de Constitucionalidad, en el sentido de que el Organismo Ejecutivo desarrolle, en observancia del deber de debida diligencia, un mecanismo de consulta con la participación de autoridades de los pueblos originarios radicados en Guatemala, en el cual se respeten las formas de vida y organización social de cada pueblo y **e)** establecer medidas que garanticen la no repetición de las violaciones denunciadas.

El conocimiento que tuvo la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y la entidad propietaria Tahoe Resources Inc, de la presencia de población indígena en el área de influencia del proyecto extractivo y la manipulación de la información, sobre la presencia del pueblo Xinka en el área de influencia, torna procedente que la Corte de Constitucionalidad revoque la posibilidad de que dicha entidad desarrolle operaciones, porque no solamente ha generado condiciones para presionar a los órganos jurisdiccionales para obtener un fallo favorable, no obstante, ser notoriamente ilegal el otorgamiento de las licencias mineras, por haber violado el derecho de consulta del pueblo Xinka.

K) Análisis jurídico presentado por la Cámara de Comercio Guatemalteco-Canadiense (CANCHAM) ante la Corte de Constitucionalidad [folio mil setecientos once (1711) de la Pieza IV formada ante esta Corte]

a) Obligaciones del Estado de Guatemala respecto de inversores

El Estado de Guatemala tiene la obligación de proteger y promover la economía, el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala

reconoce la libertad para ejercer actividades económicas y productivas; esa disposición constitucional debe ser integrada con lo regulado en los Artículos 118 y 119 constitucionales, que prevén las obligaciones estatales de: **i)** estimular las actividades industriales; **ii)** orientar la economía para generar riqueza y una adecuada distribución de la misma y **iii)** promover desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país. Asimismo, el Artículo 39 constitucional protege la propiedad privada, como derecho fundamental y en sus Artículos 101 y 102, tutela el derecho al trabajo, que en este caso asiste a los trabajadores de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y sus proveedores.

Los derechos aludidos también se encuentran protegidos en múltiples instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad.

El marco jurídico descrito es congruente con otras obligaciones estatales contraídas en el plano internacional relativas a la protección de la inversión extranjera, tales como las que se derivan del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA), cuya observancia supone el cumplimiento de los estándares de trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena.

b) La inversión extranjera como método para garantizar el desarrollo económico. El impacto económico y fiscal de los proyectos mineros en la economía de Guatemala

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Uno de los métodos más efectivos para garantizar el desarrollo económico de los Estados, especialmente de aquellos que se encuentran en vías de desarrollo, es la atracción de Inversión Extranjera Directa (IED). Esta consiste en la colocación de capital en un país extranjero, mediante la inversión; como ocurre con Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en Guatemala.

En cuanto al sector minero, destaca que constituye el segundo rubro más importante de inversión extranjera directa en Guatemala, lo anterior es consecuencia de las inversiones realizadas por dos entidades extranjeras denominadas: Goldcorp, INC. y Tahoe Resources, INC., casa matriz de Minera San Rafael, Sociedad Anónima.

En el informe titulado "*Impacto Económico y Fiscal de Proyectos Mineros en Guatemala*" elaborado por *Central American Business Intelligence* -CABI-, se exponen datos económicos que cuantifican la inversión directa realizada por Goldcorp, INC. y Tahoe Resources, INC. en la República de Guatemala, que se calcula superior a dos mil millones de dólares de los Estados Unidos (USD 2,000,000,000.00), por tal razón representa una de las mayores inversiones individuales en la historia del país. Esta ha tenido un efecto directo en el aumento de los índices de desarrollo económico del Estado, porque cada operación minera apareja el pago de regalías, impuestos y aportes voluntarios. Se estima que, en los últimos diez años, esa industria ha generado al Estado de Guatemala más de tres mil quinientos millones de quetzales (Q3,500,000,000.00) en concepto de impuestos y regalías.

Dicho informe también contiene datos sobre los estados financieros de las referidas transnacionales, impuestos y regalías pagadas por el sector de minas y canteras de Guatemala, las ganancias que percibe el Estado y las regalías en

América Latina.

El sector de Minas y Canteras de Guatemala ha contribuido en los últimos diez años con el pago de cinco mil seiscientos veintitrés millones . cincuenta y tres de quetzales (Q5,623,000,000.53) en concepto de impuestos ordinarios. Es importante resaltar que los impuestos pagados por el sector de minas y canteras, ha disminuido desde el dos mil catorce, debido a las pérdidas operativas de las empresas que trabajan en el país y al cierre de las mismas.

Las regalías, tanto legales como voluntarias, constituyen uno de los principales aportes que el sector minero otorga al país. Las primeras corresponden al cuatro por ciento (4%) del ingreso total de las entidades mineras y las segundas representan el uno por ciento (1%) del aludido ingreso. El Estado de Guatemala, en el dos mil quince, percibió cerca de ochocientos millones de quetzales (Q800,000,000.00) en concepto de regalías y ciento sesenta millones de quetzales (Q160,000,000.00) en dos mil dieciséis y dos mil diecisiete.

Los mandatos imperativos de promoción y protección de las inversiones, adquieren un matiz aún más trascendental en contextos de pobreza y exclusión. De conformidad con cifras suministradas por del Banco Mundial, el porcentaje de guatemaltecos que vivían en pobreza extrema en dos mil catorce, era del sesenta por ciento (60%) es decir, nueve . seis (9.6) millones de personas se encontraban en esa condición. Precisamente, para contrarrestar los flagelos que reciente la población de un país lacerado por la pobreza, es imperioso que este incentive, proteja y genere métodos que promuevan su desarrollo económico. Según diagnóstico realizado por el Banco Mundial, los bajos niveles de inversión en Guatemala han incidido en su insuficiente crecimiento en productividad y competitividad. Asimismo, de conformidad con estimaciones realizadas por esa

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

institución, si se incrementaran las inversiones a niveles proporcionales (según el Producto Interno Bruto –PIB–) a los de México, Perú y Chile, sería suficiente para que Guatemala aumentara uno por ciento (1%) en su crecimiento económico, lo que en términos de desarrollo económico es una cantidad elevada, pues se estima que el porcentaje actual es de tres . dos por ciento (3.2%) aproximadamente. En otras palabras, aumentando la inversión en proporciones similares a las de los referidos países, el crecimiento económico en Guatemala incrementaría treinta y tres por ciento (33%) aproximadamente. Además, en otros reportes, el Banco Mundial ha indicado que las abrumadoras cifras sobre los niveles de pobreza en el país, demandan la adopción de medidas urgentes tendientes a fomentar su crecimiento económico.

c) Montos de la inversión realizada por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en territorio guatemalteco

Contrario al discurso erróneo que sostiene que las regalías son bajas y que las entidades mineras perciben la mayor parte de las ganancias generadas, Guatemala obtiene las regalías más altas de Latinoamérica. Esto en atención a que el porcentaje de regalías que exige la legislación interna, es calculado sobre las ventas brutas de las operaciones mineras. Asimismo, es importante indicar que la actividad minera es una de las principales generadoras de divisas, lo cual ha coadyuvado a evitar la depreciación de la moneda nacional.

En el diagnóstico realizado por el Banco Mundial, constan dos datos fundamentales para comprender el aporte de la minería al país. El primero refiere que de los guatemaltecos que viven en extrema pobreza, ninguno se dedica a actividades de minería, esto se explica porque el sector minero provee salarios dignos, lo cual contribuye a combatir la pobreza. El segundo, indica que quienes

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

se dedican a la actividad minera son libres de pobreza extrema, dadas las condiciones favorables de trabajo.

Tahoe Resources Inc. por medio de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha invertido en Guatemala más de mil doscientos millones de dólares de los Estados Unidos (USD1,200,000,000.00) de la manera siguiente: **i)** Adquisiciones de capital: ochocientos noventa millones de dólares de los Estados Unidos (USD 890 millones); **ii)** Mantenimiento: catorce millones de dólares de los Estados Unidos (USD14 millones); **iii)** Inventarios: treinta y ocho millones de dólares de los Estados Unidos (USD 38 millones) y **iv)** Otros gastos de construcción: trescientos diez millones de dólares de los Estados Unidos (USD 310 millones). La inversión realizada por Tahoe Resources Inc., para el desarrollo y operación del proyecto minero Escobal, cuyo titular es Minera San Rafael, Sociedad Anónima, constituye la mayor inversión realizada por dicha entidad.

Desde el inicio de sus operaciones, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha otorgado al Estado de Guatemala el pago de más de mil millones de quetzales (Q1,000,000,000.00) en concepto de impuestos y regalías, a un ritmo de, por lo menos, doscientos millones de quetzales (Q200,000,000.00) al año, sin contar el pago de los impuestos indirectos que se generan, los empleos, consumos diarios, entre otros.

d) Parámetros para la resolución del caso concreto. Consecuencias que tendría acoger la petición de anulación de las licencias conferidas

La Corte de Constitucionalidad, al resolver el presente asunto, debe apegarse al criterio asentado en fallos precedentes, relativo a la no suspensión de la autorización administrativa cuestionada en casos en los que se analiza la posible violación del derecho de consulta previa. En el asunto bajo análisis, la

suspensión definitiva de la licencia otorgada a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, acarrearía graves consecuencias que afectarían la economía nacional y principalmente la economía local del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa y constituiría incumplimiento por parte del Estado de Guatemala de sus obligaciones constitucionales de impulsar, fomentar y proteger la inversión y el comercio para alcanzar el desarrollo.

En el presente caso, la amparista pretende que el Tribunal Constitucional declare la suspensión definitiva de las operaciones de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, especialmente las que se llevan a cabo en virtud de la licencia de explotación *Escobal*, bajo el argumento de que se incumplió con la obligación de realizar proceso de consulta previo al otorgamiento del citado derecho minero, de conformidad con la regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

La Cámara de Comercio Guatemalteco-Canadiense -CANCHAM- sostiene que el desarrollo sostenible de todo proyecto y actividad económica, para que sea viable debe conciliar factores sociales, económicos y ambientales. En ese sentido, todo proyecto debe llevarse a cabo entablando relaciones transparentes, comunicación y diálogo con las comunidades que se encuentran dentro del área de influencia.

Con base en los datos financieros y económicos reportados en el informe anteriormente relacionado, se colige que en caso de que el Tribunal Constitucional acoja las pretensiones de la amparista, tal decisión produciría grave afectación a la economía del país, en vista que se dejarían de percibir ingresos millonarios, incrementaría la tasa de desempleo y disminuiría considerablemente la inversión extranjera directa. Por esta razón, la Corte de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Constitucionalidad ha sostenido criterio relativo a la no suspensión de autorizaciones administrativas en acciones constitucionales en las cuales se denuncia violación al derecho de la consulta previa a pueblos indígenas.

Los perniciosos efectos que acarrearían la suspensión definitiva de operaciones son predecibles mediante el análisis de las consecuencias derivadas de la suspensión provisional decretada por la Corte Suprema de Justicia, en razón de que ha representado la pérdida de millones de quetzales en impuestos y regalías para el país, además ha afectado a los habitantes y principalmente a los trabajadores del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa.

Desde que se otorgó el amparo provisional en dos mil diecisiete, el Estado de Guatemala ha dejado de percibir aproximadamente cincuenta millones de quetzales (Q50,000,000.00) en concepto de regalías, han sido despedidos alrededor de quinientos trabajadores y se ha generado abrupta caída en la venta de minerales, lo cual ha afectado la generación de divisas.

Las consecuencias descritas son meramente ilustrativas del grave impacto que tiene el desarrollo de las actividades mineras que realiza Minera San Rafael, Sociedad Anónima, sobre la economía del país, ya que, al día, se pierden millones en impuestos y regalías que debieran destinarse a atender las necesidades básicas de las comunidades aledañas al proyecto, así como de toda la población. De la resolución que se dicte en el caso bajo análisis depende el ingreso directo de miles de millones de quetzales y, colateralmente, el futuro de otras inversiones extranjeras en el país, las cuales son indispensables para la generación de empleo y desarrollo económico en Guatemala; consiguientemente, es imprescindible que la Corte de Constitucionalidad cumpla los plazos previstos

en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Es menester que el Tribunal Constitucional se apegue a los precedentes asentados en casos similares, en los cuales claramente ha determinado que las autorizaciones administrativas otorgadas no deben ser suspendidas, cuando la solicitud de tutela constitucional deriva de la supuesta vulneración del derecho de consulta previa, regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, tomando en consideración que el objeto del citado instrumento internacional, es el diálogo de buena fe entre el Estado, las comunidades y entidades comerciales.

La información proporcionada permite concluir que las actividades mineras tienen consecuencias prácticas y sensibles que afectan el desarrollo económico de Guatemala y el ejercicio de los derechos fundamentales de su población. Además, la protección a la inversión extranjera y la libertad de industria son derechos humanos y, por tanto, merece todos los esfuerzos del Estado para garantizar su goce efectivo.

L) Análisis jurídico presentado por el Procurador de los Derechos Humanos ante la Corte de Constitucionalidad [folio mil setecientos cincuenta y tres (1753) de la Pieza IV formada ante esta Corte.]

a) El cumplimiento de los presupuestos procesales

Aseguró no debe darse prevalencia excesiva y rigorista al cumplimiento de los presupuestos procesales que viabilizan la procedencia de la citada garantía constitucional, sino que debe primar la protección de los derechos fundamentales denunciados. Además, al no existir resolución del *a quo* en la cual haya dispuesto la suspensión definitiva del amparo se colige el cumplimiento de los requisitos formales aludidos.

b) La urgencia de la emitir sentencia

En ejercicio de sus atribuciones como defensor de los derechos e intereses difusos de la población, recalcó el carácter urgente de la emisión de sentencia que decida el asunto llevado a sede constitucional, en vista de su trascendencia social e interés nacional.

La imperiosa necesidad de pronto pronunciamiento por la Corte de Constitucionalidad atañe tanto a las comunidades indígenas que se consideran agraviadas, como a la tercera interesada, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, pues el excesivo prolongamiento de los efectos positivos de la disposición que otorgó el amparo provisional solicitado, particularmente la orden de suspensión de operaciones, puede ocasionar consecuencias altamente perniciosas para sus intereses.

c) La inobservancia del derecho de consulta. Existencia de pueblo indígena en el área de influencia del proyecto

En el caso que se analiza se destaca que: **a)** según estudio de caracterizaciones departamentales realizado por el Instituto Nacional de Estadística en dos mil doce, la población indígena en Santa Rosa y Jalapa es del tres por ciento (3%) y cero . uno por ciento (0.1%), respectivamente, información que respalda lo manifestado por la entidad amparista respecto a la existencia de comunidades indígenas en el área de influencia que debieron ser consultadas previo al otorgamiento de las licencias mineras; **b)** el Estado de Guatemala, al ser parte del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, está obligado a observar sus preceptos, lo cual incluye la regulación relacionada con el derecho de consulta de los pueblos indígenas, en virtud del cual debe dotarse de procedimientos o mecanismos de participación a esas colectividades para que de forma previa e informada se pronuncien sobre la adopción y aplicación de

medidas legislativas o administrativas, como la autorización de programas de prospección o explotación de recursos naturales en sus territorios, lo que según lo expresado por la postulante del amparo no ocurrió, de esa cuenta, tal extremo debe ser dilucidado; **c)** de conformidad con la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en materia de consulta a pueblos indígenas, esta debe llevarse a cabo en proceso previo e informado y debe versar sobre aquellas decisiones que puedan afectar los intereses de estos grupos; **d)** la Unidad de Acceso a la Información Pública del Ministerio de Energía y Minas, como resultado de la solicitud de información pública realizada por la amparista informó, en resolución de diecisiete de abril de dos mil diecisiete, que la citada Cartera no realizó proceso de consulta a pueblos indígenas previo al otorgamiento de las licencias mineras, en vista que en el área de influencia del proyecto no tiene asiento ninguna comunidad indígena y **e)** el Diagnóstico Situación de la Cultura Xinka elaborado por el Ministerio de Cultura y Deportes en dos mil dieciséis, demuestra que existen poblaciones indígenas ubicadas en los departamentos de Santa Rosa, Jalapa y Jutiapa, por lo que el actuar de la autoridad cuestionada es discriminatorio.

d) Pertinencia de la aplicación de la sentencia estructural emitida en el expediente 90-2017, 91-2017 y 92-2017 (caso Oxec y Oxec II)

El Tribunal Constitucional que conoce la presente controversia, debe sustentar su resolución en el contenido de la sentencia proferida dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 (caso Oxec y Oxec II), en virtud que esta sentencia es de carácter estructural y, en consecuencia, sentó las bases para resolver casos futuros en los cuales el acto que se reclama sea la omisión de proceso de consulta previa e informada; lo que coadyuva a la

agilización de la emisión del fallo.

Los lineamientos proporcionados en el citado precedente resultan aplicables al caso bajo estudio, porque el acto reclamado en ambos procesos constitucionales es fundamentalmente la autorización de licencias por el Ministerio de Energía y Minas inobservando el derecho de consulta que asiste a las comunidades indígenas interesadas, de conformidad con lo previsto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Aunque en puridad el otorgamiento de licencia para la instalación de central hidroeléctrica y las de explotación y exploración minera son diametralmente diferentes, las consideraciones respecto a su naturaleza carecen de relevancia, pues esto no constituye el objeto de la controversia.

Aunado a lo anterior, los agravios denunciados en uno y otro guardan estrecha semejanza, porque en términos generales los postulantes denunciaron conculcación a su derecho de consulta, lo cual les impidió participar en las decisiones del órgano administrativo.

La Corte de Constitucionalidad debe aplicar al presente asunto los parámetros establecidos en la sentencia estructural dictada en el caso Oxec y Oxec II, pues esto facilitará la emisión del fallo correspondiente, tomando en consideración que el objeto de esta clase de pronunciamientos es dar solución programática a reiterados problemas de la administración pública para evitar que se continúen vulnerando derechos fundamentales y facilitar la resolución de casos similares, como el presente. Los lineamientos decantados en el precedente antes referido, deben ser observados en el caso objeto de análisis, dada su pertinencia en los aspectos siguientes: **a)** la entidad amparista cumple el presupuesto procesal de **legitimación activa**, porque al dedicarse a la protección del medio ambiente,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

tiene interés directo en el asunto, por cuanto que la actividad de extracción de minerales constituye un potencial riesgo para el ambiente; **b)** al no hacerle dado intervención a la postulante en el procedimiento administrativo que subyace al amparo, no puede exigirse el cumplimiento de los requisitos de **temporalidad y definitividad**, asimismo, porque el derecho de consulta es imprescriptible; **c)** el **marco legal que regula el derecho de consulta a pueblos indígenas** fue consignado en el considerando VI de la sentencia cuya base se invoca para la solución del presente caso, siendo: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, esto conforme el bloque de constitucionalidad reconocido en la doctrina legal sentada por la Corte de Constitucionalidad, quien además lo cataloga como principio general del Derecho Internacional y derecho fundamental justiciable; **d)** otros apartados de la sentencia dictada en el caso Oxec y Oxec II son útiles para fallar en el presente asunto, tales como el considerando IX, que siguiendo el contenido del Artículo 6, literal a), del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo refiere las circunstancias que hacen obligatoria la realización de proceso consultivo y el considerando decimo (X), el cual resalta el carácter preventivo de la referida medida gubernativa, así como su calidad de verdadero diálogo en el que priman la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento, el respeto mutuo, la orientación objetiva de arribar a consensos, la concreción mediante procedimientos culturalmente apropiados, en los que se respeten las costumbres y tradiciones de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

los pueblos indígenas y tribales; definiendo la esfera competencial que rige y limita la actuación de la autoridad administrativa; **e)** como ya se ha manifestado, dado el carácter estructural del precedente multicitado y ante la inexistencia de la normativa local pertinente deben atenderse los lineamientos en él establecidos, con el objeto de que dotar de plena validez los procesos de consulta a pueblos indígenas que se practiquen; **f)** debe observarse lo dispuesto en el considerando décimo segundo (XII) de aquella sentencia, pues en él se especificó la forma como debe desarrollarse el proceso de consulta a los pueblos interesados, principalmente, porque en este caso al igual que en aquel, se incumplió con la obligación de realizar ese proceso y **g)** también es relevante el análisis de su Considerando décimo tercero (XIII), dado que el respeto al derecho de consulta permite valorar y determinar la vigencia de las autorizaciones conferidas por la autoridad que se cuestiona.

LL) Análisis jurídico presentado por Don Wallace Jr. ante la Corte de Constitucionalidad [folio de la pieza formada ante esta Corte]

a) Los compromisos internacionales contraídos por el Estado de Guatemala. Normas de protección a la inversión extranjera

El Estado de Guatemala ha contraído diversos compromisos internacionales por medio de convenios y tratados internacionales, tales como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, diversas convenciones de la Organización Internacional del Trabajo y el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (DR-CAFTA por sus siglas en inglés).

El Capítulo 10 del último instrumento citado, contiene disposiciones que

protegen la inversión internacional, incluyendo de forma no limitativa, lo siguiente:

i) Trato Justo y Equitativo: Guatemala tiene la obligación de tratar a los inversionistas extranjeros de forma justa, observando el debido proceso. La jurisprudencia ha abordado casos que involucran la negación de justicia como parte del trato justo y equitativo. La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas también ha establecido que los gobiernos pueden ser responsables por las actividades de sus Cortes.

ii) Protección y Seguridad Plenas: esta protección supone la obligación de debida diligencia de Guatemala en proteger a los inversionistas extranjeros contra la violencia, dentro del ejercicio de sus facultades policiales. Notablemente, tribunales arbitrales internacionales han establecido el alto grado de diligencia que deben garantizar los Estados sede, concepto que han ampliado a la seguridad comercial, legal y física de las inversiones.

iii) Expropiación: en Guatemala está prohibida la expropiación o nacionalización de cualquier tipo, ya sea directa o indirecta, sin indemnización justa y propósito público.

En materia de inversión extranjera, el concepto de legalidad bajo el derecho internacional consiste en el ejercicio adecuado de las facultades reguladoras del Estado sede. En efecto, existen dos facultades reguladoras que son relevantes: **1)** las ambientales y la protección de las comunidades indígenas, municipalidades, entre otras y **2)** las que rigen el ejercicio de poder público respecto de la aprobación de contratos, estatutos o tratados que aprueban inversiones extranjeras. Cuando las citadas facultades reguladoras entran en conflicto, debe acudirse al derecho internacional para decidir cuál debe prevalecer en cada caso particular. De tal manera que si el presente asunto

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

llegara a discutirse en la instancia internacional es probable que el tribunal a quien corresponda juzgar, decida el asunto conforme las normas de Derecho Internacional.

Guatemala ha adoptado un sistema legal moderno comprometido con la protección de los derechos económicos de su pueblo y de los inversionistas extranjeros, así como del Estado de Derecho, además ocupa un lugar en el orden legal internacional y percibe beneficios económicos y sociales por ser miembro de la comunidad de las Naciones Unidas. Derivado de lo anterior, bajo el derecho internacional, y en especial en observancia de las Normas de Responsabilidad del Estado aceptadas bajo la costumbre jurídica internacional y como se establece en los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de las Naciones Unidas, es plenamente aceptado y reconocido que las resoluciones dictadas por la Corte de Constitucionalidad, por tratarse de un órgano del Estado, aparejan responsabilidad para Guatemala, lo que, naturalmente, tiene repercusiones en el plano internacional. Esto significa que las decisiones asumidas por el citado Tribunal Constitucional no producen consecuencias únicamente a nivel nacional, sino que también pueden afectar otras naciones y, por ende, las obligaciones contraídas por el Estado.

La adhesión de los Estados al Derecho Internacional es inherente a sus obligaciones económicas, lo que propicia ambiente comercial estable y predecible entre las naciones. De conformidad con lo anterior, la Corte de Constitucionalidad, al resolver, debe ordenar el restablecimiento inmediato de la licencia *Escobal.* La decisión en ese sentido observaría las obligaciones internacionales contraídas por Guatemala.

En cuanto a la **protección de los derechos económicos en Guatemala**

refirió que, con base en la legislación interna, la costumbre jurídica internacional y en adherencia a regímenes económicos internacionales el Estado de Guatemala reconoce derechos económicos sustanciales que protegen tanto a nacionales, como extranjeros y prevé mecanismos para hacerlos efectivos.

Los redactores de la Constitución Política de la República de Guatemala, con apego al derecho internacional, enumeraron derechos económicos, entre los cuales se encuentran los derechos a la propiedad pública y privada.

En el cuerpo de la Constitución Política de Guatemala existen varias referencias a principios y costumbres del derecho internacional, así como al mandato de participación conjunta del Estado de Guatemala con otras naciones en el contexto internacional. Estas referencias son reflejo del convencimiento de que el texto supremo debe ser interpretado a la luz del derecho internacional, verbigracia los Artículos constitucionales 27; 42; 87; 99; 102, literal t; 106; 121 literal d; 142 y del 149 al 151.

El Artículo 39 constitucional establece que la propiedad privada es un derecho fundamental, asimismo, el Artículo 40 consagra garantías de ese derecho al imponer limitaciones a la potestad gubernativa de expropiación. Resultan de particular relevancia, los Artículos 118 y 119, que establecen la obligación del Estado de Guatemala de: **i)** orientar la economía nacional para que el uso adecuado de los recursos naturales y el potencial humano redunde en incremento de la riqueza y **ii)** promover las actividades industriales, adoptar medidas para asegurar un desarrollo eficiente y aprovechamiento de recursos naturales, así como un desarrollo ordenado y eficiente del comercio nacional y extranjero, respectivamente. Este marco protege sistemáticamente los derechos económicos, lo que denota que las inversiones nacionales y extranjeras son

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

prioridad constitucional.

Guatemala, consistente con los derechos económicos reconocidos en su Carta Magna y observando los instrumentos internacionales que ha ratificado, ha adquirido obligaciones internacionales de carácter comercial, incluyendo derechos que inversionistas extranjeros pueden hacer valer mediante mecanismos internacionales de resolución de controversias.

El multicitado Estado se ha sujetado a obligaciones internacionales significativas que protegen los derechos económicos de quienes comercializan e invierten en Guatemala. Aunque aceptar estas obligaciones conlleva disminución de su poder soberano, también implica el otorgamiento de beneficios para su población en el sector comercial.

Los tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión suscritos por el Estado de Guatemala otorgan protecciones y recursos específicos a los inversionistas extranjeros. El Capítulo 10 del DR-CAFTA contempla la obligación de brindar a los inversionistas extranjeros trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, trato nacional e indemnización por expropiación. En el caso de que algún Estado miembro incumpliera alguna de las citadas obligaciones, los inversionistas afectados estarían facultados para hacer valer sus reclamos ante un tribunal arbitral internacional y demandar el pago de indemnización monetaria. A la presente fecha se han llevado dos casos de arbitraje internacional de inversión contra el Estado de Guatemala bajo el Capítulo 10 del DR-CAFTA, Teco v. Guatemala (2010) y RDC v. Guatemala (2007), en ambos casos la controversia ha sido resuelta en favor de los inversionistas estadounidenses.

b) Inversión extranjera en Guatemala. Caso de Minera San Rafael, Sociedad Anónima

Las estadísticas sobre el comercio y la inversión durante los últimos veinte años demuestran los beneficios económicos que Guatemala ha percibido como resultado de las políticas comerciales liberales que ha adoptado. De forma más significativa se muestran los incrementos adicionales en el comercio e inversión que han ocurrido desde que el DR-CAFTA entró en vigencia el uno de julio de dos mil seis. Según lo muestra el sitio web Export.gov, Estados Unidos es el socio comercial más grande de Guatemala, representando casi un cuarenta (40) por ciento del comercio exterior de ese país.

En el año dos mil trece el Gobierno de Guatemala otorgó a la subsidiaria local de Tahoe Resources, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, licencia de explotación minera denominada *Escobal*. Dicha compañía ha realizado inversiones significativas, así como la contratación de cientos de personas, en su mayoría guatemaltecas. La entidad ha desarrollado sus actividades de buena fe, prueba de ello, es la aprobación por parte del Ministerio de Ambiente y Recursos del Estudio de Impacto Ambiental presentado, requisito indispensable para obtener la citada licencia de conformidad con las leyes guatemaltecas.

Con respecto al sector minero, según información pública, Tahoe Resources ha invertido en Guatemala más de uno . siete millardos de Dólares de los Estados Unidos de América (USD 1.7 millardos), lo cual hace que la industria minera sea la segunda fuente de inversión extranjera más importante en las últimas dos décadas. La entidad mencionada de manera individual representa una de las inversiones más altas en la historia del citado país, ha generado impuestos, regalías y otros beneficios significativos.

c) Consecuencias negativas provocadas por la suspensión de las licencias otorgadas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima. Responsabilidad del

Estado de Guatemala en el plano internacional

La suspensión de dicha licencia y las credenciales de exportación minera han provocado daño económico significativo a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y Tahoe Resources, tales como reducción de personal, entre otras consecuencias. La suspensión de las licencias mineras otorgadas a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha suscitado preocupaciones significativas por parte del gobierno de los Estados Unidos y otros gobiernos e inversionistas extranjeros, por la falta de certeza respecto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala. En casos similares, en los que se ha discutido violación al derecho de consulta el citado Tribunal Constitucional ha permitido la continuación de operaciones en megaproyectos como el presente, por lo que la referida suspensión contradice el criterio aludido.

Asimismo, con base en tratados económicos internacionales, como el DR-CAFTA, la suspensión de las referidas licencias podría considerarse como una privación sustancial de las inversiones extranjeras realizadas en el proyecto de explotación minera *Escobal* y, por lo tanto, constituir una expropiación que propiciaría el cobro de indemnización al Estado de Guatemala por parte de los inversionistas. Adicionalmente, la suspensión indefinida de las licencias mencionadas puede considerarse como una negativa al cumplimiento de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, además, atenta contra las expectativas legítimas de los inversionistas estadounidenses de llevar a cabo los proyectos después de haber cumplido los requisitos que prevé la legislación nacional.

La Corte de Constitucionalidad, al resolver, debe confirmar la decisión asumida por el Tribunal de Amparo de primer grado que dispuso que Minera San

Rafael, Sociedad Anónima, podía continuar con sus operaciones durante la realización de la consulta a los pueblos indígenas. Si la Corte de Constitucionalidad 0decidiera que las operaciones mineras deben permanecer suspendidas durante el proceso de consulta, tal decisión sería contraria a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Guatemala, especialmente en cuanto a los derechos económicos reconocidos en su Constitución y en los instrumentos internacionales que ha ratificado.

La Constitución Política de la República de Guatemala y sus instituciones son consistentes con los estándares del Derecho Internacional, de esa cuenta las decisiones del Tribunal Constitucional guatemalteco son de primordial relevancia respecto de las consecuencias que derivan de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado referido.

CONSIDERANDO

-I-

TESIS QUE FUNDAMENTAN LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

A) El titular del Ministerio de Energía y Minas 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 Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

B) 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 previo a extender licencia para ejecutar proyecto de exploración minera que incluya perforación de pozos.

-II-

ACOTACIONES NECESARIAS

A) En el presente caso, la entidad Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS– acude en amparo contra el Ministro de Energía y Minas, esbozando como acto reclamado "*la discriminación y violación al derecho de consulta a los pueblos indígenas Xinkas de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa afectados por el otorgamiento de las licencias mineras de explotación denominada Escobal y de exploración denominada Juan Bosco.*"

Las licencias a las cuales hace referencia la postulante en el apartado transcrito, son las que se describen a continuación: **i)** licencia de *exploración* minera, denominada *Juan Bosco*, extendida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas –en adelante denominada indistintamente como "la Dirección"–, mediante resolución de veintiséis de abril de dos mil doce, dictada en el expediente SEXR – cero ochenta y nueve – cero ocho (SEXR-089-08), en la cual otorgó a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, facultad exclusiva para *explorar* yacimientos de oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras, en área de cincuenta y nueve . nueve mil ciento sesenta y seis kilómetros cuadrados (59.9166 *Km2*), localizada en los municipios de Mataquescuintla del departamento de Jalapa, y Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; el plazo de vigencia de la licencia se fijó en tres (3) años y **ii)** licencia de *explotación* minera,

denominada *Escobal*, extendida por el Ministerio de Energía y Minas, por medio de resolución de tres de abril de dos mil trece, dictada en el expediente SEXT – cero quince – once (SEXT-015-11), mediante la cual se otorgó a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, el derecho exclusivo de *explotar* productos mineros denominados oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras, en el área de diecinueve . nueve mil novecientos veinticinco kilómetros cuadrados (19.9925 *Km2*), localizada en el Municipio de San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa. La licencia de extendió por el plazo de veinticinco años.

Para efectos prácticos, en adelante en el presente fallo, a la primera de las licencias se le denominará únicamente *licencia de exploración Juan Bosco, e*n tanto que la segunda, se citará como *licencia de explotación Escobal*, sin que resulte necesario la especificación del número y la fecha que corresponde a cada una de las autorizaciones identificadas.

B) La vulneración a derechos constitucionales que formula la postulante surgió, según afirma, por la omisión de agotar, con las comunidades indígenas que se encuentran ubicadas en los municipios en los que se desarrollan aquellos proyectos, el proceso de consulta que prevé el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que para efectos prácticos en adelante se citará, en el presente fallo, únicamente como Convenio 169.

-III-

DEL ANÁLISIS SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA PETICIÓN DE AMPARO QUE SE CONOCE

La Corte de Constitucionalidad ha demarcado jurisprudencialmente que la

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

En el presente caso, se ha aducido por parte de varios de los sujetos procesales, que la petición de amparo incoada carece de algunos de tales presupuestos de viabilidad. Con fundamento en este señalamiento, insisten los exponentes de estos argumentos, la petición de amparo debió ser denegada en primer grado y que, al no haber asumido esa decisión el *a quo*, procede decidirlo así a esta Corte. Siendo que el citado extremo, como se afirmó, es de obligado conocimiento para el Tribunal, antes de conocer los agravios que sobre el fondo de la sentencia apelada se adujeron, se procederá a analizar si concurren o no los presupuestos procesales que se aducen inobservados.

a) Sobre la legitimación activa de la entidad que acude en amparo: se ha afirmado que la entidad Centro del Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –postulante– no ostenta legitimación activa para promover el presente amparo, en atención a que no demostró qué agravio personal y directo le fue causado en la esfera de sus derechos y porque, además, no acreditó ostentar la representación de las comunidades que afirma se encuentran asentadas en el área de influencia de los proyectos mineros referidos.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

En principio cabe citar que la legitimación activa es la capacidad que tienen las personas, individuales o jurídicas, de poder activar un proceso de amparo. Si bien esa condición asiste a aquellos que han sufrido transgresión directa en la esfera de sus derechos, no se constriñe a ese solo supuesto, abarca también a aquellas personas a quienes les ha sido conferida la posibilidad de defender determinados derechos en favor de terceros.

Con relación a la situación específica de la ahora postulante, es menester indicar que, en otros procesos de amparo en los que esa entidad actuó en defensa de derechos de comunidades afectadas por actividades mineras y en los cuales denunció vulneración al derecho de consulta, esta Corte reconoció que la asociación civil referida, sí tiene legitimación para instar la justicia constitucional con ese propósito. Ejemplo de esa tendencia se encuentra contenida en los expedientes 1600-2015 y acumulados 795-2016 y 1380-2016, formados con ocasión de apelación de auto de amparo provisional, carpetas judiciales en las cuales esta Corte dispuso otorgar la protección constitucional interina que la ahora postulante solicitó por el otorgamiento de licencias de exploración minera. En esos casos, al igual que lo hace en el que ahora se conoce, aquella entidad denunció violación al derecho de los pueblos indígenas de ser consultados por medidas que afectan, en especial, su derecho a un ambiente sano. En esos pronunciamientos la Corte dispuso otorgar el amparo provisional pedido, sin cuestionar la legitimación de la postulante. La identidad de los agravios y de la pretensión de aquellos procesos de amparo con el que ahora se conoce, provoca que, por seguridad y certeza jurídica, en este asunto deba reconocerse, también, que a la postulante le asiste legitimación para acudir en amparo en el presente caso. Para fortalecer el criterio anterior, cabe citar que en el expediente 4069-

2015, este Tribunal, en auto de doce de enero de dos mil diecisiete, declaró con lugar la solicitud de aclaración presentada por la entidad Centro del Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala y como consecuencia de haber atendido ese remedio procesal, precisó el reconocimiento de la legitimación de esa entidad para accionar en casos que guardan similitud con este. Para el efecto el Tribunal asentó: "(…) *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* (…)" Concluyó afirmando que: "(…) *Sí se le reconoce legitimación activa al Centro de Acción Legal-Ambiental y Social (CALAS) para promover garantías constitucionales de esta naturaleza, por lo que así deberá entenderse en los pasajes de la sentencia en los que se hace referencia a ese tipo de legitimación*". En resumen, la tendencia de este Tribunal ha sido la de reconocer, a dicha asociación civil, capacidad para promover acciones ordinarias y constitucionales en defensa del derecho a un ambiente saludable, incluso cuando esa denuncia ha estado asociada a la de omisión de consulta a los pueblos indígenas, por estar aquel derecho –a un ambiente saludable– comprendido entre los derechos fundamentales cuya preservación se

persigue asegurar mediante la consulta referida. Debe resaltarse que la ahora postulante ha sido constituida como asociación civil y sus estatutos establecen, como fines y objetivos, entre otros, desarrollar acciones y actividades de incidencia ciudadana relacionada con la fiscalización aplicable a las entidades públicas que tienen competencias en el tema de recursos naturales (renovables y no renovables). Estos argumentos permiten descartar la afirmación de los citados sujetos procesales, en cuanto a que la entidad postulante debía acreditar que ostenta la representación de las comunidades indígenas en favor de quienes asegura accionar, porque, como quedó asentado, esta Corte ya ha reconocido legitimación a la postulante para promover acciones como la que ahora se traslada a conocimiento de este Tribunal.

b) Sobre la temporalidad de la acción: varios fueron los sujetos procesales que aseguraron que la petición de amparo inobservó, en su planteamiento, el plazo de treinta días que la ley de la materia prevé para su promoción. Esa afirmación la hacen depender del momento en el cual, aseguran, la ahora postulante tomó conocimiento de la existencia de las licencias, tanto del proyecto de exploración como de explotación aludidos. Aseguran que, en vista que la persona particular que acudió a efectuar oposición en los expedientes administrativos, actuó con el auxilio del mismo abogado que ahora auxilia a la postulante, y que su gestión la formuló en papel membretado de esa entidad, debe tomarse esa comparecencia como dato referente para determinar el momento en el cual la ahora postulante tuvo conocimiento del otorgamiento de las licencias a las que alude.

Previo a abordar las alegaciones de las partes, es preciso señalar que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en el Artículo 20, prevé que la petición de amparo debe formularse dentro de los treinta días de

conocido por el afectado el hecho que, a su juicio, le perjudica. Sin embargo, esta Corte ha demarcado jurisprudencialmente que ese plazo no puede aplicarse a aquellos casos en los cuales lo que se denuncia es una conducta omisiva. Ha asentado este Tribunal, en número considerable de fallos, que los procederes omisos o de abstención causan agravio continuado que, por mantenerse en el tiempo, pueden ser denunciados sin sujeción al plazo a que alude el precepto citado [ver fallos de veintiséis de mayo y veintiséis de enero, ambos de dos mil diecisiete, así como siete de julio de dos mil dieciséis, dictados dentro de los expedientes 90-2017, 91-2017 y 92-2017, 1798-2015 y 5711-2013].

Esta Corte, con aplicación de la tesis esbozada, estima que las argumentaciones de las partes, respecto a que en este caso se ha incumplido ese presupuesto procesal, no pueden ser atendidas porque, según consta en el escrito inicial de amparo, la denuncia de la entidad postulante gira en torno a que se ha incurrido en discriminación del pueblo indígena Xinka de los municipios de Jalapa y Santa Rosa, por no habérseles consultado previo a otorgar las licencias de exploración minera *Juan Bosco* y de explotación minera denominada Escobal. La postulante no reclama contra un acto positivo, sino que, todo lo contrario, lo que denuncia es una violación producida por una *conducta omisa*. Esta Corte, en reiterados pronunciamientos, ha afirmado que: "(…) *Se configura una excepción a la observancia del presupuesto abordado, puesto que al tratarse de una denuncia por omisión, no resulta aplicable el plazo que para instar la jurisdicción constitucional prescribe el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. En efecto, la violación al derecho de consulta enunciada se estima de carácter permanente, lo que a su vez denota que la propia conducta reprochada –acto negativo, de abstención u omisión– posibilita el conocimiento*

de los motivos de agravio denunciados al ser de naturaleza continuada, en tanto la autoridad obligada soslaye el mandato legal de consultar a la comunidad afectada (…)" [ese criterio se encuentra contenido, entre otros, en los fallos de treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, veintiséis de mayo y veintinueve de junio, ambos de dos mil diecisiete, dictados en los expedientes 2567-2015; 90, 91 y 92-2017 y 3120-2016].

Así lo declaró el Tribunal de Amparo del primer grado al disponer que, al presente caso, no le era aplicable el plazo establecido en el Artículo 20 de la ley de la materia. Minera San Rafael, Sociedad Anónima, discrepa de ese criterio del *a quo* y aduce que siendo que la entidad amparista formuló petición expresa en cuanto a que sean dejadas sin efecto las licencias de exploración y explotación, esto requiere del tribunal una actitud positiva, por lo que la petición de amparo sí está sujeta al plazo que para la promoción de estas acciones prevé la ley.

Sin embargo, a juicio de esta Corte, el equívoco de este argumento radica en el hecho de proponer que la temporalidad de la petición de amparo sea determinada a partir de los efectos que la postulante pretende de la sentencia de amparo, y no del acto reclamado señalado expresamente por la entidad amparista. Estas razones permiten descartar el motivo de agravio analizado y respaldar lo decidido por el Tribunal *a quo* respecto del cumplimiento del presupuesto de temporalidad del presente amparo.

c) De la definitividad de la conducta reclamada: también se adujo que el planteamiento del amparo inobservó el principio de definitividad. Aseguran las partes que se faltó a ese principio en virtud de que, dentro del expediente administrativo de las licencias referidas, han sido planteadas diversas oposiciones, recursos de revocatoria, procesos en la vía contencioso-

administrativa, e incluso otros procesos de amparo, gestiones que, según indican, están pendientes de resolver.

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

Esta Corte estima que los argumentos que han expuesto las partes para denunciar el incumplimiento de este presupuesto procesal no resultan atendibles. 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. En cuanto al derecho de consulta de los pueblos indígenas, esta Corte ha sido enfática en afirmar que: "(…) *Al denunciarse la omisión de la referida autoridad en cuanto a celebrar la consulta previa a la que alude el Convenio 169*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no existen recursos o instancias ordinarios a través de los cuales pueda ventilarse adecuadamente esa situación (…)" [este criterio ha quedado asentado entre otros, en las sentencias de veinticinco de marzo de dos mil quince, veintiséis de marzo de dos mil dieciséis y veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, dictadas en los expedientes 5710-2013, 3753-2014 y acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, respectivamente]. Por esta razón, no se advierte equívoco en el proceder el Tribunal *a quo,* al no haber atendido la denuncia de falta de definitividad que formularon algunas de las partes.

También fue aducido por una de las terceras interesadas que, previo a acudir en amparo, se debió instar, en sede contencioso administrativa, la declaratoria de lesividad de los actos administrativos a que alude la postulante. Se afirmó que, si el Ministerio de Energía y Minas considera dañinas para los intereses públicos las referidas licencias mineras, deben declarar la lesividad de las mismas y solicitar su anulación por la vía contencioso administrativa. Con relación al citado argumento, se estima pertinente reiterar lo afirmado en párrafos precedentes en cuanto a que, la materia de discusión, en un procedimiento de declaratoria de lesividad, dista de aquella que se somete a discusión por vía del presente amparo, consistente en la omisión de consultar a los pueblos indígenas de conformidad con lo regulado en el Convenio 169.

d) Sobre la denuncia de falta de legitimación pasiva del Ministerio de Energía y Minas respecto de la violación que se aduce acaecida en el expediente de la licencia de exploración minera *Juan Bosco*: aducen algunos de los sujetos que participaron en la tramitación del amparo, como terceros con interés, que en cuanto a la licencia minera de exploración *Juan Bosco*, el Ministro

de Energía y Minas carece de legitimación para ser sujeto pasivo del amparo, debido a que esa autorización fue emitida por el Director General de Minería. Por esa misma razón, aseguran, el Tribunal de Amparo de primer grado debió inhibirse de conocer en cuanto este acto administrativo y remitir las actuaciones correspondientes a una Sala de la Corte de Apelaciones.

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

En el presente caso, para examinar la denuncia de incumplimiento del presupuesto procesal de legitimación pasiva, cabe remitir, de nueva cuenta, a la lectura del apartado en el cual la postulante consignó la conducta que denuncia agraviante, la cual difiere de la que las apelantes describen como acto reclamado. El extremo anterior resultaría suficiente para descartar lo argumentado por las partes en cuanto a la inobservancia de ese presupuesto. Sin embargo, 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. Ese criterio se encuentra asentado, entre otras, en las sentencias de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, doce de enero de dos mil dieciséis y

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

veintitrés de noviembre de dos mil quince, dictadas en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017; 5705-2013 y 5713-2013; y 406-2014, respectivamente, en las cuales este Tribunal afirmó: "(…) *Es el Estado de Guatemala, el responsable de llevar a cabo el procedimiento de consulta, por ende, se requiere que el Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas, proceda a realizar la consulta* (…)*"* Así mismo, en el expediente 3753-2014 citado, esta Corte consideró: "(…) *En cuanto a los deberes generales que conciernen a los Ministerios de Estado con relación a la consulta previa a pueblos indígenas* (…) *lo preceptuado en el artículo 194 constitucional, en el cual se les asigna, entre otras funciones, la de ´Velar por estricto cumplimiento de las leyes´ [inciso i]; y, en sintonía con ello, en el artículo 27 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República y sus reformas) figura encabezando las atribuciones generales de los Ministros la de ´Cumplir y hacer que se cumpla el ordenamiento jurídico en los diversos asuntos de su competencia´ [inciso a]. En congruencia con lo explicado en párrafos precedentes, debe entenderse que las expresiones las leyes y ordenamiento jurídico comprenden cualesquiera normativa jurídica aplicable, sea de origen nacional o internacional. Vale resaltar que esta Corte ha estimado en su jurisprudencia reciente que el Ministerio de Energía y Minas es la cartera mediante la cual el Organismo Ejecutivo debe hacerse cargo de practicar la consulta previa a pueblos indígenas, cuando sea procedente* (…)*"* Con base en lo anterior, cuando en los expedientes sustanciados ante la Dirección confluyan las circunstancias necesarias para consultar a las comunidades indígenas en relación a una medida administrativa, no correspondería, estrictamente, a esa oficina el agotamiento del proceso de consulta, sino a la Cartera a la que esa

dependencia pertenece. En el último de los fallos citados en líneas precedentes, esta Corte, en el apartado resolutivo de su sentencia, declaró: *"*(…) *Se ordena a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas que, en un plazo de quince días –contados a partir de la fecha en la que el presente fallo cause ejecutoria–, eleve el expediente administrativo de la licencia de exploración minera* (…) *al despacho superior, a fin de que éste (sic), que aglutina a las autoridades máximas de la cartera en referencia [Artículos 2 y 3 del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas], a la brevedad posible, asuma las medidas y gire las instrucciones pertinentes para que las comunidades indígenas* (…) *para que se realice el procedimiento de consulta* (…)*"* [en similar sentido se emitieron los fallos de veintitrés de enero de dos mil quince, doce de enero y treinta y uno de marzo, ambos de dos mil dieciséis, dictados en los expedientes 406-2014, 411-2014 y 2567-2015, respectivamente]. Esa obligación de remitir lo actuado al Ministerio de Energía y Minas, atiende, precisamente, a que es este el competente para administrar aquel proceso de consulta.

Los precedentes citados resultan valiosos para sustentar el criterio de que el Ministerio de Energía y Minas sí debe soportar la pasividad del presente amparo, por cuanto que lo que se denuncia en este caso, es la omisión de consultar a pueblos indígenas y, como se apuntó, la responsable de observar ese derecho es la Cartera mencionada.

Varias de las terceras interesadas aseguraron que la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, debió inhibirse de conocer de la acción de amparo "*planteada contra la Dirección General de Minería*" y remitirla al Tribunal competente, conforme lo regulado en el Artículo 4 del Auto Acordado 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad. Afirmaron que no podía aducirse como

aplicable lo dispuesto en el Artículo 7 de ese Auto Acordado, porque las licencias otorgadas por las dos autoridades denunciadas, no son resoluciones o actos que hayan sido objeto de conocimiento y resolución en grado.

Este argumento no tiene fundamento, en razón de que, deriva del equívoco de concebir, como uno de los actos reclamados, la licencia de exploración *Juan Bosco* otorgada por aquella Dirección General. Si bien la postulante pide que se deje sin efecto esa licencia de exploración, lo pretende como resultado de reconocer la existencia del proceder reclamado que, como se dejó asentado en líneas anteriores, es la omisión de agotar el proceso de consulta al que se ha hecho referencia, cuya responsabilidad corresponde al Ministerio de Energía y Minas. Por esa razón no se advierte que haya concurrido falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer del caso.

Habiéndose establecido que en la presente acción de amparo concurren y se cumplen los presupuestos procesales que establecen tanto la doctrina como la ley de la materia, procede conocer los restantes motivos de agravio que expusieron los apelantes en sus respectivos escritos de apelación. Por razones prácticas, se agruparán las alegaciones de los sujetos procesales cuyas argumentaciones fueron coincidentes, sin que resulte preciso describir la parte que adujo cada razón de agravio. Para establecer la parte a la cual corresponde cada alegación bastará con remitirse a la lectura de los *resultandos* del presente fallo.

-IV-

MÉTODO A APLICAR PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO

Como quedó asentado en la parte inicial del presente fallo, la denuncia de la entidad postulante gira en torno a que se ha incurrido en discriminación del

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

pueblo indígena Xinka de los municipios de Jalapa y Santa Rosa, por no habérseles consultado previo a otorgar las licencias de exploración minera *Juan Bosco* y de explotación minera denominada *Escobal*.

Por razón de método, en el primer apartado se asentará el marco referencial general que rige los derechos que el Convenio 169 garantiza a los pueblos indígenas, con especial enfoque en la forma en la cual los Estados deben observar los compromisos internacionales relacionados con dichos colectivos humanos, en el contexto de las actividades de exploración y explotación mineras. Al ser distintas las actuaciones administrativas en las cuales se aduce inobservado ese derecho que asiste a aquellos colectivos, se procederá a efectuar análisis, en forma individualizada, de los expedientes administrativos que documentan el trámite de las licencias de exploración y explotación, esto último con el objeto de establecer si al otorgar la titularidad de los derechos mineros conferidos a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, se incurrió o no en la violación que denuncia la entidad amparista.

-V-

EL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANTE ACTIVIDADES MINERAS

A) El derecho de consulta de los pueblos indígenas regulado en el Convenio 169. Los supuestos para su procedencia y sus alcances

El Convenio 169 resguarda con preponderancia 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,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

en la cual se fundamentan todas las disposiciones de este instrumento internacional [observaciones individuales dirigidas a Dinamarca y Paraguay dentro del Informe general rendido en el seno de la nonagésima primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en dos mil tres].

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, literal a), del Convenio 169, debe consultarse a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Esta Corte ha afirmado que ese precepto no define la expresión "*medidas administrativas*" a la cual hace referencia, por lo que, para efectos de su aplicación práctica, 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*.

Tomando como parámetro la normativa internacional citada, se ha sostenido que para que proceda la consulta es necesario que concurran dos circunstancias: la primera, que las acciones o decisiones del poder público encuadren en el concepto genérico de medidas administrativas o legislativas; y la segunda, que pueda razonablemente preverse que la decisión afectará *en forma directa* a los pueblos indígenas. Sobre este último punto, es pertinente resaltar que existe vasta jurisprudencia de este Tribunal en cuanto a que la afectación directa se determina en función de la incidencia que esas medidas puedan tener en sus condiciones de vida –sea de índole social, económica, espiritual, ambiental, sanitaria, alimentaria, etc–. A esto obedece que los Estados estén obligados a asumir todas las medidas necesarias, a fin de que no se cause menoscabo en la identidad cultural y subsistencia digna de los pueblos indígenas

[ver sentencias de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete y doce de enero de dos mil dieciséis, dictadas dentro de los expedientes 90-2017, 91-2017 y 92-2017, 411-2014 y 3753-2014].

Se estima relevante aludir al alcance que se ha reconocido al derecho de consulta de los pueblos indígenas como herramienta de preservación de su identidad cultural. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denotado la trascendencia de observar ese derecho; para ello ha afirmado que: "(…) *El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones, instituciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser estas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. De este modo, la obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho [a] la identidad cultural, basada en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio*" [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.* Washington, D.C., Estados Unidos: OEA/Ser.L/V/II, pp. 86-87].

Ha sido enfática la Comisión al afirmar que la previsión de que los Estados cumplan con consultar a los pueblos indígenas, cuando se avizoren medidas que puedan afectarles, propende a la preservación de la supervivencia del pueblo indígena o tribal, de conformidad con sus modos ancestrales de vida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió que 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. [Corte IDH. 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].

La Comisión, en similar sentido, describe que el término supervivencia no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de cada uno de los integrantes de aquellos pueblos, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo indígena con su cultura y su territorio [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., p. 87].

Los pronunciamientos de los mencionados órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han sido determinantes en reconocer que el proceso de consulta es una herramienta instituida para mantener, salvaguardar y asegurar la forma de vida de los pueblos indígenas y tribales, sin que sea dable entender que se trata de un mecanismo para garantizar la subsistencia de sus integrantes individualmente considerados; por el contrario, es uno de los baluartes instituidos en el ámbito internacional, para coadyuvar con la preservación y conservación de la existencia digna de tales pueblos.

B) Medio ambiente y vínculo especial de los pueblos indígenas con sus territorios y recursos naturales. La consulta prevista en el Convenio 169 como mecanismo de protección

Posee especial relevancia para la resolución del presente asunto, hacer

referencia a la consulta como medio idóneo para que los pueblos indígenas participen, activamente, en el diseño e implementación de medidas de protección al medio ambiente, en caso de proyectos que impacten su entorno.

El Convenio 169 confiere particular protección al derecho al medio ambiente sano que asiste a los pueblos indígenas, extremo que puede denotarse del contenido de varios de sus preceptos, que aseguran el resguardo de ese derecho. De la misma manera, el citado instrumento internacional establece los mecanismos idóneos para que los Estados cumplan con su obligación de permitir que los pueblos interesados participen en el diseño de mecanismos de protección del medio ambiente que les rodea.

La protección específica que ese instrumento internacional confiere al derecho a un ambiente sano de los pueblos originarios atiende a la relación especial que estos poseen con la tierra, derivado de su cosmovisión. Entendida esta como: *"El cuerpo de ideas, concepciones e interpretaciones que tienen los seres humanos sobre su posición en el mundo y frente a la naturaleza que los rodea, los astros y el papel de sus antepasados* [Claudia Dary Fuentes, citando a Florescano, Diagnóstico Situación de la Cultura Xinka. Ministerio de Cultura y Deportes. (2016). Guatemala, Guatemala: Cuidado Editorial: Ediciones Maya' Na'oj]. O también: *"El complejo de representaciones, ideas y creencias que orienta el comportamiento social del hombre (...)* [Es] *la visión estructurada en la cual los miembros de una comunidad combinan de manera coherente sus nociones sobre el medio ambiente en que viven, es decir, la percepción cultural de la naturaleza, y sobre el cosmos en que sitúan la vida del hombre"* [Lorente Fernández, David. (2006). Infancia nahua y transmisión de la cosmovisión: Los ahuaques o espíritus pluviales en la Sierra de Texcoco (México). Boletín de Antropología Universidad

de Antioquia, volumen (20), núm. 37, pp. 152-168 Universidad de Antioquia Medellín, Colombia].

Las descripciones teóricas apuntadas en el párrafo que antecede, hacen referencia a la particular forma que tienen los pueblos indígenas de concebir el Universo. Dentro de tal concepción, un aspecto relevante es la relación especial que estos colectivos humanos poseen con la tierra.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al hacer referencia al vínculo entre los pueblos indígenas y el territorio, ha afirmado que esta no es una mera cuestión de posesión y producción, sino elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive, para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras [Sentencia dictada en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vrs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo ciento cuarenta y nueve (149)], circunstancia que deriva de que los citados pueblos tienen una forma particular de vida, de ser, ver y actuar en el mundo, que deriva de su estrecha relación con territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino porque constituyen elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por consiguiente, de su identidad cultural [sentencias dictadas en los casos Comunidad indígena Yakye Axa vrs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ciento treinta y cinco (135); y Comunidad indígena Sawhoyamaxa vrs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ciento dieciocho (118)].

Lo anterior derivado de que la tierra está estrechamente ligada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el

derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores; patrimonio cultural inmaterial que es transmitido y recreado generacionalmente. (Sentencias dictadas en los casos Comunidad indígena Yakye Axa vrs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas; párrafo ciento cincuenta y cuatro y Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador, Fondo y Reparaciones; párrafo doscientos doce).

En este apartado es conveniente subrayar que el Convenio en referencia, regula que el término *tierras* utilizado en el Artículo 15 debe incluir el concepto de territorios, comprendiendo este el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera [Artículo 13, numeral 2 del Convenio 169]. Ese mismo artículo, en el numeral 1, protege el derecho de los pueblos interesados sobre los recursos naturales existentes en sus tierras. Puntualiza ese instrumento internacional, que tales derechos comprenden la posibilidad de aquellos pueblos de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Al interpretar ese último precepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que el derecho de los pueblos indígenas a usar y gozar del territorio carecería de sentido, si no se le estimara conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en él, necesaria para asegurar su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión y costumbres [sentencia dictada en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y Reparaciones), párrafo ciento cuarenta y seis (146)].

Varios son los preceptos del Convenio en mención, que enfatizan en la obligación de los Estados de conferir participación a los pueblos indígenas en las medidas de conservación de su medio ambiente.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

El Artículo 4 del Convenio prevé que los Estados están obligados a adoptar las medidas especiales que sean necesarias "*para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y* ***el medio ambiente de los pueblos interesados****"*. El Artículo 7 de ese mismo instrumento internacional, al regular lo relacionado con los estudios que deben efectuarse en cooperación con los pueblos interesados, establece que estos deberán ser realizados a fin de **evaluar la incidencia que sobre el medio ambiente** tendrán las actividades de desarrollo previstas. Dispone que los resultados de estos estudios deben ser tomados como criterios fundamentales para la ejecución de esas actividades. Manda el mismo precepto, en torno a la obligación de los Estados, de tomar medidas en cooperación con los pueblos interesados, **para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que estos habitan** [las negrillas no figuran en el texto original].

Las previsiones anteriores evidentemente convergen con las directrices o principios generales que sobre la obligación estatal de efectuar consulta previa a los pueblos indígenas se encuentran contenidos en los Artículos 2, 6 y 15 del Convenio 169.

El Artículo 2 del Convenio 169 establece que los gobiernos tienen obligación de asumir, **con la participación de los pueblos indígenas**, acción coordinada y sistemática tendente a proteger los derechos de esos pueblos. En concordancia con ese precepto, el Artículo 6 citado establece que los gobiernos **deben consultar** a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En forma más específica, el Artículo 15 ordena que los gobiernos deben establecer o mantener procedimientos con miras a **consultar a los pueblos interesados**, a

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

fin de determinar si los intereses de estos serán perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Esta Corte, al hacer referencia a los preceptos citados, ha afirmado que para decidir la viabilidad de toda actividad de desarrollo programada por los gobiernos en áreas en las cuales se encuentren asentados pueblos indígenas, debe considerarse el resultado de estudios acerca de la incidencia que en aquellos ámbitos pueda generar la medida, debiéndose distinguir y proteger la singular significación que entraña para dichos pueblos el vínculo con la tierra, en virtud de lo cual, debe respetarse la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de tales pueblos reviste su relación con la tierra o territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular la connotación colectiva de esa relación [ver fallos de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete y doce de enero de dos mil dieciséis, dictados dentro de los expedientes 90-2017, 91-2017 y 92-2017, 411-2014 y 3753-2014].

Lo afirmado en este apartado, se encuentra también reflejado contundentemente en el Artículo 29 de la 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–: "*1. Los pueblos indígenas tienen* ***derecho a la conservación y protección del medio ambiente*** *y de la capacidad productiva* ***de sus tierras o territorios*** *y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación (…)"* El Artículo 32 de la misma Declaración, en su parte conducente, regula: "(…) *Los Estados establecerán*

mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y ***se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental****, económico, social, cultural o espiritual*." Esta Declaración, aun y cuando no es instrumento coercitivo del derecho internacional, constituye muestra del compromiso que, tanto de la Organización de Naciones Unidas como de los Estados miembros, poseen respecto de los derechos que en materia ambiental han sido reconocidos a los pueblos indígenas. Esto provoca que la citada Declaración pueda ser considerada como un marco importante para afianzar los términos contenidos en este fallo.

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

a) La expedición de licencias mineras como medidas administrativas

Los Artículos 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo y 2, 22, 25, 28 y 40 de la Ley de Minería, regulan que la potestad de conocer, tramitar y resolver todas las cuestiones administrativas relacionadas con las operaciones mineras y, por consiguiente, de autorizar licencias –así como sus prórrogas o cesiones– de reconocimiento, exploración o explotación de recursos mineros, encuadran en el ámbito de atribuciones que corresponden al Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas. Conforme dichas disposiciones legales, la autorización de proyectos, operaciones o actividades vinculadas a la minería constituye decisión emanada del gobierno central, mediante la cartera ministerial correspondiente, que encaja en el concepto genérico de medida administrativa antes trazado [sentencia de doce de enero de dos mil dieciséis, dictada en el expediente 411-2014].

b) Las actividades mineras como medidas susceptibles de impactar el medio ambiente de los territorios en los cuales se desarrollan

b.i) Régimen jurídico guatemalteco

El Artículo 28 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007 [vigente al momento en el que se tramitaron los expedientes administrativos que subyacen al presente amparo] preveía la clasificación taxativa de los proyectos, obras, industrias o actividades en tres categorías básicas: A, B y C –clasificación que subsiste en el Reglamento vigente– y atiende a las características, naturaleza, impactos ambientales potenciales o riesgo ambiental de los proyectos.

Esta Corte ha concluido en otras oportunidades, que tanto el Congreso como el Presidente de la República han previsto que los proyectos, las operaciones o las actividades mineras, podrían comportar alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental; y por consiguiente, requieren evaluación técnica de sus repercusiones.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al aludir a los proyectos mineros, ha afirmado que los ordenamientos internos suelen contener definiciones o escalas con relación al alcance de los proyectos y en función de ello, puede variar el proceso de licenciamiento. Tal criterio, asegura ese órgano, puede ser utilizado como referente a este efecto, aunque enfatiza que de ningún modo puede ser considerado como determinante. La intensidad ambiental del proyecto es un elemento clave a tener en cuenta, porque existen actividades que, si bien se apropian de volúmenes que pueden resultar poco significativos, tienen grave efecto en el entorno en el cual se desarrollan. Tal intensidad puede ser definida en términos de su 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. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit.)

Este Tribunal, en más de una oportunidad, ha sostenido que es razonable suponer que, de ser autorizados estos tipos de proyectos, implicarían incidencia de relativa magnitud –como mínimo en cuanto al aspecto ambiental–, en el medio en el cual sean implementadas, con la consiguiente afectación de las condiciones de vida de las poblaciones asentadas en ese sector, que podrían necesitar los correctivos, reparaciones o medidas mitigadoras indispensables.

En este apartado se describirán algunos de los requisitos que, según la legislación nacional guatemalteca, debe cumplir quien pretenda obtener licencia para ejecutar proyectos con incidencia en el medio ambiente. La lectura de esas exigencias legales permitirá denotar el impacto que la normativa guatemalteca reconoce a este tipo de actividades.

El Artículo 8 de la Ley de Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, regula: "*Para todo proyecto, obra, industria o cualquier otra actividad que por sus características pueda producir deterioro a los recursos naturales renovables o no, al ambiente, o introducir modificaciones nocivas o notorias al paisaje y a los recursos culturales del patrimonio nacional, será necesario previamente a su desarrollo un estudio de evaluación del impacto ambiental, realizado por técnicos en la materia y aprobado por la Comisión del Medio Ambiente*" ─en la actualidad la citada Comisión fue sustituida en sus funciones por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales─ [esa norma ordinaria forma parte de una serie de disposiciones legislativas que se emitieron en desarrollo de la previsión contenida en el Artículo 97 constitucional: "*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. Se dictarán las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora de la tierra y del agua, se realicen racionalmente evitando su depredación"].

El Artículo 13 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental [Acuerdo Gubernativo 431-2007, vigente al momento de la tramitación de los expedientes administrativos a que se hace referencia dentro del presente amparo] establecía que para efectos de lo regulado en ese Artículo 8, el Estudio del Impacto Ambiental equivaldrá a los instrumentos de evaluación ambiental contenidos en ese Reglamento. El Artículo 12 de ese mismo Reglamento, por su parte, contenía la lista de los Instrumentos de Evaluación Ambiental: **i)** Evaluación Ambiental Estratégica; **ii)** Evaluación Ambiental Inicial y Autoevaluación Ambiental; **iii)** Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental; **iv)** Evaluación de Riesgo Ambiental; **v)** Evaluación de Impacto Social; **vi)** Diagnóstico Ambiental y **vii)** Evaluación de Efectos Acumulativos. Se establecía en ese precepto que "*La determinación de la evaluación ambiental que deberá efectuar el proponente del proyecto, obra, industria o actividad, se realizará* ***tomando como base lo establecido en la clasificación contenida en el listado taxativo*** *(…)*" [sin negrilla en el texto original]. El Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades (Acuerdo Gubernativo 134-2005 vigente en la época), era definido en el Artículo 3 del cuerpo reglamentario en mención como el documento que contiene la enumeración y clasificación ordenada de proyectos, obras, industrias o actividades, tomando como referencia para su elaboración estandarización basada en la Clasificación Industrial

Internacional Uniforme de Todas las Actividades Económicas ─CIIU─ y elementos de impacto ambiental potencial o bien riesgo ambiental. La citada Clasificación agrupa las actividades por afinidad de proceso, permitiendo organizar las divisiones, grupos y clases según su potencial impacto ambiental [Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD); Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) y Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos. Manual técnico de EIA: Lineamientos generales para Centroamérica. San José, Costa Rica, 2003.]

Como quedó asentado al inicio de este apartado, el Artículo 28 ibidem establecía: "*Los proyectos, obras, industrias o actividades, se clasifican de forma taxativa en tres diferentes categorías básicas A, B, y C tomando en cuenta los factores o condiciones que resultan pertinentes en función de sus características, naturaleza, impactos ambientales potenciales o riesgo ambiental. La categoría A corresponde a aquellos proyectos, obras, industrias o actividades consideradas como las de más alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental de entre toda el Listado Taxativo. Los megaproyectos de desarrollo se consideran como parte de esta categoría. La categoría B corresponde a aquellos proyectos, obras, industrias o actividades consideradas como las de moderado impacto ambiental potencial o riesgo ambiental de entre todo el listado taxativo y que no corresponden ni a la categoría A ni a la C. Se subdivide en dos subcategorías: la B uno (B1), que comprende las que se consideran como de moderado a alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental; y la B dos (B2), que comprende las que se consideran como de moderado a bajo impacto ambiental potencial o riesgo ambiental. La categoría C corresponde a aquellos proyectos, obras, industrias o actividades consideradas como de bajo impacto ambiental potencial*

o riesgo ambiental del listado taxativo."

En consonancia con lo anterior, en el contexto de la minería, el Artículo 7 del Reglamento de la Ley de Minería regula: "*Cuando proceda, las operaciones mineras deben contar previo a su inicio con el estudio de impacto ambiental correspondiente, debidamente aprobado*." El Artículo 4 de ese mismo cuerpo reglamentario determina que son *operaciones mineras,* las actividades de reconocimiento, exploración y explotación minera. El Artículo 9 prevé: "*Presentado el estudio de impacto ambiental debidamente aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales,* ***la Dirección o el Ministerio*** *según sea el caso, otorgará la licencia correspondiente*" [las palabras resaltadas no aparecen con negrilla en el texto original, se consignan de esa manera para denotar que también algunos de los asuntos tramitados ante la Dirección requieren la presentación del citado instrumento de evaluación].

De la interpretación sistemática del citado marco normativo, que era el vigente y aplicable para las situaciones objeto de estudio, se desprenden las reglas siguientes:

1) Cuando se pretenda implementar cualesquiera proyectos, obras, industrias o actividades que puedan producir detrimento al ambiente y a recursos naturales o culturales, previamente debe realizarse el instrumento de evaluación ambiental que corresponda [Artículo 8 de la Ley de Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente].

2) Entre los proyectos, obras, industrias o actividades que pueden redundar en las repercusiones descritas en el numeral 1), se encuentran las operaciones mineras, que pueden consistir en actividades de reconocimiento, exploración o explotación [Artículos 4 y 7 del Reglamento de la Ley de Minería].

3) 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].

4) Una vez efectuado el instrumento de evaluación ambiental respectivo, debe ser aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, como condición ineludible para el otorgamiento de la licencia [Artículos 8 de la Ley de Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente y 9 del Reglamento de la Ley de Minería].

Fijado el marco jurídico general atinente a aquellos proyectos, procede analizar el ordenamiento jurídico aplicable a los proyectos de exploración [con perforación de pozos] y de explotación minera, por ser este tipo de proyectos los autorizados mediante las licencias *Juan Bosco* y *Escobal, respectivamente.*

En el caso específico de **los proyectos de exploración con perforación de pozos** [como el autorizado mediante la licencia *Juan Bosco*]**,** para determinar cuál es el instrumento de evaluación ambiental que el interesado debe presentar previo a que le sea conferida la licencia, es preciso efectuar lectura integral de la normativa aplicable a ese tipo de actividades mineras, como se explica a continuación. Esto, en procura de alcanzar la debida observancia del principio de unidad del ordenamiento jurídico y el cumplimiento de los estándares internacionales aplicables en la toma de decisiones de autorización de esos proyectos.

El Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades (Acuerdo Gubernativo 134-2005) establece que las actividades de prospección y

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

exploración minera con uso de maquinaria, **incluyendo perforación de pozos, encuadran en la categoría A** (Alto impacto ambiental/riesgo ambiental). [Sin negrilla en el texto original del Listado].

Por su parte, la Ley de Minería, en el Artículo 19, prevé que *los titulares de licencias* de exploración minera deben presentar estudio de mitigación, relacionado con las operaciones mineras que llevará a cabo en el área autorizada, el cual será presentado a la Dirección General de Minería antes de iniciar las labores correspondientes. En el mismo cuerpo legal [Artículo 6] se define el estudio de mitigación como el informe técnico que describe las operaciones de reconocimiento y exploración y las consecuencias de tales operaciones para el medio ambiente, con miras a su protección y conservación.

El Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades vigente al momento de gestionarse la licencia mencionada, preceptuaba que las actividades de prospección y exploración minera con uso de maquinaria, incluyendo perforación de pozos, encuadran en la categoría A (Alto impacto ambiental/riesgo ambiental) [esa previsión se reitera en el Reglamento vigente]. Según se asentó, el Artículo 28 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental en referencia, establecía que la categoría A corresponde a aquellos proyectos, obras, industrias o actividades consideradas como las de más alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental; de esa cuenta, les corresponde el instrumento de evaluación ambiental previsto en el Artículo 12, literal c, de ese cuerpo reglamentario: *Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental*.

La adecuada integración de la normativa general ambiental y la regulación atinente a la exploración minera, conduce a concluir en que los interesados en

ejecutar proyectos de esta índole, que incluyan perforación de pozos, previo a que les sea otorgada la licencia correspondiente, deben cumplir con presentar Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, que debe ser sometido a la aprobación de la autoridad competente. Cabe resaltar que, si bien la Ley de Minería no regula la presentación del mencionado instrumento de evaluación como requisito previo para obtener licencia de exploración minera, ello es obligatorio conforme los Artículos 8 de la Ley de Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente; 12 y 13 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental; 4, 7 y 9 del Reglamento de la Ley de Minería y Acuerdo Gubernativo 134-2005 ─contentivo del Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades─, que clasifica ese tipo de proyecto en categoría A (Alto Impacto). En otros términos, el análisis integral de la normativa aplicable a ese tipo de proyectos, conlleva a establecer que sí es requisito exigible para los interesados en obtener aquel tipo de licencia minera cuando, como parte de la actividad de exploración, prevean la perforación de pozos en el área. Como se asentó, el mismo Reglamento de Evaluación que preveía el catálogo de los instrumentos de evaluación, remitía a la aplicación del Listado Taxativo para la determinación de la categoría de los proyectos y disponía que toda actividad de desarrollo con categoría A requería de Estudio de Impacto Ambiental.

Si bien la Ley de Minería únicamente establece que una vez que le ha sido otorgada la licencia, el titular de esta debe presentar, previo a iniciar labores, estudio de mitigación, ese en todo caso es un requisito que el interesado debe cumplir con posterioridad al otorgamiento de la licencia y más bien se dirige a condicionar el inicio de las actividades de exploración. Los requisitos que deben cumplirse previo al otorgamiento de la licencia, deben extraerse, como se dijo, de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

la lectura integral de la normativa aplicable a ese tipo de actividades mineras.

En el caso particular de los **proyectos de explotación,** de conformidad con el Artículo 20 de la Ley de Minería, los interesados en obtener licencia para esa actividad, deben presentar a la entidad correspondiente ─Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales─ Estudio de Impacto Ambiental para su evaluación y aprobación, el cual será requisito para el otorgamiento de la licencia respectiva.

El Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades (Acuerdo Gubernativo 134-2005) establece que los proyectos de extracción de minerales metalíferos no ferrosos (cobre, cromo, níquel, zinc, cobalto, oro, plata, antimonio, entre otros) encuadran en la categoría A (Alto impacto ambiental/riesgo ambiental); por tanto, en esos supuestos corresponde efectuar y obtener aprobación del *Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental* ya relacionado.

b.ii) Estudio de Impacto Ambiental

1) Su regulación en el ámbito guatemalteco

En la literal que antecede, quedó descrito que la legislación guatemalteca prevé una lista de los Instrumentos de Evaluación Ambiental que corresponde presentar a los interesados dependiendo del tipo de proyecto cuya autorización estatal persigan obtener. Según puede advertirse del análisis del articulado del Reglamento citado [y que encuentra coincidencia con la normativa que rige en la actualidad], el Estudio de Impacto Ambiental es el más profundo y completo de los instrumentos que prevé la legislación nacional para medir la incidencia que los proyectos, obras, industrias o actividades puedan tener en el ambiente en el que vayan a ser ejecutados. Esas características –de completitud y profundidad– se encuentran intrínsecamente vinculadas al hecho de ser este el instrumento

exigible en el caso de proyectos cuyo impacto potencial sea considerado mayor o grave.

El primer párrafo del Artículo 17 de aquel Reglamento de Evaluación aplicable, describía al Estudio de Impacto Ambiental como el documento técnico que permitía identificar y predecir, **con mayor profundidad de análisis**, los efectos que sobre el ambiente produciría un proyecto, obra, industria o actividad que hubiera sido considerado como de **alto impacto ambiental potencial** en el Listado Taxativo (categoría A o megaproyectos) o bien, como de **alta significancia ambiental** [el contenido de este párrafo coincide con el texto del artículo que en la actualidad define ese instrumento de evaluación].

La Cámara de Industria de Guatemala, en el análisis jurídico presentado ante la Corte de Constitucionalidad, afirmó que el Estudio de Impacto Ambiental es un documento técnico, objetivo e imparcial, elaborado por una persona individual o jurídica –especializada en materia ambiental y registrada ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales–, cuyo contenido mínimo es determinado por la legislación nacional vigente, y cuya revisión y aprobación está a cargo de entidades públicas expertas en materia ambiental [ver estudio jurídico obrante a folio mil trescientos cuarenta y dos (1342) de la Pieza III de esta Corte].

Varios son los cuerpos normativos que, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, hacen referencia a este instrumento de evaluación ambiental. En esa normativa se definen aspectos relevantes de tales estudios, verbigracia, los encargados de su elaboración, la autoridad responsable de su análisis y aprobación, su contenido, entre otros. En el presente caso, resulta pertinente hacer referencia a los aspectos de mayor trascendencia para el análisis del caso.

1.1) Ente responsable de su elaboración

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

De conformidad con lo que establece el Artículo 15 del Reglamento sobre Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental, estos instrumentos de evaluación ambiental 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 Presidencial.

1.2) Autoridad competente para decidir su aprobación

En el caso de las obras, industrias, proyectos y/o actividades categorías A1, B1 y B2 del listado taxativo de proyectos, la aprobación de ese instrumento de evaluación estaba a cargo del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, 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 Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales ─Artículo 34 del Reglamento de Evaluación vigente─].

El Artículo 42 de ese mismo Reglamento establecía cuáles eran las causas por las que la autoridad correspondiente podía disponer el rechazo de los Instrumentos de Evaluación Ambiental. Ese precepto preveía la facultad de esa Cartera para evaluar la pertinencia del proyecto y la posibilidad de repeler el estudio que le fuera presentado si *durante el análisis del proyecto, obra, industria* o *actividad, se constataba que no era posible realizar esta por cualquiera de las causas siguientes:* ***a)*** *ser prohibida por la Ley;* ***b)*** *porque la información consignada en el documento no correspondía a la realidad del proyecto, obra, industria o actividad;* ***c)*** *porque la localización de la obra se consideraba no viable de conformidad con las leyes, planes de manejo para áreas protegidas y*

ordenamiento territorial; ***d)*** *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;* ***e)*** *se negara información o el acceso a instalaciones para efectos de inspección o verificación y* ***f)*** *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].

En el caso que la autoridad admitiera el Estudio presentado, una vez finalizado el trámite, debía emitir resolución razonada, **aprobando o improbando** el instrumento presentado [Artículo 44. Esta exigencia se encuentra también prevista en el Reglamento actual].

1.3) Contenido del Estudio de Impacto Ambiental

El Reglamento sobre Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental, en el Anexo 4, definía el contenido de ese instrumento de evaluación ambiental. Según esa preceptiva los aspectos que deben contener los citados estudios son: **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: **g.i)** plan de contingencia; **g.ii)** plan de seguridad para la salud humana **g.iii)** plan de seguridad ambiental; **g.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.

1.4) Participación pública

El Artículo 72 de aquel Reglamento de Evaluación aplicable establecía la participación pública como requisito en la elaboración de Instrumentos de Evaluación Ambiental.

Según ese precepto, el proponente del proyecto, obra, industria o actividad, conforme a los términos de referencia fijados por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, debía involucrar a la población en la etapa más temprana posible del proceso de elaboración del instrumento ambiental [en el Reglamento vigente no se encuentra contenida una norma con exacto texto].

El Artículo 73 establecía que el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales debía propiciar la participación pública durante el proceso de evaluación, control y seguimiento ambiental en todas las fases de los proyectos [esta previsión no aparece contenida en el texto el Reglamento vigente].

El Artículo 74, por su parte, regulaba que, durante la elaboración de los instrumentos de evaluación ambiental, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales debía requerir al proponente, por medio de consultor, la elaboración de un plan de participación pública para todo el ciclo de vida del proyecto, obra, industria o actividad [similar exigencia prevé el Artículo 43, literal b), del Reglamento vigente].

El Artículo 78 regulaba lo relativo a la ponderación de la participación pública y para ello establecía que en la resolución final del instrumento de evaluación ambiental, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, consideraría las observaciones, opiniones u oposiciones que hubieran sido presentadas dentro de los veinte días del proceso de participación pública, siempre y cuando contaran con un fundamento técnico, científico o jurídico,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

notificándose de los resultados que se hubieren considerado a las partes presentadas y a los colindantes del proyecto, obra o industria objeto del instrumento ambiental, para determinar la solución o diligenciamiento a las mismas [similar regulación se encuentra contenida en el Artículo 43 Reglamento vigente].

2) Criterios definidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto de los Estudios de Impacto Ambiental

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varios de sus pronunciamientos, se ha referido a los Estudios de Impacto Ambiental. En este fallo, para abordar el tema, se tomarán como referencia las aseveraciones efectuadas por la citada Corte en: **a)** la sentencia dictada en el caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil siete; **b)** el fallo dictado en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de veintisiete de junio de dos mil doce y **c)** la Opinión Consultiva "Medio Ambiente y Derechos Humanos" 23/17, de quince de noviembre de dos mil diecisiete.

En los citados pronunciamientos, la Corte ha afirmado que la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental surge cuando ser prevea la realización de cualquier actividad que pueda causar un daño ambiental significativo. Al respecto, la Declaración de Río establece: "[D]*eberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente*". La Corte resalta que esa

obligación ha sido además reconocida por la legislación de numerosos Estados miembros de la OEA, incluyendo, Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

La Corte en mención ha afirmado que sin perjuicio de otras obligaciones que surjan del derecho internacional, al determinarse que una actividad implica un riesgo de daño significativo, es obligatoria la realización de un Estudio de Impacto Ambiental. Dicha determinación inicial, puede hacerse, por ejemplo, mediante un estudio inicial de impacto ambiental o porque la legislación interna o alguna otra norma precise actividades que obligatoriamente requieran la realización de un estudio de impacto ambiental.

La Corte ha señalado que esos estudios deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto. En este sentido, ha señalado ciertas condiciones que deben cumplir dichos estudios, las cuales, si bien han sido abordados en su mayoría en los casos en los que las actividades a realizarse en territorios en los que haya presencia de comunidades indígenas, la misma Corte ha afirmado que son requisitos aplicables para todo Estudio de Impacto Ambiental.

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

2.1) Deben llevarse a cabo antes de la realización de la actividad

El Estudio de Impacto Ambiental debe ser concluido de manera previa a la realización de la actividad o antes del otorgamiento de los permisos necesarios para su realización. El Estado debe garantizar que no se emprenda ninguna

actividad relacionada con la ejecución del proyecto hasta que el Estudio de Impacto Ambiental sea aprobado por la autoridad estatal competente. La realización del Estudio de Impacto Ambiental en las etapas iniciales de discusión del proyecto, permite que realmente se exploren alternativas a la propuesta y que estas puedan ser tomadas en cuenta. Ha puntualizado la referida Corte que en casos en que la autorización para realizar la actividad, concesión o licencia ya haya sido otorgada, sin haberse realizado un Estudio de Impacto Ambiental, este debe concluirse antes de la ejecución del proyecto.

2.2) Debe ser realizado por entidades independientes bajo la supervisión del Estado

La Corte ha afirmado que el Estudio de Impacto Ambiental lo debe realizar una entidad independiente y técnicamente capaz, bajo la supervisión del Estado. En este sentido, los estudios de impacto ambiental pueden ser realizados por el propio Estado o por una entidad privada. Sin embargo, en ambos casos es el Estado quien, en el marco de su deber de supervisión y fiscalización, debe asegurarse que el estudio se realizó correctamente. En caso que los estudios sean realizados por instituciones privadas, la Corte ha afirmado que los Estados deben tomar medidas para asegurar la independencia de tales entidades.

También afirma ese Tribunal que, dentro del proceso de aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental, el Estado debe examinar si la realización del proyecto es compatible con las obligaciones internacionales del Estado. En este sentido, el Estado tomará en cuenta el impacto que puede tener el proyecto en sus obligaciones de derechos humanos. La Corte ha afirmado que, si los estudios multicitados no incluyen un análisis social, ese análisis debe ser realizado por el Estado al momento de supervisar dicho estudio.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

2.3) Debe abarcar el impacto acumulado

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

2.4) Participación de las personas interesadas

La Corte refiere que, en el año mil novecientos ochenta y siete, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente adoptó los Objetivos y Principios de los Estudios de Impacto Ambiental, en los cuales se establece que los Estados deben permitir que expertos y grupos interesados puedan hacer comentarios a los Estudios de Impacto Ambiental. Ha dicho aquel Tribunal que, si bien estos principios no son vinculantes, son recomendaciones de un ente técnico internacional que deberían ser tomadas en cuenta por los Estados. También ha resaltado la Corte que los ordenamientos internos de Argentina, Belice, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Venezuela, incluyen disposiciones que prevén la participación ciudadana durante los procesos de evaluación de impacto ambiental.

La Corte considera que la participación del público interesado, en general, permite realizar examen más completo del posible impacto que tendrá el proyecto

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

o actividad, así como si afectará o no derechos humanos. En este sentido, recomienda que los Estados permitan que las personas que pudieran verse afectadas o, en general, cualquier persona interesada tengan oportunidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el proyecto o actividad antes que se apruebe, durante su realización y después que se emita el estudio de impacto ambiental.

2.5) Contenido de los Estudios de Impacto Ambiental

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

2.6) Verificar el impacto en las tradiciones y la cultura de los Pueblos Indígenas

Ahora bien, en los casos en los que los proyectos puedan afectar territorios indígenas y tribales el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha definido las siguientes obligaciones:

El Artículo 7.3 del Convenio 169 establece que los Estados "*Deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en colaboración con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y*

sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos (…) Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".

Con fundamento en ese precepto, la Corte Interamericana ha afirmado que en los casos en los que las actividades vayan a desarrollarse en territorios en las que existan comunidades indígenas, además de los requerimientos que quedaron asentados en las literales que preceden, se debe cumplir un requisito más: "**respetar las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas",** es decir, tales estudios deben abarcar el impacto social que implique el proyecto.

Ha afirmado la multicitada Corte que los Estudios de Impacto Ambiental "*Sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también […] asegurar que los miembros del pueblo […] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria."* [Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka 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. 40.]

En esos casos se ha definido que los Estudios de Impacto Ambiental y Social deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas. En este sentido, es necesario tomar en cuenta la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio. Ha sido enfática la

Corte en afirmar que es preciso proteger esta conexión, entre el territorio y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, a efecto de garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

La Corte Interamericana ha especificado que en caso de proyectos que se pretendan desarrollar en territorios con presencia de pueblos indígenas, los estudios deben ser de carácter social y ambiental. Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha asegurado que en esos casos estos estudios "*Debe*[n] *ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural*". Afirma que, en tales casos, es necesario que se incorpore la identificación de "L*os impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia*" [CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009. párr. 254].

La Corte Interamericana ha afirmado que los resultados de los estudios deben ser compartidos y consultados con las comunidades a fin de que puedan brindar aportes, realizar evaluación o verificación independiente si así lo desean y, en última instancia, tomar una decisión informada. Así, la realización de estudios previos de impacto socio ambiental permite asegurar que los pueblos afectados

"*Tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria*" [Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de veintiocho de noviembre o de dos mil siete, Serie C No. 172, párr. 133].

James Anaya y James Cavallaro, en estudio jurídico presentado ante esta Corte, afirmaron que los instrumentos de evaluación desarrollados con la participación de los pueblos indígenas, ayudan a identificar la extensión de los impactos ambientales y sociales y el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos [ver estudio jurídico presentado ante este Tribunal, obrante a folio mil cuatrocientos ochenta y dos (1482) Pieza III de esta Corte].

La Corte Interamericana ha afirmado que, en los casos en que los estudios de impacto ambiental se han realizado con posterioridad al otorgamiento de la concesión o aprobación de los planes de desarrollo, y no se han medido los impactos espirituales ni culturales, entre otras afectaciones particulares de los pueblos indígenas, eso ha provocado que estos colectivos no tengan la información suficiente, adecuada y oportuna al momento de ser consultados sobre el otorgamiento de alguna concesión.

3) Las autorizaciones mineras como medidas que pueden causar afectación a los pueblos indígenas

Corresponde en este apartado abordar por qué la expedición de licencias (o su prórroga) para proyectos, operaciones o actividades vinculadas a la minería, encuadran dentro de los supuestos de procedencia de la consulta previa

a los pueblos indígenas.

El Convenio 169, por razones lógicas, no provee listado exhaustivo de medidas administrativas que obligan a los Estados a agotar el proceso de consulta a pueblos indígenas. Más bien, como quedó asentado en la literal A) de este Considerando, el articulado de ese instrumento internacional se dirige a establecer, en forma general, la obligación de consulta a aquellos colectivos: cuando se prevean *medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos interesados*. Son escasas las decisiones administrativas a las cuales el Convenio alude en forma específica como generadoras de esa obligación, por lo que debe comprenderse que ese instrumento internacional contiene *numerus apertus* de ese tipo de actividades. Sin embargo, sí hace referencia específica a actividades que, por su impacto, tienen alta incidencia en la vida de los pueblos indígenas. Así, en el Artículo 15, numeral 2, establece: "*Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida,* ***antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras***" [sin negrilla en el texto original].

James Anaya, al referirse a los procedimientos de consulta en caso de proyectos extractivos, ha asegurado que estos constituyen las vías mediante las cuales los pueblos indígenas pueden contribuir activamente a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta sobre sus derechos sustantivos e intereses. Además, los describe como procesos clave para la búsqueda de alternativas menos dañinas o para la definición de medidas de mitigación, para llegar a acuerdos favorables sobre sus propias prioridades y

estrategias de desarrollo, y promover el disfrute de sus derechos humanos [ver estudio jurídico presentado ante este Tribunal por James Anaya y James Cavallaro, obrante a folio mil cuatrocientos ochenta y dos (1482), Pieza III de esta Corte].

Esta Corte estima que la mención directa que efectúa el Convenio 169 de las actividades de exploración y explotación como medidas que obligan a los Estados a realizar el proceso de consulta, cuando haya de desarrollarse en territorios ocupados por aquellos pueblos, resulta suficiente para comprender la forma en la que deben proceder los Estados parte en los casos en los que les sea requerida autorización para ese tipo de proyectos. Sin embargo, para apuntalar la razonabilidad de caracterizar las operaciones mineras como medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, conviene recordar, en primer orden, lo expuesto en la literal b.i) que precede acerca de la forma en que ese tipo de proyectos se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, con especial énfasis en los requisitos que la legislación impone para el otorgamiento de licencias mineras y el impacto que, según la propia legislación, produce ese tipo de proyectos en el territorio en el cual se implementan.

En adición a las aludidas consideraciones de índole medioambiental, es menester poner también de manifiesto la singular connotación que caracteriza la relación de los pueblos originarios con sus territorios.

En su jurisprudencia sobre la materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que para esos pueblos, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual [sentencia dictada en el caso Comunidad Mayagna (Sumo)

Awas Tingni vrs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo ciento cuarenta y nueve (149)] en virtud de su forma particular de vida, de ser, ver y actuar en el mundo está constituida precisamente a partir de su estrecha relación con territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por consiguiente, de su identidad cultural [sentencias dictadas en los casos Comunidad indígena Yakye Axa vrs. Paraguay (Fondo, reparaciones y costas); párrafo ciento treinta y cinco (135) y Comunidad indígena Sawhoyamaxa vrs. Paraguay (Fondo, reparaciones y costas); párrafo ciento dieciocho (118)]. Así, la tierra está estrechamente ligada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores; patrimonio cultural inmaterial que es transmitido y recreado generacionalmente por las comunidades indígenas [sentencias dictadas en los casos Comunidad indígena Yakye Axa vrs. Paraguay (Fondo, reparaciones y costas); párrafo ciento cincuenta y cuatro (154) y Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y reparaciones); párrafo doscientos doce (211)].

Es primordial subrayar que el Convenio 169 regula que la utilización del término *tierras* en los Artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de *territorios*, comprendiendo este el *hábitat* de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera [Artículo 13, numeral 2]. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a la afectación que los proyectos mineros generan en el entorno de los pueblos indígenas, ha afirmado que diversas cifras dan cuenta que la llegada del Siglo XXI, trajo

consigo aumento significativo de las extracciones mineras y petroleras en el continente y, más específicamente, en América Latina y el Caribe. Pone en relieve que, con gran frecuencia, los proyectos de extracción, explotación y desarrollo coinciden con tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos indígenas y tribales, y comunidades afrodescendientes. Ello se relaciona con que las tierras y territorios que tradicionalmente habitan estos pueblos, suelen encontrarse en zonas que albergan cantidad significativa de recursos naturales; además, se trata, muchas veces, de poblaciones en condiciones de exclusión, pobreza y marginación. Ha sido informada sobre impactos negativos por la implementación de proyectos extractivos, de explotación o desarrollo, así como violaciones a derechos humanos. Esa situación ha sido evidenciada, asegura la Comisión, por una diversidad de actores, como el Banco Mundial, el cual ha observado que proyectos mineros y energéticos ponen en riesgo y afectan las vidas, recursos y medios de vida de los pueblos indígenas. Por otra parte, la tecnología moderna permite intervenciones en zonas hasta ahora remotas, provocando desplazamiento significativo y daños irreparables a la tierra y a los recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales. En este contexto, aquellos pueblos que habitan en lugares remotos, son particularmente vulnerables, debido a su más débil capacidad de negociación [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., pp.16-17].

El tenor del Artículo 6 del Convenio 169 y la normativa nacional aplicable, así como de la jurisprudencia interamericana sobre la materia, en concatenación con los supuestos de procedencia y alcances de la consulta, han conducido a esta Corte a determinar que existen elementos de convicción, objetivos y verificables, para prever que la expedición de licencias de exploración y

explotación minera –o su prórroga– constituye medida administrativa que probablemente producirá afectación directa de las condiciones de vida de las comunidades representativas de los pueblos indígenas que se encuentren asentadas en el área de incidencia de esas actividades u operaciones.

D) Condiciones que deben observarse en la realización de la consulta previa a pueblos indígenas

En los casos en los cuales se establezca que concurren los supuestos de procedencia de la consulta previa a pueblos indígenas, es necesario asegurar que esta se realice satisfaciendo condiciones esenciales que determinan su validez.

Esta Corte, por su parte, ha asentado [Sentencias de veinticinco de marzo y catorce de septiembre, ambas de dos mil quince y veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dictadas dentro de los expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013, acumulados 4957-2012 y 4958-2012 y acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, entre otros] que esas condiciones se extraen, en síntesis, de lo preceptuado en el Convenio 169 y el desarrollo interpretativo que sobre su normativa han efectuado: **i)** la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencia dictada en el caso Pueblo Saramaka vrs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo 133], **ii)** la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo [Observación General formulada sobre el Convenio 169] y **iii)** el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas].

Conforme los fallos precitados, las condiciones que deben concurrir en los

procesos de consulta a los pueblos indígenas, para que estos se tengan por válidamente realizados, son los siguientes:

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

El Artículo 15 del Convenio 169, en su apartado conducente, dispone: "(…) ***2.*** *En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida,* ***antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*** *(…)*" El texto resaltado no figura en negrilla en el precepto transcrito, pero se consigna de esa manera para denotar que aquel instrumento internacional prevé que la determinación del nivel de afectación de las comunidades indígenas, respecto de proyectos mineros, debe efectuarse en forma previa. El carácter anticipado de la consulta no solo constituye una de las condiciones fundamentales de esta, sino que coadyuva positivamente a la concreción de otras como la buena fe y la transparencia en el diálogo y el propósito de arribar a acuerdos.

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asentado que se debe consultar en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión, por cuanto que el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado [casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párrafo 134 y del Pueblo Kichwa

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

Debe ponerse en relieve que la lectura íntegra del articulado del Convenio 169 permite advertir, sin lugar a dudas, que esa institución fue conceptualizada como un proceso que debe agotarse con antelación a que se asuma la medida administrativa. Sirve para fundar esta afirmación el texto del Artículo 15 citado, así como el del 6 también de ese instrumento, que imponen como obligación de los Gobiernos la de: "*a) Consultar los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se* ***prevean*** *medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente* (…)" [Sin negrilla en el texto original]. La utilización del término "prever" –descrito en el Diccionario de la Lengua Española como "*Ver con anticipación"*–, no puede conllevar a otra connotación que no sea, que el proceso de consulta debe ser dispuesto en forma anticipada y no posterior al momento de asumir el otorgamiento de licencias para actividades mineras.

Los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo han sido consistentes en afirmar esta consigna; lato sensu, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica "*que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso*" [Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Colombia del Convenio 169, presentada en virtud del Artículo 24 de la

Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 1999, párrafo 90].

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

b) La consulta debe ser libre e informada

Esta Corte, en sentencia de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dictada en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, al interpretar el Artículo 15.2 del Convenio 169, el cual establece que las consultas a los pueblos indígenas sobre los proyectos de prospección o explotación de los recursos naturales tienen como finalidad "*determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida* (…)", afirmó que, en la etapa de información, debe darse a conocer a todos los miembros de las comunidades

afectadas, los aspectos positivos y negativos de los proyectos.

El Estado está obligado a proporcionar datos precisos sobre la naturaleza y consecuencias de los proyectos a los pueblos indígenas, antes y durante la consulta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asegurado que la consulta debe ser informada, lo cual implica dar a conocer a aquellos pueblos los posibles riesgos, incluidos los ambientales de salubridad, a fin de que acepten, con conocimiento y de forma voluntaria, el plan de desarrollo o inversión propuesto, además, implica comunicación constante entre las partes [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C No. 172, párr. 147].

El proceso de consulta a los pueblos indígenas deriva del derecho de estos colectivos a determinar y elaborar las prioridades y estrategias de desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (Artículo 7.1 del Convenio 169). Para satisfacer plenamente este derecho, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias, incluidos estudios científicos independientes, para que las comunidades y sus miembros estén plenamente informadas de todos los impactos y beneficios que, en sus vidas, cultura, espiritualidad, medio ambiente y su desarrollo pueda causar la puesta en marcha de los proyectos extractivos que se planifiquen en sus territorios. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que "*puede requerirse que el Estado suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas*." [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe "Derechos de los Pueblos

Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 diciembre 2009, párr. 312].

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

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

La exigencia delineada por aquellos órganos tiene intrínsecos dos requerimientos relevantes:

i) La consulta no debe comprenderse como un mero trámite formal:

El proceso de consulta a los pueblos indígenas solo puede tenerse por agotado, cuando en su realización se han observado los parámetros que fija el propio Convenio 169. Las actividades de simple información o de socialización de una medida administrativa, o la recolección del parecer que algunos pobladores puedan tener respecto de las decisiones gubernamentales susceptibles de afectarles, no son suficientes para dar por observado ese derecho que asiste a los pueblos indígenas. Cabe resaltar que, según han afirmado los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, una de las situaciones más comunes a las cuales han tenido que enfrentarse es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información [Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Nueva York, Estados Unidos. 2009, párrafo 21]. Pretender dar por observado el compromiso que han asumidos los Estados derivado de la ratificación del Convenio 169, mediante actividades informativas o de socialización, inobserva la verdadera naturaleza del proceso de consulta, el cual fue concebido para ser agotado mediante un conjunto de mecanismos eficaces de participación de los pueblos cuando se prevean decisiones susceptibles de incidir en los diversos elementos que determinan su existencia.

ii) La consulta es un proceso de diálogo entre las partes, basado en principios de confianza y respeto mutuos:

Los citados organismos de control han referido que los procesos de consulta, además de constituir mecanismos eficaces de consulta y participación, deben ser vehículo para: "*Prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, [y] disminu[ir] las tensiones sociales (…) es consustancial a toda consulta la instauración de un* ***clima de confianza mutua***" [Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la cual se alegó el incumplimiento por Guatemala del Convenio 169, presentada en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), 2005, párrafo 53]. Esta Corte ha puesto en relieve que la generación de ese clima de confianza es particularmente importante en el caso de los pueblos indígenas por la "*Desconfianza [que estos poseen] hacia las instituciones del Estado y [el] sentimiento de marginación que encuentra sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún*" [Organización Internacional del Trabajo. Informe del Comité establecido para

examinar la reclamación en la cual se alegó el incumplimiento por México del Convenio 169, presentada en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT). Ginebra, Suiza. 2001, párrafo 107].

Se ha afirmado que tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas –y aún aquellos otros sectores que, por estar involucrados en las medidas a implementarse, también están llamados a intervenir– deben esforzarse por propiciar ambiente de confianza y respeto recíprocos, en el que aquella pueda llevarse a cabo provechosamente, con independencia de las posiciones sustantivas que puedan surgir dentro del procedimiento establecido para el efecto. Ha resaltado esta Corte que un escenario de enfrentamientos, violencia y desconfianza, no coadyuva a que la realización de la consulta sea auténticamente productiva.

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

Lo asentado al final de la literal precedente refleja la noción de que la consulta es espacio de verdadero intercambio de ideas orientado a la concreción de acuerdos, expresión pura de una práctica democrática; no se limita a la mera exteriorización de determinadas impresiones acerca de asuntos de importancia común.

Además, el clima de confianza que fue abordado, puede alcanzarse siempre que las condiciones en las cuales se desarrolle el proceso permitan a las partes percibir que todos los sujetos participantes actúan de buena fe y tienen sincero interés por arribar a consensos. En este sentido se ha afirmado que tales

procesos deben implicar: "*Diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común*" [Organización Internacional del Trabajo. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Colombia del Convenio 169, presentada en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). Ginebra, Suiza. 1999, párrafo 90].

El Artículo 6.2 del Convenio 169 prevé, como uno de los criterios mínimos que los Estados deben satisfacer en los procesos de consulta: *"Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".*

De ahí que, en su jurisprudencia sobre la materia, esta Corte haya juzgado pertinente enfatizar que el cumplimiento, por los Estados, de la consulta "*en buena fe*" responde a la exigencia de cumplir con el fin último de dicha obligación, que es la consecución de acuerdos. Esto, en congruencia con el tono general con el cual fue concebido el Convenio 169, inspirado en el principio del diálogo como vehículo de concordia, tal y como lo subraya la Organización Internacional del Trabajo: "(…) *El Convenio dispone el marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales. El objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo (consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados* (…) *les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas*…" [Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para promover la política de la

Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Ginebra, Suiza. 2003, páginas 16 y 17].

De lo expuesto se extrae que el proceso de consulta busca promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones, descartándose de esta manera que ese mecanismo pueda ser utilizado como medio para que una parte se imponga sobre la otra [Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador, junio de 2008, párrafo 34].

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

En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas, según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta "*los métodos tradicionales del pueblo (…) para la toma de decisiones*" [Sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil siete, párrafo 134, literal E: El otorgamiento, por parte del Estado, de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales dentro y sobre el territorio saramaka]. En un caso relativo a Brasil, un Comité Tripartito de la Organización Internacional del Trabajo afirmó: "*La expresión 'procedimientos apropiados' [artículo 6, numeral 1 del Convenio 169] debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y este debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de*

las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, este debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes [Organización Internacional del Trabajo. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Brasil del Convenio 169, presentada en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF). Ginebra, Suiza. 2006, párrafo 42].

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

Otro aspecto relevante que este Tribunal ha hecho notar, consiste en que la consulta a los pueblos indígenas debe efectuarse por medio de sus

instituciones representativas. Al abordar esta condición, la Corte ha asegurado que no responde a una fórmula unívoca, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de su finalidad. Se citó que los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, respecto a la representatividad, han afirmado que esta debe entenderse de forma flexible, porque dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa; lo más importante es que estas sean el fruto de un proceso interno propio de aquellos. Además, debe observarse que los criterios de representatividad: **i)** dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; **ii)** deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; **iii)** deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre que, como ya se apuntó, respondan a procesos internos de estos pueblos y **iv)** conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género [ver sentencia dictada el veintiuno de diciembre de dos mil nueve, en el expediente 3878-2007].

f) La consulta debe ser sistemática

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

en el expediente 1072-2011, afirmó que la adopción de dichos procedimientos debería ser, en sí misma, un proceso que cuente con la participación activa de los pueblos indígenas.

En esa dirección se han pronunciado los órganos de control normativo de la Organización Internacional del Trabajo, haciendo valer la obligación de los Estados de "*desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad*" [Artículo 2, numeral 1 del Convenio 169]. Ello conlleva, en los casos donde no existan, el establecimiento de "*instituciones y otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas*", incluyendo "*la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados*" [Artículo 33, numerales 1 y 2 del Convenio 169]. De igual manera, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que "*la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines*" [Informe III (Parte 1A) rendido en el seno de la nonagésimo sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en dos mil siete, Pág. 600].

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

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

E) Autoridad competente para determinar la procedencia del proceso de consulta respecto de proyectos mineros y, en su caso, administrarlo

Es criterio decantado de este Tribunal que, de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 194 constitucional, los Ministerios de Estado tienen, entre otras funciones, la de "Velar por el estricto cumplimiento de las leyes" [literal i]; y en concordancia, el Artículo 27 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República y sus reformas) establece, entre las atribuciones generales de los Ministros, la de "*Cumplir y hacer que se cumpla el ordenamiento jurídico en los diversos asuntos de su competencia*" [literal a]. Con base en esa preceptiva ha afirmado esta Corte, que es el Ministerio de Energía y Minas, la Cartera mediante la cual el Organismo Ejecutivo debe hacerse cargo de practicar la consulta previa a pueblos indígenas, cuando sea procedente [ver, entre otras, sentencias de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, doce de enero de dos mil dieciséis y veintitrés de noviembre de dos mil quince, dictadas en los

expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017; 5705-2013 y 5713-2013; y 406-2014, respectivamente].

En cuanto a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, la Corte, con fundamento en lo dispuesto en el Artículo 13 del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas (Acuerdo Gubernativo 382-2006 y sus reformas), que prevé dentro de las funciones y atribuciones de la indicada dependencia ministerial "*Promover la participación de las comunidades en el desarrollo de proyectos mineros*" [literal g] y, en general, "*Las demás que le correspondan de acuerdo a las leyes, reglamentos vigentes y las que sean inherentes al cumplimiento de sus funciones*" [literal h], ha afirmado que cuando la citada Dirección tenga conocimiento que las peticiones de autorización o prórroga de licencias de exploración minera puedan afectar comunidades indígenas, le corresponde elevar el expediente administrativo respectivo al Despacho superior, a fin de que este, que aglutina a las autoridades máximas de la Cartera en referencia [Artículos 2 y 3 ibidem], asuma las medidas y gire las instrucciones pertinentes para que se lleve a cabo la consulta prevista en el Convenio 169, observando lo asentado en el segmento anterior, en el cual fueron abordados los elementos que deben confluir para que se entienda agotado el proceso de consulta establecido en el Convenio 169.

F) 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

En este apartado se estima pertinente reiterar lo afirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que ha podido notar que, con

frecuencia, los proyectos de extracción, explotación y desarrollo coinciden con tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos indígenas y tribales, y comunidades afrodescendientes. Esa concomitancia la explica por el hecho de que las tierras y territorios que tradicionalmente habitan estos pueblos, suelen encontrarse en zonas que albergan cantidad significativa de recursos naturales y, por otro lado, que se trata de poblaciones en condiciones de exclusión, pobreza y marginación. [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., pp. 16 y 17]. Esta Corte estima que esa percepción de aquel órgano del sistema interamericano encuentra perfecto acomodo en el contexto guatemalteco, porque, según consta en el registro de fallos emitidos por este Tribunal, la mayoría de las peticiones de amparo formuladas, derivado de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales, han sido otorgadas al haberse determinado que, en el área de influencia de los proyectos, radican pueblos indígenas a quienes debió consultárseles previo a asumir la medida administrativa. Esa constante, conlleva a este Tribunal a afirmar que siempre que se avizore la autorización de ese tipo de iniciativas, el Estado debe asumir las medidas necesarias a efecto de establecer la presencia de pueblos indígenas en el territorio afectado.

Ese proceder de las autoridades encargadas de la emisión de aquellas licencias, es uno de los extremos que debe ser regulado por el Congreso de la República en la normativa que está llamado a emitir para el cumplimiento de la preceptiva del Convenio 169.

Esta Corte, en anteriores oportunidades, consciente de que la ausencia de esa regulación interna ha propiciado la inobservancia de los compromisos que en materia de derechos de pueblos indígenas atañen al Estado de Guatemala, ha

demarcado, desde sus fallos, pautas a seguir para garantizar la observancia de tales obligaciones.

En esta oportunidad, esa misma motivación conduce a este Tribunal a asentar criterio en cuanto a que, en futuras ocasiones, 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.

Ahora bien, corresponde establecer cuál es el momento en el cual el Ministerio de Energía y Minas debe determinar la existencia de los citados colectivos humanos. Esto dependerá del tipo de proyecto de que se trate y la autoridad a la que la ley confiere competencia para resolver.

a) En los proyectos de exploración

En los asuntos en los cuales le sea solicitada licencia para exploración minera, la Dirección General de Minería, con base en el ordenamiento jurídico interno aplicable a ese tipo de gestiones administrativas, debe proceder a establecer la viabilidad de la gestión. Concluido el trámite que según la Ley de Minería y los respectivos reglamentos debe agotarse para ese tipo de solicitudes, en caso que lo actuado le permita arribar a la conclusión que la petición es factible de ser atendida, previo a dictar la resolución definitiva, debe trasladar el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

expediente al citado Ministerio, a efecto de que esta proceda como corresponde con el objeto de garantizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas.

Una vez que haya recibido el expediente el Ministerio de Energía y Minas, este deberá ordenar las diligencias correspondientes a efecto de establecer si *en el área de influencia del proyecto* se encuentran asentadas o no comunidades indígenas, conforme los parámetros objetivos y subjetivo que se extraen del Convenio 169, a los que hará relación en el segmento próximo. Si la existencia de aquellos colectivos humanos puede establecerla sin mayor dificultad, debe proceder de inmediato a realizar el proceso correspondiente con los pueblos interesados. Si encontrara dificultad para dilucidar ese extremo, debe disponer que entes especializados ajenos a la controversia realicen estudios técnicos que le permitan clarificar el punto.

Extremos tales como: los criterios para la selección imparcial de los entes idóneos que deben realizar aquellos peritajes, los responsables de cubrir los gastos que pueda generar la realización de esos estudios y otros, deberán quedar también previstos en aquella regulación que el Congreso de la República de Guatemala debe emitir acerca de esta materia.

En los casos en los cuales se determine que en el área de influencia no habitan pueblos indígenas, el Ministerio retornará el expediente a la Dirección General de Minería para que esta proceda a resolver como corresponde.

Si llegara a determinar que, en la citada área, sí radican pueblos titulares del derecho de consulta, el Ministerio agotará el proceso consultivo y únicamente cuando este haya sido válidamente realizado, podrá remitir el expediente a la Dirección para que esta proceda a resolver.

b) En caso de proyectos de explotación

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Solicitada la licencia de explotación minera, el Ministerio de Energía y Minas procederá a conferir el trámite respectivo. Concluido este, en momento en el que únicamente penda la resolución de la petición, la citada Cartera deberá, sin falta, establecer si en el área de influencia del proyecto existen o no comunidades indígenas asentadas. De la misma manera que se asentó en el apartado precedente, si pudiera establecer la presencia de pueblos indígenas con facilidad, iniciará el proceso de consulta sin demora. Si tuviere dificultad para determinar ese extremo, deberá disponer los estudios relacionados en la literal anterior. Todos esos actos deberá instruirlos el titular de la Cartera en mención, bajo su más estricta responsabilidad.

G) Titulares del derecho de consulta: pueblos indígenas y tribales. Los elementos que determinan su existencia

Algunas de las alegaciones efectuadas por los sujetos procesales han sugerido discusión respecto de quiénes deben ser reconocidos como titulares del derecho de consulta previsto en el Convenio 169. En atención a esas argumentaciones, se estima pertinente abordar dicho tópico, teniendo como referente principal la preceptiva contenida en ese instrumento internacional, con especial apoyo en los pronunciamientos que sobre ese particular ha emitido la Organización Internacional del Trabajo –OIT–.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha asegurado que: "(…) *No existe una definición precisa de ´pueblo indígena´ en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria a efectos de proteger sus derechos. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas en el mundo, una definición estricta corre el riesgo de ser restrictiva. Al mismo tiempo, la Comisión ha hecho suyas las pautas existentes en*

el derecho internacional que resultan útiles para determinar cuándo un grupo humano puede considerarse como ´pueblo indígena´. Los criterios más relevantes se encuentran en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT que contiene elementos objetivos, referidos a la continuidad histórica, conexión territorial y presencia en todo o en parte de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas propias´." [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., p. 20.]

De la afirmación anterior, debe ponerse en relieve el peligro que ese órgano advierte en intentar formular una definición de pueblo indígena. Coincide este Tribunal en que la formulación de una definición, *strictu sensu*, puede resultar limitativa y conllevar a la formulación de conceptos rígidos, que no coincidan con la realidad. Por ese motivo, es razonable establecer la existencia de esos colectivos por la concurrencia de elementos que los propios órganos especializados han delineado en sus pronunciamientos.

En principio, procede citar que el Artículo 1 del Convenio 169 regula que se denominan *pueblos tribales en países independientes*, a aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Con relación a los *pueblos indígenas,* define que son aquellos que *descienden* de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la cual pertenecía el país en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan, en todo o en parte, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

Ese mismo precepto, en el numeral 2, regula que la conciencia de su

identidad indígena o tribal deberá considerarse criterio fundamental para determinar los grupos a los cuales se aplican las disposiciones de ese Convenio.

Con relación a los pueblos indígenas –que son los que interesan para el caso bajo estudio–, la Organización Internacional del Trabajo, al interpretar la preceptiva de ese instrumento internacional, ha asentado que los **elementos objetivos** que caracterizan un pueblo indígena son: **a) la continuidad histórica**: esto es que sean sociedades que desciendan de grupos anteriores a la colonización o la conquista; **b) la conexión territorial**: que implica que sus antepasados hayan habitado el país o la región y **c) la conservación, en todo o en parte, de sus instituciones** políticas, culturales, económicas y sociales. Como **elemento subjetivo** ha demarcado esa Organización la **auto-identificación,** respecto de la cual ha afirmado que "*la auto-identificación de los pueblos indígenas o tribales (…) es un criterio subjetivo del Convenio núm. 169, que asigna importancia fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo"* (Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ednorm/@normes/documents/publication/wcms113014.pdf).

El Convenio 169 citado hace referencia a la conciencia de la identidad indígena como "*Un criterio fundamental para determinar a los grupos a los que se aplican las disposiciones las disposiciones del presente Convenio*" (Artículo 1, párrafo 2). Asimismo, la Declaración Americana establece que "*La auto identificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica, los Estados respetarán el derecho a dicha auto*

identificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena" (Artículo 1.2).

Con base en los citados preceptos tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han considerado que la autoidentificación es el criterio fundamental para determinar la condición de indígena de un pueblo o comunidad.

En estudio jurídico presentado ante este Tribunal, el Centro Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- y las otras entidades que la acompañaron en su comparecencia ante esta Corte, al hacer referencia a ese elemento subjetivo aseguran que se refiere a la autoconciencia de un grupo de poseer identidad indígena o tribal, es el ejercicio autónomo de reconocimiento colectivo de una comunidad como un grupo que posee una identidad indígena. De forma que, aquella idea de preexistencia de los pueblos interesados no solo estaría fundada en la continuidad histórica de estos, la costumbre y su cultura, sino que comprendería la autoidentificación originaria del pueblo de que se trate. Refieren que, en el ámbito interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– ha seguido la autoidentificación del pueblo o comunidad como criterio fundamental para el establecimiento de su carácter como indígena, afirmando que el criterio de autoidentificación es primordial para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente [ver estudio jurídico obrante a folio mil ciento setenta y seis (1176) de la Pieza III de esta Corte].

James Anaya y James Cavallaro, en su análisis jurídico afirmaron que no existe definición única de pueblos indígenas, de tal forma que para determinar la existencia de estos colectivos humanos debe estarse a lo que para el efecto

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

establecen los estándares internacionales.

Entre los aspectos objetivos que determinan la existencia de un pueblo indígena los citados expertos resaltan: **a)** ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; **b)** ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; **c)** cultura en general o en ciertas manifestaciones específicas; **d)** idioma y **e)** residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo. Como elemento subjetivo los citados expertos refieren la autoidentificación que permite que sean las personas y las comunidades y pueblos indígenas quienes definan su propia identidad cultural. También lo refieren como el criterio fundamental para determinar la condición de indígena de un pueblo o comunidad [ver estudio jurídico obrante a folio mil cuatrocientos ochenta y dos (1482) Pieza III de esta Corte].

También resulta importante resaltar los aportes efectuados por Juan Carlos Peláez Villalobos, en el estudio jurídico presentado ante este Tribunal, en el cual expuso que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha expresado que debe comprenderse como indígena: "A *toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por auto identificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación de grupo)*". Es decir, que para ser considerado como miembro de una comunidad o pueblo indígena, en primer lugar tiene que existir un pueblo que se identifique como indígena, que la persona se identifique como miembro de esa comunidad o pueblo y que sea aceptado como parte de este. Esas circunstancias, asegura, acaecen con el Pueblo Xinka, en el cual existen personas que se identifican como Xinkas, existen comunidades y pueblos que se identifican como Xinkas y en el concierto de Pueblos Originarios de Guatemala,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

se reconoce la existencia del Pueblo Xinka; además, el Estado de Guatemala lo reconoce como existente. En el citado estudio, al citar a la Organización de las Naciones Unidas, el citado experto afirma que esta ha definido la comunidad indígena, pueblo indígena o nación indígena como: "L*as que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en sus territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales*" [ver estudio jurídico presentado ante esta Corte obrante a folio ochocientos treinta y dos (832), de la Pieza II de esta Corte].

La lectura del articulado del Convenio 169, las referencias jurisprudenciales y las notas teóricas citadas, permiten afirmar que *no toda agrupación de personas es titular del derecho de consulta previsto en ese Convenio, sino lo son solo aquellas en las cuales confluyen las condiciones que han sido abordadas en este segmento*. Cabe resaltar que los derechos fundamentales de todas las personas encuentran su fuente de protección jurídico-normativa en el denominado *bloque de constitucionalidad* integrado por la Constitución Política de la República y por instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros. Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas, el Convenio 169 y la consulta ahí prevista, surgen como resultado de la conciencia, en el concierto de las naciones, de la necesidad de abogar especialmente por la salvaguardia de los derechos de los pueblos indígenas y tribales que, por factores ligados a su identidad cultural u origen étnico, se han visto sistemáticamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese sentido, se erigen como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de esos pueblos para pronunciarse e influir sobre las disposiciones que puedan repercutir en ellos, a fin de situarla en el mismo plano que la que debe corresponder a cualquier grupo de ciudadanos. Recogiendo esa idea central, el Artículo 2 del Convenio 169 regula que los gobiernos deben asumir acciones que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que *la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población*, debiendo ayudar a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional.

La citada Comisión ha asegurado: "(…) *Los Estados tienen obligaciones específicas frente a los pueblos indígenas al ser sociedades originarias preexistentes a la colonización o instauración de las actuales fronteras estatales, y que han sido sujetas a condiciones de marginación y discriminación. A partir de este hecho histórico, la comunidad internacional ha reconocido que dichos pueblos difieren de otros colectivos y, por lo tanto, tienen derechos particulares* (…)" En idéntica línea ha afirmado que: "(…) *La superación de la situación de*

marginación en la que se ha mantenido a los pueblos indígenas, así como su reconocimiento y protección como pueblos culturalmente distintos ´requieren estructuras políticas e institucionales amplias que les permitan participar en la vida pública, y proteger sus instituciones culturales, sociales, económicas y políticas en la toma de decisiones. Ello exige, entre otros, la promoción de una ciudadanía intercultural basada en el diálogo, la generación de servicios con adecuación cultural, y la atención diferenciada a los pueblos indígenas y tribales. La participación efectiva a través del derecho a la consulta y en su caso, el consentimiento previo, libre e informado se constituye como una institución que permite el ejercicio de su singularidad como grupo étnico y la garantía de sus derechos, indispensable en Estados multiculturales, pluralistas y democráticos (…)" [Loc. Cit.]

El contenido del Convenio, así como los parámetros que han asentado aquellos entes, permiten comprender que la obligación de resguardo que se impone a los Estados respecto de esos pueblos, tiene como objetivo la conservación de su cosmovisión y modo de vida. Esta última afirmación encuentra sustento en lo previsto en el Artículo 4 de ese instrumento internacional, el cual impone a los Estados parte, la obligación de adoptar medidas especiales para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente *de los pueblos interesados*. En estrecha relación con esa obligación, el Artículo 5 de ese mismo instrumento, establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio, deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos. Deben también respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos [literales a y b]. La

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

interpretación conjunta de los artículos citados, permite establecer que la protección que el Convenio confiere a los pueblos indígenas y tribales, atiende a las características de estos como conjunto de personas con instituciones, prácticas y valores diferentes de los de la generalidad que habita un país. Ese resguardo, según está asentado en la parte inicial del Convenio, deriva de tres razones importantes: **i)** la primera, la necesidad de prevenir y erradicar las prácticas discriminatorias de que han sido víctimas los pueblos mencionados; **ii)** la segunda, la necesidad de atender las aspiraciones de tales pueblos de asumir el control de sus propias instituciones, sus formas de vida y su desarrollo económico y de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones y **iii)** la tercera, no menos importante que las anteriores, la necesidad de proteger a dichos pueblos por la contribución que tienen en la diversidad cultural.

La citada Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado: "*El reconocimiento de derechos específicos a estos pueblos se encuentra igualmente vinculado al respeto y valorización de las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo, y en última instancia a su derecho a existir como pueblos étnicos y culturalmente diferenciados*". [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., p. 79.]

James Anaya ha dedicado varios informes al tema relativo al derecho a la consulta y, en cuanto al contexto específico de Guatemala, ha hecho énfasis en cuanto a que la obligación de consultar a los pueblos indígenas deriva de que: **a)** los pueblos indígenas tradicionalmente no gozan de representación adecuada en los procesos democráticos ordinarios de toma de decisiones; **b)** 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 **c)** la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas [ver estudio jurídico presentado ante este Tribunal por James Anaya y James Cavallaro, obrante a folio mil cuatrocientos ochenta y dos (1482) Pieza III de esta Corte]. Esas nociones generales constituyen fundamento para afirmar que el proceso de consulta establecido en el Convenio 169, es exclusivo de los pueblos indígenas o tribales de los países independientes. Los derechos de los otros grupos humanos tienen previstos mecanismos de protección y resguardo en aquella normativa internacional y nacional a la cual se hizo referencia.

H) Forma en la que deben proceder las autoridades administrativas o los órganos jurisdiccionales en caso de que exista duda sobre la existencia de pueblos indígenas

Cuando se denuncie omisión del derecho de consulta, previo a ordenar la realización de este proceso, es condición imprescindible establecer, en forma previa, la existencia de pueblos indígenas, en vista que son estos los titulares de tal derecho, especialmente, en casos como el que subyace al amparo que se analiza, en el cual los diferentes actores han esgrimido posturas opuestas, afirmando algunos la existencia de pueblos con esas características, y negando otros, que estos tengan presencia en las zonas en las cuales ha surgido la controversia que ahora se dilucida.

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.

Consta en lo actuado en esta instancia que, en los argumentos de agravio aducidos por algunos de los sujetos procesales, se encuentra comprendido el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

que denota inconformidad por el hecho de que el Tribunal *a quo*, aun cuando le fue denunciada la inexistencia de pueblos indígenas en las áreas de influencia, sin dilucidar ese punto, haya ordenado la realización de la consulta. Esta Corte encuentra que esa razón de agravio debe analizarse y estima que, en el presente caso, en el que, como se expuso, ha surgido como hecho controvertido la existencia o inexistencia de pueblos a quienes deba reconocérseles la condición de titulares del derecho de consulta, es cuestión de previo análisis y pronunciamiento obligado, la determinación de si en las áreas de influencia de los proyectos mineros se encuentran o no asentados algunos de los pueblos protegidos por el Convenio 169. Solo habiendo dilucidado ese punto estará el Tribunal en condiciones de poder establecer, si en el presente caso, resulta procedente ordenar que se realice la consulta.

Debe recalcarse que en los casos que son trasladados a sede constitucional, en los cuales surja duda sobre la existencia de comunidades que puedan ser titulares del derecho de consulta, resulta pertinente que el Tribunal, previo a abocarse a la solución del asunto y dotar de efectos positivos su fallo, se apoye en entes técnicos y ajenos a la controversia que, dada su especialidad, puedan aportar elementos que permitan dilucidar los puntos debatidos. En la doctrina ha sido aceptado que: "*La pericia antropológica sirve para recoger lo que otras formas de peritaje dejan de lado, ya sea en forma de datos, narraciones, vivencias, experiencias* (…)". (Kalinski, Beatriz: La pericia antropológica como herramienta de investigación social. Argentina: Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios Sobre el Delito. s.f. p. 4 http://www.cereid.org.ar/ pdf/Pericia-antropologica.pdf). Una de las ventajas que se ha reconocido al peritaje antropológico, es que el informe final que prepara el experto para enviar al

tribunal requirente, lo redacta luego de analizar los datos estadísticos, científicos y vivenciales –estos últimos los obtiene del trabajo de campo que realiza–. Esa interrelación de información de diversa índole, permite al perito aportar al tribunal elementos de convicción que coadyuvan a que este pueda resolver ajustado a la realidad y al Derecho.

-VI-

SOBRE LA LICENCIA DE EXPLORACIÓN *JUAN BOSCO*

I) ANÁLISIS DEL ARGUMENTO RELATIVO A LA FALTA DE VIGENCIA DE LA LICENCIA DE EXPLORACIÓN

Con relación a la licencia de exploración *Juan Bosco* se estima pertinente pronunciarse, en forma previa, respecto de la falta de vigencia de esa disposición administrativa, por haber sido este uno de los argumentos que expuso Minera San Rafael, Sociedad Anónima, como óbice para que el asunto pudiera ser conocido en este proceso de amparo. Aseguró la citada entidad mercantil que en virtud que la licencia de exploración fue otorgada por un plazo de tres años, la cual venció el veinticinco de abril de dos mil quince –sin que a la fecha hubiere sido prorrogada– resultaba imposible que esa autorización, actualmente, pudiera estar causando agravio revisable por vía del amparo.

Consta a folio trescientos treinta cuatro (334) del expediente de la licencia *Juan Bosco,* que el once de febrero de dos mil quince, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, compareció ante la Dirección General de Minería, a solicitar prórroga de la autorización que ya le había sido concedida, requiriendo que le fuera autorizado explorar área equivalente a cincuenta y ocho . cero dieciséis kilómetros cuadrados (58.016 *km2*), comprendida, según afirmó, dentro de los municipios de San Rafael Las Flores, Casillas y Nueva Santa Rosa, del

departamento de Santa Rosa. Consta en el expediente formado con ocasión de esa licencia, que luego de varios traslados a oficinas internas, la Jefatura del Departamento de Gestión Legal de la Dirección aludida, dictó resolución de nueve de noviembre de dos mil dieciséis, por la cual remitió del expediente a la Asesoría Jurídica de esa dependencia, a efecto de que emitiera opinión. El trece de marzo de dos mil diecisiete, la Unidad relacionada opinó: "*La solicitud de prórroga de la licencia de exploración minera denominada Juan Bosco presentada por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, cumple con los requisitos previstos en los artículos de la Ley de Minería y su Reglamento, por lo que se recomienda continuar con el trámite tendente al otorgamiento de prórroga de licencia (...) para un área de veintinueve kilómetros cuadrados con nueve mil cuatrocientos setenta y un diez milésimas de kilómetro cuadrado (29.9471 km2) (…) por un período de dos años*" [extremo que obra a folio cuarenta y uno (41) del expediente respectivo]. Sobre el trámite de la solicitud de prórroga meritada, el Director de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, por virtud de auto para mejor fallar dictado por el Tribunal de Amparo de primer grado, informó a ese órgano jurisdiccional que pende el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación, en atención a que esta última institución sujetó su pronunciamiento a la verificación de algunos requerimientos y actuaciones que obran en el expediente, el cual fue remitido como antecedente dentro del trámite del presente proceso de amparo. Aseguró que fue esta última circunstancia la que interrumpió el trámite de esa solicitud.

El Ministerio de Energía y Minas, derivado del auto de siete de marzo de dos mil dieciocho, dictado por esta Corte, informó: "(…) *La licencia denominada 'Juan Bosco' actualmente se encuentra en trámite de prórroga, sin embargo, el*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

mismo se encuentra suspendido por orden de la Corte Suprema de Justicia (…)"

Con base en lo que consta en la pieza del antecedente que se estudia, se descarta el argumento que opone la tercera interesada, en atención a que la presentación de la solicitud de prórroga de la licencia vencida y la prosecución de su trámite, por parte de la entidad administrativa correspondiente, ha hecho surgir expectativa de que esa autoridad se aboque al conocimiento de esa petición. La descripción fáctica realizada en el párrafo que antecede y lo informado por el citado Director, permite establecer que aquel trámite administrativo tiene expectativa de continuar, cuando retornen a las oficinas administrativas correspondientes los expedientes que obran en esta Corte. Es inminente que la Dirección General de Minería se aprestará a emitir resolución definitiva en cuanto a si se concede o no la extensión de plazo que le ha sido requerida. Esta circunstancia hace que exista expectativa de que la solicitud de prórroga obtenga pronunciamiento. Esta última circunstancia obliga a efectuar análisis de fondo de la violación a derechos constitucionales que en esta oportunidad se denuncia. Proceder de distinta manera y postergar el pronunciamiento para época en la cual se haya emitido la decisión final sobre la petición de prórroga, únicamente conllevaría evadir el ejercicio de la función de tutela que ahora se demanda, posponiendo, innecesariamente, la resolución del conflicto traído a sede constitucional. Resultaría tautológico que se dispusiera que, para asumir decisión sobre el asunto, deba aguardarse a que sea emitida la resolución de prórroga, siendo que uno de los reclamos de la amparista es que la licencia de exploración fue extendida sin que se consultara, en forma previa, a las comunidades indígenas que dice afectadas por el proyecto de exploración referido. Esto último determina que sea obligatorio que, antes de que sea decidida aquella solicitud de

prórroga, este Tribunal establezca si existe o no necesidad de realizar el proceso de consulta que establece el Convenio 169.

También afirmó la tercera interesada en mención que, en todo caso, la resolución que se dicte sobre la solicitud de prórroga, generaría un acto administrativo nuevo y distinto que difiere del reclamado dentro de la presente acción de amparo. Con esto sugiere que ese nuevo acto debe ser visto en proceso de amparo posterior. Esa afirmación no puede ser atendida derivado de que, el asunto de fondo debatido en este proceso es si la concesión de las licencias de exploración y explotación mineras respectivas, ameritaban o no la realización de consulta a pueblos indígenas.

II) ANÁLISIS DE LA PETICIÓN DE TUTELA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA LICENCIA DE EXPLORACIÓN *JUAN BOSCO*

La denuncia de la entidad postulante, en torno a la licencia de exploración *Juan Bosco*, se funda en que se incurrió en discriminación del pueblo indígena Xinka de los municipios de Jalapa y Santa Rosa, por no habérseles consultado previo a otorgar esa autorización. Para establecer la procedencia de la demanda de tutela incoada, se realizarán las consideraciones siguientes.

A) Relato de apartados conducentes documentados dentro del expediente de licencia de exploración *Juan Bosco*

Minera San Rafael, Sociedad Anónima, compareció ante la Dirección General de Minería a solicitar que le fuera conferida licencia de exploración con nombre *Juan* Bosco. Refirió que el área a explorar se ubicaba en los municipios de San Rafael Las Flores, Casillas y Nueva Santa Rosa del departamento de Santa Rosa y Mataquescuintla del departamento de Jalapa. Describió los minerales a reconocer y el plazo por el cual requería la autorización. A su

solicitud adjuntó documento que tituló "*Descripción del Programa de Trabajo"*. En este quedaron detallados los trabajos a realizar durante los tres años de vigencia de la autorización. En el primer año se afirmó que se realizaría reconocimiento del área de exploración, levantamiento geológico y análisis geoquímico. En el segundo año se proyectó, básicamente, la realización de trabajos detallados para mostrar las características estructurales y de intensidad de las alteraciones a estudiar y delimitación de áreas para muestreo a detalle. En el tercer año se aseguró que "*Después de una recopilación completa de los resultados de las actividades anteriores, se hará un análisis de la información se definiría si es posible la planificación de un programa de perforación para evaluar un posible yacimiento (…)"* [folios cinco (5) y seis (6) del expediente SEXR-089-08 de la Dirección General de Minería].

Consta a folio ciento cuarenta y uno (141) del mismo expediente, que la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas, al emitir su opinión, recomendó continuar con el trámite tendente a extender la licencia, asegurando que la solicitante debía cumplir con presentar, aparte de otros estudios, "*el instrumento ambiental que corresponda conforme el Acuerdo Gubernativo 431-2007 y sus reformas, Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental.*"

La Dirección General de Minería, en resolución de veintiséis de abril de dos mil doce, extendió la licencia de exploración requerida con plazo de vigencia de tres (3) años. Describió que "*El área que se otorga se encuentra localizada en los municipios de Mataquescuintla, Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores, de los departamentos de Jalapa y Santa Rosa*" [Área de influencia]. En el apartado denominado "*Otras obligaciones*" asentó que la entidad minera debía:

"(…) b) *Presentar un Estudio de Mitigación, relacionado con las operaciones mineras que llevará a cabo en el área autorizada, el cual deberá ser presentado a esta Dirección General antes de iniciar las labores correspondientes (…) c) La titular deberá presentar ante esta Dirección General, copia de la resolución de aprobación del instrumento de gestión ambiental aplicable a este caso específico, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 8 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto Gubernativo 68-86 del Congreso de la República, tomando en cuenta el listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades, y el artículo 11 del Acuerdo Gubernativo 431-2007 Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, emitidos por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN)*" [ver Licencia de exploración Juan Bosco, obrante a folios ciento cuarenta y siete (147) a ciento cincuenta y uno (151)].

Minera San Rafael, Sociedad Anónima, compareció ante la citada Dirección a presentar Estudio de Mitigación del proyecto de exploración mencionado. En este documento, en el apartado denominado "*Descripción del Proyecto*" se asegura que "*El proyecto tiene como principal objetivo realizar una campaña de prospección a nivel de subsuelo mediante la perforación de 10 pozos de exploración de 6 centímetros (cm) de diámetro*" [ver folio ciento ochenta y ocho (188) del expediente administrativo relacionado].

La Unidad de Gestión Socio Ambiental del Ministerio de Energía y Minas, en resolución de dieciséis de noviembre de dos mil doce, aceptó el Estudio de Mitigación presentado y en el apartado de "*metodología",* describió que para el desarrollo del proyecto "(…) *se espera realizar una campaña de prospección de 10 pozos de exploración de 6 cm de diámetro*". Al finalizar esa resolución

recomendó: a la Dirección General de Minería *que "(…) Dado que el presente Estudio contempla actividades de exploración con intervención directa al medio ambiente, se le solicite a la entidad titular del derecho minero la resolución de aprobación del instrumento de gestión ambiental aplicable a este caso específico, en cumplimiento al Decreto 68-86 del Congreso de la República de Guatemala y los Acuerdos Gubernativos números 134-2005 y 431-2007, emitidos por el Ministerio de Ambientes y Recursos Naturales (MARN)"* [folios trescientos veintidós (322) y trescientos veintitrés (323)].

La Dirección General de Minería, por su parte, dictó resolución de veintinueve de noviembre de dos mil doce, mediante la cual dispuso tener por aceptado del Estudio de Mitigación presentado.

Posteriormente, Minera San Rafael, Sociedad Anónima, compareció ante la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, a presentar Instrumento de Evaluación Ambiental, Evaluación Ambiental Inicial y Plan de Gestión Ambiental del proyecto de exploración con licencia *Juan Bosco.* En resolución de veinte de noviembre de dos mil catorce, la Unidad de Calidad Ambiental de aquella Dirección aprobó el *Instrumento de Evaluación Ambiental Inicial con Plan de Gestión Ambiental* presentado por la entidad minera. [Esta resolución obra en el expediente formado ante esta Corte derivado del requerimiento contenido en el auto de siete de marzo de dos mil dieciocho, dictado por este Tribunal previo a emitir el presente fallo. Folios del mil doscientos veintidós (1,222) al mil doscientos veintiséis (1,226) de la pieza de amparo formada ante esta Corte.]

Consta que la citada Unidad asentó en su resolución: "***TERCERO:*** *Que el artículo 17 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental,*

Acuerdo Gubernativo 431-2007 y sus reformas, establece que el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental es un instrumento de evaluación para la toma de decisiones y de planificación, que proporciona un análisis temático preventivo reproducible e interdisciplinario de los efectos potenciales de una acción propuesta y sus alternativas prácticas de los atributos físicos, biológicos, culturales y socioeconómicos de un área geográfica determinada (…) ***QUINTO:*** *Que en el presente procedimiento administrativo se determinó que el instrumento ambiental presentado y debidamente analizado por esta Dirección, cumple con las normas técnicas y legales, por lo que es procedente en el presente caso, aprobar la Evaluación Ambiental Inicial con Plan de Gestión Ambiental en categoría ´B2´, otorgando la viabilidad ambiental en atención al instrumento ambiental presentado*". En el apartado resolutivo de su fallo decidió: "***A) aprobar*** *la Evaluación Ambiental Inicial con Plan de Gestión Ambiental en categoría ´B2´ del proyecto denominado "Proyecto de Exploración Minera Juan Bosco (…)"* [folios mil doscientos veintitrés (1,223) al mil doscientos veinticuatro (1,224) de la pieza de amparo formada ante esta Corte].

Derivado de que respecto de la citada licencia de exploración, fue remitido a esta Corte, como antecedente del presente proceso de amparo, expediente administrativo en el cual consta, exclusivamente, el procedimiento que para ese tipo de gestiones norma la Ley de Minería, sustanciado ante la Dirección General de Minería, esta Corte, en auto de siete de marzo de dos mil dieciocho, requirió al Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, el expediente formado en esa oficina con relación a la solicitud de licencia de exploración *Juan Bosco*. Ese requerimiento pretendía obtener información documentada en cuanto a las diligencias que esa Cartera hubiera asumido con el

objeto de establecer la presencia de pueblos indígenas en el territorio que conforma el área de influencia del proyecto de exploración relacionado y su correspondiente consulta. Agotado el plazo otorgado por este Tribunal, fue recibido informe del citado Viceministerio en el cual afirmó: "*En referencia a la licencia de exploración denominada ´Juan Bosco, LEXR -089-08´ se informa lo siguiente: De conformidad con la Ley de Minería, según lo dispuesto en el artículo 24 el área de una licencia de exploración se otorgará por un polígono con una extensión no mayor de cien kilómetros cuadrados. La licencia referida fue otorgada en fecha 26 de abril de 2012, por un periodo de tres años, con un polígono de 60.35 km2. En el año 2011, sufrió la reducción de su extensión a 59.91 km2 (…) En virtud de lo anterior y como consta en los registros del MEM los cuales reflejan que un porcentaje muy bajo de licencias de exploración derivan en licencias de explotación, y ante la necesidad de reducir nuevamente el polígono por una nueva actualización, en donde se delimitaría el área de influencia del proyecto, se considera oportuno esperar la reducción del polígono que por ende definiría las comunidades a informar e involucrar en un proceso participativo previo a otorgar la licencia de explotación si fuese el caso (…)*" [reverso del folio mil doscientos once (1211) al mil doscientos doce (1212) de la pieza de amparo formada ante esta Corte].

B) Verificación del cumplimiento del marco normativo aplicable para el Estado de Guatemala en torno a los derechos de los pueblos indígenas

Luego de efectuada la descripción general de las actuaciones contenidas dentro del expediente administrativo relacionado, se estima pertinente analizarlas, para efecto de establecer si se ha incurrido o no en violación a derechos como lo denuncia la postulante.

a) Sobre la observancia del derecho de consulta de los pueblos indígenas

Previamente, debe establecerse si en el área de influencia del proyecto de exploración se encuentran o no asentados pueblos indígenas. Será a partir de las conclusiones que obtenga este Tribunal que podrá determinarse si el actuar del Ministro de Energía y Minas, observó o no los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala respecto de aquellos colectivos humanos.

i) Determinación de la existencia de pueblos indígenas en el área de influencia del proyecto de exploración

Como quedó asentado en apartados precedentes, el área de influencia del proyecto de exploración bajo estudio abarca los municipios de San Rafael Las Flores, Casillas y Nueva Santa Rosa del departamento de Santa Rosa y Mataquescuintla del departamento de Jalapa [ver Licencia de exploración *Juan Bosco*, obrante a folios ciento cuarenta y siete (147) a ciento cincuenta y uno (151) y Estudio de Mitigación incorporado a folios ciento setenta y nueve (179) a trescientos diecinueve (319), respectivamente].

i.i) Análisis de idoneidad sobre el material probatorio que obra en autos

Para responder la razón de agravio relativa a la presencia de pueblos indígenas en esa área, se procederá a efectuar la valoración de los documentos siguientes: **1)** censo poblacional levantado por el Instituto Nacional de Estadística –INE–; **2)** encuesta Diocesana; **3)** información registral del Registro Nacional de las Personas –RENAP–; **4)** estudio denominado "*Diagnóstico situación de la cultura Xinka*" de la antropóloga Claudia Dary Fuentes y **5)** informes de los estudios antropológicos realizados por el Ministerio de Cultura y Deportes, el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA)

de la Universidad del Valle de Guatemala.

En este apartado, se iniciará abordando cuáles de aquellos instrumentos incorporados al proceso de amparo, son idóneos para determinar la presencia de pueblos indígenas en áreas en las cuales se proyecta asumir medidas administrativas. Como quedó asentado en el considerando anterior, al no encontrarse regulado cuál es el instrumento idóneo para determinar tal extremo, este Tribunal utilizará como parámetros de medición, los instrumentos incorporados al presente proceso de amparo, específicamente aquellos a los cuales este Tribunal establezca que es procedente otorgarles efecto probatorio para el asunto en debate.

En principio cabe asentar que, sobre la idoneidad de esos instrumentos de medición aportados al proceso de amparo, las partes procesales han esgrimido diversas posturas, algunas susceptibles de armonizarse entre sí y otras evidentemente antagónicas. Esta Corte abordará, en este segmento, uno a uno los elementos de medición que aportaron las partes para probar la existencia o inexistencia, según el caso, de pueblos indígenas en determinadas áreas, precisando cuáles de esos instrumentos tomará en cuenta este Tribunal para dilucidar el citado punto controvertido, definiendo así a cuáles les conferirá valor probatorio.

1) Censo poblacional levantado por el Instituto Nacional de Estadística –INE–

Tanto la postulante como algunos de los terceros interesados han insistido en que los datos contenidos en los censos poblacionales levantados por el Instituto Nacional de Estadísticas –INE–, son referentes idóneos que permiten determinar la existencia o inexistencia de pueblos indígenas [el Censo Poblacional al que se hace referencia obra a folio treinta y cinco (35) de la pieza I

formada ante el Tribunal de Amparo de primer grado].

A juicio de esta Corte, cuando en un proceso judicial sea cuestión controvertida entre las partes la presencia de pueblos indígenas en el área de influencia de un proyecto minero, el punto no puede ser elucidado únicamente con base en el último censo poblacional que se ha realizado a la fecha. Esto en atención a que, de conformidad con los parámetros extraídos del Convenio 169 y que fueron expuestos en el apartado precedente, establecer quiénes se consideran *pueblos indígenas* requiere evaluar aspectos que rebasan los métodos y enfoques utilizados en la elaboración de aquel tipo de instrumento. Además, por datar de dos mil dos, su información podría no estar actualizada. En el documento "*Diagnóstico situación de la cultura Xinka*" elaborado por la Antropóloga Claudia Dary Fuentes, publicado por el Ministerio de Cultura y Deportes en dos mil dieciséis [aportado como prueba al presente proceso de amparo por la entidad postulante] la autora asegura que: "*Los censos de población realizados en los departamentos del suroriente y oriente del país han sido cuestionados por las comunidades y organizaciones xinkas regionales por subestimar el número de la población indígena, y por lo tanto, invisibilizarla. En efecto, la demografía xinka es uno de los aspectos más controversiales. Los censos se han basado usualmente en contar a las personas hablantes del idioma y no han privilegiado la auto adscripción u otros rasgos culturales y organizativos. En todo caso la data que se maneja a nivel oficial sigue siendo la correspondiente al Censo Nacional XI de Población y VI de Habitación del 2002, al no haberse realizado un nuevo censo. La información estadística para los departamentos muchas veces solo registra el binomio indígena y no indígena. Siendo así es difícil distinguir de qué manera se compone el grupo nombrado como indígena*

(…)" [Ministerio de Cultura y Deportes. (2016). Diagnóstico Situación de la Cultura Xinka. Guatemala, Guatemala: Cuidado Editorial: Ediciones Maya' Na'oj. p. 22].

Esta Corte estima que los censos efectuados por aquel ente estatal, tienen su principal valor y utilidad en otro espectro de la realidad guatemalteca; pero no son, por sí solos, parámetros para la determinación de la existencia de pueblos indígenas. Para abonar la postura de este Tribunal respecto de los censos levantados por aquel ente, se estima pertinente citar lo afirmado por la especialista mencionada: "(…) *Un grupo étnico no solamente se distingue por el manejo de una lengua o idioma o por vestir de determinada manera, sino además por una serie de experiencias sociales compartidas, acumuladas a lo largo de la historia, por organizarse de una manera determinada para el manejo de su territorio y por una narrativa oral particular".* Afirma la citada autora que "(…) *la identidad de un grupo se construye socialmente no solamente por los marcadores objetivos de la cultura sino también por los subjetivos; es decir, aquellos que no podemos observar de manera evidente. De esta cuenta, la oralidad, la cosmovisión y la espiritualidad forman también parte de la identidad étnica. Asimismo, debe considerar la forma de organización política y social de un grupo, las formas propias de gestión territorial, la cual ha sido heredada de formas ancestrales de organización (...)"* [Dary Fuentes, Claudia. (2010). *Unidos por Nuestro Territorio*. Guatemala, Guatemala: Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos. p. 287].

2) Encuesta Diocesana

La Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, mediante auto para mejor fallar requirió a la Diócesis de Santa Rosa de Lima del

departamento de Santa Rosa: "(…) *Estudio relacionado con la población indígena ´Xinka´ que reside en los municipios del departamento de Santa Rosa, a efecto de determinar el origen y evolución histórica de los ´Xinkas´ y si efectivamente en ese lugar se inició dicha cultura* (…)" La Diócesis citada, en respuesta a tal requerimiento, se limitó a cursar los datos obtenidos en una encuesta realizada por esa entidad en el departamento de Santa Rosa, en dos mil quince, la cual, según afirmó, refleja el número de personas residentes en ese departamento que, al ser encuestadas, se identificaron como pertenecientes a la etnia *Xinka* [la información remitida obra a folio mil trescientos cuarenta y dos (1342) al mil trescientos cuarenta y ocho (1348) de la pieza IV formada ante el Tribunal de Amparo de primer grado]. Consta en la pieza de amparo de primer grado que aquel Tribunal, al momento de emitir su decisión final, no citó como apoyo la información que le fue enviada por la citada Diócesis. No obstante esta circunstancia, el hecho de que haya sido incorporado al proceso el contenido de tal encuesta y, en especial, por los datos que aporta, ha hecho surgir en algunas de las partes, la expectativa de que dicha encuesta se constituya en referente idóneo para establecer la existencia de población indígena en aquellas áreas.

Esta Corte estima que la información remitida por la citada entidad religiosa, no podría ser instrumento eficaz para determinar si en aquella localidad existen comunidades en las cuales sean reconocibles los elementos subjetivos y objetivos extraídos del Convenio 169. El primero de los motivos es similar al expresado con relación al documento aludido en el numeral precedente; la encuesta es un instrumento de captación de datos que resulta limitado para verificar aquel extremo, dada su complejidad y el análisis sustancial que conlleva. La segunda razón atiende a que, si bien la institución referida podría contar con

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

personal dotado de la especialización técnica necesaria para efectuar ese tipo de estudio, ese extremo no consta a este Tribunal.

3) Información registral del Registro Nacional de las Personas –RENAP–

Algunos de los terceros interesados han apoyado su postura en los datos que, en relación a la pertenencia a etnias indígenas, ha contabilizado el Registro Nacional de las Personas –RENAP– en el departamento de Santa Rosa. Aducen que esos datos son determinantes para descartar la existencia de población indígena en ese territorio [estos datos registrales obran a folio mil quinientos noventa y tres (1593) de la pieza IV formada ante el Tribunal de Amparo de primer grado].

Esta Corte, al igual que lo adujo el Tribunal de Amparo de primer grado, no encuentra que los datos aportados por ese Registro puedan ser concluyentes para descartar la existencia de pueblo Xinka en el área de influencia de los proyectos. La función registral citada no conlleva el ejercicio investigativo y analítico necesario para esclarecer si en una circunscripción territorial residen comunidades representativas de pueblos indígenas. Aunado a ello, esos datos no podrían ser tomados como indicativo de quiénes, entre los residentes de aquellos municipios, poseen identidad indígena porque, tal como lo informó el personero de esa institución pública, la casilla relativa a la pertenencia a grupo o etnia indígena, fue instituida dentro del Documento Personal de Identificación desde el uno de diciembre de dos mil catorce; por lo que en sus registros solamente consta esa información respecto de aquellas personas que obtuvieron o repusieron ese documento con posterioridad a la fecha indicada. Las consideraciones anteriores permiten reiterar la tesis de que la determinación de la existencia de pueblos indígenas, no puede extraerse ni colegirse de la mera

contabilización aislada de individuos o de sus rasgos personales visibles; el análisis para confirmar aquella circunstancia requiere una evaluación profunda dirigida a comprobar los criterios objetivos y subjetivo de identificación indicados en el Convenio 169.

Es menester puntualizar que la postura de este Tribunal respecto de los instrumentos de investigación aludidos en este apartado, no conlleva desacreditar en términos absolutos el valor probatorio de ese tipo de mediciones, ya sea en general o en cuanto concierne a asuntos como el que se conoce en este proceso constitucional. Se niega, eso sí, que permitan establecer, por sí solos, la presencia de pueblos originarios en determinada localidad, dadas las aristas que debe englobar ese estudio, según quedó explicado. Si bien es cierto, los informes estadísticos o registrales podrían formar parte de un estudio integral y multidisciplinario, no pueden, por sí mismos, aportar todos los elementos que se requiere para esclarecer fundadamente, de modo fidedigno y concluyente la cuestión controvertida bajo referencia.

4) Estudios antropológicos

4.1) De los aportados por las partes procesales

Por una parte, ha sido aportado como medio de prueba a este proceso de amparo, el documento titulado ***Diagnóstico sobre la situación étnica y cultural del pueblo Xinka***, elaborado por la antropóloga Claudia Dary Fuentes. Este documento, según se afirma en su texto, fue realizado por iniciativa de la Dirección General de Desarrollo Cultural y Fortalecimiento de las Culturas del Ministerio de Cultura y Deportes. Uno de los objetivos de ese estudio fue el de efectuar descripción sobre la situación étnica y cultural del pueblo Xinka, proveyendo información histórica, sociogeográfica y demográfica sobre dicha

etnia indígena. Asimismo, se asegura, el ensayo persigue describir y analizar los principales marcadores o rasgos étnicos tanto objetivos como subjetivos del pueblo Xinka. Esta Corte, al efectuar la lectura del citado documento, encuentra que, respecto del área de influencia el proyecto de exploración con licencia *Juan Bosco,* este sí aporta elementos que permiten conocer, con nivel de profundidad considerable, las características de la población de algunos de los municipios de los departamentos de Jalapa y Santa Rosa.

Lo anterior provoca que, de los aportados como prueba por las partes dentro del presente proceso de amparo, este instrumento sí pueda ser considerado por este Tribunal como referente para determinar la existencia de pueblos indígenas en el área de influencia de los proyectos mineros. La postura asumida por este Tribunal respecto de este estudio atiende a dos extremos relevantes, a saber: **a)** su *carácter oficial*, por ser publicación realizada por un ente del estamento estatal -Ministerio de Cultura y Deportes-; **b)** su *completitud*, porque no se constriñe a efectuar contabilización aislada de datos, sino que realiza análisis tanto de los elementos objetivos como del elemento subjetivo de la población de algunos de los municipios que conforman aquella área de influencia y **c)** *su carácter especializado*, porque fue elaborado por profesional de la Antropología, por lo que se le considera opinión seria y confiable, proveniente de persona versada en la materia.

La autora del estudio sostiene, en la parte inicial de su trabajo, que los departamentos de Santa Rosa, Jutiapa y Jalapa son "*las regiones y los principales pueblos (vigentes) que han sido reportados como habitados por los Xinkas*". Afirma que en la región suroriental de Guatemala se han desarrollado pueblos con su propia configuración, estructura sociopolítica y características

culturales, entre ellas, las variantes dialectales de un mismo idioma (el xinka).

Afirma que si bien los marcadores culturales objetivos suelen caracterizar o distinguir a un grupo frente a otros: un idioma, una indumentaria propia (traje o vestido), determinadas artes o manualidades que le son propias, y que a través del idioma se trasmite una manera de concebir el mundo y la vida, que se refleja en una cosmovisión; en la historia del pueblo Xinka han ocurrido fenómenos por los cuales se ha ido perdiendo la práctica del idioma y del vestuario. Sin embargo, la pérdida de esos marcadores objetivos no significa que el grupo étnico se tenga por extinguido, debido a que en la memoria colectiva permanece la conciencia de haber tenido antepasados que se comunicaban en un idioma distintivo y que practicaban determinados rituales y ceremonias religiosas.

La memoria colectiva también registra experiencias y eventos acerca de la vida pasada del grupo en cuanto a indígenas con obligaciones y privaciones particulares; pero también en cuanto a un grupo que tiene un valioso conocimiento local sobre el medio ambiente (plantas, animales, astros, etc.). Debe tomarse en cuenta que para entender la identidad de un grupo, también se debe considerar la manera en que este se auto adscribe, la forma en que se siente y percibe frente a los otros grupos con los que convive o que le son próximos social o geográficamente. De esta cuenta, la oralidad, la cosmovisión y la espiritualidad forman también parte de la identidad étnica. Asegura que durante la investigación comprobó que algunos aspectos de la tradición xinka como el idioma y la indumentaria han disminuido considerablemente. Resalta el relato de una persona del departamento de Jalapa que refirió que sus antepasados eran de refajo, usaban hilos de collares y trenzas, pero que todas esas prácticas cayeron en desuso derivado de la discriminación.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Pese a lo anterior, asevera, existen esfuerzos de la misma población xinka para rescatar su historia y sus prácticas culturales.

Al abordar la caracterización de las comunidades que habitan en aquellos tres departamentos, en general, la autora asegura que todas las comunidades indígenas Xinkas que administran tierras comunales en los tres departamentos, tienen varios elementos o características en común, a saber: **a)** todas las comunidades cuentan con títulos de tierra que, por lo general, datan de la época colonial. A lo interno de cada comunidad ocurre un reparto de terrenos de forma individualizada. Se trata de un usufructo vitalicio que las familias suelen heredar a sus respectivos parientes (aspecto que es conocido como “derechos de sangre”), tratando que la herencia sea de forma equitativa, beneficiando a hijos e hijas; **b)** todas las comunidades establecen normas y principios orales y escritos que limitan el uso y traspaso de las tierras a personas ajenas a la comunidad. Esto es una circunstancia ideal o formal, pero en la práctica suelen darse excepciones. Las normas de cada comunidad definen los derechos y obligaciones de cada comunero, así como las funciones de los miembros de la junta directiva. En los estatutos también se indica la manera de administrar la tierra, las normas relativas al uso del suelo, la tala de árboles, extracciones de barro, pastaje de animales, construcción y manejo de los cercos y uso de ojos de agua, entre otras disposiciones; **c)** todas las comunidades se organizan internamente para mantener y ordenar sus asuntos de tierra: herencias, conflictos por colindancias, traspasos, etc. Tienen procedimientos para la elección de sus autoridades (usando planillas, procedimientos de “mano alzada” o “filas” o “formación”) que velan porque los comuneros cumplan con las normas establecidas y con sus obligaciones. Todas las comunidades tienen juntas directivas. Asimismo, todas

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

las comunidades celebran asambleas ordinarias y extraordinarias, a las cuales asisten todos los comuneros, posesionarios de las tierras. Aunque estas son características que las comunidades comparten, existen diferencias. Mientras algunas comunidades poseen una cantidad de tierra muy grande, otras apenas poseen alguna extensión de tierra. Unas comunidades están mejor organizadas y son más fuertes en el sentido político que otras; esta cualidad organizativa no tiene relación directa con el tamaño de su territorio; **d)** un elemento o característica que es común a todas estas comunidades indígenas, es que han sido sujetas de despojo de sus terrenos, principalmente a finales del Siglo XIX, por lo que han realizado acciones en defensa de sus tierras comunales. Esto se ha dado como parte de un proceso histórico complejo, desarrollando procesos de lucha constante por mantener su autonomía y formas propias de gestión, además de proteger las tierras comunales. Para salvaguardar sus posesiones comunitarias, los indígenas Xinkas han debido mantenerse cohesionados y **e)** las comunidades indígenas se dedican a la agricultura de subsistencia. Algunos comuneros siembran también para el intercambio. La mayoría de comunidades indígenas enfrenta problemas debido al crecimiento demográfico, así como al manejo deficiente de las tierras.

La autora del documento bajo estudio, cita con detalle lo relativo a varios de los municipios pertenecientes a aquellos departamentos, en los cuales afirma está asentada población Xinka. De otros municipios únicamente aporta algunos rasgos característicos. A continuación, se trasladarán a este apartado, los datos que expone respecto de los municipios ubicados dentro del área de influencia del proyecto de exploración aludido, por ser la situación de esos territorios la que interesa para la resolución del presente asunto.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Afirma que el municipio de **Mataquescuintla** del departamento de Jalapa es uno de los principales pueblos indígenas vigentes. En el apartado denominado "*Algunas fiestas y danzas del pueblo Xinka de Santa Rosa",* la autora asegura que algunas fiestas y ceremonias en donde convergen pobladores de varios pueblos xinkas, constituyen uno de los referentes identitarios y de cohesión social más fuertes de este pueblo. En particular reporta la fiesta de la Virgen de Candelaria que se realiza en la aldea Los Esclavos, del treinta y uno (31) de enero al dos (2) de febrero de cada año. En esta ocasión, indica la antropóloga, se observa la presencia de grupos de personas de las comunidades de Mataquescuintla, departamento de Jalapa, que acompañan la imagen de Santiago Apóstol.

Con relación al municipio de **Casillas** del departamento de Santa Rosa, en el apartado "*Los marcadores subjetivos e intangibles de la cultura Xinka*", la autora, al abordar el asunto relacionado con los elementos de la cosmovisión que, según afirma, "*son compartidos por los habitantes de los tres departamentos en donde este grupo habita*", cita como uno de esos elementos, lo que los integrantes de esos pueblos conceptúan como *los dueños de la naturaleza*: los cerros, las montañas y los volcanes, así como las fuentes de agua: las lagunas, lagos, ríos, fuentes y quebradas. Asegura que, entre los lugares que *tienen dueño*, se encuentran: la montaña El Mudo, de Jalapa; la peña Koyehix o Koyejix, aldea Ixtahual de San Juan Tecuaco; cerro La Muralla (comunidad El Durazno, Casillas, Santa Rosa).

Al referirse al departamento de Santa Rosa, la autora hace alusión a la Comunidad Agrícola Xinka de Jumaytepeque [aldea del municipio de Nueva Santa Rosa, del departamento de Santa Rosa], a la cual atribuye la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

administración de los terrenos destinados al cultivo que se encuentran en esa aldea; estos son de carácter comunal y, en su mayoría, se encuentran sembrados con cafetales, por lo que se ubica el café como el producto estratégico de la aldea. La mayoría de habitantes poseen tierra que va desde pequeñas parcelas hasta extensiones de varias manzanas. A las personas que tienen propiedades dentro de las tierras comunales se les denomina ´comuneros´. Respecto de la citada localidad no se encuentran registros durante algún período, sin embargo, en la época republicana empiezan a encontrarse nuevamente, más no como pueblo Xinca. Con la firma de los Acuerdos de Paz, se reivindica y reconstruye su identidad como pueblo Xinca, acción que está en construcción en la actualidad. La tierra fue adjudicada a los indígenas de Jumaytepeque en el Siglo XVIII por las autoridades coloniales, a través de Cédula Real del seis de junio de mil setecientos cincuenta y dos y desde entonces se mantiene como propiedad comunal. En el Siglo XIX hubo otras adjudicaciones de tierra a través de títulos. La inscripción en el Registro General de la Propiedad de la Zona Central, documenta que el territorio comunal referido abarca cinco mil seiscientos ochenta y nueve (5,689) hectáreas, que tienen como usuarias a tres mil (3,000) familias. En el censo realizado por la comunidad en mil novecientos noventa (1990), se contabilizaron doce mil setecientos (12,700) habitantes. Se calcula que su población podría alcanzar actualmente los quince mil (15,000) habitantes, es decir, aproximadamente la mitad de los pobladores del municipio de Nueva Santa Rosa.

4.2) De los requeridos por este Tribunal

En virtud que esta Corte, al efectuar análisis del Diagnóstico relacionado, si bien encontró información especializada que le permitió alcanzar algunas

conclusiones relevantes para la resolución del caso, no advirtió que ese estudio contuviera información determinante respecto de si, en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa [área de influencia de los proyectos tanto de exploración como de explotación minera] se ubican o no pueblos indígenas. Por esa razón, previo a resolver, dictó auto de siete de marzo del presente año en el cual solicitó: "*Al Ministerio de Cultura y Deportes, al Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala que, realicen, cada uno y en forma separada, estudio antropológico en el Municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, a efecto de obtener información acerca de la existencia de pueblos indígenas en ese Municipio, tomando como referencia los criterios objetivos y subjetivos definidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Comprendidos los* ***elementos objetivos*** *como:* ***a)*** *la continuidad histórica: que desciendan de grupos anteriores a la colonización o la conquista;* ***b)*** *la conexión territorial: que sus antepasados hayan habitado el país o región y* ***c)*** *la conservación de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. El* ***elemento subjetivo*** *constituido por la autodeterminación"* [folio mil doscientos veintisiete (1227) de la pieza de amparo formada ante este Tribunal].

Esa decisión de este Tribunal tuvo como objetivo obtener la opinión de entes especializados, ajenos a la controversia, sobre la existencia de pueblos indígenas en el área de influencia de los proyectos mineros referidos. Las tres instituciones requeridas comparecieron a aportar sendos estudios cuyos informes

estuvieron precedidos, según su propia afirmación, de estudios de campo y análisis del marco teórico, que les colocaron en condiciones de poder remitir opinión versada a este Tribunal.

A continuación, se reitera en este segmento el contenido de cada uno de los informes rendidos a este Tribunal por las entidades referidas.

4.2.1) Informe rendido por el Ministerio de Cultura y Deportes

El Ministerio de Cultura y Deportes asegura que efectuó estudio de carácter mixto. Para ello realizó consultas bibliográficas de estudios existentes, entrevistas a personas relacionadas con el asunto y una visita corta a la cabecera municipal de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa.

En su informe aseguró que en lo concerniente al origen del pueblo Xinka, las hipótesis más aceptadas proponen que estos formaron parte de una serie de migraciones provenientes del noroeste de Mesoamérica y cronológicamente se asocian a grupos de habla *pipil* que también migraron desde una región que actualmente es parte de los Estados Unidos Mexicanos. Luego de su llegada, ocuparon diversos lugares en el sureste de Guatemala, principalmente en la región que actualmente conforman los departamentos de Santa Rosa, Jutiapa y Jalapa.

El municipio de San Rafael Las Flores fue creado el dos de marzo de mil ochocientos sesenta y se asentó en las tierras de la hacienda denominada *El Potrero*. El Gobierno de Guatemala de ese momento, ordenó que se establecieran dos poblaciones, una compuesta por los indígenas que ocupaban la aldea de Alzatate y la otra conformada por los ladinos que residían en la hacienda mencionada. Esta última población recibió el nombre de San Rafael; por esa razón el municipio de San Rafael Las Flores no es el resultado de la

evolución de un "*pueblo de indios"*.

En el municipio de San Rafael Las Flores existe un sitio arqueológico que fue estudiado en dos mil once. Los arqueólogos concluyeron que los hallazgos son residuos de una ocupación menor; se estableció así, que no existió asentamiento formal y prolongado. Los lugares sagrados asociados a monumentos arqueológicos en San Rafael Las Flores son de origen maya; no es posible asumir la existencia de un monumento arqueológico de origen xinka. Los lugares que actualmente se consideran habitados por xinkas en el departamento de Santa Rosa son Chiquimulilla, Guazacapán, Taxisco, San Juan Tecuaco, Jumaytepeque y Santa María Ixhuatán. En Jalapa la montaña de Santa María Xalapán, algunas aldeas de Mataquescuintla, parte de San Carlos Alzatate y parte de San Pedro Pinula.

En cuanto a la conservación de toda o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, en San Rafael Las Flores no se encuentra organización formal dentro de la estructura de la Iglesia Católica, como podrían ser las cofradías de corte tradicional.

Las instituciones económicas no presentan tradición, porque se manejan dentro de los principios internacionales de la oferta y la demanda, ofreciendo productos nacionales e importados. No fue posible identificar instituciones de función cultural y política tradicionales.

Describe que en las comunidades de San Rafael Las Flores (casco urbano), caserío La Cuchilla, caserío Los Planes, Aldea Las Nueces, Caserío El Fucío, Aldea Sabana Redonda, Caserío El Volcancito, Aldea San Juan Bosco, Aldea Estanzuela y Aldea El Quequexque, predomina la autodeterminación de mestizo o ladino. Para los cuidados de la salud de sus habitantes, algunas

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

comunidades cuentan con centros de salud, centros de acopio y la asistencia de comadronas. En la cabecera municipal, el idioma predominante es el español, la población joven se interesa en el idioma inglés, contrario a lo que sucede con el idioma xinka debido a que, según afirman los vecinos del lugar, no tiene sentido aprender ese lenguaje por la ausencia de población de esa etnia en el casco urbano.

En lo que concierne a la religión que profesan sus habitantes, existen datos del año dos mil once, los cuales muestran que la religión católica romana posee el porcentaje más alto, seguida de la religión evangélica y otras que representan el dos . diecisiete por ciento (2.17%); dentro de este último grupo, se puede incluir a los practicantes de la espiritualidad maya, quienes disponen de cuatro lugares sagrados denominados Amberes, Media Cuesta, Olivia y San Rafael Las Flores. En estas prácticas participan personas que se auto determinan mayas, mestizos y xinkas; sin embargo, las visitas a dichos lugares generalmente son de carácter ocasional.

La producción agropecuaria consiste en crianza de aves, cultivo de maíz y hortalizas; asimismo, pero en menor proporción, se observó la crianza de bovinos y porcinos. Se pudo establecer que la actividad económica menos apreciada se relaciona con el cuidado de los bosques. La vestimenta utilizada por hombres y mujeres es propia del grupo ladino o mestizo, con ciertas características de moda internacional y comercial.

En San Rafael Las Flores no se encuentra organización formal dentro de la estructura de la iglesia católica romana, como podrían ser las cofradías de corte tradicional. La autoridad local es el alcalde municipal, no existe alguna evidencia de organización tradicional. Si bien existe el Consejo del Pueblo Xinka

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de Guatemala y el Parlamento del Pueblo Xinca de Guatemala, estos no poseen representantes del municipio de San Rafael Las Flores [este informe obra a folios mil quinientos tres (1,503) al mil quinientos quince (1,515) de la pieza de amparo formada ante esta Corte].

4.2.2) Informe rendido por el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala

El Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, informó haber realizado entrevistas colectivas abiertas y semi-estructuradas en: **i) el departamento de Santa Rosa**: específicamente en los municipios de Cuilapa, Nueva Santa Rosa, Casillas [específicamente en La Aldea y Laguna de Ayarza], San Rafael Las Flores [tanto en la cabecera departamental como en las aldeas El Copante, Media Cuesta, Las Nueces y el Volcancito] y **ii) en el departamento de Jalapa:** en el Municipio de Mataquescuintla. Realizó búsquedas bibliográficas y archivísticas, especialmente en el Archivo General de Centroamérica.

La institución requerida remitió informe en el cual asentó: territorio es un término polisémico que no solo alude a espacio, sino a un medio geográfico y natural, en el cual se desarrollan las relaciones sociales y que tiene significancia cultural e implicaciones a nivel social. Para el pueblo indígena, territorio no equivale a municipio, porque la lógica cultural del territorio es distinta a la lógica administrativa. El municipio es una unidad político-territorial del Siglo XIX, por lo que no resulta suficiente para explicar la conexión de los habitantes con el territorio, por ser ellos precedentes a la formación de demarcaciones municipales. El territorio Xinka es extenso y comprende los departamentos de Escuintla, Santa Rosa y Jutiapa, no se limita al municipio de San Rafael Las Flores.

Regionalmente ha existido intercambio de productos vegetales y animales –corredores agroecológicos y culturales–; cada grupo ha creado una ruta para llegar a la costa o a las montañas. Actualmente existen relaciones interpersonales, familiares, comerciales y de trabajo entre los habitantes de los distintos municipios que conforman el departamento de Santa Rosa, inclusive con habitantes de los departamentos de Jalapa y Jutiapa. Las personas entrevistadas afirmaron que "*no se encuentran encerrados dentro del municipio*". Consideran que cualquier decisión gubernamental asumida para una población afecta a las vecinas, porque conciben su territorio más allá de los límites municipales. Por esta razón, el Instituto no circunscribió su estudio al municipio de San Rafael Las Flores.

Para abordar el tema de la continuidad histórica citó que desde mil novecientos cuarenta, se han realizado estudios arqueológicos en los departamentos de Santa Rosa, parte de Jutiapa y Escuintla. Como resultado, se han identificado estructuras arquitectónicas prehispánicas, de tipo habitacional y ceremonial. El departamento de Santa Rosa posee ciento veintinueve sitios arqueológicos, que se distribuyen en trece de los catorce municipios que lo conforman; en el municipio de San Rafael Las Flores existen identificados trece sitios arqueológicos, los cuales datan del período preclásico (1500 a.C) hasta el postclásico (850-1524 d.C), de los cuales destaca el sitio denominado San Rafael Las Flores, ubicado a tres kilómetros de la cabecera municipal y a seis de Mataquescuintla. Es uno de los sitios mayores del suroccidente. Fue declarado Monumento Nacional el doce de junio de mil novecientos setenta [registrado en el Archivo de Sitios del Departamento de Monumentos Prehispánicos, así como en la Unidad de Registro de la Dirección General de Patrimonio Cultural y Natural y

en el Archivo de Sitios del Dr. E. M. Shook]. No se ha logrado identificar el nombre del grupo o grupos que habitaron el sitio, así como el idioma que hablaban, los datos que obtuvieron no evidencian que los xinkas hayan construido ese sitio, pero sí consta que fueron estos a quienes los españoles encontraron en la región. Los habitantes del municipio de San Rafael Las Flores entrevistados se identifican como descendientes de los antiguos constructores de las estructuras halladas, apreciación motivada por su estima al lugar.

Asegura el Instituto que, según investigaciones arqueológicas realizadas en el lugar, la Minera San Rafael se ubica en una parte de ese principal sitio arqueológico. Afirma que las personas entrevistadas dijeron conocer la existencia de varios montículos ubicados en terrenos privados cercanos al pueblo y en los terrenos que ocupa la entidad minera.

En el municipio de San Rafael Las Flores y sus aldeas, habitan personas mestizas y otras que se auto identifican como Xinkas y reconocen el espacio del sur oriente del país como propio, porque históricamente han vivido allí y han usado esas tierras para sobrevivir. La conexión territorial es inseparable e incomprensible si no se toma en cuenta su historia regional vinculada a Mataquescuintla y San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, a Ayarza del municipio de Casillas y otros lugares. La Laguna de Ayarza, ubicada en el municipio de Casillas, departamento de Santa Rosa, es concebida por los pobladores como un manto acuífero que pertenece a Casillas y a otros pueblos vecinos la cual, según su cosmovisión, los ha alimentado durante años.

El municipio de San Rafael las Flores fue creado el dos de marzo de mil ochocientos sesenta, fue asentado sobre tierras de la hacienda denominada *El Potrero*, originalmente adscrita al pueblo de Mataquescuintla el cual fue

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

catalogado durante toda la época colonial como "*pueblo de indios*". Los ocupantes originarios del territorio rural sobre el que se erigió el municipio eran los trabajadores de la hacienda, así como otros habitantes rurales tanto indígenas, como mestizos y españoles.

San Rafael Las Flores está inserto en una dinámica territorial, económica, social y cultural de la región Xinka, la cual se define, según su ubicación geográfica, en relación al mar y a las montañas.

Todo el territorio de Santa Rosa, parte de Jutiapa y Jalapa fue ocupada por la etnia Xinka, con intercambios culturales con los pipiles y poqomames.

Los lingüistas coinciden en que las toponimias en idioma xinka permiten confirmar la antigua ocupación del territorio por parte de los xinkas. Se ha establecido que los xinkas habitaron un territorio más extenso de lo que se ha supuesto, que se pudo haber dilatado hasta los márgenes del río Motagua. Algunos nombres de municipios, aldeas, volcanes, cerros, montañas, cascadas, ríos y lagunas están en idioma xinka: Alutate, Alzatate, Ayampuk, Ayarza, Araisapo, Arloroma, Guixoro, Ipala, Samororo, Sanpaquisoy, Sansare, Sanarate, Sanguayabá, Sansirisay, Sanyuyo, Sansayo, Sansupo, Sansururate, Sare, Tatasirire y Urlanta.

Con relación a la conservación, en todo o en parte, de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, aseguró que se produjo un proceso de mestizaje biológico y cultural, que se reflejó en la generalización del uso del idioma español; sin embargo, ese fenómeno no acabó con las poblaciones autóctonas.

Elementos culturales de San Rafael Las Flores y de los municipios vecinos, se han transformado por los cambios económicos derivados de las

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

políticas coloniales y liberales, debido a la modernización y globalización, así como la introducción de productos industrializados, el impacto de los medios de comunicación y las migraciones, por lo que no se puede encontrar allí la pureza étnica de sus pobladores, como existieron hace siglos.

Entre los hallazgos de la investigación se determinó que los adultos mayores de algunos poblados hablan el idioma xinka, no así los niños y jóvenes. Este fenómeno deriva de la discriminación y racismo que operó negativamente contra la práctica cotidiana del idioma. Las personas entrevistadas mencionaron características culturales que les identifican, tales como la gastronomía tradicional de origen xinka. Algunas personas identifican una forma particular de vestir de las mujeres indígenas, conformada por un vestido largo de tela de colores fuertes y diseños floreados, además del delantal o gabacha. Este tipo de vestimenta ha sido sustituida por otros tipos de ropa, debido a la discriminación.

Algunas mujeres de la aldea Media Cuesta del municipio de San Rafael Las Flores, poseen técnicas de alfarería idénticas a las de Santa María Ixtahuatán, centro alfarero por excelencia de la zona Xinka.

Existen prácticas médicas tradicionales vigentes, sobre todo relacionadas con el embarazo, parto, post parto y cuidados en la infancia. En el estudio de campo se observaron ejemplos del uso que los pobladores del municipio de San Rafael Las Flores hacen de plantas medicinales.

En el conocimiento local y la tecnología indígena se reportó la observación de las fases de la luna durante la época de la siembra, poda, tala y cosecha; también toman en cuenta la luna para determinar los cuidados de las mujeres embarazadas y de los recién nacidos. En el área rural se observó la dieta básica de consumo de maíz y frijol, además de yerbas como quilete, yerba mora y

chipilín.

En los departamentos de Santa Rosa, Jutiapa y Jalapa, existen varias comunidades que han sido creadas para velar por la posesión, herencia y traspaso de las tierras comunales; también para el cuidado de los recursos naturales de propiedad colectiva, tales como los ríos, quebradas, lagunas y bosques. Los recursos naturales, junto a la cosmovisión propia y las relaciones sociales que se establecen en un espacio físico, conforman la base fundamental de la noción de territorio.

Las comunidades indígenas han existido hace siglos, pero fueron obligadas a inscribirse legalmente como asociaciones civiles. Salvo pocas excepciones, las comunidades citadas cuentan con un representante frente al Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala (PAPXIGUA). Las comunidades indígenas del suroriente de Guatemala existen para salvaguardar las tierras comunales y, aunque en San Rafael Las Flores no existen tierras comunales, comparten, con el respeto de comunidades de otros municipios, ciertas tradiciones culturales.

En la religión Xinka tienen relevancia las celebraciones de las y los santos patronos de varias aldeas y cabeceras municipales. Esas festividades están a cargo de las comunidades indígenas y de las cofradías locales y constituyen motivo importante a la cohesión social y la reciprocidad. Muchas cofradías han desaparecido, como la de San Rafael Las Flores, que existió hasta hace veinte años, cuando las mujeres llegaban de las aldeas llevando alimentos propios de la región. Aun y cuando esta cofradía ya no existe, es parte de la memoria colectiva del pueblo. Actualmente se realizan rezados en la casa del mayordomo o primer ministro, persona encargada de cuidar la imagen religiosa.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

En relación al tema de la autodeterminación, aseguró que los vecinos se describen como descendientes de quienes hace muchísimos años dejaron los montículos y restos materiales del sitio arqueológico de San Rafael Las Flores. Varias personas vinculan estos vestigios con la identidad Xinka, esta es su manera de interpretar la existencia de dicho lugar y su articulación con el presente, lo cual puede no corresponder con la interpretación estrictamente arqueológica, pero sí con la formación de identidades.

La identidad Xinka se fundamenta en el apego territorial, el sentido de pertenencia a una comunidad que es representada por medio de organizaciones indígenas antiguas y otras nacidas luego de los Acuerdos de Paz.

San Rafael las Flores está habitado por personas que se identifican como ladinas y/o mestizas, también por otras que reconocen a sus antepasados indígenas y, de esa cuenta, se autodefinen como indígenas y Xinkas, otros se identifican como gente de campo, campesinos y otros como mestizos. Algunos ya no se denominan Xinkas, porque ha predominado el discurso de ladinización por parte del Estado, se autodeterminan como mestizos, pero dicen que creen que sus antepasados fueron indígenas.

En San Rafael Las Flores, las personas también hablaron de tres lugares que identifican como comunidades Xinkas: las Aldeas de la Cuchilla, Copante y Media Cuesta. También consideran que un barrio o una zona de San Rafael podría ser Xinka [este informe obra a folios del mil quinientos dieciocho (1,518) al mil quinientos cuarenta y ocho (1,548) de la pieza de amparo formada ante esta Corte].

4.2.3) Informe rendido por el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala

El ente requerido asegura que efectuó consultas bibliográficas, revisión de archivos y visitas de campo en el Municipio de San Rafael Las Flores. En estas últimas visitaron tres (3) instituciones estatales, cuatro (4) no gubernamentales e indígenas de la zona, un (1) museo regional y entrevistaron dieciocho (18) familias que representan a cincuenta y un (51) individuos, incluyendo guías espirituales en la cabecera municipal y cuatro aldeas.

Se indica que para establecer la existencia de grupos indígenas en la región suroriente de Guatemala, debe tomarse en cuenta que se han registrado, además de los pueblos Xinka o Poqomam, identidades indígenas albergadas bajo los términos “naturales”, “mestizos”, “de la montaña”, “ladinos pardos”, “indios ladinos”, etc. Estas identidades difieren del modelo tradicional identificado para la región occidental del país, debido a ello, para identificar estos grupos deben tomarse en cuenta criterios flexibles, sin pretender sujetarse a etiquetamientos sociolingüísticos.

El estudio no se limitó a determinar la presencia del pueblo Xinka, sino a todas las variantes de etnicidad, no se circunscribió a las fuentes documentales del Municipio de San Rafael Las Flores, sino abarcó las de Mataquescuintla (del departamento de Jalapa), por ser esta jurisdicción a la cual pertenecía originalmente el pueblo de San Rafael Las Flores.

En cuanto al criterio de continuidad histórica y conexión territorial, la evidencia arqueológica indica ocupación del período Preclásico al Postclásico en los sitios arqueológicos denominados San Rafael Las Flores, Laguna de Ayarza y Media Cuesta. Existe evidencia de asentamientos indígenas en San Rafael Las Flores durante la época previa a la conquista. Como en la mayoría de los sitios arqueológicos del país, no se puede comprobar o descartar la relación entre las

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

poblaciones que habitaron ese territorio y las que actualmente residen en él. Lo que sí se advierte es que, al momento de la Conquista, la zona era un punto de encuentro interétnico entre pueblos Poqomam, Xinka y Nahuatl/Pipil.

En el padrón de mil ochocientos cincuenta y dos (1852) -época que antecede a la creación del municipio- aparecen registradas trescientas ochenta y nueve (389) personas identificadas como indígenas, cuyos apellidos se encuentran en idioma castellano. Los documentos históricos de la región reconocen la presencia de poblaciones indígenas en el territorio de San Rafael Las Flores durante el Siglo XVIII, época en la que aún pertenecía a Mataquescuintla.

Los municipios de San Rafael Las Flores, Mataquescuintla y San Carlos Alzatate tienen origen común, porque derivaron de la división de la hacienda denominada San Juan El Potrero. La Laguna de Ayarza ha sido lugar sagrado y fuente de recursos para la población de San Rafael Las Flores. Las tierras ejidales de San Rafael Las Flores llegaban hasta las orillas de la Laguna de Ayarza. En la actualidad, aún existe interacción económica, matrimonial y religiosa entre aquellos tres municipios.

En mil ochocientos sesenta (1860), cuando fue creado el municipio de San Rafael Las Flores, en el lugar existía población indígena. No ha sido encontrada evidencia documental que identifique movimiento migratorio significativo desde la fundación del Municipio. La memoria oral también indica que parte de la población actual ha permanecido en el territorio desde entonces y se identifican como indígenas, reflejando así trayectoria familiar y comunitaria asociada a la pertenencia al territorio. Esto permite concluir en que la población que actualmente habita en la región de San Rafael Las Flores, desciende de las

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

poblaciones mencionadas.

En lo que concierne al criterio de conservación, en todo o en parte, de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, en varias aldeas del Municipio de San Rafael Las Flores, se registró la existencia de elementos sociales, económicos, culturales y políticos propios de las poblaciones indígenas Xinka y Poqomam, especialmente en los ancianos.

Se obtuvo información acerca de una comunidad de San Rafael Las Flores que forma parte del Parlamento Xinka.

Se observó un modelo de salud y medicina que responde a un cuerpo epistémico no biomédico ni occidental, presente en la población, especialmente en el área rural.

Se observaron artes y técnicas aun practicadas por ancianos como la alfarería, la jarcia y atarrayas de pesca, elementos culturales asociados a las esferas Xinka y Poqoman.

Actualmente algunos elementos culturales como la vestimenta, rezadoras, bailadoras de funerales y cofradías no son practicadas por los pobladores; no obstante, aún se conservan en la tradición oral de las generaciones mayores.

Se registraron prácticas tradicionales asociadas a la pedida de novias y el uso de lugares sagrados, así como en la gastronomía, observación de las fases lunares y el cuidado de semillas, las cuales corresponden a la cultura indígena mesoamericana.

Con relación a la autodeterminación, existe evidencia que habitantes de San Rafael Las Flores, se autoidentifican como indígenas. Se afirma que la autodeterminación no se cuantifica, sino que se aproxima a la conciencia de la identidad indígena en el suroriente de Guatemala que, si bien está presente, ha

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

cambiado en el transcurso del tiempo, dependiendo del contexto sociopolítico de cada período histórico y los procesos propios de autoidentidad individual y comunitaria.

Luego de recolectar y analizar los datos arqueológicos, históricos y etnográficos, el Centro de Investigaciones concluye en que, con aplicación de los criterios del Convenio 169, sí considera la existencia de pueblos indígenas en el Municipio de San Rafael Las Flores [el informe a que se hace referencia en esta literal obra a folios del mil quinientos cincuenta y tres (1,553) al mil quinientos sesenta y cinco (1,565) de la pieza IV de amparo formada ante esta Corte].

i.ii) Valoración de los medios de prueba considerados idóneos

Derivado de las consideraciones asentadas en cuanto a cuáles, de los instrumentos incorporados al proceso de amparo son, a juicio de este Tribunal, idóneos para establecer la presencia de pueblos indígenas en el área de influencia del proyecto de exploración, en este fallo únicamente se procederá a valorar los documentos siguientes: **a)** "*Diagnóstico situación de la cultura Xinka*" de la antropóloga Claudia Dary Fuentes y **b)** informes de los estudios antropológicos emitidos por el Ministerio de Cultura y Deportes, el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala.

Cabe acotar que es relevante para la decisión de este Tribunal, la coincidencia que encuentran los informes rendidos por el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala, en cuanto a la interrelación que advierten entre los

municipios de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa y Mataquescuintla y San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, incluso con la aldea y Laguna de Ayarza del municipio de Casillas del primero de los departamentos recién mencionados. Encuentra razonabilidad esta Corte en la conclusión a la que arriban los citados entes especializados en relación a que, por haber conformado originalmente una misma región, aquellos municipios poseen conexión en varios niveles, distintos a la división administrativa. Ese origen común que denotan, permite a este Tribunal otorgar relevancia a su afirmación en cuanto a que, en la actualidad, aquellos tres municipios tienen interacción económica, social, familiar y religiosa. Esa misma razón hace que se confiera especial relevancia a la descripción que efectúan esas instituciones del término *territorio,* percepción que les hizo extender su investigación, incluso, más allá de la circunscripción municipal de la cual esta Corte había requerido la realización de estudios antropológicos. La razonabilidad de los motivos que aquellas esgrimen para haber extendido su análisis a otras circunscripciones municipales, conduce a este Tribunal a conferir valor probatorio a la información que proporcionan sobre los otros municipios que también conforman el área de influencia del proyecto de exploración con licencia *Juan Bosco.*

Con relación a la existencia de pueblos indígenas en los municipios de Mataquescuintla del departamento de Jalapa, y Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, se estima relevante citar lo afirmado por la antropóloga Claudia Dary Fuentes, en su documento intitulado: *Diagnóstico situación de la cultura Xinka,* en cuanto a que los departamentos de Santa Rosa, Jutiapa y Jalapa son las regiones y las principales localidades *vigentes* que han sido reportados como habitados por xinkas. Al abordar la

caracterización de las comunidades que habitan en aquellos tres departamentos, describe cómo los marcadores subjetivos e intangibles de la cultura xinka son compartidos por los habitantes de los tres departamentos en los que habita la etnia mencionada. Respecto de algunas de esas localidades, quedó evidenciada la concurrencia del aspecto colectivo de la relación con la tierra, el cual, según quedó asentado en los pasajes teóricos de este fallo, constituye uno de los valores espirituales que el Convenio 169, en el Artículo 13, numeral 1, obliga a respetar en forma especial.

Tanto el Ministerio de Cultura, el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala coinciden en que, en la región suroriental del país, se asentaron, desde épocas remotas, etnias indígenas. El Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, asegura que sí consta que fue a los Xinkas a quienes encontraron los españoles en la región sur oriente del país. Utilizando el razonamiento deductivo extraído por el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala –al abordar la situación del municipio de San Rafael Las Flores– podría afirmarse que en virtud que no fue aportada prueba que permita establecer que haya ocurrido, en la historia de aquella región del país, movimientos migratorios relevantes que permitan afirmar que ha acaecido la novación de la población que ocupaba esos municipios desde tiempos de la conquista, debe comprenderse que la población allí radicada o parte de ella desciende de las poblaciones indígenas a quienes encontraron los españoles en aquella época [en similar sentido, Juan Carlos Peláez Villalobos en estudio jurídico presentado ante esta Corte asegura que en

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

la actualidad se conoce que no hubo pestes ni movimientos sociales en el territorio de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, que provocaran la aniquilación etnocultural del Pueblo Xinka. Esto lo lleva a afirmar que carece de veracidad la tendencia estatal de acentuar la disminución de sus miembros y su casi desaparición estadística obtenida mediante los *"censos de la población"* [ver folio ochocientos treinta y dos (832), de la Pieza II de esta Corte].

Al hacer referencia específica a algunos municipios, Dary Fuentes alude a Mataquescuintla -del departamento de Jalapa- como uno de los principales pueblos indígenas vigentes. Por su parte el Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, refiere que ese municipio fue catalogado durante toda la época colonial como "*pueblo de indios*".

En lo que respecta al municipio de Nueva Santa Rosa, la citada autora resalta la situación de la aldea de Jumaytepeque, en cuya región el sentido colectivo de la pertenencia de la tierra es un elemento sobresaliente de la cosmovisión de quienes la habitan.

Con relación al municipio de Casillas, se advierte la concurrencia de elementos de la cosmovisión propia de los pueblos indígenas.

En términos generales, el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala asegura que en la actualidad existen relaciones interpersonales, familiares, comerciales y de trabajo entre los habitantes de los distintos municipios que conforman Santa Rosa, inclusive con habitantes de los departamentos de Jalapa y Jutiapa.

Los elementos descritos son suficientes para que este Tribunal pueda establecer la existencia de pueblo indígena en los municipios de Mataquescuintla del departamento de Jalapa, así como en Nueva Santa Rosa y Casillas del

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

departamento de Santa Rosa.

Ahora bien, para efecto de establecer la existencia de colectivos indígenas en el municipio de San Rafael Las Flores, procede realizar las consideraciones siguientes:

Los informes de los tres estudios antropológicos requeridos por este Tribunal, hacen referencia al origen del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa: **a)** el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala, asegura que los municipios de San Rafael Las Flores, Mataquescuintla y San Carlos Alzatate, tienen origen común, porque derivaron de la división de la hacienda denominada *San Juan El Potrero*; **b)** el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala, afirma que el municipio de San Rafael Las Flores fue asentado sobre tierras de la hacienda denominada *El Potrero*, originalmente adscrita al pueblo de Mataquescuintla, el cual fue catalogado durante toda la época colonial como "*pueblo de indios*". Asegura que los ocupantes originarios del territorio rural sobre el cual se erigió el municipio, eran los trabajadores de la hacienda, así como otros habitantes rurales, tanto indígenas como mestizos y españoles y **c)** el Ministerio de Cultura y Deportes informó que para la creación del municipio de San Rafael Las Flores, medió orden del Gobierno de Guatemala para que se establecieran dos poblaciones, una compuesta por los indígenas que ocupaban la aldea de Alzatate y la otra conformada por los ladinos que residían en la hacienda mencionada y que esta última recibió el nombre de San Rafael. Esta premisa permitió a la citada institución estatal hacer aseveración en cuanto a que el municipio de San Rafael Las Flores no es el resultado de la evolución de un "*pueblo de indios"*.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Como se advierte, los dos primeros informes encuentran coincidencia en relación a la forma en la que se originó el municipio de San Rafael Las Flores. El tercero, en cambio, incorpora aseveración que descarta que el municipio derive de un pueblo indígena.

Cabe citar que en el Acuerdo Gubernativo de dos de marzo de mil ochocientos sesenta, se lee: "*Habiendo tomado en consideración la consulta diri[g]ida por el Corregidor del Departamento de Santa Rosa, sometiendo al conocimiento y aprobación del Gobierno la providencia dictada por aquel Corregimiento con fecha 25 de febrero último; por el cual manda a establecer en las tierras de la Hacienda nombrada el Potrero dos poblaciones independientes de Mataquescuintla; la una que se compondrá de los indígenas que ocupaban la aldea de Alzatate, y llevará el mismo nombre; y otra compuesta de los ladinos residentes en la misma hacienda, a la que se dará el nombre de San Rafael de Las Flores; cuyas poblaciones quedarán separadas e independientes entre sí (…)*"

Este Tribunal, al efectuar análisis del texto transcrito, arriba a la conclusión que su cita, por sí sola, no puede servir de fundamento para afirmar que, en la actualidad, en el municipio de San Rafael Las Flores no existe pueblo indígena. La postura que sobre el particular asume este Tribunal se funda en los elementos que obtiene de los estudios especializados que se analizan y que se citan a continuación.

El Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas de la Universidad del Valle de Guatemala asegura que en el padrón de mil ochocientos cincuenta y dos (1852) –época que antecede a la creación del municipio de San Rafael Las Flores–, aparecen registradas trescientas ochenta y nueve (389)

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

personas, cuyos apellidos se encuentran en idioma castellano, identificadas como indígenas de la aldea San Juan El Potrero, que ocho años más tarde se convertiría en el municipio de San Rafael Las Flores. Ese dato permitió concluir a la citada institución en que, en mil ochocientos sesenta, cuando se fundó el municipio de San Rafael Las Flores, **existía población indígena en ese lugar**. Esta afirmación coincide con la realizada por el Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala en cuanto a que los ocupantes originarios del territorio rural sobre el que se erigió el municipio eran los trabajadores de la hacienda, así como otros habitantes rurales **tanto indígenas, como mestizos y españoles**.

Lo anterior impide que el citado Acuerdo Gubernativo pueda ser tomado como base para descartar la existencia de población indígena en el municipio de San Rafael Las Flores, especialmente porque no han sido aportados elementos que permitan a este Tribunal establecer que, en caso de haberse pretendido implementar medida de segregación de las poblaciones indígena y mestiza radicadas en aquella hacienda, esta hubiera obtenido algún nivel de concreción. Aquí cobra especial relevancia citar lo afirmado por el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala, en cuanto a que, **al no haberse encontrado evidencia documental que identifique movimiento migratorio significativo de los pobladores de esa región, resulta fundado asegurar que la población -o al menos parte de ella- que actualmente habita en la región de San Rafael Las Flores desciende de ese pueblo indígena.**

Cabe agregar las afirmaciones efectuadas por el Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en relación a que el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

estudio de campo realizado le permitió determinar que en el municipio de San Rafael Las Flores, especialmente en sus aldeas, habitan personas que se auto identifican como Xinkas y reconocen el espacio del sur oriente del país como propio, porque históricamente han vivido allí y han usado esas tierras para sobrevivir. En sentido conteste, el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala, aseguró que la memoria oral también indica que parte de la población actual del municipio de San Rafael Las Flores ha permanecido en el territorio desde la fundación del municipio, lo cual le hace concluir en que parte de la población que actualmente habita en la región de San Rafael Las Flores, desciende de poblaciones indígenas, reflejando así trayectoria familiar y comunitaria asociada a la pertenencia al territorio.

Cabe resaltar que, si bien el Ministerio de Cultura y Deportes asegura en su informe que la *mayoría* de la población del municipio San Rafael Las Flores se autodetermina mestiza, esa aseveración no podría conllevar a la negación de que otra porción de los habitantes de aquel municipio sí se reconocen descendientes de pueblos indígenas. Esa circunstancia impide a este Tribunal concluir, con base en lo afirmado por la citada institución estatal, que en el referido municipio no exista presencia alguna de pueblos indígenas que, por consiguiente, sean titulares del derecho de consulta. Cobra relevancia, como se expuso, que los otros dos informes, cuya valoración se realiza en este apartado, coincidan en que el trabajo de campo efectuado les permitió advertir que, en varias de las comunidades analizadas, se encuentran presentes los elementos objetivos y subjetivo demarcados por el Convenio 169, para ser considerados *pueblos indígenas*.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Llama la atención de este Tribunal la afirmación efectuada por el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala en el informe antropológico rendido a este Tribunal, en cuanto a que algunos pobladores del municipio de San Rafael Las Flores ya no se denominan Xinkas, fenómeno que la citada institución experta atribuye a lo que denominó "*el discurso de ladinización"* por parte del Estado. Asegura que es a esas políticas gubernativas que atiende el hecho que las citadas personas se autodeterminen mestizos, aún y cuando refieran que sus antepasados fueron indígenas.

Esta Corte estima que esas circunstancias negativas producidas por la situación de discriminación a la que han sido sometidos los pueblos indígenas no podrían operar en su contra y servir de fundamento para descartar su existencia.

Por otro lado, cabe citar que el hecho que en el territorio del municipio de San Rafael Las Flores convivan personas pertenecientes a la raza mestiza y que algunos, como se dijo, aun y cuando reconozcan que sus antepasados tenían origen xinka, nieguen pertenecer al citado pueblo indígena, no puede ser fundamento para afirmar que ese colectivo indígena se extinguió. El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- y las otras instituciones que le acompañaron en la presentación de su estudio jurídico ante esta Corte, citan que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decidir un asunto sometido a su jurisdicción, afirmó: *"*[E]*l hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal (…)"* Citan también que en el año dos mil diecisiete, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos señaló que el hecho de que [un] pueblo

haya adoptado una forma de vida más "*moderna*" no significa que el pueblo haya perdido su distintiva identidad cultural: *"Una forma de vida estática no es un elemento definitorio de cultura o distinción cultural* (...) *Es natural que algunos aspectos de la cultura de la población indígena, como ciertas formas de vestirse o símbolos grupales, puedan cambiar con el tiempo. Sin embargo, los valores, en su mayoría la tradición invisible de los valores incrustados en la autoidentificación* [del grupo] *a menudo permanecen sin cambios"* [ver estudio jurídico obrante a folio mil ciento setenta y seis (1176) de la Pieza III de esta Corte].

Por otra parte, esta Corte advierte que los tres informes remitidos son concurrentes en cuanto a que, en la actualidad, el idioma xinka no es el predominante en las comunicaciones de aquellos pueblos. Explican tanto la antropóloga Claudia Dary Fuentes y el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que la discriminación fue un factor determinante que motivó a las generaciones anteriores a optar por no transmitir su idioma a las generaciones más jóvenes. También son coincidentes los tres estudios antropológicos realizados, en cuanto a que los integrantes de aquellos pueblos, no utilizan actualmente vestimenta que pueda ser considerada propia de esa etnia indígena. Esta circunstancia también es atribuida a razones de discriminación.

Resulta relevante citar lo afirmado por Juan Carlos Peláez Villalobos, en el estudio jurídico presentado ante este Tribunal, quien afirmó que, durante los últimos decenios, la historiografía oficial guatemalteca ha realizado afirmación alejada de la realidad socio-antropológica en cuanto a que: "*El Pueblo Xinka en Guatemala se encuentra en vías de extinción*". Aseveraciones que se han efectuado, según asegura, derivado de estudios efectuados en mil novecientos

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

setenta, en los cuales el punto de referencia para el reconocimiento de un pueblo originario, se centraba en la cantidad de hablantes de un idioma o lengua materna. Afirma el citado experto que en la actualidad definir la existencia o no de un pueblo originario ya no depende única y exclusivamente del uso del idioma, porque deben tomarse en cuenta otros factores o elementos culturales como la autoidentificación o identidad cultural, la pertinencia cultural, la cosmovisión, la cosmogonía y la cosmopolítica de los grupos humanos para poder definirlos como un pueblo o comunidades indígenas, respetando la autodescripción voluntaria de los individuos a un colectivo etnocultural propio, así como la existencia de un conglomerado sociocultural específico en el cual se interrelacionan integralmente con las mismas o parecidas características y valores asumidos del pueblo que se trate. [ver estudio jurídico obrante a folio ochocientos treinta y dos (832), de la Pieza II de esta Corte].

Otro aspecto que debe resaltarse es el contenido en el informe rendido por el Ministerio de Cultura y Deportes que alude a que en el municipio en referencia, la religión católica romana posee el porcentaje más alto, seguida de la religión evangélica y *otras que representan el dos . diecisiete por ciento (2.17%); dentro de este último grupo, se puede incluir a los practicantes de la espiritualidad maya.* Afirma que las visitas a los lugares sagrados denominados Amberes, Media Cuesta, Olivia y San Rafael Las Flores, son de carácter ocasional.

En relación a esos datos, cabe afirmar que la mención de porcentajes elevados de feligreses de la religión católica, no constituye indicativo útil respecto a la etnia a la cual pertenecen los pobladores del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa. Debe tenerse en cuenta que, como resultado del *sincretismo religioso*, los porcentajes de los practicantes de la

espiritualidad maya podrían verse afectados, pero esto no podría servir de base para sugerir bajo porcentaje de personas pertenecientes a etnias indígenas en aquella región. [Recuérdese que el sincretismo religioso es un: "(…) *Complejo proceso de apropiación, mediante el cual las diversas sociedades [indígenas] han hecho suyos símbolos, signos y prácticas de la religión impuesta, para reorganizarlos y reinterpretarlos en el seno de su propia matriz religiosa, o sea que los han aceptado, pero supeditados a un esquema que no es exclusivamente cristiano y que tiene su origen en la religión mesoamericana* (…)" Smeke de Zonana, Yemy. (2000). La resistencia: forma de vida de las comunidades indígenas, Red El Cotidiano, volumen (16), pp. 92-102, p. 98].

De cualquier manera, tal como lo afirma la antropóloga Dary Fuentes en su estudio, la insubsistencia de esos marcadores culturales objetivos no podría servir de sustento para asegurar que el pueblo Xinka ha desaparecido de aquella región del país. Además, debe ponerse en relieve lo afirmado por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- y las otras entidades que comparecieron aportando a este proceso estudio jurídico, en cuanto a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la idea de que un pueblo indígena autoidentificado pueda perder su condición de tal y sus derechos correspondientes solo por las decisiones de un Estado que considera que este no se ajusta a un concepto externo y limitado de indigenidad.

Por su parte, los expertos James Anaya y James Cavallaro afirmaron en su estudio jurídico que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han descrito que resulta un principio generalmente aceptado de los derechos humanos que la existencia de grupos diferenciados por razón étnica, lingüística o religiosa, no puede depender

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

de la decisión unilateral de los Estados. Resaltan que, en varios países, se han generado prácticas preocupantes de no reconocer ciertos grupos como pueblos indígenas, obviando así la aplicación de sus obligaciones internacionales en esta materia [ver estudio jurídico obrante a folio mil cuatrocientos ochenta y dos (1482) Pieza III de esta Corte].

Finalmente, resulta importante citar que tanto en el *Diagnóstico sobre la situación étnica y cultural del pueblo Xinka* como en el informe rendido por el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala se afirma que, en la actualidad, han surgido movimientos que propenden al rescate de la culturalidad e identidad xinca. El experto Juan Carlos Peláez Villalobos, en su estudio jurídico, al hacer referencia al pueblo indígena Xinka, asegura que, en la actualidad, las prácticas de la espiritualidad ancestral se viven y se promueven entre la población. Las narraciones mitopoyéticas sobre la génesis de dichos Pueblos se han rescatado y se promueven en los centros de promoción cultural entre las generaciones jóvenes y la niñez. Afirma que la vestimenta está siendo rescatada de conformidad con la memoria viva de personas ancianas, fuentes de sabiduría y resabios culturales. Existen ingentes intentos de preservar, estudiar y sistematizar los distintos idiomas Xinkas. Además, perviven patrones culturales Xinkas en la administración de sus territorios, que han sido resguardados y administrados por las autoridades comunitarias bajo patrones culturales y jurídicos propios que responden a la cosmovisión y cosmopolítica ancestral. Los elementos descritos con anterioridad sirven de fundamento a este Tribunal para concluir **que también en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa se encuentra radicado el pueblo indígena Xinka**.

i.iii) Conclusiones a las que arriba el Tribunal con relación a la existencia de pueblo indígena en el área de influencia del proyecto de exploración *Juan Bosco*. Determinación del agotamiento del proceso de consulta

Esta Corte, luego del análisis de los medios de convicción, arriba a la certeza de que, **en los municipios de Mataquescuintla del departamento de Jalapa y Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa** [que conforman el área de influencia del proyecto de exploración con licencia *Juan Bosco*], **existen** colectivos humanos que llenan los parámetros objetivos y subjetivo, demarcados por el Convenio 169, para ser considerados ***pueblos indígenas***.

Con fundamento en lo anterior, se concluye en que, previo a extender la licencia de exploración que le fue requerida, la Dirección General de Energía y Minas debió efectuar traslado del expediente a la Cartera de la cual depende, a efecto de que esta procediera a consultar a los pueblos indígenas existentes en aquellos departamentos. Si al citado Ministerio le hubiere surgido duda sobre la existencia de aquellos colectivos, hubo de asumir las acciones necesarias a efecto de determinar con certeza su presencia, sin limitarse a afirmar que en el área de influencia del proyecto de exploración no había presencia de pueblos indígenas.

Dentro del presente proceso de amparo, fue aportada como medio de prueba, fotocopia del comunicado efectuado por el Ministerio de Energía y Minas, identificado como MEM – treinta y tres – dos mil diecisiete (MEM-33-2017), el seis de junio de dos mil diecisiete, en el cual asegura que, en la expedición de la licencia de exploración de mérito, observó el ordenamiento jurídico, justificando la falta de realización de consulta en el hecho de que, en el área de influencia "*no*

se ubican pueblos indígenas" [ver apartado de *Medios de comprobación* de este fallo, literal E.II, sub literal xlvi. Ese medio de convicción obra a folio cuatrocientos cuarenta y seis (446) de la pieza I, formada ante el Tribunal de Amparo de primer grado]. En vista que, como ya se ha concluido, sí se advierte la existencia de estos pueblos en el área de influencia del proyecto, el Ministerio ahora cuestionado, al no realizar el proceso de consulta correspondiente, vulneró los derechos de esos grupos humanos, impidiéndoles que, antes de que se expidiera la licencia de prospección meritada, se les consultara respecto de esa medida administrativa, a efecto de que pudieran alcanzar consensos que permitieran –utilizando las palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– preservar, proteger y garantizar la relación especial que esos colectivos humanos tiene con su territorio, de tal forma que pudieran continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas les sean respetadas, garantizadas y protegidas. También omitió conferir a los citados pueblos, la oportunidad de participar en la planificación de medidas de mitigación y compensación que les permitieran gozar, en forma plena, de su derecho a un ambiente sano. El Ministerio de Energía y Minas debió observar el derecho de consulta, a efecto de que, los citados pueblos indígenas tuvieran oportunidad de participar, de manera libre e informada y mediante sus instituciones representativas, en la toma de decisiones que afectarían sus condiciones de vida, dentro de un verdadero diálogo orientado a arribar a consensos y a conciliar los intereses legítimos de todas las partes involucradas, con relación al proyecto de exploración solicitado. En este punto es oportuno señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que "(…) *las actividades de desarrollo deben ir*

acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos humanos de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas". [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., p. 35]; postura con la cual este Tribunal concurre plenamente, como garante del orden constitucional y de la efectividad de los derechos fundamentales de las personas.

El Ministerio –responsable de propiciar y coordinar el proceso de consulta– en ningún momento afirma en el oficio enviado a esta Corte –como no lo hizo al rendir informe circunstanciado– que haya efectuado consulta alguna, sugiriendo, por un lado, baja expectativa de que los proyectos de exploración lleguen a generar proyectos de explotación minera. A juicio de esta Corte, la circunstancia de que pueda o no derivar ese proyecto de exploración, en uno de explotación, resulta irrelevante en cuanto atañe a la obligatoriedad de cumplir con la consulta previa, porque, según el análisis que se efectuó precedentemente, respecto de la forma en la cual está regulado en Guatemala lo relativo a los proyectos de exploración minera, estos son susceptibles de generar, por sí mismos, alteración en el medio ambiente de las áreas en las cuales se desarrollan. Es importarte subrayar que el Convenio 169 no limita la obligación de consulta a los proyectos de explotación minera, sino que también extiende esa obligación de los Estados a los casos de prospección, en el citado Artículo 15: *"2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier*

programa de ***prospección o explotación*** *de los recursos existentes en sus tierras."* Estas son las razones por las cuales esta Corte no encuentra justificación para el proceder omiso de la autoridad cuestionada.

Afirma también la Cartera en mención, que será hasta el momento en el que se decida la reducción del polígono que quedará determinada el área de influencia y que ello definirá, cuáles son las comunidades a informar e involucrar en un proceso participativo previo a otorgar la licencia de explotación si fuese el caso. En contraposición a ese argumento es menester señalar, en primer lugar, que el estado que guardan las actuaciones administrativas actualmente no prejuzga sobre la obligación que tenía el Ministerio del ramo, en la época en la cual se estuvo en posibilidad de decidir si se otorgaba o no la licencia de exploración, de tomar todas las medidas pertinentes a efecto de establecer la presencia de pueblos indígenas en el área de influencia, y así poder determinar a quiénes debía consultárseles sobre esa medida administrativa. De esa cuenta, tal circunstancia fáctica no elimina la responsabilidad del mencionado despacho ministerial por no haber atendido oportuna y efectivamente aquella obligación. Distinto es que cómo esa situación repercutirá al precisarse los efectos del fallo, lo cual se hará en segmento posterior.

Ahora, en época en la cual lo que pende es la resolución sobre la solicitud de prórroga del plazo originalmente autorizado, es claro que deberá determinarse, como cuestión previa, el polígono que abarcará el proyecto para que sea respecto de ese territorio que deba realizarse la consulta, tomando en cuenta que, según los estudios especializados incorporados al presente proceso de amparo, en toda la región suroriente del país, radican pueblos indígenas titulares del derecho de consulta.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

b) Sobre la observancia del derecho al medio ambiente sano de los pueblos indígenas

En el apartado C) del Considerando V de este fallo se efectuó el abordaje del régimen jurídico aplicable a las solicitudes de licencia para ejecutar proyectos mineros.

En este segmento, únicamente se citarán de nueva cuenta los preceptos jurídicos de mayor relevancia para el análisis del asunto que ahora se conoce, adicionando otros, cuya mención también resulta pertinente.

De conformidad con el Artículo 12 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental (Acuerdo Gubernativo 431-2007, vigente a la fecha de la tramitación del expediente administrativo) "*La determinación de la evaluación ambiental que deberá efectuar el proponente del proyecto, obra, industria o actividad, se realizará* ***tomando como base lo establecido en la clasificación contenida en el listado taxativo*** *(…)*" [sin negrilla en el texto original].

El Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades (Acuerdo Gubernativo 134-2005) establece que las actividades de prospección y exploración minera con uso de maquinaria, **incluyendo perforación de pozos encuadran en la categoría A** (Alto impacto ambiental/riesgo ambiental) [sin negrilla en el texto original del Listado]. El Artículo 17 del citado Reglamento de Evaluación normaba que en los proyectos categoría A, el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental era el instrumento idóneo para llevar a cabo ante proyectos de esa índole, en virtud que permitía medir, con mayor profundidad, los efectos que sobre el medio ambiente puede producir un proyecto (en idéntica forma se encuentran regulados los citados proyectos en el Reglamento vigente).

El Artículo 15 del Reglamento de Evaluación citado, por aparte, describía el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

Instrumento de Evaluación Ambiental Inicial, como el instrumento utilizado para determinar si un proyecto, por su incidencia en el ambiente, requería o no de un análisis más profundo por medio de otro instrumento de evaluación ambiental.

El Estudio de Evaluación del Impacto Ambiental, en cambio, era definido como el instrumento con análisis temático preventivo reproducible e interdisciplinario de los efectos potenciales de una acción propuesta y sus alternativas prácticas en los atributos físicos, biológicos, culturales y socioeconómicos de un área geográfica específica, determina los potenciales riesgos e impactos ambientales en su área de influencia e identifica vías para mejorar su diseño e implementación para prevenir, minimizar, mitigar o compensar impactos ambientales adversos y potenciar sus impactos positivos.

Como puede advertirse, el Instrumento de Evaluación Ambiental Inicial estaba previsto como un estudio preliminar cuya utilidad era determinar si el proyecto requería o no de estudio más profundo. El Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, en cambio, es un instrumento de evaluación completo que, por esa razón, se estima más acorde a las exigencias que los estándares internacionales imponen a los Estados previo a la autorización de ese tipo de proyectos.

Esta Corte estima que, en el expediente analizado, desde que la entidad minera formuló su solicitud de licencia de exploración, la autoridad administrativa correspondiente debió exigirle mayor precisión respecto de la aseveración relativa a que, en el tercer año de trabajo "*se definiría si es posible la planificación de un* ***programa de perforación*** *para evaluar un posible yacimiento"* [sin negrilla en el original]. La obligación de fijar un marco claro debió imponerse a aquella entidad a efecto de establecer la categoría que correspondería al proyecto de

exploración pretendido, así como la determinación del instrumento de evaluación ambiental que debía requerírsele previo a otorgarle la licencia pretendida. Llama la atención de este Tribunal que la Unidad de Calidad Ambiental de la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, al aprobar el Instrumento de Evaluación Ambiental Inicial con Plan de Gestión Ambiental presentado por la entidad minera, citó como norma fundante de su resolución el Artículo 17 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, que regulaba lo relativo al Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, instrumento de evaluación distinto que, pese a ser el pertinente según las características del proyecto, no fue el presentado por la entidad interesada en su implementación; además, en el apartado decisorio de su resolución, dispuso aprobar la Evaluación Ambiental Inicial haciendo mención a la Categoría B dos (B2) no obstante que, según quedó establecido, por el tipo de actividad a realizar, el proyecto encuadraba en la Categoría A del Listado Taxativo mencionado. Cabe recalcar que aun y cuando la entidad minera hubiera presentado el Instrumento de Evaluación Ambiental Inicial, atendiendo a su propia interpretación del Artículo 30 de aquel Reglamento de Evaluación [que permitía presentar ese instrumento de evaluación inicial para determinar si debía presentarse estudio más profundo], en el caso particular, tratándose de un proyecto de exploración ***con perforación de pozos,*** debió requerírsele la presentación del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental.

Se advierte que la falta de exigencia de claridad a la entidad minera en la formulación de su petición, derivó en el desquicio procedimental que ha sido advertido y redundó, con posterioridad, en la omisión de exigirle que, previo a

otorgarle la licencia pedida, presentara Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, por ser este el instrumento de evaluación ambiental que correspondía de conformidad con la normativa vigente y aplicable.

Se estima pertinente asentar que tanto la normativa citada en el presente fallo, como toda aquella que por no ser relevante para la resolución este asunto, no ha sido invocada, pero que forma parte de la normativa jurídica que rige la materia, constituyen el andamiaje con el cual el Estado cuenta para hacer efectiva su función protectora de los derechos que asisten a los habitantes de la República de Guatemala. Su carácter de normas jurídicas vigentes -sea su origen nacional o internacional- obliga y sujeta los actos del poder público sin excepción. Como quedó evidenciado, el ordenamiento jurídico guatemalteco incorpora una serie de mecanismos que tornan agravado el trámite de aquellas autorizaciones. Sin embargo, no basta con que esos requisitos se encuentren contenidos dentro de la legislación vigente, la efectiva observancia de los derechos de los guatemaltecos obliga a que las autoridades oficiales encargadas de su aplicación, las atiendan estrictamente. Cabe citar lo afirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "(…) *Los Estados parte de la OEA deben prevenir la degradación del medio ambiente para efectos de cumplir con sus obligaciones de derechos humanos en el marco del sistema interamericano*". Asimismo, ha asegurado que: "*Una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de los derechos humanos, en particular el derecho a la vida."*

En el expediente administrativo que subyace al presente amparo, fue la aplicación parcial de la normativa aplicable al caso en particular, la que provocó las transgresiones advertidas. En ese sentido, no puede dejar de asentar esta

Corte su percepción en cuanto a que, la falta de presentación, por parte de la entidad minera, y la falta de exigencia, por parte de la autoridad competente, del instrumento de evaluación ambiental correspondiente, pudo derivar de la imprecisión que, según se evidenció en el considerando precedente de este fallo, existe en el ordenamiento jurídico interno aplicable a los proyectos de exploración con perforación de pozos. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado: "(…) *La ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana*" [CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Capítulo VIII. OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997].

Sin embargo, aun y cuando no hubiera mediado mala fe por parte de quienes participaron dentro de aquel expediente administrativo, ello no obsta para poder afirmar que la falta de cumplimiento de los requisitos contenidos en la normativa aplicable redundó en violación al principio de legalidad y en incumplimiento de compromisos internacionales del Estado de Guatemala.

Cabe hacer referencia a la afirmación efectuada por la Cámara de Industria de Guatemala, en el estudio jurídico presentado ante esta Corte, en cuanto a que, una de las principales diferencias entre las licencias de exploración y la de explotación mineras, es que el interesado en obtener esta última tiene, conforme lo que establece el Artículo 20 de la Ley de Minería, la obligación de presentar Estudio de Impacto Ambiental ante la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales [ver estudio jurídico obrante a folio mil trescientos cuarenta y dos (1342) de la Pieza III

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de esta Corte].

Al respecto cabe citar que esta Corte, en el apartado general de este fallo, al abordar lo relativo a "*Las actividades mineras como medidas susceptibles de impactar el medio ambiente de los territorios en los cuales se desarrollan*", específicamente, en el sub apartado que se denominó "*Régimen jurídico guatemalteco*" hizo afirmación precisa en cuanto a que la adecuada integración de la normativa general ambiental y la regulación atinente a la exploración minera, conduce a concluir en que los interesados en ejecutar proyectos de esta índole, **que incluyan perforación de pozos**, previo a que les sea otorgada la licencia correspondiente, deben cumplir con presentar Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, que debe ser sometido a la aprobación de la autoridad competente. Se afirmó en aquel apartado que si bien la Ley de Minería no regula la presentación del mencionado instrumento de evaluación como requisito previo para obtener licencia de exploración minera, ello, en el caso de los proyectos que prevean realizar las citadas perforaciones, es obligatorio conforme los Artículos 8 de la Ley de Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente; 12 y 13 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental; 4, 7 y 9 del Reglamento de la Ley de Minería y Acuerdo Gubernativo 134-2005 -contentivo del Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades-, que clasifica ese tipo de proyecto en categoría A (Alto Impacto). Se asentó, que el mismo Reglamento de Evaluación que preveía el catálogo de los instrumentos de evaluación, remitía a la aplicación del Listado Taxativo para la determinación de la categoría de los proyectos y disponía que toda actividad de desarrollo con categoría A requería de Estudio de Impacto Ambiental.

Se hizo énfasis en aquel apartado inicial que si bien la Ley de Minería

únicamente establece que una vez que le ha sido otorgada la licencia de exploración, el titular de esta debe presentar, previo a iniciar labores, estudio de mitigación, ese en todo caso es un requisito que el interesado debe cumplir con posterioridad al otorgamiento de la licencia y más bien se dirige a condicionar el inicio de las actividades exploratívas. Los requisitos que deben cumplirse previo al otorgamiento de la licencia, deben extraerse, como se dijo, de la lectura integral de la normativa aplicable a ese tipo de actividades mineras.

Estas consideraciones permiten advertir que la afirmación efectuada por la Cámara de Industria de Guatemala, en el citado estudio jurídico, es válida pero solo para el caso de los proyectos de explotación que no incluyan en su ejecución la perforación de pozos, que no es el caso del proyecto autorizado a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, mediante licencia denominada *Juan Bosco*.

Es meritorio mencionar que, aun cuando ninguna de las partes participantes dentro del presente proceso de amparo, denunció la inobservancia a la legislación nacional acaecida en la tramitación de la licencia *Juan Bosco*, esta Corte, habiéndola advertido, no puede soslayar emitir pronunciamiento sobre tal extremo, preponderantemente, por el nivel de afectación que ese proceder oficial ha causado en las obligaciones que atañen al Estado de Guatemala derivado de la ratificación del Convenio 169.

III) FORMAS DE RESTITUCIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA AFECTADA

En el trámite de la licencia de exploración *Juan Bosco*, se incurrió en violación a la normativa interna que rige la expedición de proyectos de exploración como el autorizado y en inobservancia tanto del derecho de consulta de los pueblos indígenas, como los compromisos internacionales que atañen al

Estado de Guatemala en materia de preservación del medio ambiente de esos colectivos humanos. Esa situación obliga a que la petición de tutela constitucional deba ser otorgada.

Encontrándose vencida la licencia de exploración y en trámite la solicitud de prórroga de la citada autorización, habiéndose advertido falencia en el trámite administrativo, este Tribunal indica que, como efecto positivo de lo que se decide en el presente fallo, la Dirección General de Minería, al recibir el expediente administrativo formado con ocasión de la solicitud de prórroga de la licencia de exploración *Juan Bosco*, deberá dictar resolución en la que disponga la interrupción del trámite de esa petición. En todo caso, los interesados, de estimarlo necesario, podrán presentar nueva solicitud que cumpla los requisitos que, para ese tipo de proyectos, han quedado delineados en esta sentencia, especialmente lo que concierne a la presentación del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental del proyecto de exploración. Posteriormente, cuando hubiere sido determinada el área que podría abarcar la licencia y estuviere definida el área de influencia del proyecto de exploración, la Dirección, previo a otorgar la licencia de exploración, deberá remitir el expediente al Ministerio de Energía y Minas, a efecto de que este agote el proceso de consulta a los pueblos indígenas radicados en los municipios que comprenda el área de influencia. La consulta deberá ser realizada con el pueblo Xinka y con cualquier otra etnia indígena de esa región [debe tenerse en cuenta que el proceso de consulta no es exclusivo del pueblo Xinka, sino que de todos los pueblos indígenas, sea cual fuere su denominación]. Ese actuar oficial estará sujeto a la vigilancia que, como tribunal contralor de la debida ejecución de este fallo, debe realizar la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Es pertinente hacer referencia al argumento aducido por la entidad postulante, al interponer apelación, en cuanto a que el Tribunal de Amparo de primer grado omitió efectuar declaratoria de que la autoridad había incurrido en discriminación de los pueblos indígenas de los departamentos de Jalapa y Santa Rosa. Esta Corte, al abordar la figura del derecho de consulta, en apartados precedentes, asentó que este surgió derivado de la situación de marginación en la que históricamente se han mantenido los pueblos indígenas. De tal manera que, en casos como el que ahora se analiza, más que la sola afirmación de que ha acaecido discriminación, resulta trascendental que en fallos como el presente, se haga declaratoria de incumplimiento del compromiso internacional que el Estado de Guatemala adquirió al ratificar el Convenio 169, de consultar a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas administrativas susceptibles de causarles afectación directa y se ordene la inmediata restitución del derecho violado, en cuya efectiva tutela se entiende subsumido el propósito de erradicar las prácticas discriminatorias que puedan estar presentes en el accionar del poder público.

La Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala afirmó que el Tribunal de Amparo de primer grado, al haber ordenado la realización de la consulta a los pueblos indígenas, resolvió en forma distinta de la pretendida por la entidad amparista, porque lo que esta solicitó fue que la licencia de exploración fuera dejada sin efecto, en atención a que fue otorgada sin observar el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Esta argumentación tampoco resulta atendible con base en las aseveraciones que ya asentó este Tribunal al definir los efectos que dará a su decisión.

-VI-

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

SOBRE LA LICENCIA DE EXPLOTACIÓN *ESCOBAL*

Derivado de la denuncia que formula la entidad postulante, en este apartado procede analizar las actuaciones administrativas realizadas por el Ministerio de Energía y Minas, previo a otorgar la licencia de explotación denominada *Escobal* a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima.

I) ACTUACIONES RELEVANTES REALIZADAS DERIVADO DE LA SOLICITUD DE LICENCIA DE EXPLOTACIÓN *ESCOBAL*

De la totalidad de las actuaciones efectuadas dentro del expediente formado ante el Ministerio de Energía y Minas, con ocasión de la solicitud de licencia de explotación formulada por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, se estima pertinente citar las siguientes:

A) Presentación de solicitud inicial y formación del expediente administrativo

En resolución de veintisiete de septiembre de dos mil once, consta que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, compareció ante el Ministerio de Energía y Minas a solicitar licencia de explotación de minerales denominada *Escobal.* La Cartera en mención, inició el expediente administrativo identificado como SEXT –cero quince – once (SEXT-015-11) –en adelante identificado únicamente como expediente administrativo–.

B) Presentación del Estudio de Impacto Ambiental

Durante la tramitación de la solicitud citada, la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, presentó Estudio de Impacto Ambiental [copia electrónica de este instrumento fue aportada al presente proceso de amparo, en disco compacto, que obra a folio un mil trescientos veintidós (1,322) de la pieza de amparo IV formada ante el Tribunal de primer grado].

Con el objeto de describir algunas particularidades del proyecto de explotación, se estima pertinente citar determinados apartados del instrumento de evaluación ambiental citado.

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].

Se resaltan del instrumento en mención, tres apartados:

i) El apartado intitulado **"Síntesis de la Evaluación de Impactos Ambientales",** en el cual son referidos los impactos potenciales que, sobre los factores del medio ambiente abiótico, biótico y socioeconómico del área de influencia, podría ocasionar el proyecto de explotación minera citado. En ese instrumento se describe la afectación que se prevé podía ocurrir en cada uno de esos ambientes, durante las distintas etapas del proyecto: de construcción [la duración se previó en un (1) año]; de extracción y procesamiento [su plazo está proyectado para dieciocho (18) años] y de cierre [cuya ejecución se prevé realizar en tres (3) años.]

Los impactos descritos en el citado instrumento se resumen de la manera que sigue:

a) Durante la etapa de construcción de la mina

a.i) En la calidad del aire: las emisiones de gases de combustión de los motores de la maquinaria y equipo de construcción y el polvo a generarse por el

movimiento de tierras, afectarán la calidad del aire y podrían afectar a los trabajadores, y en mínimo grado a los comunitarios, *al no existir viviendas dentro del área del proyecto y el área de influencia directa*; **a.ii) Niveles de presión sonora y vibraciones**: el funcionamiento del equipo y la maquinaria de construcción, durante el movimiento de tierra y por el tránsito vehicular dentro del área del proyecto, aumentarán los niveles de sonido. *Las vibraciones generadas por el movimiento de maquinaria pesada durante esta fase serán mínimas*; **a.iii) Agua superficial y subterránea**: el movimiento de tierras será la principal actividad en superficie que podría afectar el agua superficial. La construcción de las instalaciones y edificaciones que ocuparán alrededor de cuarenta y seis . cinco (46.5) hectáreas, impermeabilizarán el suelo y subsuelo, afectando la infiltración y por consiguiente, el acuífero superior. La descarga de aguas residuales domésticas directamente al subsuelo, así como derrames accidentales de residuos de hidrocarburos al suelo, afectarían la calidad del agua subterránea. Se requerirá perforar dos pozos para contar con los servicios en el campamento y oficinas. **a.iv) Suelo y subsuelo:** la remoción de la capa superficial del suelo en las cuarenta y seis . cinco (46.5) hectáreas, afectará la estructura del suelo al removerlo, y al subsuelo al colocarle material selecto, compactarlo e impermeabilizarlo. Las descargas de las aguas residuales domésticas sin tratamiento y de desechos sólidos, de disponerse al suelo, afectarían su calidad. La descarga inadecuada o derrame de residuos de hidrocarburos o cualquier otro fluido proveniente de las reparaciones de la maquinaria y equipo, afectarían la calidad del suelo; **a.v) Flora y fauna:** el corte de árboles dispersos en las cuarenta y seis . cinco (46.5) hectáreas, así como el movimiento de tierras generará impacto sobre la flora y en algunas especies de fauna. Los niveles de

sonido y la generación de polvo, así como la presencia de los trabajadores podría afectar a la fauna del área del proyecto y del área de influencia directa. La descarga de residuos líquidos y sólidos al suelo, también podría afectar a la fauna silvestre del área; **a.vi) Medio socioeconómico:** entre los **efectos positivos** se tiene que las actividades del proyecto requerirán la contratación de mano de obra (alrededor de mil personas), *la mayoría (el setenta por ciento) serán personas de las comunidades vecinas y cercanas*. Los salarios de los trabajadores inyectarán dinero al municipio, lo cual hará que se incrementen el comercio, especialmente en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa. La entidad minera estimó invertir en esta fase, ciento cincuenta y ocho . cuatro (158.4) millones de dólares de los Estados Unidos de América [las cantidades expresadas en dólares, que en adelante se citarán, harán referencia a esa moneda]. Con solamente el diez por ciento (10%) que circule en San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, representaría una cantidad similar al valor de la producción de la economía del municipio. La expectativa fue que durante esta fase se esperaría un ingreso de veinte (20) millones de dólares en concepto de Impuesto al Valor Agregado. Adicionalmente, el proyecto generará un promedio anual de dieciséis. cinco (16.5) millones de dólares, en concepto de Impuesto Sobre la Renta. Entre los **efectos potenciales negativos**, por el mejoramiento económico de los trabajadores, los precios de los productos de la canasta básica podrían aumentar, afectando a las familias cuyos miembros no trabajan para la minera. Además, *la presencia de personas de otros lugares del país, con costumbres diferentes, así como el posible aparecimiento de prostíbulos y de otros bares, afectará la forma de vida del municipio*, específicamente de San Rafael Las Flores del

departamento de Santa Rosa. El aumento del valor de la mano de obra será beneficioso para el contratado; pero afectará los costos del agricultor y al avicultor, lo cual incidirá en el precio del producto; **a.vii) Recursos culturales e históricos**: *el movimiento de tierras en las cuarenta y seis . cinco (46.5) hectáreas* ***no afectará ningún vestigio arqueológico***. *Durante la etapa de diseño y ubicación de las instalaciones y facilidades, un arqueólogo realizó reconocimientos para constatar que no se afectará ningún vestigio*; **a.viii) Paisaje y condición visual**: las instalaciones y facilidades modificarán el paisaje y la condición visual desde algunos puntos de la Ruta Departamental tres (RD-3) que de San Rafael Las Flores conduce hacia Mataquescuintla del departamento Jalapa, y desde la cabecera municipal de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa. Desde las comunidades, excepto algunas viviendas de Los Planes y La Cuchilla, no será factible observar el proyecto.

b) Durante la etapa de extracción y procesamiento

b.i) Calidad del aire: la calidad del aire será afectada por el material particulado proveniente de trituración y molienda, transporte y depósito de colas y por la emisión de gases de los motores de la maquinaria y equipo utilizado. Adicionalmente, debido al transporte de insumos y productos por caminos de terracería se generará polvo; **b.ii) Presión sonora y vibraciones**: se producirán ruidos y vibraciones causados por las detonaciones para la extracción del mineral, así como por el transporte de insumos y productos, por el acopio de material en los depósitos de almacenamiento, incluyendo el de colas, y por la trituración y molienda; **b.iii) Agua superficial y subterránea**: el agua superficial podría ser afectada por la escorrentía que estará en contacto con las áreas intervenidas, principalmente con el sitio de depósito de colas, si no hubiese un

manejo adecuado. También la calidad del agua superficial podría ser afectada, si no hubiese tratamiento adecuado de las aguas residuales del proceso y domésticas, así como las de desagüe extraídas de la mina. Adicionalmente, los derrames accidentales de residuos de hidrocarburos podrían afectar la calidad del agua superficial. *No se extraerá agua de ningún río*. Se requerirá bombear del acuífero profundo a través de los dos pozos mecánicos para uso humano. El agua de desagüe por estar en contacto con la veta, será tratada para remover los metales, previo a su uso en la planta de proceso del mineral o antes de descargarla en el río El Dorado; en ambos casos, debe pasar por la pileta de cumplimiento ambiental. Además, la infiltración en el depósito de colas puede afectar el agua subterránea. Los derrames accidentales de residuos de hidrocarburos al suelo, podrían afectar la calidad del agua del acuífero somero, de llegar a infiltrarse; **b.iv) Suelo y subsuelo**: será impactado por la extracción de recursos naturales no renovables subterráneos, y el suelo por la erosión de las áreas impactadas, así como por los depósitos de inertes (escombreras), colas y de residuos sólidos domésticos y peligrosos. Alrededor de cuatro . siete (4.7) millones de metros cúbicos serán acumulados en el depósito de colas, de los cuales alrededor del ochenta y cinco por ciento (85%) proviene del proceso de flotación y el quince por ciento (15%) del material inerte de la excavación de los túneles de acceso a la veta. Los escurrimientos que produciría la erosión de los suelos se podrían activar únicamente durante tiempos de lluvia. La calidad del suelo puede ser afectada por derrames accidentales de sustancias químicas; **b.v) Flora y fauna:** la perturbación de la flora y fauna local será afectada por los procesos de transporte de insumos y productos, el procesamiento de minerales y la disposición de material en el depósito de colas. La flora del área a intervenir,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

será afectada permanentemente hasta que en la etapa de cierre se reconstituya con la siembra de árboles y arbustos. La migración de la fauna del lugar se producirá principalmente como consecuencia del ruido provocado por la maquinaria, vehículos, vibraciones y tránsito de vehículos y personas; **b.vi) Ambiente cultural y socioeconómico**: el impacto será altamente significativo para la economía del municipio de San Rafael Las Flores, porque incrementará la oportunidad de empleo; algunas personas se constituirán en proveedoras de servicios, insumos y productos para la empresa. El personal a contratar para el trabajo de explotación y procesamiento en la mina, se estima en quinientas setenta y cinco personas, de las cuales, *cuatrocientas* (el setenta por ciento) *podrían ser de la localidad*. La disponibilidad de dinero en circulación hará que la economía se convierta en punto de atracción para el desarrollo de negocios, entre ellos la apertura de bares, cantinas, prostíbulos y similares; la mayor liquidez incrementará los precios de los bienes de la canasta básica con efectos adversos sobre familias que no podrán insertarse a la nueva influencia económica, principalmente familias campesinas pobres, así como, pérdida de la competitividad en la producción de bienes agrícolas por el encarecimiento de la mano de obra. Para la fase de operación y con datos de un año típico, la entidad estaría invirtiendo (sin incluir administración) sesenta . nueve (60.9) millones de dólares. Si en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, circulara el diez (10%), significaría una liquidez local estimada en cuarenta y seis. nueve (46.9) millones de quetzales por año. El derecho minero (regalía y cánones) que estaría pagando la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, por tonelada de mineral, equivaldrá a un total anual estimado de cuatro . noventa y siete (4.97) millones de dólares por año. La transferencia por regalías a San

Rafael Las Flores, se estima que alcanzará dieciocho . ochenta y seis (18.86) millones de quetzales por año, lo cual significaría un incremento de doscientos quince por ciento (215%) del presupuesto actual de dicha municipalidad. Entre los efectos potenciales negativos al ámbito socioeconómico, serán los mismos que ocurrirían en la fase de construcción. La economía del país recibirá los efectos positivos. De manera directa se espera que durante el período de explotación minera, se reciban un total de ochenta . seis (80.6) millones de dólares en conceptos de regalías y canon minero. Anualmente se esperaría un ingreso de seis . dos (6.2) millones de dólares en concepto de Impuesto al Valor Agregado. Adicionalmente, el proyecto generará un promedio anual de dieciséis . cinco (16.5) millones de dólares, en concepto de Impuesto Sobre la Renta. Será positivo el impacto macroeconómico en la balanza cambiaria, por el período en que se hagan las operaciones de exportación y la transferencia de utilidades a la casa matriz y **b.vii) Topografía y paisaje**: en el proceso de extracción y procesamiento del mineral, la alteración de la topografía y calidad visual, se ve perturbada por las instalaciones y facilidades, así como por el área de colas.

c) Durante la etapa de cierre

c.i) Aire: las emisiones de gases de combustión de los motores de la maquinaria y equipo de construcción y el polvo generado especialmente por los trabajos de desinstalación y demolición, afectarán la calidad del aire. Los trabajos de demolición generarán polvo. Las emisiones de gases de combustión y el polvo podrían en mínimo grado afectar a los trabajadores; **c.ii) Ruido y vibraciones:** disminuirán con respecto a los valores generados durante la etapa de explotación y procesamiento del mineral; **c.iii) Agua superficial:** la recuperación de las áreas utilizadas por las instalaciones y facilidades, como de las zonas de

amortiguamiento [ciento quince (115) hectáreas], afectará positivamente al agua superficial, comparada con las actividades llevadas a cabo durante la extracción y procesamiento del mineral; **c.iv) Agua subterránea:** la recuperación de las áreas utilizadas por las instalaciones y facilidades, como de las zonas de amortiguamiento [ciento quince (115) hectáreas], podría afectar positivamente al agua subterránea; **c.v) Suelo:** una vez desmantelada las instalaciones y demolidas la obra gris, el suelo orgánico que fue almacenado y mantenido durante la etapa de extracción y procesamiento del mineral, se aplicará sobre estas superficies a manera de revegetarlas, lo cual será positivo para el suelo, el paisaje y el agua. El depósito de colas será clausurado, conformado y revegetado, a manera de que no genere ningún impacto al ambiente; **c.v.i) Suelo:** será afectado positivamente porque se reconstituirá; sin embargo, no se recuperará a sus condiciones antes del desarrollo del proyecto. Se contará con una serie de medidas para prevenir, mitigar y compensar los potenciales impactos y **c.v.ii) Subsuelo:** los túneles serán rellenados con el material extraído (pasta) a lo largo de la extracción y procesamiento del mineral, por lo cual durante la etapa de cierre, no se hará ninguna actividad adicional; **c.vi) Flora y fauna silvestre:** la revegetación de las áreas que serán desmanteladas y demolidas y al final cuando ya no haya actividades, tendrán probablemente un efecto positivo a la flora y fauna y **c.vii) Medio Socioeconómico:** en el ámbito socioeconómico se generarán varios efectos potenciales tanto positivos como negativos. Será necesario contar con algunos trabajadores para las actividades de cierre, pero mucho menor que para la fase de extracción y procesamiento del mineral. La mayoría serán personas de las comunidades vecinas y cercanas. El tráfico será también bastante menor. *Entre los efectos potenciales negativos al*

ámbito socioeconómico, derivarán de que ya no habrá fuentes para el mejoramiento económico de los trabajadores. El uso de la tierra en parte de la superficie recuperada, probablemente será la misma que antes del desarrollo del proyecto (agricultura). Las actividades durante el cierre técnico, generarán efectos positivos y negativos en el ámbito socioeconómico. Para prevenir, mitigar y compensar los impactos negativos, se contará con una serie de medidas, incluyendo la información.

ii) El segundo apartado del Estudio de Impacto Ambiental que resulta pertinente resaltar, es el que describe las **medidas de mitigación** que se aplicarán para contrarrestar los impactos identificados. Constituye el Plan de Gestión Ambiental (PGA) en el cual se hace descripción de las medidas de prevención, control, mitigación y compensación a los impactos ambientales, las cuales serán implementadas durante las etapas de construcción de las facilidades e instalaciones, extracción y procesamiento de minerales de la veta y el cierre técnico. El objetivo de tales medidas es, según se afirma en el instrumento de evaluación ambiental, prevenir, controlar y mitigar los impactos potenciales negativos al ambiente físico, biótico y socioeconómico y maximizar los impactos potenciales positivos.

En el Cuadro 13.1 del citado instrumento se resume el Plan de Gestión Ambiental mencionado, que contiene: **a)** las variables ambientales afectadas; **b)** la fuente generadora del impacto; **c)** el impacto ambiental propiamente dicho; **d)** la cita de la regulación ambiental relacionada con el tema; **e)** las medidas ambientales establecidas; **f)** el tiempo de ejecución de dichas medidas; **g)** su costo; **h)** el responsable de su aplicación; **i)** el indicador de desempeño establecido para controlar el cumplimiento y **j)** síntesis del compromiso ambiental.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

[Por razones prácticas no se incluye en este fallo descripción específica de tales medidas. Para conocerlas con detalle debe, en todo caso, efectuarse lectura del apartado 13 del Estudio de Impacto Ambiental.]

iii) El tercer apartado relevante es el que se refiere al **área de influencia del proyecto de explotación.** En este apartado se precisan los datos siguientes:

a) El **área de influencia directa** es aquella en la que se realizan los trabajos de explotación; está comprendida dentro de la microcuenca de la quebrada El Escobal [ciento noventa y tres (193) hectáreas] y una porción de la parte baja de la microcuenca del río El Dorado. [La entidad Minera San Rafael ha adquirido doscientos sesenta y dos . trece (262.13) hectáreas, que se localizan dentro de la quebrada El Escobal, y en la parte baja de la subcuenca del río El Dorado.]

b) El **área de influencia indirecta** está conformada por la zona en la cual podrían ocurrir impactos ambientales indirectos derivados del Proyecto, diferente a aquella donde se realizan las acciones de minado y procesamiento. Abarca una zona más extensa, definida dentro y fuera del área del Proyecto que comprende sus vecindades, especialmente las que pueden ser afectadas positiva y negativamente en el componente ambiental y socioeconómico. La constituyen los poblados, aldeas y caseríos del municipio de San Rafael Las Flores, denominados: La Cuchilla, Los Planes, Las Nueces, San Rafael Las Flores (casco urbano), El Fucío, Sabana Redonda, El Volcancito, San Juan Bosco, Estanzuelas y El Quequexque. [Ver apartados 5.2, 10, 10.2 y 10.8, entre otros, del Estudio de Impacto Ambiental].

C) Aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por la oficina correspondiente

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

Consta en los antecedentes que el instrumento de evaluación citado, recibió el aval estatal en resolución de diecinueve de octubre de dos mil once, emitida por la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales [folio cuatrocientos cincuenta y siete (457) del expediente administrativo].

D) Actuaciones realizadas por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas y por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima

i) Actuaciones realizadas bajo la coordinación del Viceministerio de Desarrollo Sostenible

Durante el trámite del presente amparo, varios de los sujetos procesales aludieron a las actuaciones que realizó el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, previo a que la Cartera correspondiente decidiera otorgar la licencia de explotación *Escobal*. Eso motivó en este Tribunal el propósito de analizar lo actuado por esa oficina de gobierno. Sin embargo, al advertir que entre los antecedentes remitidos no obraba expediente que documentara tales actos, fue dictado auto de siete de marzo de dos mil dieciocho, en el cual se ordenó remitir a esta sede: "(…) *el expediente (…) formado en el Viceministerio (…) en el que se documente todo lo actuado con ocasión de las solicitudes de las licencias de (…) explotación minera extendida por el Ministerio de Energía y Minas el tres de abril de dos mil trece, en el expediente SEXT- cero quince – once (SEXT-015-11), denominada Escobal*." (Folio mil ciento veintisiete (1,127) de la pieza de amparo III formada ante esta Corte.)

En el plazo concedido, el Viceministro de Desarrollo Sostenible

compareció a este Tribunal a aportar expediente conformado por diversas actuaciones, las cuales fueron denominadas como "*Anexos".* [En este fallo, ese expediente, será citado en adelante únicamente como "*el expediente del Viceministerio"* y, para efectos prácticos, se seguirá la denominación de "*Anexos*" que esa oficina confirió a cada una de sus actuaciones. Así mismo, la dependencia en mención será nombrada indistintamente como Viceministerio de Desarrollo Sostenible o el Viceministerio.]

Aseguró el citado funcionario, en su escrito de remisión, que las actividades que realizó esa oficina, se caracterizaron por ser procesos de diálogo y participación de buena fe, con el objetivo fundamental de informar sobre el derecho minero *Escobal.* [Ver reverso del folio un mil doscientos once (1,211) de la pieza de amparo III formada ante esta Corte.]

Según propia afirmación del Viceministro, aquellas actividades documentan las acciones que realizó con la finalidad de establecer diálogo con los pobladores del Municipio de San Rafael Las Flores, departamento de Santa Rosa, previo a que fuera otorgada la licencia de explotación referida.

A continuación, se describen las actividades documentadas en el meritado expediente:

Anexo 1

Documenta la visita realizada el diez de febrero de dos mil doce, por funcionarios del Ministerio de Energía y Minas a la sede del proyecto minero, en la cual se dio a conocer a aquellos, tanto la forma en la que funciona el proyecto de explotación, como el enfoque de desarrollo sostenible implementado por la entidad minera. Quedó asentado que se trató de una actividad de inducción al personal de reciente incorporación al Viceministerio, así como de acercamiento

de esa oficina pública y la entidad responsable del proyecto [Ver folios del dos (2) al seis (6)].

Anexo 2

Según quedó identificado en el citado expediente, este documenta "*Reunión con Escuela de Platería*", celebrada el veintidós de febrero de dos mil doce. Únicamente se incorporó disco compacto que contiene cuarenta y cinco (45) fotografías, de las cuales no se aporta descripción alguna [Ver folios del ocho (8) al diez (10)].

Anexo 3

Se afirma que esta reunión, celebrada el veinticuatro de febrero de dos mil doce, tuvo por objeto la presentación del aval que *tres representantes de Consejos Comunitarios de Desarrollo y trece comunitarios* otorgaron a la labor realizada por la entidad minera, requiriendo que ese acto provocara el otorgamiento de la licencia de explotación pedida. Se afirma que, durante la actividad, los participantes entregaron a las autoridades del Ministerio nota en la cual quedó documentado el citado respaldo. Analizadas las actuaciones, esta Corte advierte que no se encuentra incorporada al expediente la nota a la que se hace referencia; únicamente consta cuadro en el que se efectuó el registro de los participantes en la actividad, y en este no se consignó a qué comunidades representaban aquellos Presidentes de Consejos Comunitarios que, según se asegura, signaron el aval. Aunado a lo anterior, no se aporta información sobre el resto de los participantes [Ver folios del doce (12) al quince (15)].

Anexo 4

Contiene misiva de cuatro de mayo de dos mil doce, dirigida al Ministro de Energía y Minas, a la Viceministra de Desarrollo Sostenible y a la Directora de la

Unidad de Diálogo y Participación Ciudadana. La nota se encuentra signada por once personas que afirman pertenecer a la Aldea La Cuchilla y que manifiestan su respaldo al proyecto de explotación, por los proyectos de desarrollo que, según afirman, ha realizado la entidad minera en esa comunidad [Ver folios del diecisiete (17) al diecinueve (19)].

Anexo 5

Se tituló "*Convocatoria* al MEM por parte del Alcalde de San Rafael Las Flores a mesa de diálogo de alto nivel", fechada tres de julio de dos mil doce. Consta que la actividad aludida no se llevó a cabo [Ver folios del veintiuno (21) al veinticuatro (24)].

Anexo 6

Documenta: **a)** requerimiento de información realizado el diecisiete de julio de dos mil doce, por el Sistema Nacional de Diálogo Permanente de la Presidencia de la República, a la Unidad de Resolución de Conflictos del Viceministerio de Desarrollo, para que proporcionara información sobre el proyecto de explotación, el estatus de la licencia y el Estudio de Impacto Ambiental, aduciendo que ese intercambio coadyuvaría a la elaboración de la "*Estrategia interinstitucional de intervención*" y **b)** reunión celebrada el veintiséis de julio de dos mil doce, en la cual se efectuó entrega de la información solicitada. En esa ocasión los participantes [Comisión Presidencial para los Derechos Humanos –COPREDEH–, Viceministerio de Desarrollo Sostenible, Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y Sistema Nacional de Diálogo Permanente] dejaron asentados puntos de vista relacionados con el trámite del expediente de la licencia de explotación, entre tales criterios mencionaron: la política del Gobierno de apoyo a la inversión privada; la aplicación del Convenio

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

169; el papel de los actores que, según estimación de los participantes, son los que provocan discursos incendiarios y que, además, manejan recursos económicos considerables; formas de priorizar la inversión evitando el choque con los opositores; impulso de estrategias para atender a las organizaciones radicales mejorando la coordinación interinstitucional, "*evitando que las consultas puedan ser vía para que liderazgos interesados incurran en extorsiones"*; determinar el protocolo de intervenciones; considerar el desarrollo desde el enfoque de los derechos humanos; realizar controles y monitoreos para combatir la corrupción. Para tratar a las organizaciones radicales, se recomendó identificar a sus dirigentes, debiendo "*tomar en cuenta que las autoridades indígenas están vinculadas a ciertos conflictos, pero porque algunos estuvieron vinculados en el conflicto armado interno".*

Posteriormente, funcionarios del Viceministerio brindaron información sobre el proyecto de explotación con licencia *Escobal.* Describieron las acciones realizadas: reunión con empresarios; acercamiento con autoridades municipales y gubernamentales; monitoreo de medios de comunicación; consultas realizadas en los municipios de Casillas, Santa Rosa de Lima y Nueva Santa Rosa, del departamento de Santa Rosa; reuniones entre el gobernador departamental de Santa Rosa y la población, tanto con quienes aprueban el proyecto minero, como con quienes se oponen; desde dos mil ocho se conformó la Comisión de Ambiente, que visitó la mina; el Alcalde convocó a una mesa de diálogo a los opositores del proyecto (CODIDENA, CALAS, Madre Selva, Parlamento del Pueblo Xinka y la Iglesia Católica).

Apreciaciones manifestadas por los participantes: la mayoría de la población ubicada en el área está anuente al desarrollo del proyecto; se advierte

poco apoyo del Ministerio de Energía y Minas; quienes se oponen exigen la realización de la consulta, la población está dividida, aunque la mayoría pide ser consultada; la solicitud de otorgamiento de licencia Juan Bosco ha aumentado la conflictividad en Nueva Santa Rosa, Santa Rosa de Lima, Mataquescuintla y Casillas, cuyos pobladores se han opuesto con medidas legales y de facto; la licencia de explotación minera *Escobal* cuenta con el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y el Ministerio de Energía y Minas; sin embargo, aún no ha sido autorizada, en vista de que fueron planteadas treinta y cuatro (34) oposiciones en el procedimiento administrativo [Ver folios del veintiséis (26) al setenta y siete (77)].

Anexo 7

En documento de veinte de agosto de dos mil doce, el Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, afirmó que derivado del clima de conflictividad generado en la población del Municipio de San Rafael Las Flores, por los proyectos mineros que se desarrollan en el área, los vecinos insistían en que se llevara cabo consulta municipal acerca del desarrollo del proyecto de explotación. Ante tal circunstancia ese Viceministerio, por iniciativa del Alcalde Municipal de San Rafael Las Flores, inició una serie de actividades, según se afirmó, con el objeto de generar las condiciones adecuadas para el diálogo. [Folio ochenta y dos (82) del expediente analizado.] En atención a lo anterior, autoridades del Ministerio de Energía y Minas realizaron reuniones con diversos actores locales [Alcaldes Municipales, Gobernador Departamental, Consejos Comunitarios de Desarrollo, Consejo Departamental de Desarrollo, autoridades educativas, entre otras]. En todas las reuniones participaron

funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, en especial del Viceministerio de Desarrollo Sostenible [Este Anexo comprende del folio setenta y nueve (79) al ochenta y ocho (88)].

Anexo 8

Reunión celebrada el veintiuno de agosto de dos mil doce entre: **a)** funcionarios de Sistema Nacional de Diálogo Permanente, Presidencia de la República, Ministerios de Ambiente y Recursos Naturales, de Energía y Minas y de Gobernación y **b)** personeros de Minera San Rafael, Sociedad Anónima. En esta actividad, la Viceministra de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, afirmó que el Presidente de la República y el Ministro de Energía y Minas acordaron conformar mesa de alto nivel para revisar, en dos meses máximo, el proyecto y crear estrategia de abordaje e intervención para garantizar que de ser otorgada la licencia se pudiera minimizar cualquier brote violento. Además, los participantes pusieron en conocimiento de los personeros de la entidad minera, los resultados de algunas de las actividades realizadas, habiendo efectuado la recomendación relativa a la implementación de estrategia de difusión del proyecto. [Ver folios del noventa (90) al noventa y tres (93).]

Anexo 9

Documenta reuniones celebradas el veintitrés y veinticuatro de agosto de dos mil doce, en la cual participaron, entre otros, el Alcalde Municipal de San Rafael Las Flores, el Gobernador Departamental de Santa Rosa y el Auxiliar de la Procuraduría de los Derechos Humanos. De las afirmaciones efectuadas en esa actividad se resalta:

a) El Alcalde Municipal de San Rafael Las Flores, aseguró que los Consejos Comunitarios de Desarrollo tienen posturas divididas respecto del proyecto

minero, unos en contra, otros a favor, y algunos mantienen postura neutral frente al conflicto surgido. Afirmó que no era posible acceder a desarrollar proceso de consulta en todas las aldeas, caseríos y poblados del municipio por el alto costo que esto generaría.

b) El Gobernador Departamental aseguró que la población de San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa, está de acuerdo con la actividad minera, porque derivado de esta se han generado proyectos de desarrollo para la comunidad. Afirmó que el descontento lo generan los alcaldes de otros municipios. Requirió que se asumieran medidas para la protección del medio ambiente por ser ese el aspecto que más preocupa a la población. Aseveró haber recibido denuncias de personas que afirmaron padecer problemas en la piel derivado de la actividad de explotación.

c) El Auxiliar de la Procuraduría de los Derechos Humanos manifestó que la principal preocupación de la población es la contaminación al agua. Recomendó conformar una comisión interinstitucional para verificar que los monitoreos al recurso hídrico sean eficientes. Denunció la negativa de la entidad minera a permitir visitas al proyecto minero sin previo aviso. [Ver folios del noventa y cinco (95) al ciento tres (103).]

Anexo 10

Contiene Memorando doscientos cuatro – dos mil doce (204-2012), de veintisiete de agosto de dos mil doce, enviado por la Viceministra de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas a la encargada de la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria, al cual se adjuntó fotocopia de la publicación efectuada en el diario Prensa Libre, el veintisiete de agosto de dos mil doce, en la cual se plasmó el parecer de varios vecinos que adversan el proyecto de

explotación minera, aduciendo desinformación respecto de este e inconformidad por la contaminación que causa al medio ambiente, entre otros. En esa nota periodística se resaltó la demanda de la población sobre la realización de la consulta sobre el desarrollo de la actividad minera [Ver folios de ciento cinco (105) al ciento seis (106)].

Anexo 11

Documenta reunión sostenida el veintinueve de agosto de dos mil doce, entre el Ministro de Energía y Minas, Viceministerio del Área de Minería e Hidrocarburos, Asesora del Despacho Superior, Director General de Minería, Viceministra de Desarrollo Sostenible, Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria de ese Viceministerio y el Concejo Municipal de San Rafael Las Flores. El objeto fue informar sobre el estatus de la solicitud de la licencia de explotación minera *Escobal* y escuchar la postura de los miembros de ese Concejo. En el desarrollo de la reunión, los concejales pidieron dar solución al clima de conflictividad que persiste dentro de la población. Señalaron a algunos sectores, ser los responsables de la desestabilización social. Ante ello, la Viceministra de Desarrollo Sostenible recomendó exigir a las organizaciones opositoras del proyecto minero, que aporten estudios que demuestren sus afirmaciones, con el objeto de establecer si el temor que han trasladado a la población tiene o no sustento científico. También ofreció brindar asesoría y facilitar espacios para resolver el conflicto. Se realizó la presentación general del proyecto. Ante la interrogante de qué ocurría si se llevara a cabo la consulta, la asesora del Despacho Superior respondió que siendo la minería un tema de Estado, la consulta municipal no cambia la decisión del Ejecutivo. Aseguró también haber ofrecido explicaciones técnicas y científicas a organizaciones

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

ambientalistas; pero que estas las rechazaron. Aseguró que existen iniciativas para realizar estudios que permitan descartar las preocupaciones de la población, se mencionó la conformación de una comisión para realizar el monitoreo del agua. El Ministro de Energía y Minas, en su intervención, enfatizó la importancia que las entidades mineras tienen en la generación de desarrollo. Aseguró que esa Cartera es rigurosa en el cumplimiento de los requisitos y compromisos legales de las entidades mineras [Ver folios del ciento ocho (108) al ciento dieciocho (188)].

Anexo 12

Se refiere a la reunión sostenida el treinta y uno de agosto de dos mil doce, entre el Consejo Departamental de Desarrollo de Santa Rosa, el Director General de Minería, la Viceministra de Desarrollo Sostenible, la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria, la Unidad de Comunicación Social de ese Viceministerio y Asesores Jurídicos del Ministerio de Energía y Minas. Tuvo por objeto la presentación, en términos generales, de la actividad minera y, específicamente, del proyecto de explotación minera *Escoba*l. En el desarrollo de la actividad, un representante de organizaciones campesinas expresó que la minera afecta la cuenca del Río Los Esclavos. Afirmó que se generará una guerra civil en caso se otorgue la licencia pedida. Un miembro del Ejército Nacional señaló que debía evitarse la contaminación de los pozos y ríos que abastecen a las comunidades. El Alcalde del municipio de Casillas denunció grave contaminación al medio ambiente. El Alcalde de Nueva Santa Rosa afirmó que en el municipio que representa, se realizó consulta municipal y el noventa y nueve . seis por ciento (99.6%) de la población rechazó la actividad minera. Sugirió que se conformen mesas de diálogo. Aseguraron que al cierre de la mina se generará

desempleo. El Alcalde de San Rafael Las Flores aseguró no haber realizado la consulta municipal, porque aún no habían sido reunidas las firmas necesarias. Adujo haber sostenido reunión con el Presidente de la República respecto del proyecto, quien le manifestó estar presionado por "*Estados Unidos y Canadá"*. La Viceministra participante manifestó que los puntos de vista proporcionados por los alcaldes coadyuvaban a establecer el estado de cosas a nivel local [Ver folios del ciento veinte (120) al ciento veintiséis (126)].

Anexo 14

Informe de dieciocho de septiembre de dos mil doce, elaborado por la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio de Desarrollo Sostenible, en el cual se describe el incendio de vehículos propiedad de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, por parte de algunos comunitarios del municipio de Mataquescuintla, del departamento de Jalapa, derivado de la instalación de postes de líneas de transmisión de energía eléctrica en las afueran del área del proyecto minero con licencia *Escobal*. [Ver folios del ciento treinta y nueve (139) al ciento cuarenta (149)].

Anexo 15

Documenta reunión sostenida el veintiséis de septiembre de dos mil doce entre: **a)** funcionarios del Viceministerio de Minería e Hidrocarburos, la Dirección General de Minas, el Departamento de Control Minero, la Unidad Socioambiental, la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria y Asesoría del Despacho Superior; **b)** Alcaldes de los municipios de San Rafael Las Flores, Nueva Santa Rosa y Casillas, **c)** Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–; **d)** Nunciatura Apostólica de Guatemala y **e)** Minera San Rafael, Sociedad Anónima. Tuvo por objeto la presentación del Estudio de Impacto

Ambiental del proyecto minero *Escobal*. En esa oportunidad, la entidad minera informó que cuenta con tres estudios aprobados por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. Al ser inquirido sobre la utilización de cianuro, el personero de la entidad minera respondió que sí se utilizará esa sustancia química en el proceso de explotación y que la proporción será de una onza de cianuro por cada tonelada de roca. Afirmó que el cianuro es una molécula fácilmente tratable. Al ser preguntado sobre el llenado de los túneles al finalizar el proyecto, describió la forma en la cual se realizará el proceso de cierre de la mina. Los personeros de CALAS cuestionaron sobre la afectación al recurso hídrico e insistieron en que la actividad minera ha contaminado el agua en el municipio de San Rafael Las Flores. El representante de CALAS inquirió sobre la realización de estudios hidrológicos. Aseguró que derivado del proyecto de explotación el agua se ha contaminado. Solicitó el cierre de ese proyecto, en tanto se resuelve el problema de contaminación aludido. Una funcionaria del Ministerio de Energía de Minas informó que se han conformado dos comisiones integradas por el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, para realizar pruebas y monitoreos al agua. El representante de CALAS requirió que se homologuen criterios y metodologías y se acrediten los laboratorios antes de iniciar los citados monitoreos al agua.

De la participación de los alcaldes se extrae: **a)** el alcalde de Nueva Santa Rosa aseguró que el municipio que representa adversa la actividad minera, que en esa circunscripción municipal se realizó consulta municipal y los resultados fueron adversos al proyecto minero. Manifestó su preocupación por la conflictividad social y la violencia. Afirmó que ha mediado en el rescate de personas que han estado a punto de ser agredidas por manifestar su afinidad con

la actividad minera y **b)** el alcalde de San Rafael Las Flores hizo un llamado a la paz social y aseguró que el clima de conflictividad ha generado, incluso, temor en los padres de no enviar a sus hijos a la escuela por la eventualidad de que puedan ocurrir disturbios. Ofreció acompañamiento en las supervisiones técnicas que se realicen respecto del agua [Ver folios del ciento cuarenta y dos (142) al ciento cincuenta y cuatro (154)].

Anexo 16

Documenta informe de veintiocho de septiembre de dos mil doce, rendido por la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, en el cual describe visita realizada a las instalaciones del proyecto de explotación minera, el veintisiete de septiembre de dos mil doce. En esa oportunidad, personeros de la entidad minera explicaron el proceso que se realiza para concretar la actividad de extracción. Se dejaron asentadas deficiencias advertidas al interior de la mina (escasez de iluminación, de lugares de resguardo, etc.) Se verificaron los daños causados por disturbios sucedidos en fechas anteriores. Se proyectaron reuniones informativas con el Alcalde Municipal, el magisterio del departamento de Santa Rosa y el Consejo Municipal de Desarrollo de San Rafael Las Flores [Ver folios del ciento cincuenta y seis (156) al ciento cincuenta y ocho (158)].

Anexo 17

Hace referencia al informe rendido el dos de octubre de dos mil doce, por la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria a la Viceministra de Desarrollo Sostenible, en el cual se describen todas las actividades realizadas hasta esa fecha, reseñadas en los Anexos anteriores [Ver folios del ciento sesenta (160) al ciento sesenta y tres (163)]

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Anexo 18

Documenta reunión sostenida el cuatro de octubre de dos mil doce, entre la Viceministra de Desarrollo Sostenible, el Director General de Minería, el Primer Viceministro del Ministerio de Gobernación, Directores de establecimientos educativos (6) y personal docente de los citados establecimientos (28). Los miembros del Magisterio del municipio de San Rafael Las Flores, manifestaron preocupación sobre la toxicidad de los componentes que se utilizan para la extracción de minerales, las regalías que se obtendrán, las enfermedades que puedan surgir derivado de la actividad minera, el plan de cierre de la mina, la priorización de los habitantes de San Rafael Las Flores para las oportunidades de empleo, la contaminación ambiental que pueda manifestarse a largo plazo, la obstrucción del curso natural de los ríos, la cantidad de los minerales a extraer y la contaminación sonora. Manifestaron estar dispuestos a participar en los procesos de información a la comunidad [Ver folios del ciento sesenta y cinco (165) al ciento setenta y dos (172)].

Anexo 19

En este se ha incorporado el "*Primer Diagnóstico Comunitario, Proyecto de Explotación Minera Escobal, San Rafael Las Flores, Santa Rosa*" elaborado por la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio de Desarrollo Sostenible. Contiene las conclusiones a las cuales arribó la citada Unidad, luego del análisis de documentación relacionada con la situación del municipio de San Rafael Las Flores, así como de las actividades descritas en los Anexos anteriores y que fueron realizadas por personal del Viceministerio de Desarrollo Sostenible con el Alcalde Municipal de San Rafael Las Flores, el Concejo Municipal del citado municipio, el Gobernador Departamental de Santa Rosa, la Auxiliatura

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

Departamental de la Procuraduría de los Derechos Humanos, los Presidentes de algunos Consejos Comunitarios de Desarrollo, miembros del magisterio, pobladores y personeros de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, entre otros. La Unidad, al analizar las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales del municipio de San Rafael Las Flores, efectuó caracterización general del municipio, analizando los ámbitos geográfico, demográfico, político-administrativo, socioeconómico, sociocultural, educativo, de salud y ambiental. Se realizó la descripción siguiente: el municipio consta de quince aldeas y nueve caseríos; el índice de pobreza es del sesenta y tres . cuatro por ciento (63.4%) y de pobreza extrema del veinticinco . seis por ciento (25.6%); aproximadamente el setenta y cinco por ciento (75%) de la población se dedica a la agricultura, *el noventa y nueve por ciento (99%) de la población es mestiza; únicamente el uno por ciento (1%) se identifica como maya o xinka*. Se encuentra en situación de vulnerabilidad ambiental por el mal manejo de sus recursos hídricos y ecosistemas prioritarios, así como por la intensidad del uso de su suelo. La poca participación de la sociedad civil y las instituciones del gobierno lo sitúan en alto índice de vulnerabilidad político institucional. En el **ámbito político**, destaca que los opositores del proyecto minero exigen la realización de la consulta, prevista en el Código Municipal y el Convenio 169 para que se pregunte a la población si está de acuerdo con el desarrollo de proyectos mineros en el municipio. Hubo manifestaciones masivas; sin embargo, asegura, según información brindada por funcionarios ediles y por algunos comunitarios, aproximadamente el noventa por ciento (90%) de los manifestantes no son originarios de San Rafael Las Flores, sino de municipios vecinos. Los opositores fundamentan su postura en los efectos negativos de la actividad minera sobre la salud de personas y animales,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

así como, el ambiente, principalmente del agua. La conflictividad se agudizó debido a la negativa a realizar la consulta municipal; en otros municipios esta ya fue realizada y la población manifestó rechazo a los proyectos mineros. Esta circunstancia provocó que los alcaldes de otros municipios pidieran al de San Rafael Las Flores, realizarla en el municipio que representa. Dicho funcionario afirmó que los solicitantes no han cumplido los requisitos que establece la ley; además, consideró que la consulta agudizaría la conflictividad, porque parte de la población cree que si la mayoría vota contra el desarrollo de proyectos mineros, podría evitarse que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, continúe sus actividades y deba salir del país, lo que legalmente no es acertado. Cada vez más personas demandan la realización de la consulta por la preocupación respecto de la contaminación del ambiente y la decepción generalizada que ha provocado el incumplimiento de diversos proyectos por parte de Minera San Rafael, Sociedad Anónima. Los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Las Flores resaltaron la importancia de informar a la población sobre el tema para que su percepción de la minería no sea influenciada por sectores opositores, que no han justificado científicamente su postura. Los Presidentes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo manifestaron *tener posturas tanto a favor como neutrales* (sic) respecto al proyecto minero. La Viceministra resaltó haber manifestado a los participantes la disponibilidad del Ministerio de entablar diálogo y resolver la conflictividad que existe en el área de influencia del proyecto. En el **ámbito socioeconómico** se afirma que el proyecto de explotación ha generado fuentes de empleo directo, lo cual ha provocado crecimiento en el nivel de vida de los pobladores, en vista del incremento del poder adquisitivo; sin embargo, el sector agrícola resiente la escasez de mano de obra; citan que no pueden

equiparar lo elevado de los salarios que paga la minera. Los agricultores resienten afectación en sus cultivos, la cual atribuyen a la contaminación que genera la minera. Causa descontento la contratación de personal y adquisición de material de otros municipios y departamentos. El crecimiento comercial se refleja principalmente en la infraestructura del casco urbano; sin embargo, no ocurre lo mismo en las demás comunidades, cuyo avance ha sido escaso. Se destaca la condición deplorable de sus vías de acceso. En el **tema ambiental,** los pobladores continuamente han manifestado las preocupaciones que les genera la contaminación que puede derivar de la actividad minera, por lo que han solicitado la intervención del Estado mediante los Ministerios de Energía y Minas y de Ambiente y Recursos Naturales. Su principal preocupación es la contaminación del agua con el cianuro que utiliza la mina, especialmente la del Río Los Esclavos y la Laguna de Ayarza. La contaminación auditiva constituye otra de sus reclamaciones más recurrentes, sobre todo, por el ruido que produce la mina en horas de la noche y la madrugada. Este tema ha provocado que comunidades que antes estaban en favor del proyecto ahora sean opositoras a este. También resienten la contaminación del suelo, que afirman se manifiesta en la baja productividad en las cosechas, así como en la afectación a los cultivos. En el **ámbito educativo,** los comunitarios reconocen la inversión que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha realizado, principalmente, en cuanto al aporte económico para el pago de salarios de maestros, donación de útiles escolares e infraestructura evidente en la construcción de aulas, servicios sanitarios, cocinas, circulación de escuelas, entre otras. Sin embargo, el incumplimiento o abandono de programas, cuya ejecución ya había sido ofrecida [tal es el caso de los huertos escolares] ha propiciado el descontento generalizado de la población. A pesar de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

las contribuciones mencionadas, las carencias de la población aún persisten.

En el citado documento, la Unidad asentó las **conclusiones** siguientes: la disminución en la inversión de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en las comunidades, así como la prolongada demora en dar respuesta a las solicitudes que hacen los pobladores ha provocado su insatisfacción. Se cree que la desinformación es una de las principales causantes de la conflictividad existente, por lo que brindar información oficial y objetiva del proyecto es trascendental para resolver las diferencias. Los comunitarios han mostrado interés por participar en reuniones informativas sobre el proyecto minero impartidas por instituciones del Estado. Los Alcaldes de los municipios de Nueva Santa Rosa, Casillas y Santa Rosa de Lima, fueron identificados como los opositores más radicales.

Derivado de lo anterior, se realizaron entre otras, las **recomendaciones** siguientes: que los Ministerios de Energía y Minas y de Ambiente y Recursos Naturales, realicen constantes monitoreos para establecer la calidad del agua y del suelo, así como los niveles de ruido en el área de influencia, con el objeto de determinar si la entidad minera es un agente contaminante. Informar a la población sobre el estado de las solicitudes de las licencias mineras para despejar sus inquietudes. No se considera aconsejable otorgar más licencias de explotación en San Rafael Las Flores. Retomar la realización de los proyectos inconclusos para recobrar la simpatía de los pobladores [Ver folios del ciento setenta y cuatro (174) al ciento noventa (190)].

Anexo 20

Hace referencia a la convocatoria a reunión de trabajo a celebrarse entre el Viceministro de Energía y Minas y la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima. Se requirió a la citada entidad que en la reunión señalada rindiera

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

informe sobre el conflicto generado en el área de influencia del proyecto de explotación, debiendo adjuntar documentación de soporte que avale el derecho de vía de líneas de transmisión de energía eléctrica con que cuenta la entidad minera [Ver folio ciento noventa y dos (192)].

Anexo 23

Contiene oficio de trece de noviembre de dos mil doce, mediante el cual la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio de Desarrollo Sostenible, traslada al alcalde Municipal de San Rafael Las Flores copia de las resoluciones en las cuales otorgó autorización a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, para la instalación de líneas de transmisión de energía eléctrica en ese municipio [Ver folio doscientos seis (206)].

Anexo 24

Reunión sostenida el veintinueve de noviembre de dos mil doce, entre la Viceministra de Desarrollo Sostenible, el Viceministro del Área de Minería e Hidrocarburos, el Director General de Minería y la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria, con personeros de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima. El objeto fue comunicar a la entidad el contenido del documento intitulado "*Primer Diagnóstico Comunitario Proyecto de Explotación Minera Escobal, San Rafael Las Flores, Santa Rosa*", elaborado por la citada Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria (contenido en el Anexo 19).

En esa reunión, la Unidad citada emitió las **conclusiones** siguientes: **i) sobre el descontento de los comunitarios:** disminución de la inversión social, falta de continuidad de los proyectos ofrecidos, falta de respuesta a los proyectos solicitados, preocupación por nuevos proyectos mineros en el área, poca presencia de la entidad minera en las comunidades, falta de acercamiento a

líderes: **ii) sobre los opositores al proyecto:** identificación de los principales opositores al proyecto y **iii) sobre la divulgación de la información:** el descontento deriva de la falta de información objetiva. La población demuestra interés en participar en jornadas informativas, excepto aquellos cuya postura es radicalmente opuesta al proyecto.

Se emitieron las **recomendaciones** siguientes: **i)** continuación de proyectos suspendidos, involucrar a Gobernación Departamental, a la institución del Procurador de los Derechos Humanos, Policía Nacional Civil, Iglesias y Magisterio; **ii)** distribución estratégica del periódico local y **iii)** control de velocidad de vehículos de la entidad minera [Ver folios del doscientos ocho (208) al doscientos quince (215)].

Anexo 25

En el cual se deja asentada la reunión realizada el seis de diciembre de dos mil doce, entre Concejo Municipal de Desarrollo –COMUDE– de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el Viceministerio de Minería e Hidrocarburos, el Viceministerio de Desarrollo Sostenible, la Unidad de Comunicación Social y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. Durante la actividad, un funcionario del Ministerio de Energía y Minas, informó sobre la forma en la cual se ejecutan las labores de explotación minera, aludiendo a los beneficios económicos y el nivel de desarrollo que los proyectos referidos conllevan a las áreas en las cuales se desarrollan. Relató las actividades llevadas a cabo por el Ministerio de Energía y Minas para monitorear el proyecto, a efecto de verificar el cumplimiento de la legislación y alcanzar acercamiento con las comunidades. Explicó la forma en la que será utilizado el cianuro en el proceso de explotación [como acelerante y no como elemento principal]. Informó sobre los

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

monitoreos que el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales ha efectuado para determinar la calidad del agua. Se explicó la forma de calcular las regalías y el porcentaje de trabajadores que de cada comunidad trabajan en el proyecto. Un funcionario de la Dirección de Gestión Ambiental del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales hizo presentación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto *Escobal*, haciendo énfasis en que, el método de perforación subterráneo utilizado, es menos impactante que el de cielo abierto. Explicó sobre el método de flotación, afirmando que al utilizar pequeñas cantidades de cianuro, impacta menos el ambiente. Informó sobre el proceso de elaboración del Estudio de Impacto Ambiental [Las posturas asumidas por los miembros de los Consejos Comunitarios de Desarrollo se incluirán en apartado posterior, en el cual se describirán las afirmaciones de los miembros de tales Consejos.] [Este Anexo se localiza en folios del doscientos diecisiete (217) al doscientos treinta y uno (231)].

Anexo 26

Misiva enviada el once de diciembre de dos mil doce, por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, a la Viceministra de Desarrollo Sostenible, en la cual aquella entidad describe las actividades de información que ha desarrollado, desde el año dos mil siete al año dos mil doce, con diversos actores locales y regionales de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa. Se describe actividades con: **i) Alcaldes** de las Municipalidades de Mataquescuintla, Casillas, Nueva Santa Rosa, Santa Rosa de Lima y San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, así como, San Carlos Alzatate y Las Monjas del departamento de Jalapa, quienes han asistido a reuniones y visitado el proyecto por invitación de la entidad minera, que en tales oportunidades les ha proporcionado información sobre: el tipo de mina, el proceso extractivo, el método

de minado, la descripción del proceso de colas secas, el manejo ambiental, las relaciones con la comunidad, el impacto económico del proyecto y la seguridad industrial; **ii) Gobernadores** de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, en compañía de personeros de otras entidades del Estado, como diputados y personal de la Institución del Procurador de los Derechos Humanos, así como, del Centro de Salud de Santa Rosa, han visitado las instalaciones del proyecto minero con el objeto de obtener información sobre el funcionamiento de la mina y sus efectos sociales, económicos y ambientales; **iii) otros actores locales y regionales:** durante el período de junio de dos mil siete a marzo de dos mil once, pobladores y autoridades locales y regionales participaron en presentaciones del proyecto, así como charlas y talleres informativos en los cuales se dieron a conocer las actividades que realiza la mina y se escucharon las preocupaciones manifestadas respecto del deterioro de la calidad y el detrimento de la cantidad de agua, la contaminación del aire, la contaminación auditiva, así como los riesgos sociales y económicos existentes; **iv) visitas domiciliares:** personeros de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, visitaron más de trescientas viviendas ubicadas en el área de influencia del proyecto, con el objeto de enterar a la población sobre el proyecto y obtener información de sus necesidades y requerimientos para la implementación de programas de desarrollo; **v) visitas al proyecto:** durante el período de octubre de dos mil once a noviembre de dos mil doce, trescientas treinta y siete personas entre pobladores, líderes comunitarios e integrantes de Consejos Comunitarios de Desarrollo de Santa Rosa y Jalapa, visitaron el proyecto minero *Escobal*, pudiendo formular sus dudas y trasladar las inquietudes que les generaba el desarrollo del citado proyecto; **vi) visitas a Mina San Martín:** varios grupos de personas visitaron Mina San Martín ubicada en San

Francisco Morazán, Honduras, por invitación de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, para que conocieran un proyecto minero que se encuentra en fase de cierre; **vii) charlas informativas:** durante el período de marzo de dos mil once a octubre de dos mil doce, mil doscientas ochenta y cuatro (1284) personas entre pobladores y autoridades locales de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa participaron en charlas informativas realizadas por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en las comunidades; **viii) campaña masiva en medios de comunicación:** Minera San Rafael, Sociedad Anónima, durante el año dos mil doce, dio a conocer el proyecto de extracción minera Escobal de forma masiva en diversos medios de comunicación; **ix) varios:** comunicación e información sobre el proyecto mediante: entrevistas a autoridades, reportes que contiene información sobre comunicación y desarrollo comunitario, mapeo de actores, informe final epidemiológico, estudio de opinión realizado en las comunidades ubicadas en el área de influencia, acercamiento en actividades como el día del agua, encuentro por la educación y encuentro por la familia y elaboración de diagnóstico de las comunidades de San Rafael Las Flores [Ver folios del doscientos treinta y tres (233) al trescientos seis (306)].

Anexo 28

Informe de veinte de noviembre de dos mil doce, elaborado por la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio, sobre los incidentes suscitados en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, por la explosión de granada en parqueo propiedad de la entidad minera. Se adjuntaron notas periodísticas de diversos medios de comunicación que relatan los hechos [Ver folios del trescientos diecinueve (319) al trescientos veintiocho (328)].

Anexo 29

Reunión celebrada el dieciocho de diciembre de dos mil doce, entre la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio de Desarrollo Sostenible y la Gerencia de Relaciones Comunitarias de Minera San Rafael, Sociedad Anónima. En esa oportunidad, funcionarios de la citada Unidad hicieron referencia al contenido del "*Primer Diagnóstico Comunitario Proyecto Explotación Minera Escobal, San Rafael Las Flores, Santa Rosa*". Describieron los proyectos prioritarios en las comunidades, los principales descontentos e inconformidades que los pobladores resienten respecto de la entidad minera. Recomendaron medidas a implementar con relación al abordaje social. Se enfatizó la importancia del fortalecimiento de la comunicación constante entre la entidad minera y los líderes comunitarios, para restablecer el acercamiento con la población. El personero de la entidad minera relató que recientemente habían retomado la aproximación a los líderes comunitarios, para fortalecer las buenas relaciones que en su momento se habían logrado. Así mismo señaló que se daría continuidad a los proyectos y se retomarían aquellos que fueron abandonados por la coyuntura interna [Ver folios del trescientos treinta (330) al trescientos treinta y tres (333)].

Anexo 30

Documenta reunión celebrada el quince de abril de dos mil trece entre la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria, Gobernadores Departamentales de Santa Rosa y Jalapa, el Alcalde de Cuilapa del departamento de Santa Rosa y Minera San Rafael, Sociedad Anónima. En esta oportunidad se abordaron temas relacionados con el *Acuerdo Voluntario de Regalías* -municipios beneficiados- y explicación y ampliación sobre el *Acuerdo Secundario*. Se proyectó

acercamiento con autoridades locales que aún adversaban la firma de los convenios de regalías voluntarias, por su oposición al proyecto de explotación. Un personero de la entidad minera explicó las expectativas, en términos de cantidades, de las regalías, aclarando que, si bien no podía aludirse a un monto específico a cancelar, debía tomarse como referencia que se cancelarían veinticinco dólares por cada onza de material extraído [se proyecta la extracción de dieciséis . cinco millones de onzas de material]. El personero de la entidad minera manifestó la necesidad de diseñar plan de estrategias, para entablar compromisos que permitan disminuir la posibilidad de ataques. El Alcalde de Cuilapa del departamento de Santa Rosa denunció contaminación del Río Los Esclavos, aduciendo desaparición de la fauna marina [Ver folios del trecientos treinta y cinco (335) al trescientos treinta y ocho (338)].

Anexo 31

Contiene Convenio de Cooperación suscrito el dieciséis de abril de dos mil trece, entre el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el cual ambas partes manifiestan su interés por desarrollar un plan de abordaje social y comunitario que permita brindar información y establecer vínculo de comunicación y participación entre el equipo gubernamental, los actores comunitarios y municipales del área de influencia del proyecto de explotación. Los gastos de funcionamiento de la entidad encargada de la ejecución de este proyecto, estarían a cargo de Minera San Rafael, Sociedad Anónima –no consta si el Convenio fue ejecutado– [El Anexo obra a folios del trescientos cuarenta (340) al trescientos cuarenta y cuatro (344)].

Anexo 32

Reunión interinstitucional sostenida el tres de mayo de dos mil trece, en la

sede de la Presidencia de la República, a la cual asistieron: un asesor de la Presidencia de la República y analistas del Sistema Nacional de Diálogo, de la Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia de la República de Guatemala y del Ministerio de Gobernación. Esta reunión tuvo por objeto diseñar la estrategia de comunicación en San Rafael Las Flores, evidenciar los esfuerzos del gobierno por brindar información y dialogar con las comunidades, manifestar la inexistencia de daños ambientales, demostrar que la licencia fue concedida conforme a la ley, denotar que el estado de excepción fue decretado derivado de la comisión de delitos, así como diseñar y aplicar una estrategia en Derechos Humanos [Ver folios del trescientos cuarenta y seis (346) al trescientos cuarenta y siete (347)].

Anexo 33

Cartas enviadas el veinte de mayo de dos mil trece, por el Viceministro de Energía y Minas del Área de Minería e Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas a los alcaldes municipales de: San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa y de San Rafael Las Flores, Santa Rosa de Lima, Santa Cruz Naranjo, Barberena y Cuilapa, del departamento de Santa Rosa. El propósito fue informar que se encontraba disponible en esa oficina pública, el Convenio de Aporte Económico Voluntario suscrito entre Minera San Rafael, Sociedad Anónima y las municipalidades [Ver folios del trescientos cuarenta y nueve (349) al trescientos cuarenta y siete (347)]

Anexo 34

Contiene informe sobre visita de campo al área de influencia del proyecto minero Escobal, llevada a cabo el veintiuno de mayo de dos mil trece, en la cual participaron la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio

de Desarrollo Sostenible, la Municipalidad de San Rafael Las Flores, la Unidad de Relaciones Públicas de la Municipalidad, la Coordinación Técnica Administrativa y el Centro de Salud del citado municipio, así como el Consejo Comunitario de Desarrollo de la aldea Los Planes y Comisaría de la Policía Nacional Civil. Se recibió información con relación a que el estado de sitio decretado conllevó tranquilidad al municipio. Que los pobladores protestan fundamentalmente por la contaminación auditiva y la sobreexplotación del agua; afirman que se han secado los nacimientos del manto acuífero, lo cual ha provocado la búsqueda de mecanismos de denuncia de este tipo de actividades para que las instituciones gubernamentales correspondientes ofrezcan medidas de mitigación de los daños. Las comunidades ven con escepticismo los proyectos ofrecidos por la minera; los consideran cortoplacistas. Se recibieron denuncias en materia ambiental y en materia de salud, que pueden tener relación con la actividad minera [Ver folios del trescientos cincuenta y seis (356) al trescientos cincuenta y nueve (359)].

Anexo 35

Documenta la inspección técnica interinstitucional realizada al proyecto de explotación minera con licencia *Escobal*, del dos al seis de diciembre de dos mil trece. La citada inspección estuvo a cargo de las Comisiones interinstitucionales conformadas por técnicos de los Ministerios de Energía y Minas, de Ambiente y Recursos Naturales y de Salud Pública y Asistencia Social. Cada Comisión realizó las evaluaciones pertinentes dentro del marco competencial. Detallaron los resultados siguientes: **i) A cargo del Ministerio de Energía y Minas**: **a) datos técnicos:** se determinó que en términos generales, las condiciones de la mina cumplen con los requisitos legales; sin embargo, existen deficiencias, que continúan sin ser atendidas, no obstante que ya habían sido señaladas, tales

como la presencia de agua que no ha sido debidamente canalizada, insuficiente ventilación en algunas áreas y vehículos dentro del túnel; **b) seguridad minera:** Minera San Rafael, Sociedad Anónima, cumplió lo recomendado con relación a iluminar los cruces de acceso, las subestaciones eléctricas, el polvorín subterráneo y las áreas de desarrollo y preparación de los frentes de explotación en el interior del túnel, sin embargo, existen zonas que no han sido debidamente iluminadas. La seguridad dentro de la mina no es prioridad para la citada entidad, por cuanto ha ignorado algunas de las recomendaciones efectuadas en ocasiones anteriores, relativas a insuficiente señalización vial dentro del túnel, comedor y refugios de seguridad inadecuados, equipo en mal estado y desorden el área de servicios, lo cual pone en riesgo la integridad física de los trabajadores; **c) áreas de servicios superficiales:** los depósitos de colas secas, como la planta de procesamiento y beneficio han sido adecuadamente instaladas y se les da el mantenimiento debido; sin embargo, los talleres, principalmente el de la entidad contratista DUMAS, adolecen de deficiencias, porque no cumplen los estándares necesarios para su funcionamiento; **d) observaciones ambientales:** las áreas de depósito de suelo orgánico, depósito de chatarra y la fosa de sedimentación de lodos han sido inadecuadamente instaladas, se argumentó por los personeros de la mina que esto se debe al carácter temporal de esas áreas; sin embargo, deben cumplir los requisitos mínimos necesarios para su correcto funcionamiento. También se encontraron derrames de combustible en el área del generador de energía eléctrica, lo cual constituye un importante factor de riesgo. **ii) A cargo del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales: a) del cumplimiento ambiental:** se analizó el cumplimiento de los compromisos ambientales adquiridos por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el Estudio

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de Impacto Ambiental del proyecto de explotación minera *Escobal*. Según las mediciones de presión sonora, los niveles cumplen con lo establecido en la Guía sobre niveles de ruido de la Organización Mundial de la Salud. La entidad minera invierte para minimizar la contaminación paisajística y en reforestación de bosques. El manejo de los desechos sólidos debe tener un área definida. Se observó que el equipo para el manejo de químicos, incluyendo el cianuro, no es el adecuado de conformidad con el Código Internacional para el manejo del Cianuro y otras normas internacionales. La entidad minera cuenta con un programa de salud ocupacional y de seguridad industrial, el cual tiene por objeto brindar condiciones básicas de infraestructura que permitan a los trabajadores tener acceso a servicios de higiene y atención médica, de conformidad con la legislación nacional. En el lugar intervenido se ubica un área protegida por el Instituto de Antropología e Historia de Guatemala (IDAEH) adscrito al Ministerio de Cultura y Deportes, el cual no se ve afectado por las vibraciones provocadas por la actividad minera, en vista que la maquinaria principal y de trituración se encuentran a una distancia considerable de este. Asimismo, se encuentra en funcionamiento el Área de Desarrollo Sostenible que atiende las denuncias de la población derivadas de la actividad minera. En general, cumple con todos los compromisos adquiridos en el citado instrumento ambiental, **b) descargas de agua residual:** se analizaron muestras del agua potable que consumen los pobladores de comunidades aledañas al proyecto minero ubicadas dentro de la microcuenca El Escobal, de conformidad con los parámetros establecidos en el Artículo 16 del Reglamento de las Descargas y Reuso de Aguas Residuales y de la Disposición de Lodos, los resultados obtenidos demuestran que las descargas de la planta de tratamiento de aguas residuales de Minera San Rafael, Sociedad

Anónima, no sobrepasa los límites máximos permisibles en el Artículo 21 de la citada norma, por lo que los cuerpos de agua analizados no son afectados por estas. Los sólidos suspendidos y coliformes fecales encontrados, derivan de las descargas de aguas residuales ordinarias. **iii) A cargo del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social: a) muestreo de agua potable:** los exámenes a las muestras de agua obtenidas de diversas fuentes de agua ubicadas en comunidades aledañas al proyecto minero realizados por el Laboratorio Nacional de Salud, evidencian deficiente calidad de agua, provocada principalmente por la alta cantidad de bacterias, que no hacen aconsejable su consumo humano, en razón de los altos riesgos sanitarios; esa situación puede ser superada mediante la implementación de sistemas de filtración y desinfección; **b) informe técnico del Departamento de Epidemiología:** la entidad minera cuenta con personal calificado e instalaciones y equipo adecuados para la atención de consulta clínica y emergencias. Anualmente realizan exámenes de laboratorio a todo el personal; sin embargo, no se han realizado acciones tendientes a la prevención de enfermedades, ni existe ningún control o sistema de vigilancia de enfermedades laborales o epidemiológicas, y no se han investigado las enfermedades endémicas del área. Pese a las acciones realizadas para el abordaje de desastres dentro del túnel, como la designación de áreas específicas para la protección del personal, la entidad minera no cuenta con un plan de abordaje en las comunidades aledañas al proyecto en el supuesto que ocurriera un siniestro de esta categoría [Ver folios del trescientos sesenta y uno (361) al cuatrocientos cincuenta y uno (451)].

Anexo 36

Reunión sostenida el veintisiete de agosto de dos mil catorce, entre

miembros de la municipalidad de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, Consejos Comunitarios de San Rafaelito, Las Piedronas y El Borbollón, El Quequexque, El Chan Grande, El Volcancito, Barrio Oriental, La Vega, El Chanito, Barrio Las Piscinas, Las Nueces, Los Vados, Colonias Unidas, La Lagunilla, Estanzuelas, Las Cortinas, San Juan Bosco, Barrio Cinco Calles, Barrios Sur, El Renacimiento, El Fucío, Media Cuesta, Los Planes, Sabana Redonda, San Rafael Las Flores, Ministerios de Energía y Minas y de Gobernación, Juzgados de Paz, Comité Nacional de Alfabetización, entre otros. En esa oportunidad, funcionario del Ministerio de Energía y Minas explicó el proceso de extracción de minerales, la proporción en cuanto a la distribución de regalías [del total del cinco por ciento (5%), el uno por ciento (1%) corresponde a las regalías obligatorias y el cuatro por ciento (4%), a las regalías voluntarias.] Varios funcionarios municipales aludieron al monto dinerario que ha recibido la Municipalidad de San Rafael Las Flores en concepto de regalías, relatando los proyectos en los cuales se ha invertido el citado ingreso local [Ver folios del cuatrocientos cincuenta y tres (453) al cuatrocientos sesenta (460)].

Anexos 13, 21, 22, 25 y 27

Documentan las actividades realizadas con miembros de los Consejos Comunitarios de Desarrollo del área de influencia.

Según advierte este Tribunal, con los miembros de los Consejos Comunitarios de Desarrollo, el Viceministerio realizó diversas actividades, entre ellas, visitas de campo y reuniones. En esos eventos los participantes manifestaron las opiniones siguientes:

a) Los integrantes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo de Las Nueces, Los Planes, Las Cortinas, El Cielito, El Chanito, El Renacimiento, Las Delicias, El

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Volcancito y San Rafael Las Flores, que participaron en las reuniones, en términos generales, aseguraron que la mayoría de pobladores de las comunidades que representan, adversan el desarrollo del proyecto minero. Denunciaron que la paz y el tejido social del municipio se han destruido derivado de la actividad minera. El proyecto extractivo se desarrolla sin haber consultado a la población, pese a que esta ha requerido, durante más de tres años consecutivos, que se agote ese proceso. En algunas poblaciones se llevó a cabo la consulta municipal y la población manifestó su rechazo a ese tipo de proyectos. Precisan que varias comunidades no aceptan proyectos provenientes de la entidad minera, negándose, además, a recibir información sobre el proyecto minero. Son comunidades en las cuales resulta, incluso, difícil ingresar. Adversan el porcentaje de regalías que la entidad minera entrega al Estado. Temen que, si se otorga la licencia de explotación, se genere una guerra civil. Aseveran que los recursos naturales pertenecen al Estado y, por consiguiente, este debería obtener el mayor ingreso. Manifiestan preocupación por la grave contaminación al medio ambiente que si bien, en la actualidad no se ha manifestado a gran escala, estiman que será perceptible a largo plazo; denunciaron la contaminación del agua, especialmente en la cuenca del Río Los Esclavos y el río El Escobal [afirman que en estos la fauna marina ha desaparecido]. Aducen también contaminación auditiva, que afecta especialmente en horario nocturno. Denuncian que la entidad minera ofreció que realizaría varios proyectos, pero incumplió, circunstancia que, aseguran, generó grave descontento en la población. Además, resienten que en los inicios se haya afirmado que no se utilizaría cianuro en el proceso de extracción de los minerales, pero con posterioridad se aceptó la utilización de esa sustancia química, aún y cuando sea

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

en pequeñas proporciones. Aseguran que algunos pobladores padecen de enfermedades en la piel derivado de ese proyecto de explotación. Consideran que el Estudio de Impacto Ambiental adolece de inconsistencias que debieron motivar su improbación. Aseveraron que los cultivos de milpa y de café han presentado deficiencias, que atribuyen a la contaminación que produce el proyecto de explotación. Están en desacuerdo con que las convocatorias a reuniones con los Consejos Comunitarios de Desarrollo se hagan en forma selectiva y no generalizada.

b) Los integrantes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo de Los Vados, El Fucío, El Quequexque, El Copante y la Lagunilla, manifestaron que sus comunidades respaldan el proyecto minero, porque han obtenido apoyo con proyectos de infraestructura, especialmente en las escuelas de sus circunscripciones, así como ayuda para actividades de agricultura. Además, el proyecto minero ha generado oportunidades de empleo. Manifestaron su percepción en cuanto a que, en caso de que en sus comunidades se realizara proceso de consulta, el resultado sería favorable para el proyecto minero. Pese a lo anterior, fueron contestes en solicitar que se realizaran actividades de información sobre la actividad extractiva, para descartar los temores de los vecinos, especialmente en cuanto al uso de cianuro. Coincidieron en afirmar que el apoyo de la entidad minera en el desarrollo de proyectos, al principio, era significativo, pero, con posterioridad, la ayuda a las comunidades se fue reduciendo hasta resultar casi nula. Expresaron su percepción en cuanto a que la entidad minera se alejó de la población. Señalaron a determinados sectores de generar clima de conflictividad en la población.

c) Los miembros de los Consejos Comunitarios de Desarrollo de El Chan Grande,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Media Cuesta, San Rafaelito, Estanzuelas, La Cuchilla y La Vega afirmaron que en sus comunidades la postura de la población respecto del proyecto de explotación está dividida; unos pobladores adversan la actividad minera [a estos no se les puede trasladar información porque no la aceptan] y otros, en cambio, son partidarios de la actividad, por el nivel de desarrollo que ha llevado a sus comunidades. Algunos aseguran que los proyectos que ha desarrollado la entidad minera son poco significativos [limpieza de cunetas, bolsas de útiles, etc.], otros aseguran que sí han recibido ayuda considerable para actividades agrícolas [fertilizantes y capacitaciones en materia agrícola], construcción de aulas en las escuelas, etc. Algunos afirmaron que no advierten contaminación ni en el agua ni en el suelo, porque las cosechas no han sufrido menoscabo. Afirman que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, ha realizado reuniones informativas con la comunidad, incluyendo visitas a las instalaciones de la mina. Resienten que la entidad minera ha desatendido algunos de los proyectos que había accedido a realizar y que en la contratación de personal ha dado prioridad a personas originarias de otros departamentos [Ver folios del ciento veintiocho (128) al ciento treinta y siete (137), del ciento noventa y cuatro (194) al ciento noventa y siete (197), del ciento noventa y nueve (199) al doscientos cuatro (204), del doscientos diecisiete (217) al doscientos treinta y uno (231) y del trescientos ocho (308) al trescientos diecisiete (317)].

[Finaliza la descripción del contenido de los Anexos que conforman el expediente del Viceministerio de Desarrollo Sostenible.]

ii) Actuación de la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el área de influencia del proyecto de explotación y en municipios aledaños

Durante la tramitación del presente proceso de amparo, tanto el Ministro

de Energía y Minas como la titular del derecho minero del proyecto de explotación con licencia *Escobal*, aludieron a actividades que esta última realizó con las comunidades que conforman el área de influencia del citado proyecto minero así como en otras radicadas en municipios aledaños a esa área. Se estima pertinente trasladar al cuerpo del presente fallo descripción sucinta de tales actividades, agrupándolas, por razones prácticas, según el tipo de actividad realizada:

Actividades sociales y culturales: i) actividades recreativas para la población del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **ii)** apoyo logístico en la organización de olimpiadas científicas estudiantiles en el departamento de Santa Rosa, en la organización de campaña anual de prevención del Virus de Inmunodeficiencia Humana realizada por el Centro de Salud de Casillas del departamento de Santa Rosa, en evento con niños pobres de aldeas rurales en los seis municipios de Santa Rosa, a la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres -CONRED- en la instalación de centro de información para sistema de prevención en Semana Santa, al programa "Escuelas saludables" y al programa regional de reforestación; **iii)** programa regional de combate a la roya y mejoramiento de plantaciones de café, así como de *"Granjas Sostenibles"*; **iv)** jornadas médicas en los municipios de San Rafael Las Flores y otros del departamento de Santa Rosa y la aldea Morales del municipio de Mataquescuintla del departamento de Jalapa; **v)** lanzamiento de la primera línea de joyería artesanal en San Rafael Las Flores denominada *"Xalore"* y **vi)** inversión de once millones setecientos sesenta y seis mil setecientos noventa y nueve quetzales (Q11,766,799.00) en apoyo a ferias locales en los municipios de San Rafael Las Flores, Nueva Santa Rosa, Casillas, Santa Rosa

de Lima, Barberena y Santa Cruz Naranjo, todos del departamento de Santa Rosa, y San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa. [Ver folio ciento sesenta y uno (161) del expediente remitido por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible y anexos identificados como AQ5 y AR presentados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, (documentos sin foliar)].

Asistencia técnica, capacitaciones, así como cursos libres y profesionales: i) capacitación y tecnificación en productos agrícolas, como aguacate, maíz, frijol y café en el municipio de San Rafael Las Flores, Santa Rosa; **ii)** programas de inducción y entrenamiento de injerto de aguacate en la aldea El Fucío del municipio de San Rafael Las Flores departamento de Santa Rosa; **iii)** asistencia técnica y capacitación en cosecha de agua de lluvia y conservación de suelos, así como en producción agrícola, avícola, de ganado porcino, de abono orgánico y en macro túnel o casa malla; **iv)** capacitación a cincuenta empleados del Centro de Salud de Casillas, en alianza con el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad –INTECAP–; a asociaciones productivas locales en manejo administrativo; a seiscientas mujeres en elaboración de artesanías; a los Consejos Comunitarios de Desarrollo de San Rafael Las Flores, Casillas, Santa Cruz Naranjo y Barberena; a la Unidad Técnica Departamental de Santa Rosa; a más de ochocientas familias de San Rafael Las Flores en higiene, huertos familiares, organización comunitaria, desarrollo de competencias de la mujer, atención a la primera infancia, apoyo a la ventana de los mil días, vigilancia nutricional, manejo, preparación y consumo de alimentos, caja de ahorro y micro-financiamiento, así como generación de ingresos y a pobladores de los trece municipios de Santa Rosa programa en gestión municipal; **v)** cursos libres en idioma inglés, informática, gastronomía, esteticismo y panadería y **vi)** cursos

profesionales certificables en joyería, corte y confección, así como soldadura. [Ver folios doce (12), del ciento veintiocho (128) al ciento treinta y siete (137), ciento sesenta y uno (161), del ciento noventa y cuatro (194) al ciento noventa y siete (197) del expediente remitido por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible y anexos identificados como A, AQ5 y AR presentados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, (documento sin foliar)].

Cartas de entendimiento: firmadas entre Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y **i)** el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad –INTECAP–, para *"*(…) *implementar y desarrollar programas de formación profesional y capacitación técnica, dirigidos a personal técnico-operativo y administrativo de la minera, así como a pobladores de las comunidades del área de influencia de la ´Minera San Rafael, S.A.´* (…)*"*, el ocho de agosto de dos mil trece; **ii)** la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia –SCEP–, con el objeto de *"*(…) *coordinar esfuerzos para fortalecer a las Municipalidades que se encuentran dentro del área de influencia de las actividades de MSR, en el funcionamiento de los Consejos Municipales de Desarrollo y Consejos Comunitarios de Desarrollo, con el objeto que estos fortalezcan sus actividades y el cumplimiento de sus objetivos* (…)*",* el veintidós de julio de dos mil quince y **iii)** el Ministerio de Economía, cuyo objeto fue *"*(…) *definir un marco general de cooperación técnica* (…) *que promuev*[a] *la generación de emprendimientos y fortalecimiento de MIPYMES existentes en las áreas de intervención de ambas entidades, a través de la capacitación y asistencia técnica* (…)*";* el dieciséis de diciembre de dos mil quince. [Ver anexos identificados como 28 y AQ3 presentados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, (documentos sin foliar)].

Convenios: suscritos por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, de: **i)**

concertación de acciones para que de forma conjunta se contribuya al desarrollo e implementación del *"Programa de Desarrollo Comunitario",* firmado por la entidad referida y Fundación para el Desarrollo Económico y Social de Guatemala –FUNDES–, el veintidós de abril de dos mil catorce; **ii)** fortalecimiento educacional para la ejecución inmediata de programa que fomente el desarrollo educativo en el departamento de Santa Rosa, signado por la entidad aludida y Fundación Crisálida Internacional, el catorce de junio de dos mil trece; **iii)** fortalecimiento del monitoreo ambiental para la conformación de comité que vele porque las actividades de extracción de minerales se realicen de manera técnica y sostenible, suscrito por la entidad citada y Fundación para la Superación de la Ingeniería –FUNSIN–, en dos mil diecisiete; **iv)** colaboración técnica o institucional para: **a)** desarrollar un plan que permita establecer un vínculo de comunicación y participación entre los actores comunitarios, municipales y gubernamentales para impulsar la auditoría social y el plan de responsabilidad social en el área de influencia del proyecto minero con licencia *Escobal*, firmado por la aludida entidad y el Ministerio de Energía y Minas, el dieciséis de abril de dos mil trece; **b)** brindar apoyo a las municipalidades a través de la implementación de programas de capacitación, promoción y divulgación, relacionados con temas de manejo de los recursos naturales, signado por la entidad mencionada y la Asociación Nacional de Municipalidades de la República de Guatemala –ANAM–, el quince de mayo de dos mil trece; **c)** financiar una parte de los materiales, costos de instalación, capacitaciones, transporte y alimentación del programa que ejecuta FUNDAZÚCAR en el Ministerio de Desarrollo Social para el efecto Minera San Rafael, Sociedad Anónima, transferirá dieciocho millones quinientos mil quetzales (Q18,500,000.00), el cual

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

fue suscrito entre la entidad referida y la cartera ministerial citada, el treinta de abril de dos mil catorce y **d)** que el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación proporcione apoyo técnico a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el desarrollo del programa *"Cultivando Agua Buena",* suscrito entre los mencionados, el veintinueve de diciembre de dos mil quince y **v)** ejecución y entrega de proyectos de construcción y mejoramiento de: **a)** la Escuela Oficial Rural Mixta signado por la entidad aludida y el Consejo Comunitario de Desarrollo de la aldea Los Planes del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veintitrés de septiembre de dos mil trece; **b)** la Escuela de Párvulos firmado por la entidad citada y la comunidad educativa de la Escuela Oficial de Párvulos del Casco Urbano de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el dos de junio de dos mil catorce; **c)** la Escuela Oficial Rural Mixta signado por la entidad mencionada y el Consejo Comunitario de Desarrollo de la aldea Sabana Redonda del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el dieciséis de junio de dos mil catorce; **d)** oratorio católico de la comunidad del caserío El Carrizal, suscrito por la entidad referida y la Municipalidad de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, el veinte de agosto de dos mil catorce y **e)** ciento veinte metros lineales de empedrado en tramo carretero firmado por la entidad citada y el Consejo Comunitario de Desarrollo de la aldea Los Vados del municipio de San Rafael del departamento de Santa Rosa, el doce de enero de dos mil quince. [Ver anexos identificados como 28, AQ6 y AQ7 presentados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, (documentos sin foliar)].

Contratos: i) contrato de constitución de fideicomiso revocable de administración y pago celebrado el diecisiete de marzo de dos mil catorce, entre Minera San

Rafael, Sociedad Anónima, y Financiera Agromercantil, Sociedad Anónima, en virtud del cual la primera de las entidades mencionada se obligó a: *"*(…) *[transmitir] anualmente* (…) *el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) de su ´Net Smelter Return´ anual (entendiéndose por ´Net Smelter Return´ como los ingresos obtenidos por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, según su facturación final* (…)*",* estipulando como fideicomisarios a los habitantes del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa y **ii)** ciento sesenta y dos contratos de donación a título gratuito, otorgados en los años dos mil catorce, dos mil quince y dos mil dieciséis, entre Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y expropietarios o ex poseedores de bienes inmuebles ubicados en el polígono en el cual se desarrolla el proyecto minero con licencia *Escobal,* en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, la citada entidad minera se comprometió a donar: *"*(…) *el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) de sus ingresos netos anuales mientras el proyecto minero ´El* (sic) *Escobal´ esté funcionando bajo la licencia minera de explotación respectiva, hasta que esta tenga ingresos efectivos por la venta del concentrado o producto minero y siempre y cuando el precio de la onza de plata sea mayor a dieciséis dólares de los Estado Unidos de América en el London Metal Exchange. Si el precio de la onza de plata, es más bajo que el precio indicado, la donación voluntaria quedará sin efecto* (…)*".* [Ver anexos identificados como 29 y AL2 presentados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, (documentos sin foliar)]. **Donaciones: i)** vacunación a niños y animales del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **ii)** láminas en la aldea La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores, Santa Rosa y donación de setenta bolsas de cemento en el caserío El Carrizal del municipio de San Carlos Alzatate, Jalapa;

iii) semillas para siembra o reforestación en las aldeas El Quequexque y El Fucío, así como en el caserío Los Vados del municipio de San Rafael Las Flores, Santa Rosa; **iv)** dinero para compra de fertilizante en las aldeas El Copante y Media Cuesta del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **v)** silos para almacenamiento de granos básicos a trescientos agricultores de Nueva Santa Rosa; **vi)** doscientas becas estudiantiles; **vii)** dinero para pago de salarios de maestros del municipio de San Rafael Las Flores, Santa Rosa; **viii)** libros para escuela de la aldea Sabana Redonda y biblioteca municipal de Casillas, Santa Rosa; **ix)** equipo y mobiliario para escuela de la aldea Sabana Redonda e instrumentos para banda escolar de la aldea El Quequexque del municipio de San Rafael Las Flores, Santa Rosa; **x)** valijas didácticas para maestros del departamento de Santa Rosa; **xi)** bolsas de útiles escolares en las aldeas El Chan Grande, Las Nueces, San Rafaelito y Estanzuelas, así como en los caseríos Los Vados y El Cielito del municipio de San Rafael Las Flores, Santa Rosa; **xii)** equipo al Hospital Regional de Cuilapa y **xiii)** alimentos y suministros al Centro de Rehabilitación Nutricional Regional ubicado en Casillas, Santa Rosa. [Ver folios doce (12), del ciento veintiocho (128) al ciento treinta y siete (137), ciento sesenta y uno (161), del ciento noventa y cuatro (194) al ciento noventa y siete (197), del ciento noventa y nueve (199) al doscientos cuatro (204) del expediente remitido por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible y anexos identificados como 28, AQ5 y AR presentados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, (documento sin foliar)].

Obras de infraestructura: i) construcción de escuela en la aldea El Copante del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **ii)** circulación perimetral de escuelas en los caseríos Los Vados y El Cielito, así

como en las aldeas El Quequexque y La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa y del campo de futbol de la escuela de la aldea La Cuchilla del municipio y departamento citado; **iii)** construcción y pintura de aulas en las aldeas El Chan Grande, El Quequexque, El Fucío, Estanzuelas, La Cuchilla, Cuilapa, Cuesta Chica, El Copante, Los Planes, y los caseríos Los Vados, La Vega y el casco urbano del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **iv)** construcción de canchas deportivas en las escuelas del casco urbano, así como en el caserío El Cielito y las aldeas El Quequexque, La Vega, Sabana Redonda, El Chan Grande, Cuesta Chica, El Copante, El Fucío, Los Planes y La Cuchilla del municipio de San Rafael Las Flores, así como la Colonia San Germán Amberes del municipio de Santa Rosa de Lima del departamento de Santa Rosa y el caserío El Barrialito del municipio de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa; **v)** construcción de dos transversales en el tramo de ingreso a la escuela, construcción de tres transversales e instalación de dos balastros en el tramo carretero denominado "*La Balastrera*", construcción de tres transversales e instalación de un balastro en el tramo carretero denominado "El tanque de media cuesta" y emparejamiento del tramo carretero ubicado en la aldea Media Cuesta, Las Cortinas y la bifurcación hacia la aldea Ayarza-Casillas en la aldea Las Cortinas; **vi)** mejoras en carretera denominada RD-3 y en carreteras de las aldeas El Fucío y El Quequexque; **vii)** limpieza de cunetas en la aldea Media Cuesta; **viii)** construcción de dos depósitos de agua en la aldea El Quequexque y lavaderos en la aldea El Fucío, instalación de tuberías de agua potable en la aldea El Chan Grande e instalación de tanque de agua potable denominado *"Proyecto Agua Potable"* en la colonia San Francisco del municipio de San Rafael Las Flores, Santa Rosa; **ix)**

reconstrucción de oratorio en el caserío El Carrizal del municipio de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa; **x)** mejoras en el Centro de Convergencia de la aldea el Copante y en el Hospital Regional de Cuilapa; **xi)** construcción del centro de capacitación de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa; **xii)** cultivo de huertos en Colonias Unidas, las aldeas La Vega, San Rafaelito, Media Cuesta, Las Nueces, Sabana Redonda, El Chan Grande, Estanzuelas, La Cuchilla, El Copante, La Lagunilla, El Quequexque y El Fucío, así como, el caserío Los Vados; **xiii)** estudio de prefectibilidad para la introducción de sistemas de drenajes en la Colonia San Germán Amberes del municipio de Santa Rosa de Lima, Santa Rosa; **xiv)** instalación de ciento treinta y un puntos de monitoreo ambiental, forestal y agrícola y **xv)** instalación de cuarenta puntos de monitoreo para el control interno de la entidad respecto de la erosión eólica, control de sedimentos, así como del manejo y disposición de residuos y desechos. [Ver folios doce (12), diecinueve (19), del ciento veintiocho (128) al ciento treinta y siete (137), ciento sesenta y uno (161), del ciento ochenta y cuatro (184) al ciento ochenta y seis (186), del ciento noventa y cuatro (194) al ciento noventa y siete (197), del ciento noventa y nueve (199) al doscientos cuatro (204) del expediente remitido por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible y anexos identificados como 28, C, AQ2, AQ5 y AR presentados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, (documentos sin foliar)]. **Contribuciones económicas: i) regalías voluntarias**, que de conformidad con certificación contable presentada por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, fueron pagadas del período correspondiente de dos mil catorce a dos mil diecisiete, por un monto de: **a)** ciento noventa y cuatro millones doscientos veintidós mil doscientos cuatro

quetzales con sesenta y seis centavos (Q194,222,204.66) al Estado de Guatemala y la municipalidad de San Rafael Las Flores y **b)** veintiséis millones novecientos cuarenta y cinco mil ochocientos cuatro quetzales con ochenta y cuatro centavos (Q26,945,804.84) a los expropietarios de los terrenos en donde se ubica el proyecto minero con licencia *Escobal* y **ii) aportes voluntarios** [cuyos convenios fueron aportados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, al presente proceso constitucional, sin que conste a este Tribunal su grado de ejecución]: **a)** a favor del Estado y las Municipalidades equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor del producto minero comercializado, firmados entre la entidad referida y el Ministerio de Energía y Minas, el dieciséis de abril de dos mil trece y el quince de diciembre de dos mil quince; **b)** de entrega de porcentaje, sujeto a la condición de que únicamente sería pagado si las ventas del producto obtenido de la extracción minera eran cerradas con un precio igual o mayor a USD16 dólares de los Estados Unidos de América por onza troy de plata, de: **b.1)** uno . cinco por ciento (1.5%) signado por la entidad mencionada y el Alcalde de la Municipalidad de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veintiocho de enero de dos mil dieciséis; **b.2)** uno por ciento (1%) firmado entre la entidad aludida y el Alcalde de la Municipalidad de Barberena del departamento de Santa Rosa, el nueve de febrero de dos mil diecisiete; **b.3)** uno por ciento (1%) suscrito por la entidad referida y el Alcalde de la Municipalidad de Santa Cruz Naranjo del departamento de Santa Rosa, el nueve de febrero de dos mil diecisiete; **b.4)** uno por ciento (1%) firmado entre la entidad aludida y el Alcalde de la Municipalidad de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, el veinte de febrero de dos mil diecisiete y **b.5)** uno por ciento (1%) signado por la entidad citada y el Alcalde de la Municipalidad de Cuilapa del departamento de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Santa Rosa, el dieciséis de marzo de dos mil diecisiete; **c)** de pago del porcentaje correspondiente de conformidad con el Acuerdo Marco suscrito por la Cámara de Industria de Guatemala, Gremial de Industrias Extractivas y el Gobierno de la República de Guatemala, el veintiséis de enero de dos mil doce, firmados por la entidad aludida y: **c.1)** los Alcaldes de las Municipalidades de Santa Rosa de Lima, San Rafael Las Flores, Santa Cruz Naranjo, Barberena y Cuilapa del departamento de Santa Rosa, así como de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, el veintinueve de abril de dos mil trece y **c.2)** el Alcalde de la Municipalidad de Casillas del departamento de Santa Rosa, el catorce de febrero de dos mil catorce; **d)** de otorgamiento del porcentaje correspondiente de conformidad con el Acuerdo Marco suscrito por la Cámara de Industria de Guatemala, Gremial de Industrias Extractivas y el Gobierno de la República de Guatemala, el veintiséis de enero de dos mil doce, el cual estaba sujeto a la condición de que únicamente sería pagado si las ventas del producto obtenido de la extracción minera eran cerradas con un precio igual o mayor a USD16 dólares de los Estados Unidos de América por onza troy de plata, firmados por la entidad aludida y: **d.1)** el Alcalde de la Municipalidad de Barberena del departamento de Santa Rosa, el veintiocho de diciembre de dos mil quince; **d.2)** los Alcaldes de las Municipalidades de Casillas, Santa Rosa de Lima, Santa Cruz Naranjo y Cuilapa, del departamento de Santa Rosa, así como de San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa, el veintinueve de diciembre de dos mil quince; **d.3)** los Alcaldes de las Municipalidades de Santa Cruz Naranjo y Barberena del departamento de Santa Rosa, el veintinueve de julio de dos mil dieciséis y **d.4)** el Alcalde de la Municipalidad de Cuilapa del departamento de Santa Rosa, el dos de agosto de dos mil dieciocho. [Ver anexos identificados como 11, 15, 29, AD,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

AN, AO, AP, AQ8 y AQ9 presentados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, (documentos sin foliar).]

E) Inspecciones realizadas, según los antecedentes remitidos, en el proyecto de explotación con licencia *Escobal*

En los antecedentes remitidos a este Tribunal obra documentación en la que se ha dejado constancia de las inspecciones y monitoreos que se han realizado en el proyecto de explotación, las cuales se enuncian a continuación:

a) Inspección técnica general realizada el veinticuatro y el veinticinco de agosto de dos mil once, por el Departamento de Control Minero de la Dirección General de Minería, la Unidad de Gestión Socio Ambiental y la Subdirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.

b) Inspección técnica de verificación de cumplimiento de las recomendaciones contenidas en providencia CM – SCDM – quinientos – dos mil once (CM-SCDM-500-2011), dictada el catorce de octubre de dos mil once por el Ministerio de Energía y Minas, practicada el veinte de enero de dos mil doce, por la Sección de Derechos Mineros de Explotación del Departamento de Control Minero de la Dirección General de Minería de la referida Cartera Ministerial.

c) Inspección técnica interinstitucional efectuada del dos al seis de diciembre de dos mil trece, por la Dirección General de Minería, el Departamento de Control Minero, Asesoría Ambiental y técnicos del Ministerio de Energía y Minas; Asesoría en Control y Calidad de Agua de la Unidad de Recursos Hídricos y Cuencas, la Inspección Ambiental de la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales y técnicos del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, así como Asistencia de Agua Potable y Saneamiento del Departamento de Regulación de Salud y Ambiente, Epidemiología del Área de

Salud de Santa Rosa, la Dirección del Centro de Salud de San Rafael Las Flores y técnicos del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

d) Monitoreo ambiental de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Plan de Gestión Ambiental del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto minero con licencia *Escobal*, realizado del veintiocho al treinta de abril de dos mil catorce, por comisión interinstitucional integrada con personal de los Ministerios de Energía y Minas y Ambiente y Recursos Naturales.

e) Monitoreo ambiental de verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas en resolución de aprobación identificada con el número dos mil seiscientos trece – dos mil siete / ECM / LP (2613-2007/ECM/LP), dictada por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, practicado del veintisiete al treinta de abril de dos mil quince, por comisión interinstitucional integrada con personal de los Ministerios de Energía y Minas y la citada Cartera Ministerial.

f) Informe de catorce de noviembre de dos mil dieciséis, en el que constan los resultados de visita al proyecto minero con licencia *Escobal* realizada el once del mes y año citados, por inspectores del Departamento de Seguimiento y Vigilancia Ambiental de la Dirección de Gestión Ambiental y Recursos Naturales, del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.

g) Mesa técnica interinstitucional de trabajo integrada en junio de dos mil diecisiete, por el Viceministro de Ambiente y Recursos Naturales y miembros de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres (CONRED), el Congreso de la República, el Ministerio de Gobernación, la Procuraduría de Derechos Humanos y la Municipalidad de Casillas del departamento de Santa Rosa, con el objeto de dar a conocer a los pobladores y representantes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo del citado municipio, informe técnico-

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

científico elaborado por el Instituto Nacional de Sismología, Vulcanología, Meteorología e Hidrología (INSIVUMEH), en el cual, se afirma que los sismos de baja magnitud ocurridos en el área son de origen geológico.

F) Emisión de la licencia de explotación Escobal

El Ministerio de Energía y Minas, en resolución de tres de abril de dos mil trece, dispuso otorgar licencia de explotación denominada *Escobal,* a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, mediante la cual le confirió derecho exclusivo para explotar oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras. A la licencia le fue asignado plazo de vigencia de veinticinco (25) años. El área otorgada se localiza en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa [esta resolución obra del folio quinientos catorce (514) al quinientos veintidós (522) del expediente administrativo analizado].

II) DE LA PETICIÓN DE AMPARO QUE AHORA SE CONOCE

La entidad postulante asegura que se incurrió en discriminación del pueblo indígena Xinka del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, por no haberle consultado, previo a conferir la autorización estatal para que aquel proyecto de explotación pudiera ser ejecutado.

Tanto la entidad postulante, como la Municipalidad de Mataquescuintla del departamento de Jalapa y la Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala, terceras interesadas, al interponer recurso de apelación contra el fallo del *a quo*, aseguraron compartir la decisión de otorgar el amparo pedido; pero señalan que la situación jurídica afectada solo podría considerarse restablecida con la anulación de la licencia de explotación, por haber sido extendida sin observar el derecho de consulta a los pueblos indígenas, previsto

en el Convenio 169. Solicitaron que a la decisión de este Tribunal se confiera ese efecto.

Por aparte, la autoridad cuestionada, en su informe circunstanciado, aseguró que según el Censo de Población y Habitación realizado en dos mil dos por el Instituto Nacional de Estadística –INE– , en el área de influencia directa del polígono de las licencias mineras, no se identifican pueblos indígenas; no obstante, sí realizó proceso previo de carácter informativo y participativo, al cual asistieron autoridades representativas de la comunidad, proceder con el que estima cumplidas las premisas y los principios demarcados por la Organización Internacional de Trabajo y el Convenio 169, en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas.

La entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en varias de sus intervenciones ante este Tribunal, también insistió en el hecho de que, en el área de influencia del proyecto de explotación, no radican pueblos indígenas. Coincidió con la Cartera impugnada en que, pese a la falta de titulares del derecho de consulta en el área, el Estado de Guatemala, previo a la emisión de la licencia de explotación, sí desarrolló proceso de consulta adecuado y de buena fe. Aportó cuadro en el cual describe cada una de las actividades realizadas como parte de ese proceso de consulta que estima realizado, detalla quiénes fueron los participantes y los temas abordados en cada uno de los eventos. Asimismo, consignó cuadro en el cual refiere cada una de las actividades realizadas y el objetivo o elemento de la consulta que, según su parecer, se cumplió con cada evento realizado.

La Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Anexas –ASEMIS–, tercera interesada, al apelar, también coincidió en cuanto a

que el Estado de Guatemala, por medio del Ministerio de Energía y Minas, desarrolló e implementó proceso adecuado y de buena fe para fomentar la participación, el diálogo y la entrega de información con las instituciones representativas de las comunidades del área de influencia, con el objetivo de llegar a acuerdos y consensos con estas últimas respecto del proyecto y de las medidas de mitigación de los impactos que este pueda ocasionar. Afirmó que el Estado de Guatemala logró establecer importantes acuerdos con los habitantes de las comunidades del área de incidencia, habiendo obtenido, incluso, su consentimiento libre y expreso para que el proyecto de explotación se desarrollara.

Por su parte, Representaciones Químicas, Sociedad Anónima, representante común de varias sociedades anónimas que participaron como terceras interesadas, aseguró que la invalidación súbita de las autorizaciones estatales, daña la confianza legítima y las expectativas de buena fe de los administrados. Sugiere no disponer la anulación de la licencia en mención, porque la decisión administrativa en favor de la administrada, generó expectativas que le hicieron emprender inversiones económicas de alto impacto. Asegura que tanto las autoridades administrativas como la administrada –Minera San Rafael, Sociedad Anónima– han actuado de buena fe.

La lectura de los argumentos esgrimidos por los sujetos que participan en el presente proceso de amparo, permite establecer que, respecto de la licencia de explotación *Escobal*, son básicamente tres los puntos controvertidos que se trasladan a juzgamiento de este Tribunal, siendo estos:

A) Si existe o no presencia de pueblos indígenas en el área de influencia del proyecto de explotación,

B) Si fue agotado o no el proceso de consulta previa establecido en el Convenio 169 y

C) Los efectos que este Tribunal debe conferir a su decisión, en caso que disponga otorgar la protección constitucional pedida:

C.i) Algunos sujetos aseguran que el efecto debe ser la anulación de la licencia otorgada y

C.ii) Otros, propugnan por la conservación de la licencia derivado de la buena fe que, según su aseveración, ha caracterizado el actuar tanto de las autoridades administrativas como de la titular del derecho minero.

Fijados los puntos torales de discusión de las partes, este Tribunal procederá a efectuar análisis sobre cada uno de los extremos de inconformidad.

A) Sobre la presencia de pueblos indígenas en el área de influencia del proyecto de explotación

En el Considerando precedente, esta Corte, al analizar los medios de convicción incorporados al presente proceso de amparo, arribó a la conclusión que en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, habita el pueblo indígena Xinka. A esa conclusión llegó luego de analizar los estudios antropológicos que determinaron que, en el colectivo humano radicado en esa área, confluye tanto el elemento subjetivo como los elementos objetivos que el Convenio 169 y la Organización Internacional del Trabajo, han definido como distintivos de los pueblos indígenas. Esa afirmación conllevó a este Tribunal a asegurar que, en aquella área, sí radica pueblo titular del derecho de consulta previsto en ese instrumento internacional.

Esas dos premisas se reiteran en el presente apartado y sirven de base para afirmar que, previo a otorgar la licencia de explotación *Escobal,* el Estado de

Guatemala, a través del Ministerio de Energía y Minas, debía consultar al pueblo indígena radicado en el área de influencia de ese proyecto extractivo.

B) Sobre el agotamiento del proceso de consulta en el caso concreto

Quedó asentado en líneas precedentes que varios de los sujetos procesales afirman que lo actuado por el Ministerio de Energía y Minas, previo a otorgar la licencia de explotación *Escobal,* constituyó adecuado agotamiento del proceso de consulta previo. La postulante y varios de los terceros interesados, por aparte, niegan que esos actos sean suficientes para asegurar que se cumplió con consultar al pueblo indígena Xinka, sobre la medida administrativa dispuesta por la Cartera ahora cuestionada y que afecta su territorio.

Esas posturas antagónicas obligan a este Tribunal a analizar lo actuado por esa Cartera, a efecto de establecer si con ello se concretó un proceso de consulta en los términos que exige el Convenio 169 y que han sido desarrollados por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

a) Condiciones que deben observarse en la realización de la consulta a pueblos indígenas

Por razones prácticas, se estima pertinente efectuar en este apartado, síntesis de los requerimientos que, según quedó asentado en la literal D) del Considerando V de este fallo, deben concurrir en los procesos de consulta a los pueblos indígenas, para estimarlos válidamente realizados, en congruencia con la naturaleza y propósitos con los cuales fueron concebidos.

i) ***Debe realizarse con carácter previo a asumir la medida gubernativa que se pretende implementar***

La determinación del nivel de afectación de las comunidades indígenas, respecto de proyectos de explotación minera, debe efectuarse en forma previa.

La obligación de los Estados es agotar el proceso de consulta, antes de asumir las medidas administrativas.

ii) ***Debe ser libre e informada***

El Estado está obligado a proporcionar a los pueblos indígenas, antes y durante la realización de los proyectos, datos precisos y fidedignos sobre la naturaleza y consecuencias de estos, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para ese fin. Además, las autoridades garantizarán que no sean objeto de condicionamientos o coacciones que les impidan participar libremente en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas gubernamentales que les afecten directamente

iii) ***Debe ser un diálogo en el cual priven la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos –no se agota con la sola información–***

La consulta no se circunscribe a meros trámites formales, sondeos o actividades de difusión, sino debe concebirse como verdadero instrumento de participación, con el objetivo de establecer diálogo entre las partes, basado en principios de confianza y respeto mutuos. Todas las partes involucradas tienen el deber de contribuir al establecimiento de un entorno de intercambio en el cual prevalezcan esos principios, con independencia de las posiciones sustantivas que defiendan.

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

La consulta no se limita a la exteriorización de determinadas impresiones acerca de asuntos de interés común; busca promover el entendimiento mutuo y el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

consenso en la toma de decisiones, con la finalidad de llegar a acuerdos razonables o de lograr el consentimiento, acerca de las medidas propuestas. No debe permitirse que ninguna de las partes interesadas defraude ese objetivo con prácticas contrarias al mismo.

v) ***Debe agotarse mediante procedimientos culturalmente adecuados, en los cuales se respeten las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas***

El Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas, según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones.

Esta característica se atiende cuando se cumplen dos elementos básicos:

a) La utilización de procedimientos apropiados. En vista que no existe un modelo único de procedimiento apropiado, este debe diseñarse entre las partes tomando en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. El proceso de consulta debe implicar también tomar en cuenta la opinión de los pueblos sobre el procedimiento a utilizarse para agotar el proceso de consulta.

b) La consulta a los pueblos indígenas debe efectuarse por medio de sus instituciones representativas, lo cual deberá entenderse de forma flexible. La diversidad de los pueblos indígenas conlleva que no pueda imponerse un modelo de institución representativa. Es trascendental tomar en cuenta que las autoridades de los pueblos sean fruto de un proceso interno de designación propio de aquellos, previendo las distintas formas de organización indígena.

vi) ***Debe ser sistemática***

La consulta se realizará mediante procedimientos más o menos

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Cuando esta sistematicidad aún no ha sido implementada mediante medidas legislativas [como ocurre en Guatemala], deben adoptarse conductos transitorios con miras al ejercicio efectivo de la consulta, en cuyo caso, la adopción de dichos procedimientos debe ser también, en sí misma, un proceso que cuente con la participación activa de los pueblos indígenas.

b) Análisis de lo actuado como consecuencia de la solicitud de la licencia de explotación *Escobal*

i) Sobre la concurrencia de las características del proceso de consulta en lo actuado por el Viceministerio de Desarrollo Sostenible

El análisis del contenido del expediente formado ante el Viceministerio de Desarrollo Sostenible, permite advertir que la mayoría de las actuaciones documentadas en los *Anexos* referidos, fueron realizadas con antelación a que fuera otorgada la licencia de explotación *Escobal*. Sin embargo, esta circunstancia por sí sola, no implica que se haya cumplido con el carácter previo de la consulta, puesto que, para ello, es necesario que hayan concurrido el resto de condiciones o características que permiten establecer si lo actuado constituyó proceso de consulta en la forma que está delineado y previsto en el Convenio 169.

Es relevante denotar que en ninguna de las actividades, reuniones o comunicaciones a las cuales se hace referencia en los *Anexos* mencionados, se precisa que las personas residentes en la localidad que intervinieron lo hayan hecho expresamente en calidad de legítimos representantes del pueblo indígena Xinka, residente en el área de influencia del proyecto de explotación con licencia *Escobal*, que hubieran sido designados, para ese propósito específico, de

conformidad con las instituciones, procedimientos y tradiciones de este último. Por tal razón no puede afirmarse que se hayan producido procedimientos culturalmente adecuados**.** El hecho de que, según se indicó, en reuniones como las contenidas en los A*nexos* 13, 21, 22, 25 y 27 hayan participado integrantes de Consejos Comunitarios de Desarrollo de varias de las comunidades que conforman el área de influencia del proyecto de explotación, no puede dar por satisfecho ese requerimiento, porque esos cuerpos colegiados forman parte de la organización del sistema oficial, no se trata de una institución que provenga de las prácticas ancestrales del pueblo indígena relacionado. También revela la falta de pertinencia cultural de las actividades efectuadas el hecho de que, en ninguna de ellas, se perciba que hayan tenido por propósito preservar y proteger la relación especial que el pueblo indígena que radica en el área de influencia, tiene con su territorio. No se advierte que hubieran perseguido determinar las repercusiones que el desarrollo del proyecto minero podría generar en su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas.

La deficiencia en el actuar del Ministerio de Energía y Minas obedeció a su equivocada posición en cuanto a que, en el área de influencia del proyecto de explotación, no radicaba pueblo indígena alguno. Esto provocó que no cumpliera, en primer orden, con realizar el denominado proceso de *pre consulta*, en la cual hubiera podido determinar quiénes debían participar en el proceso de consulta en representación de ese colectivo humano. Solo habiendo establecido la existencia de un pueblo titular del derecho de consulta previsto en el Convenio 169, aquel ente estatal podía proyectar, en debida forma, cómo era que este debía ser consultado. Ese equívoco en el actuar del Ministerio cuestionado, provocó que

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

todas las actuaciones realizadas adolecieran de las falencias descritas en el párrafo que antecede, circunstancia que sería suficiente para descartar que las actividades realizadas hayan podido concretar un proceso de consulta conforme las exigencias del Convenio 169.

Las reuniones sostenidas dentro del área de influencia del proyecto de explotación, que se describen en los A*nexos* 6 y 7, lograron cierto acercamiento entre funcionarios ministeriales y algunas autoridades locales y miembros de las comunidades. Pero, además de lo indicado en cuanto a la falta de inclusión de representantes del pueblo indígena Xinka, no quedó documentado que se haya producido traslado de información certera sobre las repercusiones del proyecto; ni que se haya propiciado intercambio de ideas orientado a la concreción de acuerdos.

En el anexo 12 se afirma que el treinta y uno de agosto de dos mil doce se celebró reunión en la cual, funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, expusieron ante los miembros del Consejo Departamental de Desarrollo de Santa Rosa, información general relacionada con la actividad minera y, específicamente, sobre el proyecto de explotación minera *Escobal*. Si bien actividades como esta podrían estimarse idóneas dentro de las fases iniciales de la consulta, en el caso concreto su efectividad se ve afectada por el hecho de no haber convocado a representantes del pueblo indígena Xinka y porque se limitaron a constituir actividades de mero traslado de información, sin que pudieran constituirse en verdaderos espacios de discusión en los cuales se contrastaran perspectivas, prioridades, necesidades y propuestas con relación al proyecto y, a continuación, pudieran perfilarse puntos de convergencia y concretar convenios, para alcanzar el fin último de la consulta. Resulta revelador

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

observar que en el oficio mediante el cual se remitió el expediente contentivo de todos los citados Anexos, el Viceministerio de Desarrollo Sostenible aseguró que las actividades ahí documentadas, se caracterizaron por ser procesos de diálogo y participación de buena fe, *con el objetivo fundamental de informar sobre el derecho minero Escobal.* Sin embargo, como ya se apuntó, si bien la labor informativa debe formar parte de la consulta a los pueblos indígenas, esta no se reduce al cumplimiento de esa labor ni la información constituye, en sí, el fin último de aquel proceso.

En la reunión aludida en el párrafo anterior, se hizo constar que algunos de los participantes manifestaron su parecer sobre la actividad minera, denunciando contaminación de la cuenca del Río Los Esclavos, señalando el rechazo de la mayoría de la población a la actividad minera y sugiriendo la conformación de mesas de diálogo, entre otros extremos. No consta que la Cartera ministerial responsable se ocupara de brindarles respuestas certeras; la Viceministra presente se limitó a afirmar que conocer los puntos de vista de los participantes permitía establecer *el estado de las cosas a nivel local*. Si bien es cierto la captación de las perspectivas de los distintos actores era relevante para determinar cuáles eran los extremos que causaban preocupación en el pueblo, esa actividad debió estar seguida de medidas que permitieran establecer que se había prestado atención a ese acopio de datos y que tal actividad de recopilación se había realizado con un objetivo específico.

Consta en los *Anexos* 13, 21, 22, 25 y 27 que los participantes de las reuniones que allí se describen, manifestaron tanto algunas expresiones de respaldo, como varios cuestionamientos y muestras de preocupación sobre la contaminación que podría causar el proyecto minero, la destrucción del tejido

social que se estaba generando en las comunidades, los porcentajes de regalías que se entregarían al Estado y ciertas inconsistencias en el instrumento de evaluación ambiental. No obstante, no consta respuesta alguna al respecto por parte de las autoridades ministeriales, ya sea para atender o desvanecer lo manifestado. De esa cuenta, al igual que con relación a la situación referida en el párrafo precedente, no puede aseverarse que se haya desarrollado genuino diálogo, basado en el entendimiento recíproco y orientado a la consecución de acuerdos.

En el Anexo 15 se reseñó una reunión llevada a cabo el veintiséis de septiembre de dos mil doce, en la cual personeros de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, presentaron el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto minero con licencia *Escobal*, ante funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, los alcaldes de los municipios de San Rafael las Flores, Nueva Santa Rosa y Casillas y representantes del Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –ahora postulante– [al igual que las anteriores actividades analizadas, no se advierte participación de representantes del pueblo indígena]. De la lectura del contenido del citado Anexo, se advierte que, en esa ocasión, surgieron posturas contrarias al proyecto minero en mención, asociadas, principalmente, con el peligro de contaminación ambiental y con el crecimiento de la conflictividad social. Una representante del citado despacho ministerial aseguró que habían sido conformadas, de forma conjunta con el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, comisiones destinadas a monitorear el agua; con lo cual atendió parcialmente, en esa puntual ocasión, las inquietudes externadas.

En los A*nexos* 18 y 34, si bien se alude a reuniones o visitas realizadas por autoridades del Ministerio de Energía y Minas con personal educativo local,

autoridades ediles y un Consejo Comunitario de Desarrollo, no se especificó que se hubieren proporcionado datos precisos sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto de explotación, especialmente los impactos y beneficios que podría provocar en las vidas, cultura, medio ambiente y modelo de desarrollo del pueblo indígena radicado en la zona de influencia del proyecto minero. Se recogieron las preocupaciones de los participantes acerca de las consecuencias negativas que el proyecto podría causar a la salud y al medio ambiente; sin embargo, no consta que se hubiere dado contestación alguna al respecto por parte de las autoridades de la citada Cartera ministerial. Por esos motivos, estas actividades no podrían asumirse como parte de un proceso de consulta realizado conforme los parámetros que exige el Convenio 169, porque las autoridades se limitaron a escuchar en forma separada y eventual a actores sociales radicados en los distintos poblados, caseríos o aldeas afectados pero, al igual que las restantes actuaciones, sin haber convocado a los legítimos representantes del pueblo Xinka. De ahí que no pueda decirse que se haya agotado un proceso ordenado y sistemático de diálogo fructífero entre las partes interesadas, basado en el entendimiento recíproco y dirigido a la concertación.

Llama la atención de este Tribunal que, en el documento titulado "*Primer Diagnóstico Comunitario Proyecto de Explotación Minera Escobal, San Rafael Las Flores, Santa Rosa",* referido en el Anexo 19, la Unidad de Diálogo y Participación Comunitaria del Viceministerio de Desarrollo Sostenible, asentó que en las diferentes actividades realizadas los Presidentes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo manifestaron "*tener posturas tanto a favor como neutrales*", aseveración que contrasta con el hecho de que, según consta en otros *anexos*, si bien algunos actores locales manifestaron posturas como las

descritas en el citado informe, también se advierte que cantidad considerable de ellos manifestaron opinión contraria, haciendo énfasis en las razones por las cuales el desarrollo del proyecto minero les causaba preocupación.

En ese mismo informe, se alude a manifestaciones masivas de resistencia al proyecto minero que exigían la realización del proceso de consulta, pero inmediatamente a continuación se indica que, *según información brindada por la Municipalidad y algunos comunitarios*, el noventa por ciento de los manifestantes no son originarios del municipio de San Rafael Las Flores. Asimismo, en el Anexo 6 se hizo constar que en reunión celebrada por funcionarios de los Ministerios de Energía y Minas y de Ambiente y Recursos Naturales, del Sistema Nacional de Diálogo Permanente y de la Comisión Presidencial para los Derechos Humanos, algunos participantes aseguraron que algunos opositores al proyecto utilizaban "*discursos incendiarios*". Esas estimaciones descalificadoras en el manejo de la información sobre la percepción social, unidas a la precariedad de respuestas institucionales a las inquietudes expresadas en reuniones documentadas en otros Anexos, denotan desatención o minimización de tales puntos de vista. Esto constituye indicador negativo en cuanto a la voluntad gubernamental de entablar comunicación de doble vía, transparente y de buena fe con las poblaciones afectadas.

Esta Corte advierte que la desatención a la percepción social es uno de los elementos que ha provocado clima de conflictividad, predisposición y zozobra en algunos de los integrantes del pueblo Xinka, que los condujo a que, en algunos casos, se negaran, incluso, a participar en actividades de mera información. Esta Corte no percibe, de manera alguna, que este último proceder del pueblo indígena haya sido de mala fe o atienda a negativa sistemática de los integrantes

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de aquel pueblo a participar en procesos de diálogo; sino más bien fue consecuencia lógica, entre otros, de la situación de desinformación en la cual fueron colocados, de la negativa de las autoridades estatales a reconocer su existencia dentro de aquella área y de consultarlos. Lo anterior, aunado a la omisión de tomar medidas derivado de las expresiones efectuadas en diversas actividades, pudo haber generado apreciación de que una de las partes estaba actuando sin respetar la buena fue que debe mediar en estos procesos de diálogo.

En los *anexos* 25 y 30 se hace referencia a reuniones informativas. De acuerdo a lo ahí consignado, en la primera, de seis de diciembre de dos mil doce, funcionarios de los Ministerios de Energía y Minas y de Ambiente y Recursos Naturales expusieron a miembros del Concejo Municipal de Desarrollo de San Rafael Las Flores acerca de las labores de explotación minera, los potenciales beneficios económicos que de tales actividades derivan, el modo de utilización de cianuro y del instrumento de evaluación del impacto ambiental del proyecto minero. Esta actividad de información, aunque pertinente y positiva, de nuevo presentó las falencias explicadas, en cuanto a la falta de representación del pueblo indígena y la falta de concurrencia de condiciones propicias para un diálogo genuino. No consta que los destinatarios de la información hayan tenido oportunidad, en esa ocasión o posteriormente, de externar sus puntos de vista sobre lo expuesto; menos aun que se haya propiciado la deliberación y la búsqueda de consensos propias de un proceso de consulta. Cabe en este punto evocar lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "*El proceso de consulta debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

a alcanzar un consenso entre las mismas. No obstante, es preocupante notar que este requisito fundamental del derecho a la consulta se ve comúnmente afectado. Se ha denunciado con alarmante frecuencia casos en que meros talleres informativos o reuniones entre los pueblos indígenas y las empresas son tomados como suficientes para cumplir con el derecho a la consulta" [Ibid, p. 96]. En la segunda de las actividades relacionadas, de quince de abril de dos mil trece, además de ser posterior al otorgamiento de la licencia, la información únicamente versó acerca del *Acuerdo voluntario de regalías* con Minera San Rafael, Sociedad Anónima –ahora tercera interesada–.

En el Anexo 26 se hace referencia a misiva enviada por Minera San Rafael, Sociedad Anónima –tercera interesada– al Viceministerio de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, en la cual describe diversas actividades que afirma haber realizado desde dos mil siete a dos mil doce, con actores locales de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa; principalmente reuniones, visitas y charlas informativas. Empero, si bien esas actividades pudieron haber contribuido a que la población radicada en la zona de influencia del proyecto minero adquiriera conocimiento sobre este último, no cabe tomarlas en cuenta como parte de un proceso de consulta tal cual está previsto en el Convenio 169; habida cuenta que esta Corte ha sostenido reiteradamente, como se apuntó en el Considerando V, que es el Organismo Ejecutivo, mediante el Ministerio de Energía y Minas, el que debe practicar el proceso de consulta a los pueblos indígenas.

El Anexo 31 documenta un convenio de cooperación suscrito el dieciséis de abril de dos mil trece entre el Ministerio de Energía y Minas y Minera San Rafael, Sociedad Anónima –tercera interesada– con el objeto, según se hizo

constar, de desarrollar un plan de abordaje social y comunitario que permitiera brindar información y establecer vínculo de comunicación y participación entre el equipo gubernamental, los actores comunitarios y municipales del área de influencia del proyecto de explotación; estableciéndose que los gastos de funcionamiento estarían a cargo de la segunda de las entidades citadas.

Aunque no está documentado en el expediente del Viceministerio que el referido convenio haya sido ejecutado, es menester puntualizar que, si así hubiera sido, este no podría ser parte de un adecuado proceso de consulta porque el Convenio 169 protege el derecho de los pueblos indígenas a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo económico, social y cultural susceptibles de afectarles directamente. De esa cuenta, cuando se avizore un proyecto de esas características, es deber estatal convocarlos, al igual que a todas las partes interesadas, para que mediante los representantes que designen conforme sus instituciones, prácticas y tradiciones, puedan participar en el diseño y definición de los procedimientos destinados a asegurar, tanto la debida información como el resto de componentes de un auténtico proceso de consulta. Sin embargo, contrario a ello, en el presente caso, las autoridades gubernamentales concertaron la elaboración de un plan únicamente con la entidad privada interesada en la ejecución del proyecto, para que, posteriormente, se pudiera establecer comunicación con actores locales, pero como consecuencia de aquel plan estructurado con antelación, como se dijo, solo entre la Cartera del ramo y la citada sociedad mercantil.

Aunado a lo anterior conviene recordar que, si bien resulta válido que la administración pública pueda establecer canales de cooperación e inclusive

acción conjunta con la iniciativa privada, cuando las leyes aplicables lo permitan y las circunstancias lo hagan fundadamente aconsejable y pertinente; no debe soslayarse que, en todo ámbito de su competencia, el Organismo Ejecutivo está obligado a guiar su proceder en función de la mejor consecución de los fines del Estado, como máxima aspiración de la acción pública. De ahí que, en situaciones como la que subyace en este asunto debe, por medio de la cartera correspondiente, valorar con ecuanimidad las circunstancias y variables particulares del caso, a efecto de asegurar que sus actuaciones y sus decisiones sean consecuentes, no solo con el aprovechamiento racional de los recursos naturales, sino con el cometido de respetar y, de ser necesario, conciliar los derechos y principios fundamentales que estén presentes, o inclusive contrapuestos.

Derivado de las consideraciones anteriores **esta Corte concluye en que, en el caso concreto, no se realizó consulta que reúna las características que exige el Convenio 169**, por consiguiente, no puede acogerse la tesis expuesta por algunos de los sujetos procesales en relación a que el Ministerio de Energía y Minas, sí atendió las obligaciones que atañen al Estado, derivado de la ratificación del Convenio 169.

Cabe poner en relieve que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha resaltado que uno de los mayores riesgos a la existencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales en la actualidad, está constituido por los planes y proyectos de infraestructura y de explotación económica que buscan ser impuestos y ejecutados dentro de los territorios que aquellos ocupan. Ha denotado la Comisión su preocupación especial porque la implementación de tales proyectos deja a aquellos colectivos sin opción de continuar con sus planes

de vida, que resultarían de imposible realización [Ibid, p. 88].

El fin último de la consulta debió ser observado a efecto de que las actividades realizadas constituyeran herramienta eficaz, mediante la cual el pueblo indígena Xinka pudiera determinar sus prioridades y así contribuir efectivamente al diseño de sus estrategias de desarrollo o de utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Las preocupaciones manifestadas por líderes y autoridades comunitarias debieron ser determinantes para reformular los objetivos del proyecto y modificar su diseño, a efecto de que pudieran llegar a conciliarse los intereses legítimos involucrados, incluyendo la adecuada preservación de las condiciones de vida del pueblo indígena radicado en el área de influencia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión han puntualizado que los pueblos indígenas y tribales deben ser capaces de influir de manera significativa en el proceso y en las decisiones tomadas en este "(…) lo que *incluye la acomodación de sus perspectivas y preocupaciones por ejemplo, a través de cambios demostrables y comprobables respecto de los objetivos del proyecto, parámetros y diseño, así como de cualquier preocupación que puedan tener acerca de la aceptación del proyecto en sí mismo (…)*" *[Loc. Cit.]*

El Ministerio de Energía y Minas, en su informe circunstanciado, sugirió que la falta de regulación interna respecto del proceso de consulta, impide a las autoridades administrativas implementar tales procesos, especialmente por no estar prevista en la ley la forma de agotarlos. Cámara de Industria de Guatemala, por su parte, en su estudio jurídico presentado ante la Corte Suprema de Justicia, aseguró que es inviable limitar el ejercicio de un derecho adquirido, exigiendo el cumplimiento de un procedimiento que no existe. Afirmó que esto genera ambiente de inestabilidad [ver folio ciento setenta y siete (177) de la Pieza I de

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

amparo formada ante el Tribunal de Amparo de primer grado]

Esta Corte, en anteriores oportunidades ha manifestado que esa falta de regulación, no puede vaciar de contenido el derecho de consulta que la normativa internacional ha previsto en favor de los pueblos indígenas. [Este criterio se encuentra contenido, entre otros, en los fallos de veinticinco de marzo de dos mil quince, doce de enero de dos mil dieciséis y veintiséis de enero de dos mil diecisiete, dictados en los expedientes: acumulados 5237-2012 y 5238-2012; 3753-2014 y 1798-2015, respectivamente.] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que: *"(…) los Estados que ratifiquen el Convenio 169 deben garantizar su incorporación transversal a la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas; y al mismo tiempo deben adoptar medidas para garantizar la aplicación efectiva de dicha legislación,* ***teniendo en cuenta que la falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169*** *(…)* –el resaltado no figura en el texto original– [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington, D.C., Estados Unidos: OEA/Ser.L/V/II. p. 85]. El Centro Para la Acción Legal en Derechos Humanos, en estudio jurídico presentado ante esta Corte, hace referencia a esta y afirma que la falta de una ley o mecanismo, no exime a las autoridades estatales para tornar operativos los derechos contenidos en el Artículo 66 de la Constitución Política de la República y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [ver folio mil seiscientos dieciocho (1618) de la Pieza IV ante esta Corte].

Al no haber realizado el proceso de consulta aludido, el Ministro de Energía y Minas violó los derechos del pueblo indígena asentado en el área de influencia del proyecto de explotación con licencia *Escobal,* impidiendo a ese colectivo humano poder participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo económico, social y cultural susceptibles de afectarles directamente; omitiendo de esa manera, tomar las medidas adecuadas para resguardar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones. James Anaya y James Cavallaro, en su estudio jurídico, refirieron que la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, ha afirmado que, al no reconocer a ciertos grupos como pueblos indígenas, los Estados y otros actores evitan la aplicación de las normas internacionales y los mecanismos de protección más apropiados para tratar los tipos de problemas de derechos humanos que afrontan estos grupos [ver estudio jurídico presentado ante este Tribunal, obrante a folio mil cuatrocientos ochenta y dos (1482) Pieza III de esta Corte].

Esta circunstancia motivará que se otorgue el amparo pedido, debiendo ordenar que, como efecto positivo del otorgamiento de la tutela pedida, se realice el proceso de consulta establecido en el Convenio 169 con el pueblo Xinka radicado en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa.

Para el agotamiento de este proceso consultivo, el Ministro ahora cuestionado, deberá tomar en cuenta que en caso de que aún persista la falta de normativa, deberá seguir las pautas que se descritas en los Considerandos V, VI y VII del presente fallo. Si la regulación del derecho de consulta ya hubiera sido promulgada, el proceso consultivo deberá agotarse conforme el cuerpo normativo

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

que se hubiere emitido sobre el particular.

ii) Análisis de lo actuado por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima

El Ministerio de Energía y Minas, en el informe circunstanciado que presentó ante el Tribunal de Amparo de primer grado, afirmó, entre otros aspectos, que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en atención al *Entendimiento común de las Naciones Unidas sobre un enfoque basado en los derechos humanos para la cooperación para el desarrollo*, ha implementado programas de inversión social en beneficio de las comunidades radicadas en las áreas de incidencia de las licencias *Escobal* y *Juan Bosco.* Luego de efectuar mención de las obras que asegura le han sido reportadas por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, como ejecutadas en la región en la que se desarrolla el proyecto, el Ministerio afirma que esos aportes han coadyuvado con el desarrollo de las comunidades en las que han sido realizados.

La entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, por su parte, asegura que ha ejecutado diversas acciones que propenden a hacer partícipes a las comunidades de la región, de los beneficios que reporta el proyecto minero.

Esta Corte, al efectuar la lectura de la documentación que ha sido aportada al presente proceso, advierte que la entidad minera ha realizado diversas actividades tanto en el área en la cual se desarrolla el proyecto de explotación como en otras regiones. No podría este Tribunal, con la sola lectura de esos medios probatorios, afirmar que todas las acciones llevadas a cabo por la entidad minera han contribuido al desarrollo sostenible de la región en la que se desarrolla el proyecto extractivo, menos aún podría asegurarse que los aportes descritos han hecho partícipe al pueblo indígena Xinka de los beneficios que

produce el proyecto. La imposibilidad de efectuar afirmación en ese sentido deriva del hecho de que, en tanto no se haya agotado el proceso consultivo con el pueblo indígena Xinka, no se estará en condiciones de afirmar cuáles son las prioridades de este y cuáles son las vías idóneas para atenderlas. Solo cuando haya sido instaurado en debida forma un auténtico proceso de diálogo, en el cual todas las partes participen en igualdad de condiciones, se podrá concebir creado el escenario idóneo para alcanzar acuerdos que resulten satisfactorios para las partes, según sus intereses, necesidades y derechos.

Algunas de las municipalidades de los municipios aledaños al área de influencia han recibido aportes dinerarios derivados de los "*Convenios de aportes voluntarios*" celebrados con la entidad Minera San Rafael Sociedad Anónima. La municipalidad de Santa Cruz Naranjo, en estudio jurídico presentado ante esta Corte, aseguró que desde el año dos mil trece, la Municipalidad de Santa Cruz Naranjo del departamento de Santa Rosa, ha recibido regalías voluntarias por parte de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, las cuales han pasado a formar parte de su presupuesto, permitiendo realizar obras a favor del municipio, pero existen otros proyectos que aún se encuentran pendientes y que dependen exclusivamente de los aportes que realiza la citada entidad minera [folio setecientos noventa y nueve (799) de la Pieza II formada ante esta Corte]. Otra entidad edilicia, en cambio, refirió que si bien personeros de la empresa minera han manifestado a los inversionistas extranjeros que han entregado múltiples aportes a los municipios, dicho extremo carece de veracidad, porque únicamente se han limitado a regalar algunos artículos [ver alegato presentado en el día de la vista ante esta Corte por la Municipalidad de Nueva Santa Rosa, departamento de Santa Rosa, tercera interesada].

Este Tribunal tiene claridad que, en el presente caso, se han celebrado convenios de aporte voluntario con algunas municipalidades tanto del área de influencia del proyecto de explotación como con municipios aledaños, sin embargo, ni el pago de estas cantidades dinerarias ni las solas donaciones de artículos o la ejecución de proyectos aislados, no puede, de forma alguna, ser tomada como referente exacto de cumplimiento de las obligaciones que atañen a las entidades ejecutoras de proyectos de explotación de recursos naturales, en áreas en las cuales se encuentran radicados pueblos indígenas. Esta Corte comparte la afirmación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que es incorrecto que los Estados confundan las obras que de *buena voluntad realizan las entidades en el marco de sus políticas de responsabilidad social empresarial* con la garantía que prevé el Artículo 15.2 del Convenio 169. Ha afirmado la citada Comisión que es importante distinguir: "(…) *los beneficios que pudieran recibirse en virtud de la responsabilidad social de las empresas de aquellos beneficios que establece el sistema interamericano. Entre las diferencias existentes, la responsabilidad social se debe a la voluntad de las empresas y, por ende, los beneficios que decida otorgar a los pueblos indígenas están en función de, y en tanto exista, dicha buena voluntad. Por el contrario, los beneficios que deben de asegurar los Estados en cada proyecto son de obligatorio cumplimiento, debiendo los propios pueblos indígenas participar al momento de determinar tales beneficios."* [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. p.116.] Este punto de vista es conteste con la afirmación efectuada también por el ex Relator de la Organización de Naciones

Unidas Sobre Derechos De Los Pueblos Indígenas, James Anaya: "(…) *los beneficios que deben recibir los pueblos indígenas no deben ser confundidos con donaciones que puedan dar las empresas [con] base a su libre voluntad o el otorgamiento de servicios públicos que el Estado ya tiene la obligación de proveer a todos sus ciudadanos (…)"* [Loc. Cit.]

Esta Corte no pasa inadvertidas las manifestaciones realizadas por diversos actores en cuanto a las necesidades imperantes en el sistema educativo en aquella región. Se resalta lo afirmado por la Directora de la escuela del caserío Los Vados, en cuanto a que la escuela que dirige *cuenta con dos aulas en las cuales ubica a los seis grados de primaria*. [Anexo 13]. De esa cuenta, fueron varias las comunidades que, con la llegada del citado proyecto, avizoraron oportunidad para que la población allí radicada fuera partícipe de obras que coadyuvaran con el mejoramiento de las condiciones de los establecimientos educativos del área, cobertura de salarios a maestros, capacitaciones, entre otros. Proyectos que, confiriéndoles la debida continuidad, no podrían ser llamados *cortoplacistas*, especialmente si son ejecutados en comunidades en situación total de abandono y marginación como la que se ha denotado en aquella región, según descripciones contenidas en los Anexos analizados por este Tribunal.

De cualquier manera, no puede soslayarse que la obligación de proveer de condiciones educativas, no aceptables, sino óptimas, atañe al Estado de Guatemala por virtud de lo regulado en el Artículo 71 de la Constitución Política de la República de Guatemala que prevé: "*Es obligación del Estado proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna. Se declara de utilidad y necesidad públicas la fundación y mantenimiento de centros educativos*

(…)", en el marco del deber general de garantizar los derechos a los habitantes de la República y de prestar los servicios públicos en condiciones dignas.

C) Sobre el cumplimiento del deber del Estado de tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano del pueblo Xinka, radicado en el área de influencia del proyecto con licencia *Escobal*

Se estima pertinente resaltar que, del estudio integral del expediente formado ante el Viceministerio de Desarrollo Sostenible, se advierte que en la región en la cual se desarrolla el proyecto minero, se vive clima de intranquilidad e incertidumbre, condiciones que derivan, en especial, del temor que ha sido generado en la población respecto de la contaminación al medio ambiente y a la salud que, según aseveraciones insistentes, genera el proyecto minero cuya autorización fue concedida a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima.

Las inquietudes de los pobladores y de sus autoridades, quedaron documentadas en el expediente del Viceministerio, las cuales se citan en forma textual para denotar el clima de preocupación que afecta a aquella región. Se resaltan las afirmaciones siguientes: **i) "***la oposición al funcionamiento de la minera se debe a las experiencias de desastres derivados de esa labor en otros países, ya que el municipio se encuentra en una zona sísmica (…)*" [folio ciento seis (106)]; **ii)** "*La minera (…) afecta toda la cuenca del río Los Esclavos (…) contaminan tanto que hasta los pozos mecánicos van [a] dañar. Hay procesos químicos que están usando y tal vez ahorita no se ve la contaminación o el daño pero más adelante en unos años se va a ver el daño*" [folio ciento veintitrés (123)]; **iii)** "*En los depósitos de agua de las minas no se está supervisando que el fondo sea sólido para que no se filtre el agua (…) el agua contaminada está*

llegando a los ríos y pozos que abastecen a las comunidades" [folio ciento veintitrés (123)]; **iv)** "*Después del cierre de la mina empieza la mortandad en la gente (...) En San Marcos hay gente a la que se le están pudriendo las canillas por la mina* (…)" [Folio ciento veinticuatro (124)]; **v)** *¿Qué vamos a hacer cuando se vaya la minera? Con todo el desempleo que va a dejar la minera lo que va a pasar es que estas personas se van a volver delincuentes (…)*" [folio ciento veinticuatro (124)]; **vi)** *Queremos desarrollo para la comunidad pero el problema es que no sabemos nada de la minería (…) La preocupación es que no nos pongamos de acuerdo con la minería, que esta solo se lleve el material y no nos deje nada (…) el MEM tiene el compromiso de asegurar que no haya contaminación y que la comunidad confía en eso* (…)" [folio ciento treinta y dos (132)]; **vii) "***Cuando hicieron esa visita pudo observar que el agua que sale del túnel está sucia y le genera la duda de a dónde va a parar esa agua"* [folio ciento treinta y tres (133)]. En similar sentido en folio ciento treinta y dos (132)]; **viii)** "*La gente que está en contra de la minería (…) cree que va a haber contaminación en el agua, que los niños nacerán sin pelo, con un solo pie, con enfermedades, que no podrán producir más porque la tierra se va a volver árida, contaminación de los nacimientos de agua*." [folio ciento treinta y tres (133)]; **ix)** "*Los ruidos de los camiones (…) afectan, en la noche no dejan dormir (…) lo que hacen es que paran unos días mientras se calma la gente, pero después vuelven a hacer ruido (…) Todos dicen que esto va a ser peor cuando empiecen, a funcionar las trituradoras, cuando ya saquen el material* (…)" [folios ciento treinta y seis (136) y ciento treinta y siete (137)]. En ese mismo sentido en folios doscientos veinticuatro (224) y doscientos veinticinco (225)]; **x)** "(…) *Ya estamos preocupados por la contaminación del ambiente, más del agua (…) Hace algún*

tiempo empezaron a aparecer manchas blancas en las hojas de la milpa y eso nunca se había visto antes, ha de ser por la mina" [folios ciento treinta y seis (136) y ciento treinta y siete (137). En similar sentido en folio ciento ochenta y cuatro (184) y ciento ochenta y cinco (185)]; **xi) "***han visto por televisión programas en donde afirman que la minería contamina, eso genera confusión y preocupación en la población. Además, en algunas de las iglesias católicas y escuelas tienen fotos de una señora que tiene manchas en la cara provocadas por la minería. Otras personas dicen que se van a secar los ríos, que ya no van a haber cosechas (…) que los túneles van a llegar hasta Jalapa porque como nadie ve, pueden construirlo hasta donde quieran y posteriormente eso se hundirá*" [folio doscientos uno (201)]; **xii)** "(…) *el río que tenemos a la par de la mina, El (sic) Escobal, ya está contaminado. Antes íbamos al río a traer peces y cangrejos, ahora ya no hay nada de eso* (…)" [folio doscientos dos (202) y doscientos tres (203)].

Fue relevante para este Tribunal advertir que las preocupaciones del pueblo las generan, especialmente, aunque no con exclusividad, la alteración al medio ambiente, de forma puntal, la contaminación a las fuentes hídricas de la región y la afectación a la salud de los niños y las mujeres [sin que se entiendan excluidos otros aspectos que generan grave inquietud en los pobladores].

Causó inquietud a este órgano jurisdiccional, advertir el temor de diversos actores con relación a la contaminación al recurso hídrico del área de influencia en la cual se desarrolla el proyecto de explotación, e incluso de las fuentes fluviales de las regiones aledañas a esta. De la misma manera llamó la atención de esta Corte el señalamiento efectuado por varios de los presidentes de Consejos Comunitarios de Desarrollo que afirmaron: "*el Estudio de Impacto*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Ambiental adolece de inconsistencias que debieron motivar su improbación".

a) De los informes requeridos por este Tribunal

Derivado de las circunstancias descritas, este Tribunal, con el objeto de obtener el punto de vista de entes especializados, que le permitieran determinar la razonabilidad de tales afirmaciones, dictó auto de siete de marzo de dos mil dieciocho en el cual requirió la opinión versada de entes ajenos a la controversia, respecto de: **i)** el Estudio de Impacto Ambiental presentado por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, dentro del expediente del proyecto de explotación minera con licencia *Escobal* y **ii)** el Informe de la inspección técnica realizada al proyecto de explotación minera por la Comisión interinstitucional conformada por técnicos de los Ministerios de Energía y Minas, de Ambiente y Recursos Naturales y de Salud Pública y Asistencia Social, en las fechas comprendidas del dos al seis de diciembre de dos mil trece [descrito en el Anexo 35].

Para la realización del estudio solicitado, esta Corte proporcionó a las entidades requeridas las versiones electrónicas de los documentos sujetos a análisis, habiéndoles solicitado establecer los extremos siguientes: **a)** si las medidas de mitigación previstas por la citada entidad minera son eficientes para evitar la contaminación de las aguas superficiales y del medio ambiente en general; **b)** en caso de advertirse contaminación al agua, establecer si tal alteración posee relación con la actividad del citado proyecto de explotación minera y **c)** las consistencias e inconsistencias de los citados estudios.

Cabe precisar que para este Tribunal era necesario obtener opinión especializada e imparcial en relación al Estudio de Impacto Ambiental que presentó la entidad minera, previo a que le fuera otorgada la licencia de

explotación. La relevancia de los puntos de vista de expertos en la materia era primordial para establecer la confiabilidad del documento que fijó puntos torales del proyecto, tales como: **i)** el área de influencia [significada por el área que es afectada por la ejecución del proyecto]; **ii)** la medición de los impactos que este puede generar en la citada área y **iii)** un extremo no menos importante: las medidas de mitigación propuestas por la entidad minera –y que obtuvieron la aprobación del ente estatal–. De estas últimas se pretendía establecer, en términos generales, si se avizoraban como idóneas para reducir el impacto negativo que el proyecto pudiera tener en aquella área, y optimizar los efectos positivos que pudiera irrogarle.

No pretendió esta Corte agotar, dentro de la presente acción de amparo –por no corresponder a la naturaleza de este tipo de procesos– el análisis exhaustivo de la pertinencia de todas las afirmaciones técnico-científicas contenidas en ese instrumento de evaluación ambiental. Se intentó, más bien, obtener referentes sobre la confiabilidad del instrumento de evaluación ambiental presentado por la entidad minera, especialmente determinar si dicho estudio proveía, y más bien revelaba, datos ciertos sobre el proyecto que se intentaba ejecutar. También perseguía este Tribunal determinar la diligencia de las oficinas estatales en el escrutinio de ese estudio. Establecer este último extremo era primordial para esta Corte, a efecto de corroborar la seriedad con la cual había sido abordado el proyecto extractivo citado.

De igual manera, advirtió esta Corte que las principales denuncias de los pobladores se relacionaban con la afectación que, según la percepción de estos, causa o causará al medio ambiente el proyecto de explotación minera. En la literal F) del presente Considerando quedaron enunciados los monitoreos e

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

inspecciones que, según los antecedentes, se han efectuado sobre el proyecto de explotación. Esta Corte estimó pertinente establecer la efectividad de la labor efectuada por los entes estatales encargados de la fiscalización del cumplimiento de los compromisos que adquirió la entidad minera y los cuales quedaron contenidos en la resolución que le confirió la autorización estatal para ejecutar el proyecto de explotación. Para el efecto, dispuso tomar como muestra la labor de monitoreo realizada por la citada comisión interinstitucional [conformada por los Ministerio de Energía y Minas, de Medio Ambiente y Recursos Naturales y de Salud Pública y Asistencia Social]. Al solicitar que entes especializados emitieran su opinión sobre el informe rendido por esa comisión interinstitucional, la Corte persiguió medir la responsabilidad con la cual el Estado ha procedido en el monitoreo del proyecto citado, en atención a la trascendencia que tienen, en situaciones como la que se analiza, extremos como: **a)** el respeto a los derechos de la población que vive en el área en la cual se desarrolla el proyecto; **b)** la seguridad de los trabajadores que laboran en la mina y **c)** la protección al medio ambiente en general.

Con las motivaciones anteriores, este Tribunal, en auto de siete de marzo de dos mil dieciocho, solicitó: "***B)*** *Al Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas –CESEM– de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad –CEAB– de la Universidad del Valle de Guatemala, que emitan opinión versada, cada uno y en forma separada, sobre las actuaciones siguientes:* ***i)*** *Estudio de Impacto Ambiental realizado dentro del expediente formado con ocasión de la solicitud de licencia de explotación minera requerida por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, dentro del expediente SEXT- cero quince – once (SEXT-015-*

11) del Ministerio de Energía y Minas; ***ii)*** *de los estudios realizados del dos al seis de diciembre de dos mil trece, por el Ministro de Energía y Minas, el Ministro de Ambiente y Recursos Naturales y el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, sobre el proyecto de explotación minera autorizado mediante licencia denominada Escobal. El estudio requerido deberá realizarse sobre las versiones electrónicas que se les proporcionará al momento de la notificación del presente auto, debiendo establecer, entre otros:* ***a)*** *si las medidas de mitigación previstas por la citada entidad minera son eficientes para evitar la contaminación de las aguas superficiales y del medio ambiente en general;* ***b)*** *en caso de advertirse contaminación al agua, debe establecerse si tal alteración posee relación con la actividad del citado proyecto de explotación minera y* ***c)*** *las consistencias e inconsistencias de los citados estudios, las cuales deberán quedar asentadas en el informe correspondiente, al cual deberán agregar sus correspondientes conclusiones (…)"* [folio mil ciento veintisiete (1,127) de la pieza de amparo III formada ante esta Corte].

Vencidos los plazos otorgados fueron recibidos por este Tribunal los informes requeridos, los cuales se resumen a continuación:

b) Conclusiones a las que arriba este Tribunal derivado de los informes recibidos

i) Respecto de las opiniones vertidas sobre el Estudio de Impacto Ambiental

i.a) Aspectos sujetos a revisión del citado instrumento de evaluación ambiental

Son contestes ambos entes especializados en afirmar que el Estudio de Impacto Ambiental analizado, es susceptible de ser revisado en algunos

aspectos, especialmente el relativo al área de influencia que, según sugieren ambas entidades, puede resultar de mayor extensión luego de analizar el recorrido de los afluentes principales del municipio de San Rafael Las Flores.

En este apartado se estima pertinente citar lo afirmado por el experto James Anaya en cuanto a que la posible afectación directa de derechos por los proyectos de extracción y desarrollo de los recursos naturales, debe determinarse de manera integral, en vista que enfocarse únicamente en "*áreas geográficas de influencia directa*" de una medida propuesta, limitaría la protección de derechos humanos a cuestiones ambientales [ver estudio jurídico presentado ante esta Corte, en conjunto con James Cavallaro, obrante a folio mil cuatrocientos ochenta y dos (1482) de la Pieza III formada ante esta Corte].

Esta Corte resalta la afirmación contenida en los informes rendidos por aquellas entidades expertas a quienes se requirió opinión versada sobre el Estudio de Impacto Ambiental porque coinciden en afirmar que el área influencia del proyecto de explotación *Escobal* debe ser revisada. Esta aseveración, según su conocimiento versado, la fundan en el análisis efectuado respecto de los afluentes principales del municipio de San Rafael Las Flores. La opinión especializada de ambos entes forma en el intelecto de este Tribunal la firme noción de que el área de afectación del citado proyecto debe revisarse.

Sin embargo, no comparte esta Corte la aseveración efectuada por el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos –CALDH– quien, en estudio jurídico presentado ante esta Corte, afirmó que el área de afectación de las operaciones derivadas de la licencia de explotación denominada Escobal, además del municipio de San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa, abarca los municipios de Mataquescuintla, San Carlos Alzatate y Jalapa del departamento

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

de Jalapa; así como los municipios de Casillas, Nueva Santa Rosa, Santa Rosa de Lima, Barberena, Santa Cruz el Naranjo y Cuilapa del departamento de Santa Rosa, *lo que se acredita con el Convenio de Aporte Voluntario celebrado entre el Ministerio de Energía y Minas y la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima* [ver estudio jurídico presentado ante esta Corte obrante a folio mil seiscientos dieciocho (1618) de la Pieza IV formada ante este Tribunal].

Esta Corte discrepa de esta última aseveración en virtud de que, la determinación del área de influencia, es una acción que deben asumir expertos en la materia. Es con su experticia, que los entes autorizados por la ley deben establecer qué territorio experimentará afectación con la ejecución de un proyecto, extremo sobre el que el Estado, por disposición legal y porque así lo ha delineado el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, debe ejercer estricta vigilancia y supervisión al momento de que el citado instrumento ambiental sea sometido a su aprobación. Sin embargo, por seguridad y certeza jurídica el establecimiento de esa área no puede quedar a la libre contratación de algunos de los sujetos afectados.

Debe recordarse que esta Corte, en el apartado general de este fallo, en el que abordó lo relativo a los Estudios de Impacto Ambiental, describió que, conforme lo que establece el Reglamento sobre Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental, en el Anexo 4, uno de los aspectos que debe establecerse en el citado instrumento de evaluación ambiental *es el área de influencia del proyecto*. También se citó en aquel apartado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido que el contenido de los Estudios de Impacto Ambiental dependerá de las circunstancias específicas de cada caso y el nivel de riesgo que implica la actividad propuesta. Citó ese órgano del Sistema

Interamericano que la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional han señalado que *cada Estado debe determinar en su legislación el contenido de los Estudios de Impacto Ambiental* requeridos en cada caso.

i.b) Calificación de consistencia de otros aspectos importantes del Estudio de Impacto Ambiental presentado. Mecanismos recomendados para optimizarlos

En términos utilizados por las entidades expertas requeridas, el Estudio de Impacto Ambiental presentado por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, en el caso del proyecto de explotación *Escobal* presenta consistencia satisfactoria.

Cabe señalar que el Estudio de Impacto Ambiental describe las características de los proyectos de explotación subterránea con proceso de flotación [que requiere cantidades menores de cianuro], descripción que es conteste con los discursos esgrimidos por personeros de la entidad minera en reuniones en las cuales les correspondió exponer respecto de la forma en la que funciona ese proyecto, lo que guarda consonancia con los términos en los cuales se refirieron respecto de proyectos como el especificado en el instrumento de evaluación aludido los entes especializados consultados en sus respectivos informes, adjudicándoles: *"impacto ambiental considerablemente menor"* en comparación con la minería metálica a cielo abierto con extracción de metales por lixiviación con cianuro.

Resalta esta Corte la opinión especializada del Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en cuanto a que resultaría conveniente que el contenido de ese instrumento de evaluación ambiental, fuera analizado mediante *auditoría ambiental*. La

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

implementación de medidas como la recomendada por la citada institución académica, podría ser dispuesta como resultado del proceso consultivo, por consejo de los entes especializados a quienes pueda llamarse a participar en el proceso de consulta en calidad de asesores técnicos del pueblo indígena Xinka. Cabe reiterar en este apartado, la afirmación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que "*puede requerirse que el Estado suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas*." [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe "Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 diciembre 2009, párr. 312.]

Por otro lado, resulta relevante la percepción de aquellos entes, en cuanto a la confiabilidad de las medidas de mitigación que se proponen en ese estudio, siendo importante tomar en cuenta también la factibilidad de mejora en algunos puntos.

Comparte este Tribunal el punto de vista de los expertos en cuanto al rol trascendental que tiene el Estado en la tarea de fiscalización del cumplimiento de esas medidas de mitigación. Puntos de vista como el esgrimido por el Centro de Estudios citado, en cuanto a que las inspecciones técnicas y monitoreos ambientales en proyectos de este tipo, deben ser realizados por comisiones que incluyan a miembros de las comunidades cercanas al proyecto y entes académicos, ajenos a la controversia que se ha suscitado, que garanticen la eficiencia e imparcialidad de las mismas, forman parte de los aportes valiosos que también pueden producirse, no solo como parte de la consulta, sino en el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

marco de prácticas institucionales tendientes a asegurar el respeto, entre otros, a los derechos a la salud, al agua y a un medio ambiente sano, de las poblaciones aledañas a la implementación de proyectos extractivos, independientemente de su origen étnico o identidad cultural. La razonabilidad de la propuesta en mención encuentra fundamento en el hecho de que, la participación de entidades pertenecientes al área del proyecto, generaría confianza en los pobladores permitiéndoles percibir que, en la función de fiscalización, participan personas con sentir y percepciones afines a las suyas. Además, la inclusión de entes académicos ajenos a la controversia, garantiza la obtención de puntos de vista especializados, no influidos por las posturas de las partes interesadas.

ii) Respecto de las opiniones vertidas sobre el informe interinstitucional documentado en el Anexo 35

En el apartado anterior, esta Corte expresó su respaldo a lo afirmado por los entes de los cuales se solicitó opinión versada, en cuanto a la relevancia de la función de los entes estatales en la tarea de fiscalización de cumplimiento de las medidas de mitigación propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental.

Por lo anterior, provoca inquietud en los integrantes de este Tribunal, el hecho de que las opiniones de aquellas dos instituciones expertas, sean coincidentes en advertir deficiencias en el informe que documentó las visitas de las Comisiones interinstitucionales conformadas por técnicos de los Ministerios de Energía y Minas, de Ambiente y Recursos Naturales y de Salud Pública y Asistencia Social, a quienes se encomendó efectuar monitoreos al proyecto minero. De la lectura de las opiniones versadas mencionadas, se advierte que las deficiencias de aquella labor oficial las adjudican ambos entes especializados, en su mayoría, al informe final rendido por la citada Comisión y, en muy escasos apartados, las recriminan

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

a la actividad de monitoreo, propiamente dicha. De cualquier manera, las opiniones de los expertos en los que este Tribunal se apoya para el análisis del presente punto, permiten concluir que el desempeño de los funcionarios que conformaron la citada Comisión interinstitucional fue negligente. No alcanza a establecer este Tribunal si la deficiencia denotada, vició la totalidad de la función de fiscalización y control efectuada en esas visitas, o si ocurrió que, habiéndose efectuado correcta labor de monitoreo, la deficiencia haya acaecido al redactar el informe final. Cualquiera que sea la situación, es inaceptable el proceder de quienes ejecutaron esa labor oficial, porque no fueron consecuentes con la importancia de la función que desempeñaban y con la gravedad de las posibles consecuencias.

La situación descrita en párrafos precedentes provoca, además, que este Tribunal no cuente con elementos de convicción concluyentes respecto a si la ejecución del proyecto minero ha provocado contaminación del recurso hídrico del área en la que se desarrolla. El Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad de la Universidad del Valle de Guatemala, fue enfático en señalar que la circunstancia de que los puntos de toma de muestras de calidad de agua descritos en el Estudio de Impacto Ambiental, no coincidieran con los puntos utilizados durante la visita interinstitucional referida, impidió determinar de forma certera si, en caso de existir contaminación del agua, esta se encuentra relacionada con la actividad minera. Asimismo, hizo notar que resultó imposible evaluar si la calidad de los cuerpos de agua se veía o no afectada por la descarga de aguas residuales del proyecto minero, debido a que no se mostraron los resultados de análisis de calidad de agua y los puntos de muestreo no coincidían con los puntos base consignados en el Estudio de Impacto Ambiental.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

En similar sentido, el Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, puso de manifiesto que la ubicación del muestreo de los cuerpos de aguas superficiales, no correspondió con los puntos indicados en el cuadro en el cual se muestran las coordenadas de los mismos; además, precisó que en cuanto a los muestreos en cuerpos de agua y pileta de cumplimiento ambiental, no pudo corroborarse la afirmación de que no existe contaminación en el agua, contenida en un cuadro con la interpretación de los resultados, porque este no se encontraba acompañado de los resultados de laboratorio que respalden las conclusiones emitidas.

Cabe resaltar lo afirmado por el Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad de la Universidad del Valle de Guatemala, en cuanto a la posibilidad de que la presencia de arsénico en el agua, documentada en aquel Anexo 35, fuera de origen natural. Esta afirmación del citado ente es coincidente con lo que consta en el Estudio de Impacto Ambiental, el cual, en el apartado 8.5 denominado "*Hidrología*", sub apartado 8.5.2 titulado "*Calidad del agua*", refiere que para la determinación de la calidad del agua en el área de influencia del proyecto se efectuó toma de muestras desde junio de dos mil ocho, en las cuales se determinó presencia de arsénico en el agua analizada. En todo caso, es menester destacar que la indicación de que ese elemento químico pudiera estar presente en el agua de aquella región por causas naturales, no fue obstáculo para que la citada institución especializada recomendara que la entidad minera pusiera especial cuidado en el proceso de remoción y exposición del suelo y minerales, para evitar que pueda repercutir en un aumento significativo de la disolución de arsénico en las aguas superficiales y subterráneas de la región.

Aunque, como se explicó, no obran en este expediente elementos de

convicción objetivos y científicamente comprobables que permitan a este Tribunal llegar a determinar de modo fehaciente que el proyecto de explotación ejecutado por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, esté provocando contaminación en el medio ambiente de la región; derivado del contenido de las opiniones versadas aportadas por los entes requeridos, surge duda razonable en el intelecto de este Tribunal, en torno a si el Estado de Guatemala ha observado de manera diligente y escrupulosa su deber de vigilar el cumplimiento de los compromisos ambientales que le son exigibles a aquella entidad. Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad en la satisfacción de estas obligaciones, abonará a la seguridad y tranquilidad de quienes habitan en la región.

El Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos –CALDH–, en estudio jurídico presentado ante esta Corte, afirmó que las operaciones mineras amparadas en la licencia *Escobal* han generado daños a la población, los cuales fueron puestos en conocimiento por parte de los miembros de los Consejos Comunitarios de Desarrollo de Los Planes, El Fucío, Estanzuelas, Aldea La Cuchilla y Las Nueces. Afirma que ese extremo quedó documentado en actas [no fue aportada a este Tribunal copia de la documentación a la que se alude].

Según afirma la citada entidad, en las reuniones se destacaron preocupaciones de la población, las cuales encuentran similitud a las documentadas en el expediente del Viceministerio de Desarrollo, las cuales quedaron asentadas en apartado precedente.

Llama especialmente la atención de este Tribunal la aseveración que, según la citada entidad, se encuentra contenida en algunas de las actas relacionadas, relativa a la denuncia formulada por los vecinos de daños a sus viviendas (consistentes en rajaduras) y la declaración por parte de la Coordinadora

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED– de "*alerta naranja"* respecto de la Aldea El Fucío. En relación a tal extremo se estima pertinente citar lo asegurado por el Director de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, en informe rendido ante esta Corte, derivado del auto de siete de marzo del año en curso [obrante a folio mil doscientos treinta y cinco (1235) de la Pieza III de esta Corte], en el cual refirió que en junio de dos mil diecisiete, fue conformada mesa técnica interinstitucional de trabajo integrada por el Viceministro de Ambiente y Recursos Naturales y miembros de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres (CONRED), el Congreso de la República, el Ministerio de Gobernación, la Procuraduría de Derechos Humanos y la Municipalidad de Casillas del departamento de Santa Rosa, con el objeto de dar a conocer a los pobladores y representantes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo del citado municipio, informe técnico y científico elaborado por el Instituto Nacional de Sismología, Vulcanología, Meteorología e Hidrología (INSIVUMEH), en el cual, se afirma que los sismos de baja magnitud ocurridos en el área son de origen geológico, porque derivan del movimiento de placas tectónicas, según los datos obtenidos de sismógrafo instalado en el centro del municipio durante quince días, destaca, además, la cercanía a la falla de Jalpatagua. Asimismo, aseguró que fue analizada la conformación del suelo, que contiene depósitos de piedra pómez y ceniza volcánica. Las mencionadas características hacen que aquel municipio sea considerado como zona vulnerable por los movimientos de tierra que ocurren periódicamente. Aseveró que en la mesa técnica participó Luis Contreras, geólogo independiente, quien respaldó el referido informe y agregó que el área de operaciones de Minera San Rafael, Sociedad Anónima, también es cercana a

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

los municipios de **San Rafael Las Flores** [al cual pertenece la Aldea El Fucío], Cuilapa, Barberena, Santa Cruz Naranjo y Santa Rosa de Lima del departamento de Santa Rosa, sin embargo, en estos no se han registrado movimientos telúricos. Por lo anterior, se descartó que tales vibraciones deriven de las actividades mineras que se desarrollan en la región.

Esta Corte carece de información para establecer, con certeza, que aquellos daños provienen directamente de la actividad de la entidad minera, sin embargo, todas las preocupaciones manifestadas por la población y la obligación de resguardo de esta impondrá a este Tribunal la necesidad de ordenar a diversas autoridades la realización de medidas que garanticen la integridad de las vidas y los bienes de quienes habitan en áreas aledañas al proyecto, tal como se describirá más adelante.

Por lo anterior, esta Corte posee fundamento para disponer, en el apartado correspondiente, que el Estado cumpla con la atribución de fiscalización que le corresponda, debiendo intensificar las medidas de protección al medio ambiente del área en el cual se desarrolla el proyecto, verificando el cumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y a cuya implementación está obligada la referida entidad minera.

Debe tenerse en cuenta el vínculo estrecho que existe entre la subsistencia del ser humano y el derecho el medio ambiente sano; así ha sido reconocido en diversos tratados e instrumentos internacionales, entre los cuales puede citarse, verbigracia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta Mundial de la Naturaleza; la Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

bellezas escénicas naturales de los países de América; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). En forma específica, tanto el Convenio 169 de la OIT, como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, incorporan disposiciones específicas para la protección del medio ambiente de los territorios indígenas.

La normativa internacional y nacional sobre el medio ambiente debe ser de aplicación prioritaria en casos en los cuales el Estado autorice la ejecución de proyectos extractivos. Para ello, las autoridades competentes deben, bajo su más estricta responsabilidad, disponer todas las medidas eficaces que garanticen la observancia de aquellos derechos.

Lo anterior adquiere especial significación con relación al derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas, como lo ha puesto de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que: "(…) *la protección de los recursos naturales presentes en los territorios ancestrales, y de la integridad medioambiental de tales territorios, es necesaria para garantizar ciertos derechos fundamentales de sus miembros, tales como la vida, la dignidad, la integridad personal, la salud, la propiedad, la privacidad o la información. Estos derechos resultan directamente afectados cuandoquiera que la polución, la deforestación, la contaminación de las aguas, u otros tipos de daños ambientales ocurren en los territorios ancestrales. Ello implica que el Estado está obligado a adoptar acciones preventivas y positivas orientadas a garantizar un medio ambiente que no comprometa la capacidad de las personas indígenas de ejercer sus derechos*

humanos más básicos (…)" [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. p. 83].

c) Del proceso de consulta que se ordenará realizar

Atendiendo al estado actual de las cosas, para la efectiva restitución de la situación jurídica afectada, esta Corte ordenará al Ministerio de Energía y Minas que cumpla con realizar el proceso de consulta al pueblo indígena Xinka respecto del proyecto de explotación, con licencia de explotación *Escobal*. En ese proceso de diálogo deberán participar como actores principales: **a)** el citado pueblo indígena radicado en el área de influencia del citado proyecto; **b)** la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima y **c)** el Ministerio de Energía y Minas [este último participa en calidad de coordinador]. En la etapa de pre consulta que se definirá en adelante, las personas e instituciones idóneas, según su ámbito de competencia o campo de conocimiento, deben proporcionar información objetiva, veraz y atinente sobre las implicaciones de la autorización del proyecto de explotación, a manera de situar la base para la ponderación del modo y grado de su incidencia en las condiciones de vida del colectivo indígena asentado en el área de influencia del proyecto. Esta información será trasladada de modo accesible y fácilmente comprensible, a todos los intervinientes. El pueblo indígena, si lo estima pertinente, puede designar expertos en la materia, reconocidos internacionalmente que coadyuven en el análisis de la información que les sea proporcionada [los honorarios de estos expertos deben ser asumidos por el Estado de Guatemala].

El proceso consultivo debe constituir un espacio de convergencia, en el

cual, el pueblo indígena Xinka exponga sus preocupaciones, describa en forma sencilla su modo de vida tradicional, su identidad cultural, su estructura social, su sistema económico, sus costumbres, sus creencias, sus tradiciones distintivas y otros extremos que estime pertinentes expresar.

Para la determinación del nivel de afectación que el desarrollo del proyecto minero pueda causar en todos los ámbitos de la vida del pueblo indígena Xinka radicado en el área de influencia del proyecto, así como para establecer cuáles son las medidas idóneas que permitirán garantizar y preservar su existencia digna, el pueblo indígena, si lo estima pertinente, puede requerir la asesoría de entes especializados –académicos e imparciales–, cuyos honorarios deberán estar a cargo del Estado.

Por su parte, la entidad minera expondrá las particularidades del proyecto y suministrará toda aquella información que resulte pertinente para poder establecer los impactos tanto positivos como negativos del proyecto que ejecuta.

En el desarrollo del proceso de consulta deberán observarse las pautas que se precisan en los apartados respectivos de este fallo y constituirá el medio para alcanzar acuerdos que permitan conciliar los intereses legítimos del pueblo Xinka y la entidad minera participante, en consonancia con los fines del Estado. El respeto a los acuerdos a los que las partes arriben como parte del proceso de consulta será determinante para la continuidad de las actividades de la entidad minera. Debe tenerse en cuenta que, como ha señalado acertadamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "(…) *el no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de desarrollo, explotación o extracción, o de las concesiones extractivas va contra el principio de buena fe que rige el deber de consultar, el*

cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial. Entre los elementos objetivos que permitirían evaluar este aspecto se encuentran los compromisos alcanzados, los cambios o modificaciones realizadas al proyecto para abordar las preocupaciones y objeciones, la disposición a tomar medidas que no hayan sido requeridos como parte del proceso, entre otros." [Ibid, p. 107].

D) Precisión de los alcances de los derechos y facultades de las partes involucradas en los procesos consultivos

Al realizar la lectura del expediente del Viceministerio, se encuentran manifestaciones reiteradas de pobladores de los municipios en los que se encuentran ubicadas las áreas de influencia de los proyectos, requiriendo que se consulte al pueblo en relación a si, en su territorio, pueden o no ejecutarse proyectos mineros. Consta que en algunos municipios se llevó a cabo la consulta establecida en el Código Municipal y, en la mayoría de tales eventos, fue elevado el porcentaje de pobladores que manifestaron su rechazo a los proyectos mineros, según afirmación de sus autoridades.

Consta que, en una de las reuniones realizadas por el Viceministerio, el Gobernador del departamento de Santa Rosa expuso su preocupación en cuanto a que la realización de la consulta "*agudizaría la conflictividad*" en el área, porque *parte de la población cree que, si la mayoría vota contra el desarrollo de proyectos mineros, podría evitarse que Minera San Rafael, Sociedad Anónima, continúe sus actividades y deba salir del país, lo que legalmente no es acertado"*. [Ver contenido de Anexo 19]. Por otra parte, consta que en una de las actividades realizadas por el Viceministerio, una persona a quien se identificó como "*asesora del Despacho Superior*", ante la interrogante de qué ocurría si se llevara a cabo la

consulta, respondió que siendo la minería un tema de Estado, *la consulta municipal* no cambiaría la decisión del Ejecutivo [Anexo 11].

Dentro del expediente del proceso de amparo, quienes comparecieron a aportar estudios jurídicos también manifestaron su punto de vista respecto de los alcances del derecho de consulta. Algunos aseguraron que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido una serie de circunstancias bajo las cuales resulta exigible al Estado que, previo a autorizar medidas que afecten los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, obtenga el consentimiento libre e informado de estos. Otros de los comparecientes afirmaron que el derecho de consulta es un proceso creado para generar diálogo intercultural, buscando acuerdos entre las comunidades, el Estado y los solicitantes de las medidas, cuya meta es crear un acercamiento entre los interesados, basado en el principio de buena fe, pero que no debe ser considerado como un derecho de veto de los pueblos indígenas.

Esta Corte estima que, previo a que se inicie el proceso consultivo que en este fallo se ordenará agotar, el pueblo Xinka de las áreas de influencia de los proyectos mineros, el Estado de Guatemala, la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, y todos los involucrados en ese proceso consultivo deben tener claridad en cuanto a las implicaciones de la normativa, tanto nacional como internacional, en la que fundan sus correspondientes posturas.

Para alcanzar ese nivel de comprensión, los actores –y todos aquellos llamados a acompañarlos y/o asesorarlos– deben conocer con exactitud, tanto los alcances del derecho de consulta a los pueblos indígenas como las restricciones que el propio constituyente impuso a la potestad del Estado de decidir lo relativo a la explotación de los recursos naturales, así como los límites

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

que, a esa misma potestad, generó la ratificación del Convenio 169.

a) Alcances del derecho de consulta de los pueblos indígenas previsto en el Convenio 169

Esta Corte ha asentado que la consulta prevista en el Convenio 169 no es un mero trámite formal ni un evento de sufragio, es un instrumento de participación, cuyo objetivo es establecer diálogo entre las partes, basado en principios de confianza y respeto mutuos; así como promover el entendimiento y el consenso en la toma de decisiones. Quedó asentado al inicio del segmento considerativo los supuestos en los que procede agotarla. De ahí que sea equivocado que tanto pobladores como autoridades hagan referencia indistinta al proceso de consulta que prevé el Convenio 169 y al procedimiento que, con similar denominación, establece el Código Municipal. En el caso de decisiones relacionadas con desarrollo, instalación y operación de proyectos que versan sobre la exploración y explotación minera, hidroeléctrica, geotérmica, instalación de torres y postes de transmisión eléctrica y de telefonía celular, e instalación de mega proyectos, la realización del procedimiento de consulta regulado en el mencionado Código no puede tener carácter regulatorio o decisorio, porque versa sobre materias que no se enmarcan dentro de la esfera competencial de las autoridades municipales convocantes, sino de la que corresponde al Organismo Ejecutivo. Para ese tipo de proyectos, la consulta regulada en el Código Municipal puede llevarse a cabo con el único cometido de que las autoridades municipales recaben y conozcan el parecer de sus vecinos, a fin de trasladarlo a los órganos o dependencias del Organismo Ejecutivo competentes [ver fallos emitidos el veintiuno de enero y veintiocho de julio, ambos de dos mil quince y cuatro de diciembre de dos mil trece, dentro de los expedientes 5229-2013, 5251-2014 y acumulados 4639-2012

y 4646-2012, respectivamente]. Pero ello no equivale a la realización de la consulta prevista en el Convenio 169, que conlleva diferentes características en su desarrollo y consecuencias jurídicas en su resultado.

Por otro lado, esta Corte estima pertinente asentar que si bien el derecho de consulta no puede ser asumido como la prerrogativa de los pueblos indígenas a oponerse arbitrariamente al desarrollo de ese tipo de proyectos, debe tenerse presente que, derivado de los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala, al ratificar el Convenio 169, las medidas administrativas que se pretendan asumir en territorios en los que aquellos se encuentren radicados, pueden llevarse a cabo únicamente cuando se agote el proceso de consulta que les permita manifestar sus prioridades de desarrollo, ser plenamente informados sobre las implicaciones de tales medidas, deliberar libremente sobre las condiciones de viabilidad de estos, consensuar propuestas consecuentes con todo ello y, en suma, salvaguardar dignamente sus condiciones de vida y su existencia como pueblos con identidad, cultura y cosmovisión propias. Debe reconocerse entonces que la consulta no tiene por propósito inmovilizar indiscriminadamente toda iniciativa de explotación de recursos naturales, sino la garantía de que cada vez que se promueve una que pueda afectar a los pueblos indígenas y sus territorios, estos tengan oportunidad, por medio de sus legítimos representantes: *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.

En congruencia con lo expuesto, es equivocado afirmar que siendo la minería un tema cuya competencia corresponde al gobierno central, el resultado de la consulta en nada afecta las decisiones del Poder Ejecutivo al respecto. Al ser parte del Convenio 169, el Estado de Guatemala tiene la obligación, no solo a efectuar la referida consulta antes de desarrollar proyectos de aprovechamiento de recursos naturales en los territorios en los cuales esos pueblos residen, sino a asegurar el cumplimiento de todo aquello que se acuerde como resultado del proceso de consulta; además del deber esencial de garantizar el debido respeto de todos los derechos reconocidos en su favor en la Constitución Política de la República y en el citado instrumento internacional. En tal virtud, el Estado no puede poner en marcha medidas administrativas en los territorios de los pueblos indígenas sin haber agotado el proceso de consulta en los términos explicados, asegurar la efectividad de lo ahí consensuado y establecer que la existencia de esos pueblos será resguardada.

A fin de generar mejores condiciones de gobernabilidad y fomentar la convivencia intercultural pacífica, no puede el Estado imponer sus decisiones en materia de aprovechamiento racional de recursos naturales sin agotar, siempre que proceda, la consulta previa a los pueblos indígenas y estos últimos, por su parte, no deben hacer uso arbitrario de esa prerrogativa. Las autoridades gubernamentales competentes deben impulsar y hacerse cargo de efectuar la

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

consulta como espacio de democracia participativa. Es necesario tener claridad de que el proceso de consulta persigue propiciar espacios idóneos para que las partes concilien sus intereses legítimos. La Corte Constitucional de Colombia traza de manera elocuente el punto de vista que aquí se aborda: "(…) *Las consultas (…) no pueden ser utilizadas para imponer una decisión como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación sino que deberán ser tenidos como una ocasión propicia y no despreciable para que las entidades gubernamentales (…) consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural* (…)" [Sentencia SU-383/83 dictada el trece de mayo de dos mil tres, dentro del expediente T-517583 de acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República y otros]. Ahora bien, indistintamente de que debe consultarse a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas que puedan afectar sus condiciones de vida, es pertinente referir que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha delineado una serie de circunstancias en las que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria, cuya concurrencia debe establecerse en cada caso en particular, las circunstancias aludidas se enuncian a continuación.

La primera de estas situaciones es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente. El Artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece: "*Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, No se procederá a ningún*

traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso".

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

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

En este apartado es importante tomar en cuenta que, en cuanto al imperativo de proteger a los pueblos originarios cuando se corrobore que existan circunstancias perjudiciales para la subsistencia de estos colectivos, como las enumeradas, han sido enérgicos los pronunciamientos de parte de los órganos del Sistema Interamericano; verbigracia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado tajantemente: "(…) *se debe dar prioridad a los derechos a la vida e integridad de los pueblos indígenas y tribales (…) En consecuencia, tales pueblos tienen derecho a que se suspenda inmediatamente la ejecución de los planes o proyectos de desarrollo, explotación o extracción de recursos naturales que afecten esos derechos* (…)" [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos

naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, Op. Cit., p. 55]. Lógicamente, como en todo proceso de consulta, en el caso en particular, las afectaciones que se aduzcan producidas por el proyecto minero que se ejecuta en el territorio del pueblo Xinka, deben ser debidamente comprobadas en el proceso de diálogo que debe agotarse entre las partes, con el auxilio de los expertos en la materia que corresponda.

b) Límites de la potestad del Estado de poder autorizar la explotación de los recursos naturales

Un punto íntimamente ligado con el abordado en la literal que precede, es el externado por la Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala, al interponer apelación, quien aseguró que el fallo de primer grado, al privilegiar lo regulado en el Artículo 125 constitucional, soslayó los derechos de los pueblos indígenas.

Al respecto cabe afirmar que un justo balance de la situación conllevará a comprender que si bien en el Artículo 125 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se declara de utilidad y necesidad públicas la explotación de minerales, en ese mismo precepto también se impone al Estado la obligación de que esa explotación se efectúe en forma *técnica y racional*. James Anaya y James Cavallaro, en estudio jurídico presentado ante esta Corte, afirmaron que, según los estándares internacionales, los Estados pueden imponer limitaciones al ejercicio de algunos derechos (aunque solo a aquellos que no sean considerados como “intangibles”) y que tales limitaciones solo pueden establecerse bajo parámetros limitados y bien definidos. Para ser válidas, estas limitaciones tienen que cumplir con los criterios de necesidad y

proporcionalidad con una finalidad pública válida, definida dentro de un marco general de respeto de los derechos de una comunidad o pueblo indígena y no se obtenga el consentimiento, el Estado tendría que determinar y justificar por qué el proyecto de extracción es necesario para lograr un objetivo legítimo y asegurar que su diseño es necesario y proporcional para lograr tal fin. En semejante sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay [Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo 217] y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay [Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo 138].

En la Constitución Política de la República de Guatemala, el legislador constituyente dejó asentada en el citado Artículo 125, una salvaguarda que es primordial para comprender la forma en la cual el Estado puede emprender la explotación de los recursos naturales existentes en territorio guatemalteco. Aunado a lo anterior, en el caso de que tales proyectos pretendan ser desarrollados en territorios ocupados por pueblos indígenas, aunque corresponda al Poder Ejecutivo decidir sobre las solicitudes de licencia de exploración o explotación de esos recursos, ese ente debe velar porque esas actividades, además de que se hagan bajo aquellos parámetros constitucionales –en forma técnica y racional–, cumplan las obligaciones que el Estado contrajo al ratificar el Convenio 169, consultando a los pueblos indígenas y tomando todas las medidas necesarias para el resguardo de su subsistencia digna.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio y ha afirmado que el derecho al desarrollo implica que cada Estado

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo el otorgamiento de concesiones y la apertura a inversiones internacionales, y señala que las actividades de esta naturaleza pueden responder a intereses legítimos, incluso de alcance nacional. Sin embargo, ha advertido la Comisión que las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para evitar que sus efectos recaigan en forma desproporcionada en los pueblos indígenas y tribales, y las comunidades afrodescendientes, colectivos cuya diversidad étnica y cultural los Estados tienen obligación de proteger. [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, Op. Cit., pp. 18 19, 35 y 36].

E) Llamado al actuar responsable de todos los actores inmersos en el asunto

Esta Corte, en anteriores oportunidades, ha sido enfática en afirmar que un escenario de enfrentamientos, violencia y desconfianza, no coadyuva a que la realización de la consulta sea auténticamente productiva. Quedó asentado en los pasajes teóricos de la presente sentencia que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo y disminuyen las tensiones sociales. Se afirmó que la instauración de un clima de confianza mutua es consustancial a toda consulta. Es enérgico este Tribunal en mencionar que perspectivas como la contenida en la afirmación registrada al final del Anexo 6 que invita a: "(…) *tomar en cuenta que las autoridades indígenas están vinculadas a ciertos conflictos pero porque algunos estuvieron vinculados en el conflicto armado interno"* denotan prejuicios

inadmisibles, que anulan la razón que debe privar en los representantes del Estado al momento de administrar los procesos consultivos. Expresiones como la asentada únicamente abonan y recrudecen el ambiente de tensión entre las partes. James Anaya, según afirma en el informe jurídico presentado ante esta Corte, tras su visita a Guatemala, notó que en el país se ha incurrido en rupturas de aspectos importantes de la identidad de los pueblos indígenas, observando que, además el conflicto armado "*tuvo un impacto altamente destructivo de las formas tradicionales de organización social y política al interior de las comunidades"* [ver estudio jurídico presentado ante esta Corte, obrante a folio mil seiscientos dieciocho (1618) de la Pieza III de esta Corte]. Ante esa circunstancia puede advertirse que descalificaciones como la anotada únicamente tienen como efecto irrespetar la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus autoridades, parte importante de su organización política.

Igual descalificación merece el comentario documentado en ese mismo Anexo que recomendó: "(…) *evita[r] que las consultas puedan ser vía para que liderazgos interesados incurran en extorsiones".* Ese tipo de percepciones desconocen el verdadero objeto del proceso de consulta y demeritan el actuar legítimo de los pueblos indígenas, en resguardo de los derechos que les han sido reconocidos.

También reprocha este Tribunal la afirmación contenida en el documento titulado *Primer Diagnóstico Comunitario, Proyecto de Explotación Minera Escobal, San Rafael Las Flores, Santa Rosa,* en el cual la Unidad emisora afirmó que en aquella área "*únicamente el uno por ciento (1%) se identifica como maya o Xinka*". Tal aseveración, cuyo sustento ni siquiera se precisa dentro del documento, luce irreflexiva y no debió ser tomada como indicativo de inexistencia

de pueblos indígenas en la región. Extremos como el aludido debieron motivar la realización de estudios especializados que permitieran establecer la existencia de pueblos titulares del derecho de consulta. Habiendo quedado dilucidado este punto mediante el pronunciamiento que esta Corte efectúa en este fallo, en cuanto a la existencia del pueblo Xinka en aquella región: **el proceso de consulta que se ordenará debe ejecutarse con total conciencia y absoluto respeto de la existencia de ese colectivo humano en aquella región.**

También estima pertinente este Tribunal hacer llamado a los diversos actores que han aspirado a acompañar al pueblo Xinka en la defensa de sus derechos. Esta Corte considera que las asesorías responsables que puedan proporcionarse a los citados grupos humanos son encomiables y valientes, porque persiguen la defensa de grupos que históricamente han sido colocados en condiciones de marginación. Sin embargo, ese acompañamiento debe hacerse de forma seria, de tal manera que forme en el pueblo indígena conocimiento informado, mediante argumentos que, aún y cuando les sea trasladados en lenguaje sencillo, posean sustento y respaldo científico y racional. Las meras especulaciones o acciones legales insustanciales únicamente consiguen colocar, infundadamente, a los integrantes de ese pueblo en condición de zozobra y angustia.

Consta de oficio a este Tribunal, el documento electrónico titulado "*Informe final identidad, territorio y conflictividad social en la región Xinka*", de las autoras Claudia de los Ángeles Dary Fuentes y Lourdes Gretel Ninoshtchka Galindo Tórtola, publicado por el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Las autoras del informe aluden a algunos actores sociales que han trasladado información a la población respecto de *"los impactos*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

negativos que la extracción minera causa tanto en el cuerpo humano como en la naturaleza (el agua, el suelo, etc.)”. Derivado de su trabajo de campo, incorporaron a su estudio la fotografía de un afiche en el que aparecen, además de las imágenes de seis personas mostrando severas afecciones en la piel, el logotipo de “CALAS”. Las autoras inmediatamente debajo de la fotografía consignaron la información siguiente: “*Figura 43. Afiche pegado en las paredes de una tienda. Se difunde las enfermedades que causa en el cuerpo humano los químicos de la minería, promocionado por CALAS. Aldea Soledad Grande, Mataquescuintla, Jalapa. Foto, Gretel Galindo, 2015*.” [Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Informe final identidad, territorio y conflictividad social en la región Xinka. Guatemala, Guatemala. 2015. p. 139.]

Llama la atención de este Tribunal que, pese a ser evidente que el derecho a la salud posee íntima relación con el derecho a un ambiente sano y a la protección de la subsistencia física de los integrantes del colectivo indígena en mención, la entidad postulante, al someter el asunto a juzgamiento de la justicia constitucional, ninguna mención haya efectuado al respecto. No consta que, en la actividad realizada por el Viceministerio, en la cual los personeros de la ahora postulante tuvieron participación, que estos hayan realizado denuncia de ese particular peligro. Si bien los espacios abiertos por esa oficina pública no llenaron las condiciones para ser tenidos como procesos consultivos, eran oportunidades idóneas para que, todos los actores, trasladaran sus preocupaciones fundadas a las autoridades, para que estas tomaran debida nota de ellas, las dejaran asentadas en los registros estatales y procedieran a investigarlos, bajo pena de incurrir en responsabilidad. Resalta esta Corte el llamado efectuado por las

autoridades del Viceministerio de Desarrollo Sostenible, en cuanto a que se efectuaran las denuncias concretas de contaminación a efecto de que estas fueran investigadas.

El soporte serio y responsable que pueda darse a los pueblos indígenas, coadyuva a que estos puedan adoptar posturas acordes a la defensa de sus intereses legítimos.

Como coralario de lo anterior, esta Corte estima pertinente efectuar llamado a todos los involucrados en el proceso de consulta y a aquellos que legítimamente pudieran resultar inmersos en este, a efectuar sus reclamos y defender los puntos de vista que funden sus posturas, por vía de los canales institucionales previstos en las leyes, evitando actos de violencia que pongan en riesgo la realización del proceso consultivo. El sostenimiento de un ambiente de tensión y conflictividad merma la posibilidad de que ese proceso se constituya en vía de diálogo y participación, tal como está previsto en el Convenio 169.

F) FORMAS DE RESTITUCIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA AFECTADA AL PUEBLO XINKA

Los términos de los efectos de la protección se precisarán en la parte resolutiva del presente fallo.

Derivado del otorgamiento de la protección constitucional pedida esta Corte ordenará:

a) Al Ministro de Energía y Minas: i) agotar el proceso de consulta con el pueblo indígena Xinka radicado en el área de influencia del proyecto de explotación con licencia *Escobal*. En caso de persistir la ausencia de regulación relativa al derecho de consulta a los pueblos indígenas, para la realización de la consulta que en este fallo se ordenará realizar, deberá seguir las pautas que se

delinean en los Considerandos V, VI y VII del presente fallo y **ii)** instruya la implementación de todas las medidas pertinentes a fin de asegurar que la actividad de explotación del proyecto minero con licencia *Escobal* se realice conforme los estándares adecuados.

b) Al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales que: **i)** dentro de los ocho (8) días siguientes de que cobre firmeza el presente fallo, debe dictar resolución ordenando a la entidad que elaboró el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de explotación *Escobal* que, en el plazo de diez (10) días, proceda a revisar el área de influencia de este proyecto. Cumplido el citado requerimiento, el meritado Ministerio, por medio de la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, deberá dictar la resolución correspondiente; **ii)** en esa misma resolución deberá ordenar a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, que presente actualización del Plan de Gestión Ambiental contenido en el Estudio de Impacto Ambiental que le fue aprobado por ese Ministerio, acto para el cual deberá fijar plazo de quince (15) días. Esa Cartera comunicará a la citada entidad los términos de referencia que servirán de base para aquella actualización. La actualización del Plan de Gestión Ambiental deberá requerirla el citado funcionario a la entidad minera cada tres años, durante el tiempo que dure la vigencia del proyecto de explotación; **iii)** intensificar y optimizar las medidas de protección al medio ambiente del área en el cual se ubica el proyecto de explotación, asumiendo todas las disposiciones que permitan verificar que se han cumplido las medidas de mitigación establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por esa Cartera; **iv)** coordinar la implementación de todas las medidas de mitigación y/o reparación de posibles daños ecológicos o de otra naturaleza que pudieran

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

haberse ocasionado al territorio del pueblo indígena Xinka, aunque no hayan sido previstos en el citado Estudio; **v)** ordenar que se implementen todas las medidas eficaces para evitar la contaminación del recurso hídrico de todos los afluentes que puedan resultar afectados derivado de la actividad de la entidad minera; **vi)** ordene la realización de inspecciones en las instalaciones del proyecto minero, a efecto de establecer si las actividades, hallan provocado o provoquen contaminación de los afluentes hídricos de la región. Las actividades descritas en los numerales contenidos en esta literal deberá instruirlas el Ministro obligado por medio de las unidades o departamentos del Ministerio a su cargo, pudiendo requerir el apoyo de las instituciones públicas que estime pertinentes, **debiendo presentar informes ante el Tribunal de Amparo de primer grado,** a efecto de que este establezca la debida ejecución de lo ordenado.

c) Al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social que: **i)** inicialmente ordene efectuar Estudio de Línea Base de salud en el área en la cual se desarrolla el proyecto minero con licencia *Escobal*, debiendo identificar la concurrencia de enfermedades que puedan derivar de la actividad minera; **ii)** ordenar la implementación de todas las medidas eficaces que permitan resguardar la salud de todas las personas que de una u otra manera tengan relación con el proyecto, tanto de las personas que laboran en el proyecto de explotación como de quienes habitan en el área de influencia del proyecto, debiendo disponer la realización de monitoreos trimestrales que permitan establecer la efectividad de las medidas asumidas y **iii)** ordene la realización de monitoreos trimestrales sobre el agua que, para uso humano, se distribuye en las áreas de influencia, debiendo determinar que la calidad de ese recurso natural sea óptimo para su consumo. Deberá instruir a quien corresponda la eliminación

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

de elementos como el arsénico, el cianuro y cualquiera otro que, en niveles no permitidos, puedan resultar nocivos para la salud de las personas, los animales y las plantas de la región. En caso de advertir que la contaminación ha provenido de otros elementos, debe informar a las municipalidades correspondientes. La comunicación que se haga a estas entidades ediles las obligará a revisar sus sistemas de potabilización del agua.

d) A los Ministerios de Energía y Minas y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, crear comisiones de verificación de la efectividad de las actividades descritas en las literales que anteceden, con el objeto de evitar, en todo ámbito, que el proyecto extractivo al que se ha aludido cause impacto negativo. En la conformación de tales comisiones incluirá a entes académicos ajenos a la controversia [Vgr. Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas –CESEM– de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad –CEAB– de la Universidad del Valle de Guatemala.] Cabe precisar que, en el presente fallo, en diversas oportunidades, se ha mencionado que, para resguardar el rigor técnico y científico de los actos que se ejecuten derivado de lo decidido en este fallo, debe preverse la posibilidad de que instituciones científicas particulares intervengan en actividades de asesoría que correspondan a su especialidad, ante tal circunstancia, para dotar de efectividad el pronunciamiento de este Tribunal, en la parte resolutiva del presente fallo, debe ordenarse al Ministerio de Finanzas que sitúe, a los Ministerios de Ambiente y Recursos Naturales y de Energía y Minas, los fondos que sean necesarios para sufragar los gastos que pueda irrogar la intervención de esas entidades particulares. Y,

e) Al Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional para la

Reducción de Desastres –CONRED– que: **i)** en el plazo que se fijará en la parte resolutiva del presente fallo, disponga la realización de estudios especializados en el proyecto minero con licencia de explotación *Escobal*, a efecto de establecer los riesgos de desastres que esa actividad de explotación pudiera conllevar, tanto para la vida como para los bienes de las personas. Una vez realizados los estudios ordenados, el citado funcionario informará los resultados de esa actividad al Ministerio de Energía y Minas, debiendo, además, comunicar a esa Cartera las medidas pertinentes que deberán asumirse a efecto de resguardar la integridad de todas las personas que, de una otra manera, tengan relación con la actividad del proyecto en mención. También comunicará las acciones que sean pertinentes para el debido resguardo de los bienes de quienes habitan en áreas que puedan ser afectadas por la actividad del proyecto minero y **ii)** elaborar, en forma conjunta con las municipalidades en donde se ubican las áreas de influencia de los proyectos, manual de procedimientos para la atención de emergencias a nivel local, el cual deberá ser divulgado por ambas entidades en forma conjunta.

-VII-

PAUTAS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE CONSULTA

La consulta deberá preverse como un diálogo intercultural de buena fe, en el cual se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes. Consecuentemente, el proceso de consulta que deberá agotarse debe estar orientado, por un lado, a formar en el pueblo Xinka radicado en las áreas de influencia de cada proyecto, panorama objetivo, pleno y transparente del modo y grado de las implicaciones de la autorización de tales proyectos, considerando tanto sus beneficios como sus repercusiones no deseadas así

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

como las posibilidades de mitigación, compensación o resarcimiento de estas; y por otro, a trasladar a las autoridades públicas competentes, visión culturalmente pertinente y ajustada a la realidad, de las prioridades de desarrollo, preocupaciones, expectativas y propuestas de aquellas comunidades frente a la indicada iniciativa. Es a partir de esa concepción que la consulta propenderá efectivamente a la disolución de factores de polarización y a propiciar el acercamiento de perspectivas y posturas que desemboque en la cristalización de acuerdos satisfactorios para todos los interesados.

Deberán constituirse en espacios idóneos en los cuales las autoridades escuchen las preocupaciones e inquietudes de la población y dispongan las medidas y estudios necesarios para establecer si aquellas poseen o no sustento científico, debiendo proporcionar al pueblo Xinka la información que respalde cualquiera de los resultados obtenidos. Este último podrá hacerse asesorar por entes especializados que les permitan fiscalizar la información que les sea proporcionada. Como quedó asentado en apartados precedentes, ha surgido en el seno del Pueblo Xinka grave nivel de preocupación, por cuestiones tales como la posibilidad de que la actividad minera provoque malformaciones en fetos o el aumento en la sismicidad en su territorio, las experiencias de presuntos desastres derivados de la labor de explotación minera en otros países, la mortandad de las personas y el desempleo luego del cierre del proyecto. Las citadas preocupaciones únicamente quedaron esbozadas en el expediente del Viceministerio de Desarrollo Sostenible, sin que conste a este Tribunal que el Ministerio de Energía y Minas, en atención a lo reiterativo de esas afirmaciones, haya dispuesto estudios serios y profundos que permitieran confirmar o desmentir que tales temores poseen debido respaldo científico. Sin embargo, por constituir

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

graves señalamientos de violación a derechos humanos, el Estado deberá escuchar las preocupaciones de los integrantes de aquel pueblo indígena y deberá encomendar a entidades o instituciones ajenas a las partes la realización de análisis técnicos especializados que permitan establecer con propiedad si poseen fundamento y, en caso de comprobar tal extremo, deberá disponer todas las medidas necesarias para evitar que tales efectos puedan concretarse.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado: "(…) *los Estados tienen el deber de tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos o comunidades afectados, y de prestar la debida consideración a dichas preocupaciones, demandas y propuestas en el diseño final del plan o proyecto consultado (…)* [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.* p. 97.]

Otra circunstancia relevante que deberá establecerse mediante el proceso de consulta es la forma en la que, en todo caso, el pueblo Xinka participará de los beneficios del proyecto. Para la determinación de este extremo, será valiosa la asesoría que el colectivo citado pueda requerir de entes especializados que coadyuven en el diseño de medidas efectivas que aseguren y garanticen su subsistencia digna.

La Corte de Constitucionalidad, en fallo de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dictado en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, hizo referencia a que la falta de normativa local sobre la forma en la cual debe agotarse el proceso de consulta a los pueblos indígenas, motivó a este Tribunal, en fallos de anterior data [en especial en el emitido en los expedientes

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

acumulados 156-2013 y 159-2013], a fijar las "*pautas para la realización de la consulta a los pueblos indígenas*", las cuales deben observarse para que esta se entienda realizada conforme los términos que exige el Convenio 169 y que han sido desarrollados por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En esos fallos fueron descritas las principales fases que deben observarse en la realización de los procesos de consulta a pueblos indígenas. Tales parámetros serán tomados como referencia en este fallo, para fijar el esquema procedimental que deberá seguir el Ministerio de Energía y Minas, con el objeto de preservar ese derecho de consulta, ajustando aquellas pautas a las particularidades que posee el caso que ahora se juzga.

A) El Ministerio de Energía y Minas debe requerir al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales informe circunstanciado en el cual se precisen, según el análisis propio que de conformidad con la ley debe realizar, las repercusiones ambientales del proyecto y, en general, cuanta información sea pertinente para efectuar posteriormente balance integral y objetivo del modo y grado de su incidencia. Debe prestarse especial atención a la determinación del área de influencia del proyecto y las medidas de mitigación propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental.

B) Recibida la documentación relacionada en la literal precedente, el Ministerio de Energía y Minas, convocará por todos los medios de difusión y comunicación, con cobertura en los municipios que conformen el área de influencia del proyecto. En la convocatoria se incluirá, cuando menos, a las personas e instituciones siguientes, con el objeto de que designen dos (2) representantes titulares y dos (2) suplentes:

a. Al Concejo Municipal de cada uno de los municipios que constituyan área

de influencia de los proyectos.

b. A las comunidades indígenas radicadas en los municipios que constituyen el área de influencia de los proyectos. El pueblo indígena xinka, **según su propia elección**, podrá comparecer por medio de las autoridades del Parlamento Xinka o bien designar sus representantes de acuerdo a sus propias costumbres, instituciones y tradiciones.

c. A los Ministerios de Cultura y Deportes, y de Ambiente y Recursos Naturales. A cada cartera ministerial corresponde designar dos (2) representantes (titular y suplente) por separado.

d. Al o los Consejos Comunitarios de Desarrollo que funcionen en los municipios que constituyen el área de influencia de los proyectos de exploración y explotación.

e. A la titular de los derechos mineros del proyecto de explotación con licencia "*Escobal",* Minera San Rafael, Sociedad Anónima.

f. A dos representantes del Procurador de los Derechos Humanos (titular y suplente).

g. A dos representantes (titular y suplente) del Ministerio de Energía y Minas, el cual, al igual que el citado en la literal anterior, tienen función mediadora entre los convocados.

h. A la Universidad de San Carlos de Guatemala y a las Universidades Privadas que integran el Consejo Departamental de Desarrollo que funciona en los departamentos incluidos en el área de influencia.

i. A dos representantes (titular y suplente) de la Comisión Presidencial de Diálogo.

C) Una vez queden acreditados en el Ministerio de Energía y Minas los

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

respectivos representantes de los sujetos convocados deben llevar a cabo la etapa de pre-consulta, en la cual deberán realizarse las actividades siguientes:

i) Los participantes fijarán el plazo de duración de la etapa de pre-consulta.

ii) Las personas e instituciones idóneas, según su ámbito de competencia o campo de conocimiento, harán presentación inicial, proporcionando información objetiva, veraz y atinente sobre las implicaciones de la autorización del proyecto, a manera de situar la base para la ponderación del modo y grado de su incidencia en las condiciones de vida del colectivo indígena asentado en el área de influencia de ambos proyectos. Esta información será trasladada de modo accesible y fácilmente comprensible. El pueblo indígena puede designar expertos en la materia, que sean de su confianza, que les ayuden a analizar la información que se les proporcionará.

iii) A continuación propondrán y definirán los mecanismos mediante los cuales se debe realizar el proceso de consulta; todos los sujetos convocados decidirán conjuntamente sobre su diseño. Dentro de su flexibilidad, deben contener, como mínimo:

a) Las actividades deben realizarse como parte de los procedimientos de buena fe que deben agotarse para alcanzar, de manera propositiva, consensos y acuerdos entre los actores principales del proceso, siendo estos: el Ministerio de Energía y Minas, el pueblo indígena Xinka, radicado en las áreas de influencia del proyecto de explotación con licencia *Escobal,* respectivamente, la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima.

b) Designación, por parte de los pueblos indígenas, de asesores pertenecientes a entes académicos especializados que les acompañarán durante el proceso de consulta.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

c) El pueblo indígena Xinka, por medio de sus representantes, deberá exponer, también de modo accesible y comprensible, información acerca de su modo de vida tradicional, su identidad cultural, su estructura social, su sistema económico, sus costumbres, sus creencias, sus tradiciones distintivas y otros extremos que estime pertinentes expresar. Para la organización de esa información, el pueblo indígena puede apoyarse en aquella asesoría especializada perteneciente a entes académicos imparciales. En las reuniones a realizar, la intervención de estos expertos coadyuvará a que todos los representantes obtengan comprensión de la totalidad de aspectos de la vida del pueblo indígena en mención.

d) Mecanismos de solución de las desavenencias que puedan presentarse entre quienes intervienen en el desarrollo de la consulta.

e) Calendarización de las fases del proceso de consulta, diseñados de acuerdo con plazos razonables para su realización, en la que cuanto menos se incluyan aspectos como: **i)** determinación concreta de oportunidades para pronunciarse acerca de las propuestas formuladas por los actores directamente involucrados en la consulta; **ii)** fechas probables de materialización de preacuerdos y **iii)** forma de sistematización de los acuerdos alcanzados y de seguimiento que propicie su cumplimiento.

D) Una vez realizada la pre-consulta, dentro del plazo fijado en la primera reunión, se procederá a la apertura de la consulta propiamente dicha, en la 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. Los demás

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

sujetos convocados para la pre-consulta también intervienen en esta etapa, pero sin que sus pronunciamientos vinculen directamente a los actores principales. En esta etapa el acompañamiento de los entes especializados –académicos e imparciales– al pueblo indígena Xinka será de primordial relevancia. El Procurador de los Derechos Humanos fungirá como observador en todo el proceso.

E) Alcanzados 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.

F) Sobre otros efectos que este Tribunal conferirá a su decisión

En virtud que, como quedó asentado en el apartado precedente, existen motivos que justifican el otorgamiento de amparo en el presente caso, resulta pertinente acotar que las medidas que se dispondrán para restablecer la situación jurídica afectada dependerán de la ponderación que este Tribunal efectuará de diversas circunstancias.

Los sujetos que participan en este proceso han manifestado posturas antagónicas con relación al efecto que, según su propia perspectiva, debería conferir este Tribunal a su decisión. Unos requieren la anulación de la licencia otorgada y otros, por el contrario, propugnan por su conservación derivado de la buena fe que, según sus aseveraciones, ha caracterizado el actuar tanto de las autoridades administrativas como de la titular del derecho minero.

Como cuestión preliminar se estima pertinente efectuar pronunciamiento respecto de una circunstancia que, con recurrencia, fue invocada por las partes para delinear los efectos del fallo de esta Corte.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

El Procurador de los Derechos Humanos, la Cámara de Industria de Guatemala y la Cámara de Comercio Guatemalteco-Americana (AMCHAM), en los estudios jurídicos presentados dentro del presente expediente, afirmaron que este fallo se debe sustentar en el contenido de la sentencia proferida dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 (caso Oxec y Oxec II), en virtud que ese es un fallo de carácter estructural, que sentó las bases para resolver casos futuros en los cuales el acto que se reclama sea la omisión de proceso de consulta previa e informada.

La afirmación de los sujetos procesales que requieren que se aplique al presente caso la sentencia atípica dictada en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, estriba especialmente en que en ese fallo, esta Corte, no dispuso la suspensión de las licencias que autorizaron el funcionamiento de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II, en el municipio de Santa María Cahabón, departamento de Alta Verapaz –autorizaciones que fueron otorgadas sin consultar a la comunidad indígena q'eqchi' radicada en el área de influencia de los citados proyectos–. Al aludir a los efectos de la sentencia referida, algunos aseguraron que la decisión de permitir que las licencias conservaran su vigencia y que los proyectos hidroeléctricos pudieran continuar ejecutándose, aun cuando las autorizaciones habían sido otorgadas en aquellas circunstancias, es el alcance que debe darse a los fallos que se dicten en todos los asuntos en los cuales se discutan asuntos que guarden similitud con el decidido en aquella sentencia. Quienes sostienen esa postura, han asegurado que si el fallo dictado en el expediente en mención, proveyó las bases para resolver casos futuros en los que se reclame contra la omisión de agotar el proceso de consulta previa, la resolución del presente asunto debe hacerse aplicando todos los términos

dispuestos en aquella decisión que citan como precedente. Esa percepción les hace afirmar que, en el presente caso, también debe declararse que la entidad minera puede continuar con las labores extractivas que le fueron autorizadas mediante la licencia de explotación *Escobal*.

Para responder el argumento de mérito, es conveniente citar que en el fallo al que se hace referencia, esta Corte afirmó que las sentencias estructurales o macrosentencias, son aquellas que los jueces dictan en casos en los cuales identifican la existencia de desconocimiento generalizado, recurrente y grave de derechos humanos. Se emiten cuando, de modo sistemático, se ha producido un déficit de derechos humanos, que ha sido resuelto en forma individual, pero que la subsanación de la problemática impone la necesidad de dictar una sentencia con alcances más amplios.

En ese fallo, la Corte afirmó haber identificado un problema estructural: la violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas. Afirmó este Tribunal que, en todos los asuntos traídos a su sede y que se relacionaban con el tema: "(…) *se evidencia falta de cumplimiento de tal consulta respecto de los pueblos indígenas (implementación, coordinación y supervisión), así como la observancia de los estándares que se han fijado sobre el particular (…) Ante esta situación que acontece en la realidad, en la que figuran como afectados una gran cantidad de personas que reprochan violación al derecho de consulta previsto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es indispensable que esta Corte adapte sus decisiones, para dar respuesta rápida y eficaz a la problemática suscitada (…)* ***Lo anterior, refleja un problema estructural, para el que debe darse respuesta por medio de una sentencia en la que se provea de lineamientos para superar la debilidad detectada***." [El resaltado no

figura en el texto original.] Inmediatamente en el apartado que denominó: "*La ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno*" esta Corte afirmó: "(…) *la ingente necesidad de que sea emitida normativa ad hoc sobre la consulta a pueblos indígenas obedece también a la creciente conflictividad que su ausencia provoca en el tejido social, debido a que la contraposición de intereses que han generado proyectos, operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales no encuentra un marco procedimental institucionalizado y replicable en el que pueda resolverse adecuadamente* (…)" Luego se describió la percepción generalizada, a nivel nacional e internacional, del significativo costo social y político que representa para el país la omisión de regular internamente la consulta; a esa repercusión, aseguró, "*se añade el pernicioso efecto que causa sobre la seguridad jurídica, como factor clave para propiciar las inversiones y una economía sana*". Se enfatizó en que: "(…) *la omisión por parte del Congreso de la República de legislar sobre la consulta referida, ha propiciado en el país un clima de desconfianza para las comunidades indígenas que pueden verse perjudicadas por proyectos encaminados al desarrollo social y las empresas inversionistas de tales proyectos, al no existir reglas claras que doten de certeza jurídica el goce del derecho a la consulta de las comunidades mencionadas y de otros derechos que puedan verse afectados por operaciones o actividades de exploración o explotación de los recursos naturales en sus territorios, así como los de las entidades referidas que aportan su capital para poner en marcha los proyectos aludidos con el riesgo inminente de que su inversión pueda verse mermada o perderse ante la inexistencia de aquellas reglas.* ***Esa realidad nacional precisamente justifica al Tribunal adoptar la emisión de una sentencia***

estructural, que hace factible la creación de directrices normativas generales para configurar las pautas del procedimiento de consulta a los pueblos indígenas que debe observar el Ministerio de Energía y Minas (…) no solo para este caso, sino para futuros, con la finalidad de superar la ausencia de legislación interna que regule sobre el particular*, así como la vinculación de otras autoridades distintas de la reclamada en amparo, para garantizar la efectividad del derecho de mérito, lo que permitió en esta oportunidad estimar razonable compeler al Congreso de la República de Guatemala, por ser el organismo estatal que no ha decretado la normativa concerniente a aquel procedimiento (…) esta Corte, ejerciendo la función que le ha sido encomendada por el Magno Texto –defensa del orden constitucional–,* ***diseña una estructura para el pleno goce de un derecho colectivo y de prestación****, superando así los obstáculos que existen para su plena efectivización; esto propugna la realización de manera responsable de proyectos encaminados al desarrollo sostenible (en beneficio de las comunidades indígenas y de los propios inversionistas),* ***lo que dota de certeza y seguridad jurídicas los derechos de los pueblos indígenas y la inversión de los particulares****, buscándose de esa forma el equilibrio y armonización de diversos intereses, dentro de un ambiente de concordia y convivencia pacífica, en donde exista el compromiso del Estado de respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas, en especial de aquellas que en forma colectiva e individual han sido susceptibles de segregación o marginación histórica*."

Puede advertirse del fallo citado que, para solventar la violación sistemática al derecho de consulta, dispuso emitir las pautas que debía seguir el Ministerio de Energía y Minas en casos en los cuales debía consultarse a los

pueblos indígenas, previo a asumir medidas que pudieran afectarles, decisión que se asumió, según quedó expresado en los pasajes transcritos, para dotar de seguridad y certeza jurídicas los derechos de los pueblos indígenas y la inversión de los particulares. Como parte de los efectos del citado fallo estructural, se dispuso también ordenar al Congreso de la República que emitiera la legislación que efectivizara el goce del derecho de consulta. No puede afirmarse, por consiguiente, que la decisión de que en aquel asunto pudieran continuarse ejecutando labores, forme parte de las pautas generales replicables que esta Corte incluyó en su fallo. Y esto no podría ser de otra manera porque, en todo caso, los efectos que en cada asunto particular sometido a su conocimiento debe conferir este Tribunal a sus fallos, específicamente en relación a la situación jurídica de las licencias que ya han sido otorgadas sin observar el derecho de consulta a los pueblos indígenas, es una situación que debe decidirse *vis a vis*. La decisión que debe asumir el Tribunal dependerá de la ponderación que efectúe de las circunstancias propias de cada asunto, como ocurrirá en el presente caso, en el apartado que sigue.

a) Situaciones sujetas a ponderación Tribunal para determinar los efectos del presente fallo

Esta Corte, al efectuar la lectura de todos los documentos aportados como medios de prueba durante la tramitación del presente proceso de amparo, encuentra que en la región en la cual se desarrolla el proyecto de explotación minera, se ha suscitado grave clima de conflictividad. Según quedó documentado en el expediente del Viceministerio de Desarrollo, en aquella área han surgido posturas antagónicas dentro de los propios pobladores, unos adversando la actividad minera y otros, por el contrario, avizorando oportunidades positivas para

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

la región derivado de la ejecución del proyecto. Esto motivó que, incluso dentro de la tramitación del presente proceso de amparo, comparecieran pobladores de la región a esgrimir posturas totalmente opuestas: algunos propendiendo a la cancelación de la licencia de explotación *Escobal* y otros, por aparte, requiriendo que se permita a la entidad responsable del proyecto, continuar con la ejecución de las labores extractivas.

La ruptura del tejido social que ha acaecido en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, conduce a este Tribunal a optar por conferir a su fallo efectos que conlleven a la armonización de las posturas antagónicas que han surgido dentro del propio seno de la población. Debe recordarse que la armonía ha sido evocada por esta Corte como elemento coadyuvante en la materialización de los procesos consultivos.

La ponderación de la situación descrita, inclina a este Tribunal a ordenar la realización del proceso de consulta, pero sin disponer la anulación de la licencia de explotación *Escobal*.

En este apartado se estima pertinente resaltar que si bien las actividades realizadas por la entidad minera y algunos actores de la región, no se concretaron dentro de un proceso de consulta que pueda tenerse por válidamente celebrado, sí constituyen indicativo de la capacidad de diálogo de las partes participantes. Los acuerdos y convenios celebrados [en especial los relativos al pago de regalías voluntarias y de aporte económicos voluntarios] constituyen indicio que permite a este Tribunal crear expectativa favorable de la voluntad en la negociación por parte de los involucrados en tales acuerdos. Cabe resaltar que los convenios que ya han sido celebrados y que se encuentran vigentes, en caso de ser compatibles con los acuerdos a los cuales se arribe

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

dentro del proceso de consulta, luego de agotado este, podrán recibir el aval de las partes del proceso de consulta y con ello se comprenderán formalizados e incorporados a las decisiones asumidas dentro de ese proceso de diálogo. Llama la atención de este Tribunal, la afirmación efectuada por el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos –CALDH–, quien en su estudio jurídico afirmó que en reunión llevada a cabo en el Consejo Comunitario de Desarrollo –COCODE– de la Aldea Los Planes del municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, celebrada el cinco de abril de dos mil diecisiete, documentada en el punto tercero del acta LPN – uno – dos mil diecisiete (LPN-1-2017) los participantes manifestaron: *"*(…) *mantienen una preocupación de la situación que se generará cuando la mina cierre y la sugerencia de que los aportes de la mina sean proyectos auto-sostenibles, como una cooperativa que ayude a que los grupos de agricultores puedan darle un valor agregado a sus productos, y f) posibilidades de trasladar las actuales condiciones de trabajo para que se mantengan en el tiempo mantienen (…)"*

En este apartado se estima pertinente asentar lo afirmado por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- y las otras instituciones que le acompañaron en su estudio jurídico, en cuanto a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y tribales se beneficien razonablemente de las actividades de explotación de recursos [ver folio mil ciento setenta y seis (1176) de la Pieza III formada ante esta Corte].

Esta Corte estima que, en el presente caso, con la administración adecuada que debe efectuar el Ministerio de Energía y Minas, los diversos actores pueden agotar en debida forma un pronto y ágil proceso de consulta fructífero, en el cual

la actitud de diálogo y conciliación será elemento positivo que coadyuvará en la consecución de los objetivos, arribando a acuerdos que permitan conciliar los intereses legítimos de ambas partes. En el caso del pueblo Xinka, además de permitirle participar en el diseño de las medidas que tiendan a preservar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones, se le dé la posibilidad de formular y evaluar los planes y programas de desarrollo económico, social y cultural que estimen adecuados. Cabe resaltar que, según la perspectiva manifestada en aquella reunión a la que se alude en el estudio jurídico citado, una de las diversas causas de preocupación del pueblo Xinka es la implementación de programas de desarrollo sostenible, que impida que, a la finalización del proyecto de explotación, las condiciones de vida del pueblo resulten en decadencia.

Este Tribunal no soslaya la denuncia efectuada en varias de las intervenciones documentadas en el expediente del Viceministerio, en cuanto al abandono en el cual ha incurrido aquella entidad en la ejecución de algunas obras que había aceptado realizar en distintas comunidades. Esta Corte no advierte que la interrupción en la ejecución de algunas obras pueda ser tomada como referente de actuar negligente o alevoso de la citada entidad minera. Esta percepción del Tribunal deriva del análisis del expediente del Viceministerio, en el cual puede advertirse que, en la etapa inicial del proyecto *Escobal* a la entidad le fueron requeridos varios proyectos, que fueron de interés para las comunidades recipiendarias. Nota este Tribunal que fue luego de algún tiempo, cuando derivado de la negativa de agotar el proceso de consulta, entre otras razones, se recrudeció el clima de conflictividad, la entidad minera se alejó de la población y abandonó la concreción de proyectos que inicialmente había aceptado ejecutar.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Ese extremo fue percibido así y puesto de manifiesto por los propios pobladores y sus autoridades en las afirmaciones contenidas en varios de los Anexos analizados por este Tribunal.

Cabe resaltar que otra circunstancia que cobra relevancia en el intelecto de este Tribunal, es que los datos técnicos y científicos que los personeros de la entidad minera expusieron en algunas de las actividades documentadas en los distintos Anexos, encuentran concordancia con varias de las afirmaciones contenidas en las dos opiniones versadas que obtuvo este Tribunal derivado del auto que dictó previo a resolver. Extremos como este debe abonar a la creación de un ambiente de confianza entre las partes, necesario para la realización de un proceso de diálogo serio y fructífero.

b) De las condiciones de la licencia de explotación *Escobal*

Representaciones Químicas, Sociedad Anónima, representante común de varias terceras interesadas, al apelar, afirmó que la beneficiaria de la licencia de explotación extendida por el Ministro de Energía y Minas, ha actuado con absoluta buena fe. Aseguró que, dentro de dicha lógica, los administrados que, habiendo actuado de buena fe, adquieren derechos, se encuentran protegidos por el Artículo 2º. de la Constitución Política de la República de Guatemala. Afirmaron que la invalidación súbita de las autorizaciones estatales, daña la confianza legítima y las expectativas de buena fe de los administrados. Con base en esas afirmaciones requirió a este Tribunal ponderar y analizar esta tendencia doctrinaria, que surgió en un contexto de protección a la garantía constitucional de la seguridad jurídica.

El análisis del aporte probatorio relacionado con la interacción que en alguna época se concretó entre la población del municipio de San Rafael Las

Flores del departamento de Santa Rosa y la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, –e incluso con pobladores de otras regiones que, formalmente, a la fecha, no forman parte de esa área– crean percepción en el intelecto de este Tribunal en cuanto a que puede confiarse en que el proceso de consulta será un verdadero espacio de diálogo y la ruta idónea para alcanzar los acuerdos necesarios. La entidad minera podrá reanudar sus actividades inmediatamente de que se haya realizado el proceso de consulta que en este fallo será ordenado. Los términos de la licencia que le ha sido concedida podrán eventualmente experimentar las modificaciones que sean necesarias para hacer efectivos los resultados obtenidos en la consulta que debe realizarse por mandato contenido en este fallo.

Es vital resaltar que las condiciones en las cuales fue otorgada la licencia de explotación *Escobal* provoca que los derechos mineros que esta incorpora, queden sujetos a las variaciones que puedan provocar los resultados del proceso consultivo que se ordenará en este fallo. En otros términos, si como resultado de la información, la deliberación y los consensos surgidos en el proceso de consulta que se agote, con la participación de expertos en las diversas materias, se llegase a establecer que es necesaria la modificación de las condiciones originalmente dispuestas en la licencia *Escobal*, contenida en resolución de tres de abril de dos mil trece, el Ministro de Energía y Minas, bajo su más estricta responsabilidad, deberá proceder a emitir las resoluciones correspondientes que aseguren la congruencia de la citada autorización estatal, con los acuerdos alcanzados en la consulta, con el respeto de los derechos fundamentales de las comunidades xincas residentes en el área de influencia y, en general, con la preservación del medio ambiente de la región en la cual el proyecto se desarrolla.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Debe precisarse que resultaría inadecuado que este Tribunal, al delinear las consecuencias jurídicas de su fallo, ordenara el agotamiento del proceso de consulta cuya realización fue omitida, pero, a un mismo tiempo, dispusiera mantener incólumes las condiciones que incorpora en estos momentos la licencia *Escobal*. Resolver de esa manera desvirtuaría el efecto útil de la protección constitucional que se otorgará en este fallo. Prever que las condiciones de aquella licencia puedan mantenerse invariables, independientemente de los resultados obtenidos en el proceso de consulta, tornaría ilusorio el agotamiento de ese proceso de diálogo previsto en el Convenio 169.

Como se asentó en los apartados correspondientes, el amparo pedido deberá ser otorgado. Los efectos de la tutela constitucional que por esta vía se confirma, se precisarán en el apartado resolutivo del presente fallo.

-VIII-

SOBRE LA DENUNCIA DE AFECTACIÓN A SITIOS ARQUEOLÓGICOS

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

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

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 (*…)"

Conforme la Ley del Organismo Ejecutivo, corresponde al Ministro de Cultura y Deportes, la protección de los monumentos nacionales y áreas de interés histórico o cultural, la función de atender lo relativo al régimen jurídico aplicable a la conservación y desarrollo de la cultura guatemalteca, así como el cuidado de la autenticidad de sus diversas manifestaciones [Artículo 31]. Congruente con lo anterior, la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación dispone que los bienes inmuebles, públicos o privados, relativos a arqueología, forman parte del patrimonio cultural de la nación por ministerio de ley [Artículos 2 y 5], motivo por el cual se encuentran bajo la salvaguardia y protección del Estado, por conducto del indicado Ministerio. Ello guarda, asimismo, armonía con la disposición que en la Carta Magna reconoce el carácter de bienes del Estado a los monumentos y las reliquias arqueológicas [Artículo 121 literal f)],

Como ya se ha afirmado, al formular su petición de amparo, la postulante denunció violación al derecho del pueblo Xinka asentado en las áreas de

influencia de los proyectos de exploración, con licencia *Juan Bosco* y de explotación, con licencia *Escobal.* El análisis del escrito contentivo de la solicitud de tutela permite advertir que la postulante, en ninguno de los apartados que incluyó en esa actuación procesal, hizo mención a la afectación de sitios arqueológicos ubicados en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa. Fue en su alegato presentado en el día de la vista realizada en forma pública ante el Tribunal de Amparo de primer grado, que la entidad citada incluyó afirmación en el sentido siguiente: *en el expediente administrativo correspondiente a la solicitud de licencia de explotación para el proyecto minero denominado Escobal, el Ministerio de Energía y Minas aprobó Estudio de Impacto Ambiental, en el cual se indicó, en forma clara, que el proyecto aludido se ubica sobre un sitio sagrado de la cultura maya, asimismo, en la parte conclusiva de dicho estudio se refiere que el área de explotación y procesamiento del proyecto se localiza hacia el noreste y sureste del Sitio Arqueológico San Rafael* [Minuto veintisiete:diez (27:10) del audio contenido en el disco compacto que documenta la vista pública celebrada ante el Tribunal de Amparo de primer grado. [Obra a folio mil doscientos sesenta y cinco (1,265) de la pieza III formada ante el Tribunal de Amparo primer grado].

Esa aseveración motivó al Tribunal de Amparo de Primer grado a que, en auto de treinta de agosto de dos mil diecisiete, para mejor fallar, requiriera, entre otros, al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales *"*(…) *el estudio de impacto ambiental de los sitios arqueológicos y lugares sagrados* (sic) *de la comunidad ´Xinka´ ubicados en los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, en el cual conste si tales sitios son afectados por los proyectos de exploración y explotación minera desarrollados por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, así como informe del*

marco histórico y el período al que corresponden tales sitios arqueológicos y lugares sagrados" [Ver folio mil doscientos cuarenta y cuatro (1,244) de la pieza III formada ante el Tribunal de Amparo de primer grado]. En virtud de lo anterior, el Ministerio requerido remitió copia del Estudio de Impacto Ambiental presentado por Minera San Rafael, Sociedad Anónima, dentro del expediente en el cual le fue extendida la licencia de explotación *Escobal*. Además, remitió fotocopia de la resolución número A.J. cuatrocientos diecinueve / dos mil once (A.J. 419/2011) emitida por la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes, el veintiocho de noviembre de dos mil once, en la cual esta última Cartera dispuso: *"*(…) *I) Liberar el área de terreno fuera del polígono de amortiguamiento para los montículos A, B y C* (…) *en donde no puede hacerse ninguna construcción ni movimientos de tierras del sitio arqueológico San Rafael Las Flores, que se encuentra ubicado en el proyecto minero El (sic) Escobal* (…)*"*.

El Tribunal de primer grado, al emitir su fallo, asentó: "(…) *Con respecto al agravio denunciado por el amparista en cuanto a que no se respetaron los sitios arqueológicos y lugares sagrados de la comunidad Xinka, que se encuentran ubicados en los departamentos de Santa Rosa y de Jalapa (…) el Ministro de Cultura y Deportes informó bajo su responsabilidad que los asentamientos prehispánicos ubicados en dichas circunscripciones tenían relación con los períodos preclásico y clásico* (…) *los cuales eran de origen maya y que han sido reutilizados por grupos Xinkas (…) Asimismo, se adjuntó fotocopia de la resolución número A.J. cuatrocientos diecinueve diagonal dos mil once emitida por la Dirección General del Patrimonio Cultural del Ministerio de Cultura y Deportes del veintiocho de noviembre de dos mil once, que contenía la*

finalización del proyecto de rescate de San Rafael Las Flores, Santa Rosa, por medio del cual se resolvió ´liberar el área de terreno fuera del polígono de amortiguamiento para los montículos a, b y c (desde la base de los tres montículos hasta los 25 m) en donde no puede hacerse ninguna construcción ni movimientos de tierra del sitio arqueológico San Rafael Las Flores, que se encuentra ubicado en el proyecto minero El (sic) *Escobal del municipio San Rafael las Flores departamento de Santa Rosa´ (…). Por lo que, este Tribunal Constitucional determina que se respetó el derecho de la población indígena Xinka al haberse establecido por parte del Estado de Guatemala, medidas para la conservación del sitio arqueológico ubicado en el municipio de San Rafael las Flores del departamento de Santa Rosa, cumpliéndose de esa forma con lo dispuesto por los artículos del 57 al 61 de la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación* (…)"

Varios fueron los sujetos procesales que apelaron el fallo de primer grado, fundando sus razones de agravio respecto de ese fallo en los argumentos asentados en los apartados correspondientes. El Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–; la Municipalidad de Mataquescuintla del departamento de Jalapa y la Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala, que sostuvieron posturas similares en sus recursos de apelación, no cuestionaron el pronunciamiento que, sobre la falta de afectación a sitios arqueológicos, efectuó el Tribunal de Amparo de primer grado. Ante esa circunstancia este Tribunal, al dictar el auto de siete de marzo de dos mil dieciocho, no efectuó requerimiento alguno que le permitiera recabar elementos de convicción relacionados con ese extremo.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Sin embargo, el Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en el informe del estudio antropológico que envió a este Tribunal, incluyó afirmación en el sentido de que: "(…) *En el Municipio de San Rafael las Flores hay un total de 13 sitios arqueológicos de diferentes temporalidades (…) Dentro de estos cabe destacar el sitio arqueológico ´San Rafael las Flores, ubicado a tres kilómetros de la cabecera municipal y a seis de Mataquescuintla. La minera San Rafael está asentada en una parte del sitio.*"

La gravedad de la afirmación relacionada, impone que este Tribunal efectúe análisis de los elementos que obran dentro de los antecedentes, con relación a ese punto.

En primer orden, cabe analizar el Estudio de Impacto Ambiental, elaborado en junio de dos mil once (2011) y presentado por la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima. En este se advierte que la entidad que lo elaboró, en el apartado 10.8.2 de ese instrumento de evaluación ambiental, titulado *Evaluación Arqueológica*, describe el reconocimiento arqueológico que se efectuó en el área de intervención [ciento quince (115) hectáreas]. Afirma que el reconocimiento abarcó todas las áreas que serían afectadas por las instalaciones o facilidades del Proyecto. Se asentó que en el área se encuentra ubicado parte del sitio arqueológico San Rafael Las Flores, por consiguiente, deben tomarse diversas medidas de prevención para no afectar el área abarcada por dicho sitio arqueológico. La cercanía de parte del sitio arqueológico de San Rafael evidencia que el principal objetivo de este reconocimiento fue observar la existencia o ausencia de material arqueológico (cerámica, obsidiana, lítica o estructuras) sobre la superficie. En los años dos mil nueve (2009) y dos mil diez (2010) se efectuaron dos reconocimientos arqueológicos en el área de estudio. En ambos

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

se notificó la presencia del sitio arqueológico de San Rafael La Flores, el cual fue declarado Monumento Nacional en mil novecientos setenta (1970). Ese sitio está debidamente registrado en el Archivo de Sitios del Departamento de Monumentos Prehispánicos y Coloniales (DEMOPRE) de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural (DGPCN). El área arqueológica puede ser extensiva y por lo mismo, no está confinada al área donde se observan los montículos. La evidencia arqueológica de San Rafael indica que la ocupación es continua desde el período Preclásico Medio hasta llegar el período Postclásico Temprano. Por consiguiente, la evidencia arqueológica encontrada, puede brindar una amplia visión del pasado cultural maya de la región del Oriente de Guatemala.

En el apartado 10.8.2.4 se asentaron los resultados de aquellos reconocimientos realizados, afirmando: "(…) *se pudo observar que el área de los portales no presenta evidencia arqueológica. Sin embargo, debido a la cercanía al sitio de San Rafael, tanto en el área de instalaciones como el área plana del depósito de colas sí se observó material arqueológico en superficie. En el área de las instalaciones el material observado está bastante erosionado y es de dimensiones pequeñas. No obstante, en el área plana del depósito de colas el material encontrado es de buen tamaño, con tipos diagnósticos y material lítico (obsidiana y piedra) de características significativas*."

Con base en los resultados anotados, en ese mismo apartado se asentaron las conclusiones siguientes: "(…) *el área de explotación y procesamiento del Proyecto se localiza hacia el Noreste y Sur-este del sitio arqueológico San Rafael. Parece ser, que tanto las áreas de instalaciones como del depósito de colas se localizan dentro del área de influencia del sitio arqueológico. Esto es especialmente cierto para el área plana ubicada hacia el*

Sur-este. Hacia el Nor-este se ubicó material erosionado y esparcido por varios terrenos. Al Sur-este se ubicó material de mejor calidad y en abundancia. En los portales Este y Oeste, no se observó ninguna evidencia que pueda argumentar la presencia de un área arqueológica."

Lo anterior motivó que se emitieran las recomendaciones siguientes: "*Para el área ubicada cerca del portal Oeste se recomienda tomar precauciones al momento de realizar el movimiento de tierra, ya que allí se encontró material arqueológico erosionado. En caso de encontrar restos arqueológicos se recomienda que el personal de la Empresa documente el hallazgo tomando fotografías y puntos GPS; sin levantar o mover lo encontrado. Esta información deberá ser trasladada al arqueólogo encargado y al Departamento de Monumentos Prehispánicos y Coloniales (DEMOPRE) para determinar el seguimiento (…) En el área plana ubicada hacia el Nor-este y la localizada al Sur-este del sitio San Rafael se recomienda que se haga una inspección con personal del DEMOPRE. Esta inspección tendrá como objetivo dictaminar las futuras acciones dentro del área de estudio (…) se recomienda que se delimite el perímetro de 25 metros alrededor del área nuclear (Grupo A) del sitio San Rafael. Esto sería conveniente para tener una barrera física y notar hasta dónde puede trabajarse sin poner en riesgo la zona de amortiguamiento del sitio*."

En ese mismo estudio, en el apartado 12.2.2 denominado "*Análisis de los impactos ambientales durante la etapa de extracción y procesamiento del mineral y mantenimiento de instalaciones y facilidades*", en el sub apartado 12.2.2.8 denominado "*Recursos Culturales e Históricos*" se afirmó: "*Las actividades de extracción y procesamiento del mineral no afectarán los recursos culturales e históricos del área, porque para esta etapa ya no se intervendrán nuevas áreas.*

En ese sentido, se realizaron investigaciones para constatar que no hubiese ningún vestigio que pueda dañarse, de ampliarse el área de intervención. // En el inciso 10.8 del capítulo 10 anterior se indicó que en el área de influencia del proyecto hay dos grupos de vestigios arqueológicos. Estos grupos están retirados de donde se encuentran los componentes del proyecto. Sin embargo, se contará con la supervisión de arqueólogo durante la habilitación de cualquier área, por pequeña que sea. // Por lo tanto, se califica como un Impacto de Importancia no Significativa (15) con un carácter Neutro (0) ya que no afecta ni positiva ni negativamente la condición basal de la arqueología del área, de Intensidad Baja (1), la ocurrencia es poco probable (1), la extensión puntual (1), una duración temporal (2), un desarrollo inmediato (1) y sería reversible (2)."

En el apartado 12.4 nombrado como "*Síntesis de la Evaluación de Impactos Ambientales*" se describen los impactos potenciales de las actividades durante la construcción sobre los factores del medio ambiente abiótico, biótico y socioeconómico, durante el año que durará esta etapa. Se asegura que, en cuanto a los recursos culturales e históricos: "*El movimiento de tierras en las 46.5 hectáreas no afectará ningún vestigio arqueológico. En ese sentido, durante la etapa de diseño y ubicación de las instalaciones y facilidades, arqueólogo realizó reconocimientos para constatar que no hubiese ningún vestigio que pudiera ser afectado por el proyecto*".

Como se mencionó, fue aportada por el Ministerio de Cultura y Deportes, resolución de veintiocho de noviembre de dos mil once en la cual, en la parte **considerativa** se lee: "*(…) Que el área fuera de este polígono de protección no posee evidencia cultural ni constructiva que sea trascendental pero por la cantidad de terreno a intervenir se recomienda contar con la supervisión de un*

arqueólogo de planta en la remoción de la tierra, por lo que se emite opinión favorable sobre la finalización del proyecto arqueológico llevado a cabo (…)" Y en el apartado resolutivo **declaró***: "I) Liberar el área de terreno fuera del polígono de amortiguamiento para los montículos A, B Y C, (desde la base de los tres montículos hasta los 25 m) en donde no puede hacerse ninguna construcción ni movimientos de tierras del sitio arqueológico San Rafael Las Flores, que se encuentra ubicado en el proyecto minero El* (sic) *Escobal, del municipio de San Rafael Las Flores departamento de Santa Rosa, protegiendo el área conforme a las medidas y colindancias señaladas en el plano, con la finalidad de que el Sitio Arqueológico San Rafael Las Flores localizada (sic) dentro el proyecto minero el (sic) Escobal quede resguardada (sic) de cualquier tipo de construcción en el futuro. El propietario no podrá realizar otros trabajos de lo aprobado sin la debida autorización de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes (…)"* [Ver folio mil trescientos veintiuno (1,321) de la pieza IV formada ante el Tribunal de Amparo de primer grado.]

Este Tribunal carece de elementos de convicción que le permitan determinar si el proyecto minero inobserva normativa de protección al patrimonio cultural de la Nación. Sin embargo, la gravedad de las afirmaciones que han sido efectuadas por diversos entes dentro de la tramitación del presente proceso de amparo, obliga a este Tribunal a ordenar:

a) A los titulares de los Ministerios de Energía y Minas y de Cultura y Deportes, realizar, en conjunto, estudios especializados que determinen si el funcionamiento del proyecto de explotación Escobal, afecta área perteneciente al sitio arqueológico San Rafael Las Flores u otro ubicado en la región. Tales estudios se efectuarán con el acompañamiento de expertos en la materia que

designe el Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y del Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala. Los gastos que genere la realización de estos estudios estarán a cargo del Estado de Guatemala. **b)** Una vez realizados los estudios anteriores, en caso de establecer que parte de algún sitio arqueológico se halla dentro del área que comprende aquel proyecto minero, el Ministerio de Energía y Minas deberá dictar resolución que corresponda, en la cual garantice la observancia de la legislación de la materia.

Las acciones descritas deberán ordenarlas los titulares de los citados Ministerios en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, contado a partir del día siguiente en el que sean notificados del presente fallo. Debiendo realizar todas las actuaciones necesarias para la determinación del extremo a que se alude en ese apartado dentro de un plazo no mayor de ocho (8) días hábiles, contado a partir de la fecha en la que dicten la resolución aludida al inicio del presente párrafo. Los titulares de aquellas carteras deben proceder bajo su más estricta responsabilidad, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, quedarán sujetos a las responsabilidades penales y civiles correspondientes, en caso dejaren de asumir las medidas tendientes a proteger el patrimonio cultural de la Nación.

Los actos realizados quedarán sujetos al control que de estos puede realizar el Tribunal de Amparo de primer, encargado de la ejecución de este fallo.

-IX-

SOBRE LAS REGALÍAS

Como quedó asentado en el apartado respectivo, el Tribunal de Amparo, en su fallo, incluyó pronunciamiento en cuanto a que: "(…) *debe revisarse la*

regulación sobre las regalías a efecto de que se mejore el porcentaje en favor de los territorios y poblaciones afectadas por los proyectos extractivos de los recursos naturales, para plantear las reformas que se consideren pertinentes, para ello deben participar activamente las poblaciones involucradas con la Minera."

El citado pronunciamiento no fue cuestionado en apelación por ninguna de las partes por vía de la apelación, circunstancia por la cual esta Corte no se abocará a su conocimiento. Esa falta de impugnación hará que, en la parte resolutiva del prese fallo, se declarare la firmeza y, por consiguiente, la obligatoriedad, de ese apartado. Para dotar de eficacia ese pronunciamiento, en la parte resolutiva del presente fallo, se precisarán los términos de su redacción.

-X-

INTERVENCIÓN DE OTRAS AUTORIDADES

Derivado de que para la ejecución de lo dispuesto en el presente fallo se requerirá la intervención de diversas autoridades públicas –distintas del Ministro cuestionado-, esta Corte, con fundamento en el Artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad [el cual establece que las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos] previene a todo funcionario público que sea requerido para el cumplimiento de alguna de las disposiciones contenidas en este fallo, a ejecutar los actos que estén dentro de su ámbito competencial, bajo apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, incurrirán en las responsabilidades civiles y penales correspondientes.

-XI-

SOBRE EL PLAZO PARA EMITIR REGULACIÓN ATINENTE AL DERECHO

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El Tribunal de Amparo de primer grado, en el numeral II) del fallo que se conoce en alzada, declaró: "(…) *se adhiere a la exhortación realizada por la Corte de Constitucionalidad dirigida al Congreso de la República de Guatemala, para que en el plazo de un año contado a partir de estar firme esta sentencia, realice el procedimiento legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta, para el efectivo cumplimiento de lo indicado, deberá notificársele el presente fallo (…)*"

El pronunciamiento al que el citado órgano jurisdiccional aseguró adherirse es a la orden emanada de este Tribunal en sentencia de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, dictada dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 en la que esta Corte ordenó: "(…) *Se conmina a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, produzcan el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta* (…)"

Se advierte que como efecto del pronunciamiento transcrito, quedaría habilitado de nueva cuenta el plazo de un año para que los Diputados del Congreso de la República de Guatemala, cumplan con emitir la legislación que le fue ordenada en el fallo de veintiséis de mayo de dos mil diecisiete citado. No es pertinente mantener la declaración que en esos términos efectuó el Tribunal de Amparo de primer grado porque, derivado de esa disposición, podría entenderse modificado el punto de partida para la contabilización de aquel plazo otorgado por esta Corte. Como corolario, en la parte resolutiva del presente fallo, debe disponerse la revocatoria del numeral II del fallo de primer grado.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

Para examinar la situación del plazo dispuesto por esta Corte en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, de oficio se trae a la vista la pieza formada en esta sede en esas carpetas judiciales.

Del análisis de la citada pieza puede establecerse que, según consta en los folios del cuatrocientos once (411) al cuatrocientos veintidós (422), el fallo emitido en aquellos expedientes acumulados, cobró firmeza el seis de junio de dos mil dieciocho, por lo que el plazo que esta Corte confirió a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala para que produjeran el proceso legislativo de la normativa legal atinente al derecho de consulta, empezó a transcurrir a partir del día siete de aquel mes y año, habiendo concluido el seis de junio de dos mil dieciocho.

La circunstancia del vencimiento del citado plazo, motivará a esta Corte a que, en la parte resolutiva del presente fallo, requiera a los citados funcionarios que rindan informe a este Tribunal sobre el cumplimiento de la orden que les fue girada. La respuesta deberá ser incorporada a la pieza formada con ocasión de aquellos expedientes acumulados.

LEYES APLICABLES

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.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I. Sin lugar los recursos de apelación** interpuestos por

Minera San Rafael, Sociedad Anónima; Municipalidad de Mataquescuintla, del departamento de Jalapa; Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de Guatemala; Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Anexas –ASEMIS– y Representaciones Químicas, Sociedad Anónima. **II. Con lugar, parcialmente, el recurso de apelación que interpuso Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala –CALAS–**. **III. Confirma** la sentencia de primer grado en cuanto otorga el amparo solicitado por el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS) contra el Ministro de Energía y Minas, con las modificaciones siguientes en los alcances de la tutela concedida: **a) para la debida protección de los sitios arqueológicos ubicados en la región en la cual se desarrollan los proyectos mineros que, por su naturaleza deben ser protegidos, esta Corte ordena: i)** a los titulares de los Ministerios de Energía y Minas y de Cultura y Deportes, realizar, en conjunto, estudios especializados que determinen si el funcionamiento del proyecto de explotación con licencia *Escobal*, inobserva legislación nacional que protege el patrimonio cultural de la Nación. Tales estudios se realizarán con el acompañamiento de expertos en la materia pertenecientes al Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala; **ii)** si al realizar los estudios se estableciere que el proyecto minero se encuentra dentro del espacio que corresponde a alguno de los sitios arqueológicos sujetos a protección, el Ministerio de Energía y Minas deberá dictar resolución en la que garantice que la prosecución de cualquier actividad de ese proyecto minero, se hará con estricta observancia de la legislación de la materia; **iii)** las acciones descritas deberán ordenarlas los

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

titulares de los citados Ministerios en un plazo no mayor de ocho (8) días, contado a partir del día siguiente en el que el presente fallo cobre firmeza. Debiendo realizar todas las actuaciones necesarias para la determinación del extremo a que se alude en ese apartado dentro de un plazo no mayor de ocho (8) días hábiles, contado a partir de la fecha en la que dicten la resolución aludida al inicio del presente párrafo. Los titulares de aquellas Carteras deben proceder bajo su más estricta responsabilidad, con apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, quedarán sujetos a las responsabilidades penales y civiles correspondientes, en caso dejaren de asumir las medidas tendientes a proteger el patrimonio cultural de la Nación, y **iv)** en el supuesto de que le sea presentada nuevamente la solicitud de licencia de exploración respecto del proyecto cuya licencia se encuentra vencida, el Ministerio de Energía y Minas deberá comunicar a la Dirección General de Minería los resultados de los estudios que sobre este extremo haya realizado, precisándole las medidas que debe asumir al momento que se apreste a dictar resolución final, esto a efecto de garantizar el cumplimiento de la legislación correspondiente; **b)** agotados los plazos fijados en la literal anterior: **i) en el caso de la licencia de exploración**, para los efectos positivos del presente fallo, se deberá proceder de la manera que sigue: **i.a)** la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, dentro del plazo de ocho (8) días, contado a partir del día siguiente en el que este fallo quede firme, deberá dictar resolución en la que suspenda el trámite de la solicitud de prórroga de la licencia de exploración Juan Bosco; **i.b)** en el supuesto que la citada sociedad presente nuevamente la solicitud de licencia de exploración, la Dirección mencionada deberá proceder conforme lo considerado en el presente fallo, cumpliendo con exigir la presentación del Estudio de Impacto Ambiental

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

correspondiente y, posteriormente, en época en la que la petición de la administrada se encuentre en estado de resolver, deberá remitir lo actuado al Ministerio de Energía y Minas para que este, previo a que sea decidido si se otorga o no la meritada licencia, **cumpla con consultar al pueblo Xinka asentado en el área de influencia del proyecto de exploración**. Si esta circunstancia acaeciera en época en la que ya hubiere sido emitida por el Congreso de la República la regulación relativa al derecho de consulta a los pueblos indígenas, el proceso consultivo deberá agotarse conforme tal regulación; de lo contrario, deberá ser realizado conforme las pautas descritas en el presente fallo; **i.c)** agotado el proceso de consulta y asumidos los mecanismos para garantizar el cumplimiento de lo acordado entre las partes, el Ministro de Energía y Minas deberá remitir el expediente a aquella Dirección para que resuelva lo que corresponde; **ii) en el caso de la licencia de explotación *Escobal*,** para lograr la efectividad de la presente sentencia, luego de agotados los plazos otorgados por este Tribunal para el debido resguardo del patrimonio cultural de la Nación, se deberá proceder de la manera que sigue: **ii.a) el Ministro de Energía y Minas deberá agotar con el pueblo indígena Xinka** asentado en el área de influencia del proyecto de explotación relacionado, el proceso de consulta establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, para lo cual, en caso de que aún persista la falta de normativa, deberá seguir lo dispuesto en el citado Convenio 169 y, como complemento, las pautas descritas en el presente fallo. Si la regulación del derecho de consulta ya hubiera sido emitida, el proceso consultivo deberá agotarse conforme el cuerpo normativo que se hubiere emitido al respecto. El citado proceso deberá realizarse

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

inmediatamente, contado a partir del día siguiente de transcurridos los plazos que este Tribunal fijó para asumir las medidas correspondientes para el debido resguardo del patrimonio cultural de la Nación. **La inmediatez en la realización del proceso de consulta se ordena con el objeto de que transcurra el menor tiempo posible para el reinicio de las actividades de la entidad minera.** Durante el tiempo que dure la realización del proceso de consulta la autoridad cuestionada deberá rendir informes periódicos detallados ante el Tribunal de Amparo de primer grado en los cuales especifique los avances del proceso de consulta. Finalizado este plazo deberá rendir un informe completo y exhaustivo del proceso consultivo, ante el Tribunal de Amparo de primera instancia, responsable de la verificación del cumplimiento de lo resuelto, a efecto de que, previa audiencia a todas las partes intervinientes en el proceso de consulta, se determine el cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia. **ii.b) Se decreta prevención en el sentido de que el proceso de consulta no se haya completado y de que el proceso de consulta no haya podido concluir por causas imputables al Estado** –dolo o negligencia del Ministerio de Energía y Minas-, el Tribunal de Amparo de primer grado, luego de comprobado tal extremo, deberá dictar las disposiciones correspondientes que permitan **deducir las responsabilidades civiles, penales y administrativas correspondientes al Ministro de Energía y Minas y a cualquier otro funcionario público que resulte responsable de la falta de realización del proceso de consulta**, sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 50, 52, 53 y 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **El actuar del Tribunal de Amparo de primer grado queda sujeto al control que, por vía del ocurso en queja, pueda ejercer esta Corte. ii.c) Se ordena: 1) al Ministro de Energía y Minas**

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

que instruya la implementación de todas las medidas pertinentes a fin de asegurar que la actividad de explotación del proyecto minero con licencia *Escobal* se realice conforme los estándares correspondientes, durante el tiempo que dure la licencia que oportunamente fue otorgada; **2) al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales** que: **i)** dentro de los ocho (8) días siguientes de que cobre firmeza el presente fallo, debe dictar resolución ordenando a la entidad que elaboró el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de explotación *Escobal* que, en el plazo de diez (10) días, proceda a revisar el área de influencia de este proyecto. Cumplido el citado requerimiento, el meritado Ministerio, por medio de la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, deberá dictar la resolución correspondiente; **ii)** en esa misma resolución deberá ordenar a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, que presente actualización del Plan de Gestión Ambiental contenido en el Estudio de Impacto Ambiental que le fue aprobado por ese Ministerio, acto para el cual deberá fijar plazo de quince (15) días. Esa Cartera comunicará a la citada entidad los términos de referencia que servirán de base para aquella actualización. La actualización del Plan de Gestión Ambiental deberá requerirla el citado funcionario a la entidad minera cada tres años, durante el tiempo que dure la vigencia del proyecto de explotación; **iii)** intensificar y optimizar las medidas de protección al medio ambiente del área en el cual se desarrolla el proyecto de explotación, asumiendo todas las disposiciones que permitan verificar el cumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por esa Cartera; **iv)** coordinar la implementación de todas las medidas de mitigación y/o reparación de posibles daños ecológicos o de otra naturaleza que pudieran haberse ocasionado al

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

territorio del pueblo indígena Xinka, aunque no hayan sido previstos en el citado Estudio; **v)** ordenar que se implementen todas las medidas eficaces para evitar la contaminación del recurso hídrico de todos los afluentes que puedan resultar afectados derivado de la actividad de la entidad minera; **vi)** ordene la realización, en forma mensual, de inspecciones en las instalaciones del proyecto minero a efecto de establecer que las actividades que allí se realizan no provoquen contaminación de los afluentes hídricos de la región. Todas las actividades descritas en los numerales contenidos en esta literal deberá instruirlas el Ministro obligado por medio de las unidades o departamentos del Ministerio a su cargo, pudiendo requerir el apoyo de las instituciones públicas que estime pertinentes, **debiendo presentar informes periódico ante el Tribunal de Amparo de primer grado** a efecto de que este establezca la debida ejecución de lo ordenado; **3) al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social** que: **i)** ordene efectuar Estudio de Línea Base de salud en el área en la que se desarrolla el proyecto minero con licencia *Escobal*, debiendo identificar la concurrencia de enfermedades que puedan derivar de la actividad minera; **ii)** ordenar la implementación de todas las medidas eficaces que permitan resguardar la salud tanto de las personas que laboran en el proyecto de explotación como de quienes habitan en el área de influencia del proyecto, debiendo disponer la realización de monitoreos periódicos que permitan establecer la efectividad de las medidas asumidas, y **iii)** ordenar la realización de monitoreos trimestrales sobre el agua que, para uso humano, se distribuye en el área de influencia del proyecto, debiendo determinar que la calidad de ese recurso natural sea óptimo para su consumo. Deberá instruir a quien corresponda la eliminación de elementos como el arsénico, el cianuro y cualquiera otro que, en niveles no permitidos, puedan

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

resultar nocivos para la salud de las personas, los animales y las plantas de la región. En caso de advertir que la contaminación proviene de otros elementos deberá informar a las municipalidades correspondientes. La comunicación que se haga a estas entidades ediles las obligará a revisar sus sistemas de potabilización del agua, y **4) a los Ministerios de Energía y Minas y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales** conformar comisiones de verificación de la efectividad de las actividades descritas en las literales que anteceden con el objeto de evitar, en todo ámbito, que el proyecto extractivo al que se ha aludido cause impacto negativo. Debiendo incluir en la conformación de tales comisiones, a entes académicos ajenos a la controversia [Vgr. Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas –CESEM– de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad –CEAB– de la Universidad del Valle de Guatemala.] **IV. Se ordena al Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED–** que: **i)** en el plazo de treinta (30) días, contado a partir del momento en el que sea notificado del presente fallo, disponga la realización de estudios especializados en el proyecto minero con licencia de explotación Escobal, a efecto de establecer los riesgos de desastres que esa actividad de explotación pudiera conllevar tanto para la vida como para los bienes de las personas. Una vez realizados los estudios ordenados, el citado funcionario deberá informar los resultados de esa actividad al Ministerio de Energía y Minas, debiendo, además, comunicar a esa Cartera las medidas pertinentes que deberán asumirse a efecto de resguardar la integridad tanto a los trabajadores del proyecto minero como la de los habitantes de las comunidades aledañas a este. También deberá comunicar las acciones que sean pertinentes para el

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD · SECRETARÍA DEL PLENO ·

debido resguardo de los bienes de quienes habitan en áreas que puedan ser afectadas por la actividad del proyecto minero, y **ii)** elaborar, en forma conjunta con la municipalidad de San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa, manual de procedimientos para la atención de emergencias a nivel local, el cual deberá ser divulgado por ambas entidades en forma conjunta. **V) En caso de incumplimiento** de las órdenes que emanan de este fallo para el Director General de Minería, el Ministro de Energía y Minas, el Ministro de Ambiente y Recursos Naturales, el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, el Ministro de Cultura y Deportes y el Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED– se les impondrá a cada uno de los citados funcionarios multa de conformidad con la ley, sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 50, 52, 53 y 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, así como de las responsabilidades civiles y penales en que puedan incurrir. **VI) Condiciones para la continuación de los trabajos de explotación derivado de la licencia de explotación *Escobal*:** para el efecto deben atenderse las directrices siguientes: **a)** una vez asumidas todas las medidas correspondientes para garantizar la efectiva protección del patrimonio cultural de la Nación y agotado el proceso de consulta, el Ministerio de Energía y Minas, dentro del plazo de quince (15) días, deberá dictar todas las resoluciones que sean necesarias para lograr la efectividad de los acuerdos a los cuales pudieran haber arribado las partes derivado de ese proceso consultivo, debiendo acoplar todas las condiciones de la licencia con el objeto de viabilizar el efectivo cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Las decisiones contenidas en esas resoluciones podrán incidir en las condiciones de la licencia. Una vez emitidas las resoluciones sobre los extremos antes indicados, la entidad minera podrá iniciar

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

inmediatamente sus actividades. **VII)** El Ministerio de Finanzas Públicas deberá situar a los Ministerios de Ambiente y Recursos Naturales y de Energía y Minas los fondos correspondientes para cubrir los gastos que irrogue la intervención de entidades especializadas particulares ajenas a la controversia, que presten asesorías técnicas y científicas al pueblo indígena Xinka o que sean llamados por las citadas Carteras para realizar estudios o brindar cualquier tipo de asesoría por motivo de la ejecución del presente fallo. **VIII) A partir del momento en el que el Ministerio de Energía y Minas sea notificado del presente fallo**, no podrá otorgar ninguna otra licencia para la ejecución de proyectos de explotación de recursos naturales en tanto no haya determinado la existencia de pueblos indígenas en la región en la cual los proyectos pretendan ejecutarse, y en caso de establecer la existencia de estos colectivos humanos, en observancia de los compromisos internacionales, debe proceder a consultarlos en forma previa a extender las licencias que le sean requeridas. **La omisión de atender esta decisión judicial irrogará al titular de la Cartera las responsabilidades civiles y penales correspondientes y provocará la nulidad de las licencias que sean otorgadas con inobservancia de lo dispuesto en este numeral. IX)** El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y el Ministerio de Energía y Minas, al avocarse a la resolución de las licencias mineras que se encuentran en trámite, deben vigilar con extrema diligencia que en los estudios de impacto ambiental de los proyectos mineros cuya autorización se encuentre en trámite, se haya verificado el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes en la región. En caso de que no se hubiere cumplido con tal requisito, previo a emitir la resolución correspondiente, deberán ordenar que esa exigencia sea observada. **X)** Se revoca el numeral II del fallo de primer grado. Resolviendo

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

conforme a Derecho, se requiere a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala que rindan informe a este Tribunal sobre los avances para el cumplimiento de la orden que les fue girada en la sentencia proferida en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017. La respuesta original deberá ser incorporada a la pieza formada con ocasión de dichos expedientes. De esa respuesta, esta Corte debe remitir copia al Tribunal de primer grado, con el objeto de que fiscalice la debida ejecución de la orden emitida. **XI)** Se declara la firmeza de la exhortativa dispuesta por el Tribunal *a quo,* relativa a la revisión que debe efectuarse en la legislación que establece el monto de las regalías que deben pagar los titulares de derechos mineros. Esa modificación deberá tener por efecto elevar el porcentaje que perciben en ese concepto los territorios y poblaciones afectadas por los proyectos de explotación de minerales. Los pueblos indígenas deben participar activamente en el planteamiento de las reformas que se consideren pertinentes; para ello deben formular sus propuestas ante cualquiera de las autoridades con iniciativa de reforma de ley. Esta última deberá analizar la propuesta que le sea formulada y realizar la gestión correspondiente ante el Congreso de la República dentro de un plazo de tres (3) meses, contado a partir de que reciba la propuesta correspondiente. El citado Organismo de Estado debe tramitar el proyecto de reforma en un plazo no mayor de seis (6) meses contado a partir del día siguiente en el que reciba la propuesta de ley. **XII)** Todo funcionario público que sea requerido para el cumplimiento de alguna de las disposiciones contenidas en este fallo, deberá ejecutar los actos que estén dentro de su ámbito competencial, bajo apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, incurrirán en las responsabilidades civiles y penales correspondientes. **XIII)** En razón del contenido de esta sentencia y sus alcances,

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD
SECRETARÍA DEL PLENO

notifíquese, además de las partes vinculadas al proceso: **i)** al Congreso de la República de Guatemala, **ii)** al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, **iii)** al Ministerio de Cultura y Deportes, **iv)** al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social; **v)** a la Dirección General de Minería; **vi)** al Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres –CONRED–; **vii)** al Instituto de Estudios Interétnicos (IDEI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala; **viii)** al Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas (CIAA) de la Universidad del Valle de Guatemala; **ix)** al Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas –CESEM– de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de San Carlos de Guatemala y **x)** al Centro de Estudios Ambientales y Biodiversidad –CEAB– de la Universidad del Valle de Guatemala. **XIV)** Con certificación de lo resuelto devuélvanse los antecedentes a los entes públicos de los cuales fueron recibidos.

BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
PRESIDENTE A.I.

NEFTALY ALDANA HERRERA
MAGISTRADO

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR
MAGISTRADA

JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
MAGISTRADO

MARÍA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR
MAGISTRADA

HENRY PHILIP COMTE VELÁSQUEZ
MAGISTRADO

JOSÉ MYNOR PAR USÉN
MAGISTRADO

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ
SECRETARIO GENERAL