

Los derechos colectivos de los pueblos originarios deben respetarse -no reglamentarse

Reflexiones sobre las implicaciones de la sentencia de la CC en el caso de Oxec

Simona V. Yagenova¹

La vía de la lucha jurídica, para obligar al Estado a que se respete el derecho a la consulta de los pueblos originarios, demostrar que en el caso de las hidroeléctricas Oxec y Oxec II no se había efectuado esta consulta y así su vez, evidenciar que estos proyectos tendrán impactos sobre los territorios y la vida donde habitan las comunidades q'eqchies de Santa María Cahabón, constituyó un eje de trabajo de particular relevancia que involucró tanto al Colectivo Madre Selva, Bernardo Caal y las comunidades q'eqchies en una intensa dinámica de trabajo que implicó análisis, reuniones, asambleas comunitarias, campañas informativas y movilizaciones en un contexto, ya abordado, de una intensa campaña de difamación y hostilidad.

Esta estrategia empresarial no solamente buscaba presionar a la Corte de Constitucionalidad, sino desacreditar al demandante del Amparo, Bernardo Caal, para que la corte no le reconociera con legitimidad activa en su representación de las comunidades q'eqchies, debilitar el lazo entre él y las comunidades, así como presionarlo psicológicamente para discontinuar con el trámite jurídico. La enorme presión que se desató en contra de este proceso en la que todo el peso del poder oligárquico-empresarial se hizo sentir, es un claro reflejo de lo que está en juego, ganancias millonarias y la eliminación de "obstáculos" para la inversión privada, aunque sea a costa de sacrificar derechos, como en este caso, el de los pueblos originarios.

La siguiente tabla presenta un pequeño resumen de las fechas claves del proceso jurídico que se impulsó en la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad.

Fecha	Tipo de acciones jurídicas
11 diciembre 2015	Recurso de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia por parte de Bernardo Caal y Colectivo Madre Selva
4 de enero 2016	Corte Suprema de Justicia (CSJ) otorga amparo provisional a comunidades q'eqchies
22 de abril 2016	Corte Suprema de Justicia (CSJ) revoca amparo provisional promovido por Bernardo Caal en contra del MEM (REVOCA EL AMPARO PROVISIONAL)
4 de enero 2017	Corte Suprema de Justicia emite sentencia en primera instancia en la que otorga amparo definitivo a comunidades q'eqchies.
6 de enero 2017	Ministerio de Energía y Minas (MEM) interpone Recurso de Apelación ante

¹ Profesora-Investigadora e Integrante de la Red de Intelectuales y Artistas en Defensa de la Humanidad, capítulo Guatemala. Este artículo recoge parte de un estudio realizado para el Colectivo Madre Selva denominado *Liberemos nuestros Ríos, la resistencia de las comunidades q'eqchies de Santa María Cahabón a los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II*

	la Corte de Constitucionalidad en contra de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 4/1/2017.
24 de enero 2017	Oxec II a CC Interposición de Recurso de aclaración y ampliación Sobre el concepto de licencia: “No son licencias que otorga el MEM no existe esta figura administrativa legal en el ámbito de las autorizaciones otorgadas en la generación de Energía Eléctrica. Las autorizaciones definitivas se otorgan y legalizan mediante acuerdos ministeriales. “CC posteriormente aclara que el concepto de licencia, según Diccionario de Real Academia es adecuado.
17 de febrero 2017	Corte de Constitucionalidad declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por Bernardo Caal Xol y Colectivo Madreselva y ordena suspensión de licencias.” De dejar en suspenso las licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón para la implementación de os proyectos hidroeléctricos denominados Oxec y Oxec I en el municipio de Santa María Cahabón de A.V”.
7 de marzo 2017	Oxec presenta memorial a CC argumentando la necesidad de realizar actividades de mitigación y mantenimiento en las instalaciones de la obra, dado que de no realizarse los proyectos podrían correr riesgos “ Dicha obra se encuentra en un momento crítico, por la etapa de construcción en la que se encentra, su estado es precario, inseguro y débil, es necesario asegurar la obra para que de esa manera cuenta con las bases, fundiciones y estructuras que pueden soportar las condiciones adversas de la naturaleza. Dicho lo anterior, es necesario solicitar autorización para realizar únicamente las obras necesarias para la protección de las obras ya realizadas, la protección del cauce los ríos y del territorio” (Medidas de mitigación para reducir riesgos para la población)
14 de marzo 2017	CC responde a Oxec recurso de Ampliación y Aclaración y declara sin lugar la solicitud.
17 de marzo 2017	CC autorizó a la entidad Oxec y Oxec II la realización de obras que sean estructuralmente necesarios para la mitigación de riesgos a los que se hizo referencia en su memorial de fecha 7/3/2017: a9 Terminar el diente y base de concreto aguas arriba de la toma; terminar la excavación del piso de la toma de agua y casa de maquinas, la cual se encuentra en un 95% de estar concluido, posteriormente fundir todo el piso entre la obra construida en el lado derecho y el margen izquierdo, Fundir las pareces en ambos lados hasta la cota +94msmm, esto sin contravenir lo resuelto en el auto de fecha del 17/2/2017 que otorga protección temporal a comunidades. Ordena al MEM supervisar, verificar que las actividades de la empresa no exceden lo autorizado. Ordenan a MEM que debe informar a la CC cada 7 días.
22 de marzo 2017	MEM solicita revocatoria amparo
27 de Mayo 2017	CC emite sentencia definitiva sobre el amparo definitivo otorgado por la

	CSJ del 4 de enero 2017 y las apelaciones que fueron interpuestas por el MEM, Oxec y Oxec II, PGN
--	---

El 27 de mayo 2017, la Corte de Constitucionalidad emite la sentencia en base a los expedientes acumulados 90-2017,91-2017 y 92-2017, en la que examina la sentencia de 4 de enero de 2017, dictada por la Corte Suprema de Justicia, constituido en Tribunal de Amparo, derivada de la acción constitucional promovida por Bernardo Caal Xol contra el Ministro de Energía y Minas el 11 de diciembre del 2015. La CC cita las bases del amparo que habían solicitado las comunidades q'eqchies de Santa María Cahabón a través de Bernardo Caal Xol consistentes en las violaciones a los derechos a la vida, la salud, medio ambiente y equilibrio ecológico, al agua y de consulta de los pueblos indígenas, así como el principio jurídico de legalidad.

a) se pone en riesgo la vida de los integrantes de la comunidad mencionada, porque se les priva del agua al reducir el caudal de los ríos Oxec y C. no obstante que estos afluentes son importantes debido a que se utilizan para riesgos, pesca e incluso, en última instancia como fuente para el consumo humano. Las aguas del último de los ríos aludidos sirven a la población ubicada en las riberas de la cuenca, ya que de ellas dependen habitantes que tienen medios de vida: la industria turística, hoteles, restaurantes, deportes acuáticos y lugares para la recreación;

b) no se tiene libre acceso al vital líquido, lo que amenaza su salud y por ende contraviene los artículos 93 94 t 95 de la CPR que reconocen el goce de ese derecho como fundamental del ser humano, sin discriminación alguna siendo función del Estado velar por su conservación y restablecimiento. Se ha observado la mortandad de peces que puede ser atribuida a la implementación de sus proyectos hidroeléctricos indicados, situación que amenaza la salud de los pobladores de la región que los consumen, c. afecta gravemente el equilibrio ecológico de la región, tanto de la flora y fauna circundantes a los ríos sobre los cuales se autorizó la instauración de las hidroeléctricas citadas, contraviniéndose de esa forma el artículo 97 constitucional, que obliga al Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio a prevenir la contaminación del ambiente y mantener el equilibrio ecológico, dictándose para ese cometido las normas que garanticen la utilización racionada del aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua evitando su depredación.

c)En el EIA no se describen los daños causados por las alteraciones en la cadena trófica y en los ciclos de reproducción de especies acuáticos y sobre todo, los que derivan de la construcción de complejos de infraestructura que impiden la migración de peces en ambas direcciones del Río Cahabón. Respecto del caso Oxec, la construcción de un canal de concreto paralelo al río, impedirá el acceso al agua a especies de mamíferos, que no podrán disponer del mercado caudal,

d) La captación del agua en represas impide el cauce natural de los ríos y con ello, se niega el acceso a este líquido que es necesario para varios usos domésticos, pese a que el derecho humano al agua y al saneamiento fue reconocido explícitamente por la AG de la ONU, el 28 de julio del 2010, por medio de la resolución 64/292 y que también lo garantiza el artículo 44 de la CPR aunque no figure expresamente en ella, por ser inherente a la persona humana.

e). La actividad del Estado ha de desarrollarse conforme al principio de legalidad, es decir, dentro del marco jurídico diseñado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, la CPG y demás leyes ordinarias, sin embargo, en el caso concreto, el Ministro impugnado contravino el principio de legalidad, porque previo a emitir resoluciones administrativa que afectan directamente a la comunidad indígena que habita en el municipio de SMC, debió llevar a cabo una consulta comunitaria encuadrando su actuación en el marco relacionado;

f) En los artículos 4 y 6 del C169 de la OIT se establece que los pueblos (...) que se vean afectados directamente por medidas legislativas o administrativas, deberá ser consultados sobre estas; en el caso particular, el Ministro procedió sin que se les informara ni consultara sobre los megaproyectos hidroeléctricos multicitados, vedándoseles de esa manera la facultad de decidir sobre su territorio, circunstancia que a su vez provoca un grave impacto social dentro de su comunidad al violentarse su cosmovisión y quedar en un estado de indefensión.

g) El postulante solicitó que se otorgue el amparo y como consecuencia, que el Ministro cuestionado emita la resolución respectiva **declarando la caducidad de las licencias de concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Oxec II, en (...) y que al declararse tal caducidad no se vuelvan a autorizar las licencias relacionadas, mientras no se haya realizado la consulta a la comunidad indígena Qeqchi, de conformidad con lo establecido en el C169.**

Uno de los aspectos que aclara la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, y fue uno de los principales cuestionamientos de las empresas y el MEM, tuvo que ver con **la legitimación activa de Bernardo Caal Xol para presentar el amparo.** La CC se basa en dos argumentos fundamentales.

a) Citando la CPRG en su artículo 96 que indica: “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[...]; y un fragmento de la sentencia T-724/2011 del 26 de septiembre 2011 emitida por la Sala Sexta de Revisión de la CC de Colombia[...] “el ambiente sano no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino como un derecho de rango constitucional del que son titulares todos los seres vivos, incluidas las futuras generaciones, en conexidad con ese inexcusable deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud[...]” motiva a la Corte a expresar:

En atención a lo considerado, esta Corte estima que, en el caso analizado, el postulante denuncia expresamente que la autorización, por parte del Ministro objetado de las centrales generadoras Hidroeléctricas Oxec y Oxec II conlleva afectación al equilibrio ecológico de la región, tanto de la flora y fauna circundantes a los ríos sobre los cuales se autorizó la instauración de las hidroeléctricas citadas, lo que a su parecer contraviene el artículo 97 constitucional que obliga al Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio a prevenir la contaminación del ambiente y mantener aquel equilibrio. Dentro de ese contexto, el agravio puntualizado debe resolverse en concordancia con las tendencias vanguardistas que buscan la protección del ambiente, sin anteponer formalismos que restrinjan de manera alguna la debida defensa de las acciones que tienden a garantizar que el desarrollo económico, social y tecnológico del país observe, en todo momento, la protección del Medio Ambiente.

b) El que Bernardo Caal como indígena q'eqchí tiene derecho a plantear el amparo por las siguientes razones: [...] esta Corte considera que se justifica el reconocimiento de legitimación al accionante para formular denuncia, por vía del amparo, de violación del derecho referido, **en virtud de que acreditó ser originario de ese municipio, con la copia del DPI expedido en el RENAP circunstancia que involucra en el caso concreto su sentido de pertenencia a la comunidad indígena mencionada, en otras palabras, adquiere para aquél una significación especial el vínculo que desde su nacimiento ha sostenido con esa comunidad y los recursos naturales que en ella se encuentran por formar estos parte de su cosmovisión, religiosidad e identidad cultural.** De manera que toda afectación derivada de actividad y operaciones de aprovechamiento de aquellos recursos en el territorio indicado, invade a esfera jurídica de los intereses del amparista, **sin que sea factible sostener un criterio meramente formalista en cuento a pretender desligarlo de la relación estrecha que sostiene con la comunidad maya en la que nació, por el solo hecho de encontrarse vecindado en otro municipio, según se desprende de aquel documento.** Por las razones expuestas, se advierte que, en el caso concreto el reconocimiento de la legitimación al postulante para promover amparo en defensa de un medioambiente saludables, es corolario de que demostró ser oriundo del municipio de Santa María Cahabón **y por ende, que su relación con esta comunidad indígena, entraña para él una forma particular de ver la vida y actuar en el mundo; en otras palabras, una filosofía de vida que propicia el bienestar material y la plenitud del espíritu, lo que a su vez conlleva razonablemente a considerar que el amparista está habilitados para ejercer la protección de los recursos naturales de la comunidad indicada, si avizora que estos pueden o ya están sufriendo afectación por la autorización[...]**Es el sentido de pertinencia del accionista hacia aquella comunidad un componente que cobra relevancia en el estamento constitucional y tiene una connotación garantista en función del DDH al ambiente sano, pues ello posibilita instar una acción constitucional como la presente, en la que está inmersa una postura legítima del solicitante al propugnar afianzar la

supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y prolongación de la cosmovisión y costumbres de la comunidad maya con la que se identifica.(Sentencia CC,pp33-38)

Un segundo aspecto importante de esta sentencia es que refuta los argumentos del MEM y empresas Oxec y Oxec II de que se hubiese efectuado una consulta, libre, previa e informada según lo que establece la normativa nacional e internacional en la materia.

- **Cuestiona que lo planteado en el proceso administrativo de autorización de licencias para generadores hidroeléctricas, basado en la Ley de Electricidad y su reglamento, constituye una consulta. Dice la Corte:** La simple publicación, en ciertos medios escritos de comunicación, de un edicto que contiene generalidades de la solicitud de autorización no representa un proceso de diálogo culturalmente pertinente y dirigido a la consecución de acuerdos ...].Cabe agregar que en muchos casos esa práctica ni siquiera alcanza a ser un mecanismo eficaz de mera divulgación, debido a la limitada circulación de algunos de los diarios utilizados para ese efecto y a la diversidad lingüística de país.[...] Es claro que en las disposiciones destinadas a regular la tramitación de las peticiones de autorización antes aludidas, se omite referencia explícita a supuesto de consulta a pueblos indígenas. Pero más allá de esa circunstancia, **el modo en el que está diseñado ese procedimiento no resulta idóneo para que la referida prerrogativa pueda tener lugar de forma acorde a su naturaleza y finalidad, porque está orientado a propiciar dos tipos de postura respecto a las iniciativas que sean presentadas al MEM, de oposición o de competencia; ambas ajenas e incluso contradictorias con el objetivo que persigue la consulta, que es, como se indicó, arribar a acuerdos mediante el dialogo con el consenso como vía para la toma de decisiones. [...].**
- No comparte que la evidencia presentada mediante fotografías, boletas de encuestas y reuniones con comunidades, constituyen pruebas de haberse realizado la consulta. **Dice la Corte:** es necesario señalar que de los expedientes administrativos que contienen los estudios de evaluación de impacto ambiental, se pudo constatar que en los se incluyó un apartado de opinión pública y **se adjuntaron como anexos fotografías** de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II, así como **boletas de participación pública y constancias de que los miembros de la comunidades estuvieron de acuerdo con aquellos proyectos**, sin embargo **el examen minuciosos** de los elementos descritos, **permite establecer que no son contundentes para demostrar que se realizó la consulta conforme los estándares delineados [...].Las fotografías por si sola simplemente muestran imágenes, pero son inidóneas para acreditar que se haya realizado un proceso de consulta basado en un diálogo verdadero, permanente y de respeto mutuo con intervención del Estado, las entidades privadas a cargo de las centrales generadoras y las comunidades del área de influencia directa de tales centrales),** asimismo, no puede tenerse por agotada la consulta con **las boletas de opinión pública, debido a que únicamente recogieron el parecer de 30 personas, 15 pertenecientes a los caseríos La Escopeta y Pulicibic y el resto a las aldeas Seasir y Salac.** soslayándose de esa manera que para los proyectos hidroeléctricos se definió que el área de incidencia se encontraba conformada por 11 comunidades del

municipio[...] tampoco puede considerarse como consulta el hecho de que miembros de la comunidad La Escopeta y del caserío Pulicibic, por medio de actas, hayan dejado plasmado su aval en cuanto a aquellos proyectos, y que la entidad Oxec SA a través de la suscripción de actas notariales, adquirió compromisos respecto de la comunidad y caserío referidos, habida cuenta que en esas diligencias no consta la intervención y acompañamiento del ente estatal, (...)p.65-66

- La CC tampoco da valor a lo argumentado por el MEM y empresas Oxec y Oxec II que lo efectuado en el 2016 pueda considerarse como consultas. **Dice la Corte:** Dentro de ese contexto, cabe destacar que **los aspectos resumidos simplemente constituyen meras enunciaciones en cuanto a un proceso de consulta trazado por el Ministerio denunciado, sin embargo, con ello no se demuestra fehacientemente que ésta se haya realizado conforme o reseñado en los incisos que anteceden, puesto que no obra prueba documental o de otra naturaleza-idónea y suficiente- que respalde que los aspectos comprendidos en aquella guía se instauraron con antelación a la autorización de las hidroeléctricas mencionadas, lo que conduce a establecer de forma razonada que, contrario a lo afirmado por el Ministerio denunciado y las entidades Oxec y Oxec II, el Estado no participó convocando a reuniones preparatorias para el proceso de consulta(no existe bitácora de visitas a las comunidades mencionadas ni de esas reuniones), soslayó el traslado oportuno y eficaz de toda la información que atañía a los proyectos hidroeléctricos, para que fuera objeto de reflexión en un plazo prudentes por las comunidades del área de influencia; no propició, ni instaló un verdadero diálogo en que haya prevalecido la buena fe, la comunicación constante y transparente; y no instauró procedimientos apropiados-aceptados culturalmente- en los que se respetaran las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas. Congruente con lo expuesto, es importante traer a colación que obran en autos copias de **escrituras públicas que documentan convenios entre las entidades responsables de los proyectos hidroeléctricas y representantes y miembros de las comunidades del área de incidencia (...)**empero, **esas escrituras no son determinantes** para probar que los convenios y compromisos en ellas contenidos, y su cumplimiento- en congruencia con lo explicado en el segmento precedente- sean corolario de una consulta orientada a arribar a acuerdos y fundada en el consenso para la toma de decisiones; en primer lugar, **porque en ninguna de esas escrituras consta que haya comparecido personero alguno del Estado de Guatemala, (...)**y en segundo lugar, **debido a que en tales escrituras existe una cláusula en donde los representantes de las comunidades indígenas del área de influencia, se comprometen a no entorpecer el desarrollo de las hidroeléctricas, y que no deben apoyar a organizaciones campesinas, ni de otra índole que pretendan afectar su buen funcionamiento, lo que no denota acuerdos consensuados,** pese a que estos devienen necesarios como componentes de una consulta válida. **Es importante recalcar en este punto que las escrituras referidas y la cláusula relacionada demuestran la ausencia de un proceso de consulta según los estándares indicados,** máxime que en los convenios o compromisos adoptados por las partes mencionadas, no figura uno de los actores**

principales del proceso indicado, es decir, el Estado de Guatemala por medio MEM, el que es el responsable de implementarlo y acompañarlo hasta su fenecimiento. (...)

- La Corte también cuestiona como evidencia de haberse realizado la consulta una reunión celebrada del 6 de mayo 2016 en la que participó el alcalde municipal de Santa María Cahabón, los concejales, Alcaldes auxiliares, Cocodes, líderes comunitarios de aldeas, caseríos, parcelamientos, barrios y colonias de este municipio. **Dice la Corte: en donde se dejó constancia que estos al ser preguntados, a viva voz manifestaron su oposición a la minería y su apoyo a las hidroeléctricas (...) en esa oportunidad se hizo entrega de una camisa tipo polo y un par de botas a cada uno de los alcaldes auxiliares y líderes comunitarios como aporte a su buena voluntad de representar y dirigir a sus comunidades asistiendo a cada convocatoria sin recibir honorario alguna). Esta Corte considera que lo quedó documentado en el acta referida, no constituye una consulta como tal, sino un aspecto que hubiere sido componente de la fase de pre-consulta con la intervención de personas e instituciones idóneas, según su ámbito de competencia o campo de conocimiento(...)**De esa cuenta, el contenido del acta relacionada, en vez de ser categórico para evidenciar que se efectuó la consulta de mérito, únicamente pone en relieve a manifestación de quienes asistieron a la reunión de estar de acuerdo con las hidroeléctricas y que les fueron entregados donativos por parte de las autoridades ediles por asistir a esa convocatoria, lo que en el contexto de la consulta atendiendo a los principios internacionales que deben observarse en ella, no puede tener cabida.(pp70.71)
- También obra el escrito presentado al Concejo Municipal de Santa María Cahabón el 13 de marzo de 2016, por los miembros de las comunidades La Escopeta, Pulicibi, Tres Cruces, Sepoc, Secatalcab, Pequixul, Sacta, Sacta sector 8, Chacalté, Seasir y Salac, en el que solicitan al concejo mencionado que las otras comunidades del municipio citado y las asociaciones campesinas y no campesinas, respeten los convenios que suscribieron con la entidad Oxec SA, así como la propiedad privada[...] **Dice la Corte: Esta Corte considera que el contenido del escrito citado solamente tiene eficacia probatoria en lo que respecta a que aquellas comunidades suscribieron convenios con las entidades a cargo de los proyectos hidroeléctricos, empero, al haber quedado esclarecido en líneas precedentes- con base en la prueba examinada de forma armónica- que no se implementó ni desarrolló de forma debido la consulta, esa situación permite establecer que los convenios aludidos no son corolario de la instauración de medios propositivos para la búsqueda de consensos y acuerdos entre los actores fundamentales del proceso, pese a que esa circunstancia debió acontecer como un elemento propio de la consulta. En consonancia con lo anterior, el escrito demuestra la ausencia de consulta, pues de lo contrario no existiría un reclamo de las comunidades suscriptoras de los convenios relativo a que se respeten estos, ya que en el seno de la consulta se buscan y concretan acuerdos consensuados entre os sujetos principales del procedimiento, evitando de esa cuenta conflictos o desavenencias ulteriores, habida cuenta que estos deben superarse antes de los acuerdos citados y mediante las formas previamente diseñadas para el efecto.(pp.71-72)**

- Por último, es menester referirse al **acta 07.2016 que documentó la reunión sostenida por representantes de las comunidades del área de influencia y el Viceministro de Desarrollo Sostenible del MEM, el 15 de julio 2016**[...] El contenido de las actas de merito es concluyente para consolidar la tesis de que, en el caso concreto, no se realizó la consulta conforme los estándares internacionales recogidos en la doctrina legal de este tribunal, puesto que en la fecha en que se llevaron a cabo las diligencias reseñadas, julio 2016, ya existía medida gubernativa de autorización de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II contenida en los acuerdos ministeriales 260-.2013 de 7 de agosto de ese año y 27-2015 de 12 de febrero del año indicado, publicados en el DCA el 29 de agosto de 2013 y 5 de marzo 2015 (...).Asimismo, cabe aludir al **acta 08.2016 de 26 de julio 2016** que detalla la reunión sostenida entre la comisión de las comunidades del área de influencia con representantes del MEM(Viceministro de desarrollo sostenible)circunstancia que evidencia que el MEM, por medio del VDS, pretendió la implementación tardía de todos los aspectos que se trataron en aquellas reuniones, pese a que atendiendo a su importancia, debieron instaurarse de un inicio y documentarse debidamente para fueran verdaderos compromisos de una consulta previa e informada. **Es notorio, que el proceder de aquel ministerio se descalifica como configurativo de una consulta basada en los cañones asentados en ese fallo, ya que no es factible que después de autorizar las hidroeléctricas , haya designado personeros para visitar el área de influencia de estas y propiciara- hasta en ese momento- la conformación de una comisión de consulta comunitaria del área aludida(...)** para tratar lo relativo al procedimiento a implementar en la consulta que, a su juicio, revestía las características de idóneo. **De respaldarse la actuación del Ministro denunciado, ello implicaría desnaturalizar la consulta porque se aceptaría que esa sirviese simplemente para trasladar información a los pueblos indígenas respecto de las medidas gubernativas ya adoptadas.(Sentencia,CC,pp.73-74)**

Según la Corte de Constitucionalidad las circunstancias ante las cuales resulta procedente la consulta a los pueblos indígenas y deberían haberse realizado en este caso son:

[...]para que la consulta sea procedente es necesario que concurren dos componentes, por un lado, el encuadramiento de determinadas acciones o decisiones del poder público como medidas administrativas o legislativas y por otro, **la circunstancia de que pueda razonablemente preverse que el proyecto, operación o actividad cuya autorización se pide originará afectación directa de poblaciones indígenas.**

[...] Los alcances de la consulta prevista en el citado convenio deben ser configurados en conexión con.i) **la directriz de que para decidir la viabilidad de toda actividad de desarrollo programada por los gobiernos debe tenerse en consideración el resultado de estudios acerca de la incidencia social, espiritual, cultural y ambiental que pueda generar sobre los pueblos indígenas y ii. La exigencia de distinguir y proteger la singular significación que entraña para los pueblos indígenas el vínculo con la tierra, en virtud de la cual, cuando se apliquen los preceptos de ese instrumento internacional, debe respetarse la importancia especial que para las culturas**

y valores espirituales de esos pueblos reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan, de alguna otra manera, y en particular la connotación colectiva de esa relación.

[...] Asimismo, es primordial subrayar que en el Convenio de referencia **se señala que la utilización del término tierra 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 otra manera (artículo 13, numeral 2).** En congruencia con esa previsión, el aludido tribunal regional ha destacado que el derecho de los pueblos indígenas a usar y gozar del territorio-entendido el termino como antes se precisó- carecería de sentido si no se la 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 contra Ecuador párrafo 146).

[...] El examen integral de las citadas disposiciones especiales sobre la materia denota que al regularla tanto el Congreso como la Presidencia de la Republica han previsto que proyectos, operaciones o actividades de esa naturaleza podrían comportar **alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental y por ende requieren el máximo grado de profundidad y detalle en la evaluación técnica de sus repercusiones.**[...] Aunado a lo descrito con antelación, **cabe resaltar que en los EEIA de los proyectos hidroeléctricos presentados ante el MARN por las entidades Oxec y Oxec II concretamente en los capítulos 12, incisos 12.3 intitulados “ Evaluación de impacto ambiental se puntualizó que “.. se prevén sucesos al medio ambiente como consecuencia de la construcción del proyecto, los cuales necesitan mitigarse.** Estos sucesos pueden derivar de los impactos potenciales asociados a las actividades de preparación del sitio, movimiento de tierra, construcción (incluye pruebas) operación propiamente dicha y de la fase de abandono del sitio.(folios 74) y (folio 222) e los expedientes administrativos que contienen aquellos estudios. (página 57 sentencia CC) Derivado del nivel de afectación que pueden irrogar ese tipo de proyectos, operaciones o actividades y a tenor de la normativa atinente de Convenio 169, **no puede sino concluirse que la expedición de autorización para la generación de electricidad constituye una medida administrativa cuyas implicaciones justifican la realización de la consulta a comunidades indígenas que radiquen en la zona de incidencia-hábitat- según el artículo 13, numeral 2 del mencionado instrumento internacional, [...]** En ese orden de ideas, es pertinente traer a colación que en los antecedentes del amparo, obra informe del **Vice ministerio de Desarrollo Sostenible del MEM que refiere que el 95% de la población del municipio de Santa María Cahabón del departamento de AV, pertenece a la comunidad maya Qeqchi(...)** extremo que asociado a la ubicación geográfica y política administrativa contenido en los estudios de evaluación (...) **permite colegir que la construcción de las centrales generadoras aludidas en el municipio de mérito tiene incidencia en aquella comunidad indígena. (p.59 sentencia CC).**

[...]Si bien el MEM argumenta que el artículo 125 de la CPRG declara de utilidad y necesidad publicas la explotación técnica de los recursos, esta no puede soslayar los derechos que también ese mismo cuerpo de normas fundamentales establece para las comunidades indígenas, por lo que la explotación referida, debe en todo caso, respetar el conjunto de preceptos

legales, constitucionales e internacionales para que se lleve a cabo, aspecto que como se colige en el presente asunto, no fue debidamente observado por aquel Ministro al autorizar la instalación de las hidroeléctricas Oxec y Oxec II.(p60 sentencia CC)

Las Pautas que deben seguirse para realizar toda consulta a los pueblos indígenas en Guatemala, según la sentencia de la Corte de Constitucionalidad

“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 C169 es indispensable que esta Corte adapte sus decisiones, 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. 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”.

“Toda situación debe ser resuelta y para ello, debe integrarse la normativa vigente, para así superar la ausencia de un procedimiento de consulta a pueblos indígenas en Guatemala, estableciéndose por medio del fallo los lineamientos que deberán desarrollarse, en concordancia con los estándares internacionales aplicables no solo para el caso objeto de examen, sino para todo conflicto que a futuro se suscite vinculado a ese tópico, mientras no exista una legislación específica respecto del tema y de esa manera prevenir denuncias con relación al derecho de mérito, garantizando su efectividad en el país, lo que solamente puede lograrse poniendo en marcha al aparato estatal y en donde tengan participación proactiva de forma armónica y coordinada varias autoridades públicas, con el objeto de garantizar que el Estado cumpla con sus obligaciones en los ámbitos nacional e internacional de materia de DDHH.

“En consonancia, con lo anterior, el MEM bajo su estricta responsabilidad, deberá liderar y construir un plan de trabajo con su respectiva implementación para el proceso de consulta y eventual acuerdo y consentimiento entre las partes interesadas, tomando en cuenta que la consulta previa, libre, informada y de buena fe, es responsabilidad integral del Estado que el proceso que lleve a cabo debe ser demostrable con la finalidad de crear una auténtica armonía entre los pueblos indígenas y personas individuales y colectivas interesadas. Para tales efectos, el Estado de Guatemala, por medio del Ministerio citado, deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

1. La consulta debe ser previa. El sentido y naturaleza de la consulta previa implica que antes de cualquier autorización estatal las comunidades potencialmente afectadas por estas decisiones **estén plenamente informadas con la suficiente antelación de sus derechos que les asisten como sujetos de derecho, así como de todos los alcances que las medidas, tanto positivas como negativas, puedan tener sobre sus territorios y sus derechos,** Así lo ha dicho la CIDH, informe No. 75/92 caso 11.140 Mary y Carrie Dann EEUU 27 de diciembre 2002, párrafo 140. Lo anterior aparte y encuentra fundamento en el principio de protección especial de los

recursos naturales existentes en los territorios de los pueblos indígenas establecido en el artículo 15.1 y 15.2 del C169, el artículo 19 de la declaración de ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

2. La consulta debe ser informada Este carácter informador del proceso de consulta, **obliga al Estado a proporcionar información precisa sobre la naturaleza y consecuencias de los proyectos hidroeléctricos a las comunidades indígenas, antes y durante la consulta.** Esto incluye que en el procedimiento de consulta del presente caso se informe conforme los anteriores y siguientes criterios los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre con sus propias prioridades de desarrollo. (87) A este respecto, la CorteIDH en su jurisprudencia ha dicho que la consulta a los pueblos indígenas debe ser informada, es decir que tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los ambientales de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento de forma voluntaria, para la misma CorteIDH este debe requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes (CDIH, caso del pueblo Saramaka vs Surinam, serie c No 172, parr.147)

Para satisfacer plenamente este derecho el Estado de Guatemala 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, cultural, espiritualidad, medio ambiente y su desarrollo puedan afectar la puesta en marcha de las hidroeléctricas de merito y, solo cuando este requisito este satisfecho a plenitud las comunidades indígenas consultadas podrían dar su respuesta al Estado.(basado en Saramaka vs Surinam) p.88

3. La consulta debe ser de buena fe Es decir que el Estado de Guatemala debe observar conforme la presente sentencia que el proceso de consulta es n proceso único, singular, culturalmente adecuado a los valores de los pueblos indígenas y no se agota únicamente con una notificación o un trámite de cuantificación de daños.

Tomando en cuenta o anterior, para que el proceso de consulta cumpla con el criterio y estándar de buena es necesario que:

- El Estado de Guatemala cumpla con todos los criterios y estándares aplicables a la materia de consulta;
- El Estado logre y establezca un clima de confianza mutua entre las partes, principio de respeto mutuo. [...]
- El proceso de consulta sea absolutamente transparente, sin ocultar ninguna información que pueda afectar los derechos y la decisión de los pueblos indígenas
- 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, hídricos o de otro tipo, los pueblos indígenas tomaron 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 aquiescencia(ver artículo 32 de la declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas)

- **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.**

La Corte de Constitucionalidad establece un mecanismo de 'pre-consulta, que debe convocarse por parte del MEM mediante todos los medios de difusión con cobertura en Santa María Cahabón, en idioma castellano como en Qeqchi. Debe convocarse a 2 representantes y 2 titulares para la fase de la pre-consulta, integrado por: El concejo municipal de SMC; las comunidades mayas q'eqchies radicadas en la zona de influencia en SMC por medio del Consejo departamento de desarrollo urbano y rural; el Ministerio de Cultura y Deporte y el Mirna la junta directiva de la comunidad lingüística Qeqchi de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala ALMG; A los consejos comunitarios de desarrollo que funcionen en SMC; A las personas jurídicas sobre las que ha recaído la autorización para las instalación de los hidroeléctricas, Un representante de la PDH tiene como función ejercer como mediadores entre todos los convocados y así evitar que pueda suscitarse asimetría entre unos y otros; a los representante de la USAC, universidades privadas que integran el Consejo departamento de desarrollo que funciona en Alta Verapaz.

Las personas e instituciones idóneas, según su ámbito de competencia o campo de conocimiento, harán una presentación inicial, proporcionando información objetiva, veraz y atinente sobre las implicaciones de la autorización para utilizar bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón, para la instalación de las centrales generadoras hidroeléctricas Oxec y Oxec II, a manera de situar la base para la ponderación del modo y grado de su incidencia en las condiciones de vida de las comunidades mayas q'eqchies asentadas en el área de influencia en el municipio de SMC, AV. Los mecanismos por los cuales debe realizarse la consulta: todos los sujetos convocados decidirán conjuntamente sobre su diseño. Debe contener como mínimo.

a. procedimientos que puedan realizarse de buena fe y que tiendan de manera propositiva a la búsqueda de consensos y acuerdos entre los actores principales del proceso, es decir, el MEM, las comunidades mayas q'eqchies radicadas en el área de influencia.

b. Medios eficaces para transmitir la información de la autorización para

c. Forma de solución de las desavenencias que puedan presentarse entre quienes intervienen en el desarrollo de la consulta

d. Calendarización de los procedimientos de consulta, diseñados de acuerdo con plazos razonables para su realización, en la que cuanto menos se incluyen aspectos como: determinación concreta de oportunidades para pronunciarse acerca de las propuestas formuladas por los actores directamente involucrados en la consulta; fechas probables de

materialización de preacuerdos, forma de sistematización de los acuerdos alcanzados y de seguimiento que propicie su cumplimiento.

e. Una vez realizada la pre-consulta dentro de un plazo perentorio que debe haber sido 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 del PDH puede desempeñarse como facilitador, mediador o conciliador. El resto de sujetos convocados para la preconsulta también intervienen en esta etapa, pero sin que sus pronunciamientos vinculen directamente a los actores principales

f. Finalmente, una vez 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. Todo o anteriormente relacionado debe realizarse en un plazo no mayor de 12 meses.

Por tanto, la CC resuelve: Dejar sin lugar los recursos de apelación interpuestos por el MEM, y las autoridades Oxec y Oxec II terceros interesados, y confirma la sentencia de primer grado, pero con la modificación de precisar el alcance de la tutela constitucional otorgada en los siguientes términos:

a) Se ordena al MEM realizar la consulta establecida en el C169 según las pautas descritas en la presente sentencia; para el efecto, concede el plazo de 12 meses, contado a partir de que adquiera firmeza este fallo, lapso durante el cual podrían continuar sus operaciones de las hidroeléctricas. Oxec y Oxec II. Durante ese lapso la autoridad cuestionada deberá rendir informes trimestrales detallados en los que especifique los avances del proceso de consulta. Finalizado el plazo deberá rendir un informe completo y exhaustivo del proceso 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,

b) En caso de que el proceso de consulta no se haya completado y, a criterio del Tribunal de Amparo, las causas no sean imputables- por dolo o negligencia- a las autoridades estatales intervinientes o a los personeros de los proyectos hidroeléctricos cuestionados, previa audiencia a las partes intervinientes en el proceso de consulta, el Tribunal de Amparo, podrá prorrogar el plazo que considere oportuno para que el proceso de consulta pueda concluir de manera eficaz.

c) En el caso de que el proceso de consulta no haya podido concluir por causas imputables al Estado- dolo o negligencia- cualquiera de las otras partes podrán solicitar la prórroga mencionada en la liberal anterior, asimismo, la aplicación de las responsabilidades civiles, penales y administrativas que puedan corresponder, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 50, 52, 53 y 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad;

d) En el caso de que el proceso de consulta no haya podido concluir por causas imputables a las entidades Oxec previa audiencia a las partes, se ordenará a la autoridad impugnada que cancele las licencias o autorizaciones de ambos proyectos h, sin que ello implique la exoneración de que realice los trabajos de mitigación y/o reparación que correspondan

e) En el caso de que el proceso de consulta no haya podido concluir por causas imputables a los pueblos indígenas, los proyectos hidroeléctricos podrán continuar sus operaciones, debiendo las entidades privadas involucradas hacerlo saber al Tribunal de Amparo a efecto de que dicte las medidas que correspondan

f) El procedimiento diseñado en el segmento considerativo doceavo de este fallo deberá implementarse no solo para este caso, sino para todo asunto futuro que surja relacionado con el derecho de consulta de los pueblos indígenas, mientras no exista una ley que desarrolle en el ámbito nacional el citado derecho, lo anterior para dar respuesta estructural a la necesidad de dotar de plena vigencia el derecho de mérito.

g)[...]Se conmina a los diputados del Congreso de la Republica 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. Para el efectivo cumplimiento de lo indicado, deberá notificarse al Congreso de la republica esta sentencia y su junta directiva dentro de los ocho días siguientes deberá hacer llegar una copia a cada uno de los diputados para su ejecución. Con relación al proceso legislativo relacionado deberá tomarse en cuenta lo apuntado por esta Corte en cuanto a la participación coordinada, sistemática y armónica de integrantes de los pueblos indígenas, en tal proceso, según lo considerado en esta sentencia. Se revoca el amparo provisional otorgado en resolución de 17 de febrero de 2017.

Análisis e implicaciones de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad

El análisis de esta polémica sentencia efectuado en una clínica jurídica² con diversos abogados especialistas en derechos de los pueblos originarios, específicamente el C159 y la consulta libre, previa e informada, deja entrever los aspectos positivos y los negativos. Se reconoció que puede considerarse un parteagua jurisprudencial en materia de derechos de los pueblos indígenas en Guatemala que tendrá importantes repercusiones a futuro. Se la considera como una sentencia contradictoria dado que la primera parte de la resolución efectivamente se basa en un conjunto de argumentos jurídicos basados en estándares internacionales que respaldan claramente que el Estado de Guatemala debe cumplir con el C169 y el derecho a la consulta libre, previa e informada, no obstante, la parte resolutive se distancia radicalmente de la base filosófica-jurídica en materia de derechos de los pueblos originarios.

² Esta sesión se efectuó el 26 de junio 2017 y participaron el equipo jurídico del Colectivo Madre Selva, la Asociación de Abogados Mayas, la coordinadora y confluencia Maya Waquib Kej, el Dr. Ricardo Changala entre otros.

La Corte de Constitucionalidad afirma emitir **una sentencia estructurada**, con la finalidad de superar, resolver las reiteradas omisiones constitucionales que se dan en esta materia. (p.76). Argumenta que es para operativizar los valores y principios constitucionales explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación de ordenamiento infra constitucional a la Constitución. Se trata de decisiones **nomogenéticas**, con producción de directrices normativas **que se infieren del propio texto constitucional**, que permita habilitar el remedio procesal faltante debido al ocio legislativo, pero siempre con **medida, lógica, habilidad y fórmulas mínimas tan útiles como intrínsecamente justas** (página 77). En las sentencias estructurales el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución. Define cómo deben actuar las autoridades para garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos y expide órdenes que exceden las coordenadas inter partes de los casos que originaron la respectiva sentencia para resolver el problema generalizado que se ha detectado.

La Tesis general en la que se funda el fallo de la CC fue la siguiente: Procede el otorgamiento de la protección constitucional que el amparo conlleva cuando la autoridad gubernamental competente para autorizar un proyecto, operación o actividad relacionada con el aprovechamiento de recursos naturales, del que pueda preverse que provocará afectación en las condiciones de vida de comunidades indígenas, omite practicar la consulta prevista en el C169 de la OIT, reconocida como derecho fundamental de carácter colectivo.(p.22)

La CC se basa los instrumentos internacionales en la materia ratificados por el Estado de Guatemala, véase el Convenio 169, Convenio 169, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas así como sus previas sentencias dictadas en los expedientes 3878-2007,1031-2009,4419-2011,1149-2012, 4957 y 4958/2012 y 156 y 159/2012.

Los aspectos positivos y negativos de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad según el análisis efectuado en la reunión del 26 de junio 2017.

Aspectos positivos
<ul style="list-style-type: none"> • La primera parte de la resolución incluye un conjunto de argumentos jurídicos, nacionales e internacionales, muy correctos y apegados a derecho, en especial a los estándares internacionales vinculados con los derechos de los pueblos indígenas y la consulta. • Confirma el criterio de la CSJ, al aceptar la legitimidad activa de una persona integrante de la comunidad para presentar el amparo, por su sentido de pertenencia a la comunidad involucrada, rechazando criterios formalistas del actual domicilio del accionante. Fundamenta en el artículo 87 de la Constitución de Guatemala, Sentencia T-742/2011 de la Corte Constitucional de Colombia que sostiene que el ambiente sano es un derecho de todos los seres vivos. • Expresa la CC que, al tratarse de una denuncia por omisión, no se aplica el plazo previsto en la ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad (artículo 20), para instar a la acción jurisdiccional.

- Fundamenta correctamente el derecho a la consulta basado en varias normas internacionales, como el Convenio 169, la Convención Americana de Derechos Humanos en la interpretación dada por la CIDH de sus artículo 1 y 21, Pacto de Derechos Civiles y Políticos según interpretación del Comité del art. 27, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial según su recomendación general 23, Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Expresa, además, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a la consulta forma parte del Bloque de Constitucionalidad guatemalteco (sentencia de la CC 1822-2011).
- En el capítulo VII, realiza una extensa fundamentación sobre el derecho a la consulta como principio general del Derecho Internacional y su justiciabilidad como derecho fundamental.
- En el capítulo VII, desarrolla el concepto que el derecho a la consulta tiene un carácter integral, es decir que demanda cambios institucionales, normativos y prácticas concretas para hacerlo realidad.
- Afirma que la inexistencia de una legislación ordinaria ad hoc no puede significar la nulidad de la consulta que asiste a los pueblos indígenas porque ello implicaría que la pasividad del poder público tuviera como resultado vaciar de contenido al derecho fundamental (página 50), por lo cual se rechaza la argumentación del Ministerio y las empresas que dicen haber cumplido con todos los requisitos por haber realizado lo previsto en la ley General de Electricidad y sus Reglamentos.
- Explica la CC que, si bien el artículo 125 de la Constitución declara de utilidad y necesidad pública la utilización de los recursos naturales, la misma Constitución establece los derechos de los pueblos indígenas, por lo cual se debe respetar el conjunto de las normas. (página 60).
- En el capítulo X, la sentencia recorre los principios internacionales que deben considerarse en la consulta, para lo cual dice tomar como base las sentencias de la CIDH, la opinión de los expertos de la OIT y de los relatores de Naciones Unidas en la materia. (página 61)
- En ese sentido explica que deben aplicarse cuatro principios: la consulta debe ser previa, debe ser un diálogo de buena fe que no se agota en mera información, debe estar orientado a llegar a acuerdos sin que una parte se imponga a la otra, debe concretarse en procedimientos culturalmente apropiados especialmente en relación a las autoridades representativas de las comunidades.
- La CC dice que el artículo 15 de la Ley General de Electricidad no cumple con esos requisitos (página 62 a 76)
- Dice la CC que para que proceda la consulta tienen que darse dos extremos: la existencia de ciertas medidas legislativas o administrativas; y la eventual afectación de las comunidades.
- Para determinar esto último se debe cotar con estudios técnicos y la necesidad de distinguir la especial afectación que para los pueblos indígenas pueda tener cierta medida estatal, considerando las culturas propias de los pueblos. (página 52).

- Por tanto, el objeto de la consulta no se refiere solo a aspectos patrimoniales, sino que va más lejos, la cosmovisión de los pueblos y considerando la marginación histórica que han recibido.
- Ambos extremos se dan en el caso: hay una medida administrativa y se afecta a las comunidades ya que el estudio de impacto ambiental claramente así lo indica.

Aspectos negativos

- Ordena al MEM a realizar la consulta, en un plazo máximo de 12 meses, con informes trimestrales e informe final, **lapso en el cual podrán continuar sus operaciones las hidroeléctricas Oxec y Oxec II. Esto sienta un precedente sumamente negativo, porque** a) luego de fundamentar varias veces el carácter previo de la consulta, autoriza que prosiguen las operaciones al tiempo que da un plazo de un año para consultar; b) porque esa autorización de no es abordada en ningún lugar de las casi 120 páginas de la sentencia; es un texto que aparece colado de improviso en la parte resolutive de la sentencia.
- Según la CC, tanto en el proceso de “preconsulta” como en la misma consulta, hay una nómina de actores que deben participar, dejando en una posición de minoría a los pueblos originarios, y desvirtúa, y contradice totalmente a las normas internacionales. El C169 en su artículo 6 1. Indica: Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a 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. **Para la CC, consultar a las comunidades es conformar una mesa redonda donde los indígenas son clara minoría y sin respetar dinámicas ni procedimientos propios de los pueblos, al afirmar que “Todos los convocados decidirán conjuntamente sobre el diseño” numeral 6.**
- La CC expresa además, que, si este proceso “no haya podido concluir” por responsabilidad atribuible a los pueblos indígenas, entonces corresponde seguir adelante con las autorizaciones de licencias.
- La Sentencia se apoya en un razonamiento según el cual se trata de asegurar el desarrollo del país. Según la CC la consulta debe contribuir a la disolución de factores de polarización, y a acercar perspectivas. El Estado encontrará un punto de equilibrio entre la diversificación de la matriz energética, la potenciación de proyectos de inversión para el desarrollo sostenible en clima de seguridad jurídica y paz social, cumplimiento de obligaciones internacionales y el respeto de los derechos de los ciudadanos y colectividades. Claramente, asume el discurso desarrollista, donde los derechos de los pueblos son un obstáculo a vencer para poder avanzar en lo que importa al país. En ningún momento se plantea, ni la remota posibilidad que los pueblos tengan otro modelo de desarrollo. Más allá de las consideraciones sociales del tema, el punto es que a la CC no le compete esa perspectiva, su trabajo es proteger

derechos y hacer cumplir la Constitución.

- La CC encarga el proceso de preparar la consulta, no para el caso concreto sino para todos los casos, al Ministerio de Energía y Minas. Esto implica una visión parcializada sobre el derecho a consulta, que pareciera reservado a las explotaciones de recursos, como si no hubiera otros terrenos donde aplicarlo. Además, resulta muy cuestionable que ésta sea la cartera de Estado para afrontar un tema tan relevante, por sus estrechos vínculos con el sector empresarial en materia de política extractiva
- La CC ordena al Congreso a legislar, en un plazo de un año, con los mismos criterios que le exige al MEM para reglamentar. Es muy cuestionable y claramente fuera del mandato institucional porque la CC está ingresando en el terreno legislativo sin que ello le competa.

Las principales contradicciones y riesgos de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad en materia del derecho a la consulta de los pueblos originarios.

- Otorga un amparo que no hace efectivo, dado que permite que la empresa puedan continuar funcionando mientras se realice la consulta.
- Si bien reconoce la importancia que la consulta debe ser libre, previa e informada, en la parte conclusiva de la misma elimina el requisito de que sea previa, porque autoriza que ésta se realice después de haberse autorizado las licencias. Esto constituye una grave violación al sentido fundamental del Convenio 169.
- No suspende las licencias que hubiera sido lo deseable, a pesar de que en su sentencia reconoce que el MEM no cumplió con el marco jurídico nacional e internacional en esta materia, que pertenece al bloque de constitucionalidad, según sentencias previas emitidas por esta corte. Con esta decisión contribuye a que se profundice la polarización local, empoderando a quienes reciben beneficios económicos por parte de las empresas Oxec y Oxec II.
- Crea un mecanismo de pre-consulta en la que los pueblos indígenas constituyen una minoría, desvirtuando el sentido planteado en el C169. Además desvirtúa la función del Procurador de Derechos Humanos al asignarle roles de intermediación durante el proceso.
- Limita la consulta a las comunidades en el supuesto área de influencia, determinación geográfica definida por el MEM-MARN, que hace caso omiso de que los impactos acumulativos de estos proyectos afectarán al territorio y pueblos originarios que viven en todo el municipio de Santa María Cahabón.
- No contempla la posibilidad de que los pueblos originarios tuvieran el derecho de negarse a la autorización de estas u otras licencias. El diálogo y supuesto consenso que debe construirse en torno a este u otros proyectos según la CC, solamente concibe posibles reparaciones a futuros daños que pueden generarse, no así, el derecho al veto.

En el marco jurídico guatemalteco, esta sentencia es inapelable, por lo que cierra el paso a otras medidas jurídicas que pudieran cuestionar su contenido.

Los pueblos indígenas han planteado el reconocimiento, vigencia y privilegio de un derecho propio que regule su vida social, frente a un sistema que no reconoce la diversidad y penaliza sus prácticas y luchas y reclaman al Estado, el respeto pleno a sus autoridades, instituciones, normas y procedimientos, sistema jurídico que han venido formulando, actualizando y aplicando desde tiempos milenarios como parte fundamental de su cultura. Esta reivindicación expresa una relación de enfrentamiento histórico entre el Estado y los pueblos indígenas, con orígenes que se ubican en la configuración del modelo de Estado-Nación en América Latina desde la época de la independencia.

Los pueblos indígenas, mediante sus diversas luchas han señalado reiteradamente que el Estado actual, su marco jurídico, la distribución del poder y la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida nacional no corresponden a la composición pluricultural de la sociedad guatemalteca. Sus recursos, territorios y mano de obra generan riqueza y bienestar para una minoría y desde una lógica de acumulación que es totalmente contrario a su cosmovisión.

La realización de las consultas comunitarias de buena fe, se basan en “una práctica milenaria desarrollada de generación en generación plasmada en los libros sagrados para tratar asuntos comunitarios, familiares y personales,” y constituyen mecanismos de regulación social, resolución de conflictos y toma de decisiones que se construyen colectivamente y recogen la voz y el sentir de quienes participan. Pero dicho ejercicio colectivo, adquiere hoy por hoy una connotación como mecanismo de defensa de su territorio, cultura y bienes naturales, con una prospección de salvaguardar su sobrevivencia como pueblos amenazados por un modelo de desarrollo basado en el despojo de la vida y los bienes naturales. La consulta desde los pueblos originarios, entonces, es un ejercicio de legítima defensa de su vida presente y futura, que reviste, entonces, un profundo significado político-filosófico.

No se respeta ni se promueve en ningún ámbito de la política estatal la participación y la consulta con los pueblos derechos como pueblos que deben ser respetados integralmente y son irrenunciables. El ejercicio de estos derechos, que constituye una parte intrínseca y fundamental de su ser como pueblos, no depende, ni puede depender de la “autorización” del Estado, porque significaría renunciar a su esencia “ histórica y colectiva” que no le pertenece a nadie en particular sino a los pueblos como tal como tal.

El concepto de diálogo que subyace a la categoría de la consulta debería construir acuerdos políticos que modifiquen sustancialmente las relaciones de poder y decisión entre el Estado y los pueblos indígenas. Dichos acuerdos políticos necesariamente tendrían que abarcar la consulta y plena participación de los pueblos en todos los ámbitos de la vida política, económica y socio-cultural del país, partiendo del reconocimiento y respeto pleno de los derechos que le son inherentes como pueblos y que no se pueden fragmentar, enajenar o negociar.

Teniendo a su favor un marco jurídico-institucional moldeado a sus intereses, la clase dominante y sus aliados, perciben que la lucha por la defensa del territorio y la autodeterminación, que cuestiona la lógica liberal del ordenamiento territorial, el poder del Estado de disponer de su territorio y los recursos que allí subyacen, amenaza sus poderes históricamente constituidos.

La exigencia de que se respete la práctica ancestral de la consulta de los pueblos ofrece la oportunidad de democratizar y refundar al Estado, y transformar sustancialmente las relaciones de poder existentes en el país. De allí la importancia en reconocer y respetar los aportes de los pueblos, quienes han enriquecido el debate político en torno a las tan necesarias reformas del sistema mediante su exigencia del reconocimiento del pluralismo jurídico, los derechos colectivos, la autodeterminación y el respeto a la consulta.

La sentencia de la Corte de Constitucionalidad constituye un antes y después en la jurisprudencia en materia de derechos de los pueblos originarios en Guatemala, específicamente en la consulta, libre, previa e informada. Mediante una sentencia estructurada, la Corte quiso poner un alto a un debate jurídico nacional que ha enfrentado a las comunidades indígenas con el Estado y los empresarios, dado que la sentencia no es apelable, y porque en ella advierte que se aplicará a todos los casos, hasta que exista una ley de reglamentación de la consulta.

La tesis que en la práctica ganó con esta sentencia es: si reconocemos que existen los pueblos originarios, si reconocemos que tienen derechos específicos, si reconocemos que tienen derecho a interponer amparos cuando consideran que sus territorios están amenazados, si reconocemos que el Estado debe hacer la consulta libre, previa e informada y que esta ya es una obligación de carácter constitucional, sin embargo, los pueblos no tienen el derecho a vetar estos proyectos.

En tal sentido, hace suyo uno de los principales argumentos del empresariado en el sentido de que el C169 no debe constituirse en un instrumento que “impide “la certeza jurídica de las inversiones” sino favorecer “ la inversión y el empleo “ en las comunidades indígenas.

Por otro lado, si bien la Corte reitera que el Estado debe realizar la consulta libre, previa e informada, dicta una sentencia que ordena una consulta post-facto, contradiciendo su propia lógica argumentativa y crítica efectuada a las actuaciones del MEM del 2016. De aplicarse esta decisión a otros casos, tal como es advertido, elimina prácticamente uno de los tres aspectos fundamentales de la consulta, el que debe hacerse de manera previa.

A su vez, abre la puerta para que se revierten el resto de los procesos jurídicos interpuestos que conllevaron a la suspensión por ejemplo, de la Mina San Rafael y la Mina El Tambor. No es casual, que el empresariado en pleno está impulsando una campaña para que la sentencia de la CC sobre Oxec, se aplique también a estos casos.

Todos los requerimientos que la Corte establece para implementar la pre-consulta y consulta, parten de una concepción de diálogo, que busca desembocar en consensos, pero no contempla los disensos; el disenso sobre el tema de fondo: la instalación de proyectos en el territorio de los pueblos originarios que pueden dañar sus vidas, bienes naturales, cultura y sobrevivencia material. Se trata por lo tanto, de un diálogo condicionado y cercado, que se desarrollaría en una situación de desigualdad, donde una de las partes, los pueblos originarios, pueden exponer sus puntos de vista, expresar sus desacuerdos ante el Estado y empresariado, pero no deciden.

Esto en si no es una novedad, porque así ha funcionado este Estado históricamente, despojando a los pueblos originarios en sucesivos periodos históricos, bajo el lema del desarrollo y progreso. La diferencia y principal contradicción actual reside en que el máximo órgano jurisdiccional reconoce que existen derechos específicos de los pueblos, pero impide que estos puedan ejercerse debidamente.

Es de recordar, que la consulta como parte de las prácticas ancestrales de los pueblos originarios no puede impedirse, y continuará implementándose en los distintos territorios donde habitan, para solucionar problemas que impactan directamente sobre su cultura, bienes naturales, derechos y sus vidas.

Con la sentencia de la CC, lo que queda en evidencia, es que el Estado actual no tiene voluntad política alguna, para que estas decisiones que emanan de un ejercicio profundamente democrático de los pueblos, seas vinculantes para el diseño y puesta en práctica de las políticas públicas. Se ratifica, entonces, lo que los pueblos originarios de este país, han expresado una y otra vez, que en ningún ámbito de las decisiones implementados por el Estado se toman en cuenta a los pueblos, un claro reflejo de la continuidad del racismo estructural que es histórico y que se perpetúa hasta la actualidad. La CC tenía la oportunidad de sentar un precedente histórico, pero optó por el continuismo, alejando a los pueblos originarios cada vez de un Estado que no reconocen como el suyo y que les agrede y violenta.

Solidaridad con el preso político, líder q'eqch' Bernardo Caal y las comunidades en resistencia de Santa María Cahabón, Alta Verapaz.

Guatemala 9 de abril 2018