

## **APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO**

### **EXPEDIENTE 406-2014**

**CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD:** Guatemala, veintitrés de noviembre de dos mil quince.

En apelación, y con sus antecedentes, se examina la sentencia de veintidós de octubre de dos mil trece, dictada por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por el Consejo de Autoridades Comunitarias de Momostenango del Departamento de Totonicapán, por medio de su Nab'e K'amalb'e, Javier Lajpop Poroj, y el Consejo de Autoridades de las treinta y un Comunidades del municipio de Momostenango del departamento de Totonicapán, por medio de su Representante, Celso Renato Vicente Coguoq, contra el Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. El postulante actuó con el auxilio del referido mandatario. Es ponente en este caso el Magistrado Vocal II, Mauro Roderico Chacón Corado, quien expresa el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES**

#### **I. EL AMPARO**

**A) Interposición y autoridad:** presentado el once octubre de dos mil doce, en el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia y remitido a la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil. **B) Actos reclamados:** **i)** resolución número un mil trescientos veintidós (1322) de veintiséis de septiembre de dos mil uno, mediante la cual se otorga la licencia de exploración minera denominada "Centauro II" a favor de Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima; **ii)** resolución número treinta y siete (37) de

veintiocho de febrero de dos mil siete, por medio de la cual se aprueba la prórroga de la licencia antes mencionada; y **iii)** el procedimiento mediante el cual se está tramitando la solicitud de la segunda prórroga de la referida licencia; todos a cargo del Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. **C)**

**Violaciones que denuncian:** a los derechos de protección a grupos étnicos y a la consulta de los pueblos indígenas. **D) Hechos que motivan el amparo:** de lo

expuesto por los postulantes en el escrito de interposición de la acción de amparo y lo consignado por el tribunal de primer grado en la sentencia apelada, se resume:

**D.1) Producción de los actos reclamados:** **a)** en octubre de dos mil

doce tuvieron conocimiento que el Director General de Minería del Ministerio de

Energía y Minas emitió la resolución número un mil trescientos veintidós (1322) de

veintiséis de septiembre de dos mil uno, mediante la cual otorgó la licencia de

exploración minera denominada "Centauro II" a favor de la entidad Montana

Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, confiriéndole la facultad

exclusiva, por tres años, de localizar, analizar, evaluar y estudiar los yacimientos

de oro, plata, níquel, cobalto, cromo, antimonio, zinc y tierras raras en el municipio

de Momostenango, departamento de Totonicapán, sin consultarles previamente

en su calidad de pueblos indígenas afectados –primer acto reclamado–; **b)**

posteriormente, a solicitud de parte interesada la citada licencia fue prorrogada

por la autoridad cuestionada por un plazo de dos años, en resolución número

treinta y siete (37) de veintiocho de febrero de dos mil siete –segundo acto

reclamado–; **c)** además, se está tramitando el procedimiento para la aprobación

de la segunda prórroga de la referida licencia –tercer acto reclamado–. **D.2)**

**Agravios que reprochan a los actos reclamados:** consideran que la autoridad

cuestionada violó sus derechos porque otorgó la licencia de exploración minera

sin realizar la consulta previa, libre e informada, necesaria que correspondía por ser la población indígena que sería afectada con los trabajos de minería, incumpliendo con lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. **D.3) Pretensión:** solicitaron que se les otorgue amparo y, como consecuencia, se suspendan los actos reclamados. **E) Uso de recursos:** ninguno. **F) Casos de procedencia:** invocaron los contenidos en el inciso a) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **G) Leyes violadas:** citaron los artículos 44, 46, 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

## **II. TRÁMITE DEL AMPARO**

**A) Amparo provisional:** no se otorgó. **B) Tercera interesada:** Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima. **C) Informe circunstanciado:** el Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas informó: **i)** el dos de febrero de dos mil uno, la entidad Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, solicitó licencia por un plazo de tres años para explorar oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras en los municipios de Momostenango y San Carlos Sija, de los departamentos de Totonicapán y Quetzaltenango respectivamente, dentro de un área de cuarenta y cuatro kilómetros cuadrados (44 Km<sup>2</sup>); **ii)** el veintiséis de septiembre de dos mil uno, por medio de la resolución número un mil trescientos veintidós (1322), otorgó la licencia solicitada, resolución que fue notificada el nueve de octubre del mismo

año; **iii)** el doce de octubre de dos mil uno dio el aviso respectivo a los Alcaldes Municipales de los lugares mencionados; **iv)** el seis de septiembre de dos mil cuatro, la entidad titular del derecho solicitó la prórroga de la licencia por un plazo de dos años y un área de veintidós kilómetros cuadrados (22 km<sup>2</sup>), a lo cual accedió en resolución número treinta y siete (37), de veintiocho de febrero de dos mil siete; **v)** el Alcalde Municipal de Momostenango, departamento de Totonicapán, interpuso recurso de revocatoria, el cual fue rechazado mediante la providencia un mil trescientos diecisiete (1317), de siete de mayo de dos mil siete, al considerar que la prórroga de dos años concedida había vencido el nueve de octubre de dos mil seis, por lo que quedaba sin materia por la cual resolver el recurso; **vi)** el dos de agosto de dos mil seis, Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, solicitó nuevamente la prórroga por dos años de la referida licencia y por un área de diecisiete . cincuenta y cinco kilómetros cuadrados (17.5500 km<sup>2</sup>); **vii)** el cuatro de septiembre de dos mil siete, mediante dictamen catastral identificado como DIC-CM- trescientos sesenta y siete – cero siete (DIC-CM-367-07), el Departamento de Derechos Mineros de la Dirección General de Minería recomendó que el expediente continuara con el trámite para el otorgamiento de la segunda prórroga; **viii)** el seis de agosto de dos mil siete, la Sección de Control de Derechos de Explotación del Departamento de Control Minero, emitió providencia número CM-SCDE- doscientos veinticinco – dos mil siete (CM-SCDE-225-2007), por la cual recomendó continuar con el trámite de esta prórroga, por no existir inconveniente alguno para dicha gestión; **ix)** el tres de octubre de dos mil siete el Departamento de Supervisión Minera emitió el dictamen favorable identificado como DIC.SM.DM- ciento ochenta y siete – dos mil siete (DIC.SM.DM-187-2007); **x)** el dieciocho de junio de dos mil nueve, la

Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo, dentro del amparo ciento cincuenta – dos mil siete (150-2007), promovido en su contra por el Alcalde Municipal de Momostenango del departamento de Totonicapán, le remitió certificación de la resolución de uno de julio de dos mil ocho, en la que ordenó la suspensión de la acción constitucional y revoca el amparo provisional; **xi)** el trámite se ajustó a lo dispuesto en la Ley de Minería y su Reglamento, por lo que no se violaron los derechos denunciados. Respecto de la consulta a que se refiere el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Corte de Constitucionalidad ha fallado en sentido de que el Congreso de la República debe emitir la normativa correspondiente que permita ejercer ese derecho, pero además ha instado a los órganos estatales a que en tanto es emitida esa normativa, sean aplicadas las disposiciones legales que permitan a los interesados pronunciarse respecto de aquellos proyectos que les puedan afectar; en ese sentido, como anteriormente se indicó, se efectuaron publicaciones en el Diario de Centro América y en el diario Nuestro Diario para que cualquier persona manifestara su objeción sin que los postulantes se hayan pronunciado a ese respecto, en tal virtud, el presente amparo carece de definitividad por cuanto no se hizo uso de los recursos ordinarios que la ley prevé.

**D) Sentencia de primer grado:** la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo, **consideró:** *“...se determina que consta en autos (según la información que obra en el informe circunstanciado) que la vigencia de la licencia de exploración contenida en la resolución número mil trescientos veintidós (...) venció desde el nueve de octubre de dos mil cuatro; la vigencia de la prórroga de la licencia contenida en la resolución treinta y siete venció el nueve de octubre de dos mil seis, por lo que la*

*acción de amparo ha quedado sin materia respecto al primer y segundo actos reclamados (...) Como puede colegirse con evidente claridad, la resolución dictada por la autoridad impugnada que otorgó la licencia de exploración y autorizó su prórroga a la entidad Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, y que constituye el primer y segundo actos reclamados dejaron de surtir efectos puesto que ya vencieron desde el nueve de octubre de dos mil cuatro y nueve de octubre de dos mil seis, respectivamente. Los postulantes promovieron la presente acción de amparo hasta el once de octubre de dos mil doce, por lo que lo que en todo caso lo que le puede causar agravio a los postulantes es el tercer acto reclamado que se refiere al procedimiento de la segunda prórroga de la licencia y no las resoluciones aludidas. Respecto a la solicitud de prórroga, exponen los accionantes que se ha violado el derecho de consulta. Respecto a este derecho, el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece (...) La Ley de Minería es el cuerpo legal que norma toda actividad de reconocimiento, exploración, explotación y, en general las operaciones mineras. No obstante el derecho a la consulta a los pueblos indígenas no se encuentra contemplado en ella ni en el Reglamento, es necesario que el Estado, le dé cumplimiento a los compromisos de carácter internacional adquiridos en los instrumentos internacionales antes relacionados. En el informe circunstanciado se indica que la Corte de Constitucionalidad ha instado a los órganos de Gobierno a que en tanto se emite la normativa correspondiente, sean aplicadas las disposiciones legales que permitan a los interesados pronunciarse respecto de aquellos proyectos que les puedan afectar, en ese sentido se efectuaron publicaciones en el Diario de Centro América y en el diario Nuestro Diario para que cualquier persona manifestara su objeción sin que los postulantes*

*se hayan manifestado al respecto. Quienes integramos este tribunal no estimamos que la autoridad impugnada haya hecho efectivo el derecho de consulta al haber ordenado publicaciones en los dos diarios aludidos. Indica también la autoridad impugnada que la referida licencia la otorgó con base a la Ley de Minería y su Reglamento, por lo que el acto reclamado se ajustó a derecho. Al respecto se establece que efectivamente, la ley no establece los mecanismos para hacer efectivos los derechos relacionados, pero esto no exime a las autoridades de darles cumplimiento a los derechos que ya están reconocidos y que incluso están contenidos en acuerdos de tipo internacional. Estos constituyen derechos que deben hacerse efectivos y obligaciones adquiridas por el Estado, sin que pueda alegarse falta de normas nacionales para eludir su cumplimiento. Corresponde a las autoridades integrar los procedimientos a efecto de garantizar los derechos colectivos que se encuentran protegidos en cuerpos normativos, tanto de orden nacional así como internacional. Es necesario advertir que los proyectos, tales como el que nos ocupa, producen impactos económicos, ambientales, sociales y culturales. Los mecanismos que deben adoptarse para garantizar los derechos relacionados no buscan frenar el desarrollo sino fortalecer la convivencia pacífica dentro de un marco de respeto y protección a los derechos humanos. Este derecho no fue respetado al emitir la licencia de exploración minera, ni la primera prórroga. Como ya se expuso anteriormente, no es procedente hacer un pronunciamiento sobre dichos actos administrativos toda vez que ya vencieron, pero sí (sic) es procedente garantizar este derecho en el procedimiento de la segunda prórroga de la licencia, dado que no se hizo anteriormente (...). No obstante lo anterior, el hecho que el Estado omita hacer tales incorporaciones o cambios no lo exime de cumplir las*

*obligaciones adquiridas. La Constitución (...) en los artículos 66 y 67 reconoce que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya y se compromete a reconocer, respetar y promover sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas, dialectos y la tierra. Sin embargo, no establece mecanismos para dotar a estos pueblos de una protección efectiva en cuanto a ser informados y escuchados previo a autorizar proyectos que sean susceptibles de afectar sus tierras o territorios -así como su entorno-, recursos y/o medio ambiente. Sin embargo, el artículo 44 de la Constitución establece que 'Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...' y el artículo 46 preceptúa que «Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno». El derecho de consulta implica que los pueblos indígenas tengan una participación efectiva en los temas a que se ha hecho relación. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados a las personas sujetas a su jurisdicción y para ello deben organizar todo el aparato gubernamental para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos. Es por ello que es procedente otorgar el amparo solicitado para el solo efecto de que la autoridad impugnada, previo al otorgamiento de la segunda prórroga de la licencia a que se ha hecho relación (en el caso de que no haya sido otorgada aún), integre los procedimientos a efecto de garantizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas que se encuentra protegido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos*

*Indígenas y Tribales en Países Independientes (...)* En el presente caso, por haber actuado la autoridad impugnada con evidente buena fe, no se hace especial condena en costas...” **Y resolvió:** “...I) Otorga el amparo solicitado por el Consejo de Autoridades Comunitarias y el Consejo de Autoridades de las Treinta y Un Comunidades, ambas del municipio de Momostenango, del departamento de Totonicapán, a través de sus Representantes Legales, en contra del Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. II) En consecuencia se dejan en suspenso los actos reclamados y le ordena a la autoridad impugnada garantizar el derecho de consulta establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes y establezca las consultas previo a otorgar la prórroga de la licencia de exploración denominada ‘CENTAURO I’ que pudiesen afectar a las comunidades del municipio de Momostenango, departamento de Totonicapán y asegurar la participación de los pueblos interesados en el proceso. III) No se hace especial condena en costas...”.

### **III. APELACIÓN**

El Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas –autoridad cuestionada- apeló, por estar en desacuerdo con el efecto del amparo en cuanto a que se debe integrar un procedimiento de consulta dentro del trámite de la segunda prórroga de la licencia de exploración minera. Además, los amparistas no demostraron cuál es el agravio personal y directo que ésta les ocasiona.

### **IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA**

**A) El Consejo de Autoridades Comunitarias de Momostenango del departamento de Totonicapán y el Consejo de Autoridades de las treinta y un Comunidades del municipio de Momostenango del departamento de**

**Totonicapán** -amparistas- indicaron: **i)** el apelante fundamenta su impugnación únicamente en que está en desacuerdo con lo resuelto porque no demostramos el agravio que se nos ocasionó; **ii)** la violación del derecho a la consulta de los pueblos Indígenas por parte del Director General de Minería es evidente; **iii)** el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes contiene el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, mediante el cual se les dota de un mecanismo de participación e incidencia en la toma de decisiones que pueden afectarles; **iv)** es evidente la improcedencia del recurso de apelación porque el derecho a la consulta es fundamental, por el cual, previo a tomar cualquier decisión administrativa o legislativa, susceptible de afectarles, en tanto sean proyectos que pretendan autorizar en sus territorios, deben serles consultados. Solicitaron que se declare sin lugar el recurso de apelación. **B) El Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, autoridad cuestionada,** indicó que está en desacuerdo con lo resuelto en la sentencia impugnada, respecto de la estimación de que el amparo se otorgue para el solo efecto de integrar un procedimiento de consulta dentro del trámite de la segunda solicitud de prórroga de la licencia de exploración "Centaurus II", pues los postulantes no probaron el agravio personal y directo que su actuar les provoca. Debe tomarse en cuenta que la Ley de Minería tiene su fundamento en el artículo 125 de la Constitución, relativo a que se declara de utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de hidrocarburos y minerales y demás recursos naturales no renovables y que el Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización. Por otra parte, la Ley de Minería y la Ley del Organismo Ejecutivo no le facultan para realizar la consulta a los pueblos

indígenas, pero sí le obligan a resolver conforme a derecho las peticiones relativas al otorgamiento, prórroga y cesión de las licencias de exploración. Debido a ello otorgó la licencia de exploración relacionada, al considerar que la solicitud no afectaba derechos ni áreas especiales de interés minero, además de contar con los dictámenes favorables de sus órganos internos y de la Procuraduría General de la Nación. En el fallo apelado no se consideró que en virtud de que aún no se ha dictado la resolución final dentro del trámite de la segunda solicitud de prórroga de la licencia, no existe un acto jurídico que provoque agravios que sean susceptibles de amparo. Tampoco se observó que una consulta solamente puede tener carácter indicativo, pues el legislador constituyente declaró de utilidad y necesidad públicas la explotación técnica y racional de estos recursos, de manera que lo que deba de decidirse respecto de estos temas, al cumplirse con los requisitos respectivos, es competencia exclusiva del Estado por medio de la autoridad competente. Tampoco se tomó en cuenta que la supervisión previa de impacto ambiental y social, y la implementación de medidas y mecanismos para asegurar que no se produzca afectación a las tierras del territorio en donde se realiza el proceso de exploración minera se encuentran no sólo garantizados dentro del expediente conformado sino es una obligación de este Ministerio su constante supervisión. Solicitó que se declare con lugar la apelación y, por ende, que se revoque la sentencia impugnada, denegándose el amparo. **C) El Ministerio Público** manifestó que comparte el criterio sustentado por el tribunal *a quo*, pues la autoridad cuestionada, al otorgar la licencia minera, violó el derecho de los postulantes, al omitir realizar la consulta previa y obligatoria mediante procedimientos y mecanismos apropiados y eficaces, con la debida y adecuada información y diálogo correspondiente con los pueblos

indígenas. De ahí que al no efectuar la consulta como lo regula el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se incumplió un compromiso estatal ineludible, especialmente si se toma en cuenta que se trata de normativa internacional que por su contenido está dotada de preeminencia sobre la legislación ordinaria, al tenor de lo preceptuado en el artículo 46 de la Constitución. Solicitó que se declare sin lugar el recurso de apelación y, como consecuencia, se confirme la sentencia de primer grado.

### **CONSIDERANDO**

**-I-**

Procede otorgar el amparo por la omisión de efectuar un procedimiento de información y consulta previa a pueblos indígenas, dentro del trámite de otorgamiento y prórroga de licencia de exploración minera.

**-II-**

El Consejo de Autoridades Comunitarias de Momostenango del Departamento de Totonicapán y el Consejo de Autoridades de las Treinta y Un Comunidades del Municipio de Momostenango del Departamento de Totonicapán, promovieron amparo contra el Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. Señalaron como actos reclamados: **i)** la resolución número un mil trescientos veintidós (1322) de veintiséis de septiembre de dos mil uno, mediante la cual se otorga la licencia de exploración minera denominada “Centauro II” a favor de Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima; **ii)** la resolución número treinta y siete (37) de veintiocho de febrero de dos mil siete, por medio de la cual se aprueba la prórroga de la licencia antes mencionada; y, **iii)** el procedimiento mediante el cual se está tramitando la solicitud de la segunda prórroga de la referida licencia.

Denuncian la falta de consulta libre e informada que correspondía efectuar previamente a autorizar la licencia de exploración minera y sus prórrogas, por constituir la población indígena que sería afectada con los trabajos de minería, incumpliendo con lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

El Tribunal de Amparo de primer grado, en el fallo que se apela, otorgó la protección constitucional, en el sentido de ordenar que únicamente en el trámite de la segunda prórroga de la licencia de exploración minera se integren los procedimientos a efecto de garantizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas contenida en el referido Convenio, no así respecto de los primeros dos actos reclamados por no estar vigentes.

**-III-**

Siendo que los amparsitas resienten la omisión de la autoridad impugnada de efectuarles consulta, como requisito previo a la autorización de licencia de exploración minera, esta Corte estima necesario citar lo asentado por este Tribunal sobre el derecho de consulta reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como la forma de regulación de éste, el cual fue ratificado por el Estado de Guatemala. En el artículo 6, numeral 1), establece: *“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...”*; en su numeral 2) dispone que: *“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 la medidas propuestas...*. Y en su artículo 15, numeral 2), que: *“En caso 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...”*. Se colige así que es incuestionable el derecho de los pueblos a ser consultados, pero que es necesario reforzar el procedimiento adecuado que “las instituciones representativas” deben llevar a cabo para efectivizar ese derecho, pudiéndose estimar conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población –que en aplicación del principio *pro homine* no necesariamente tenga que ser identificada como indígena– cuando “prevean” que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa, procedimiento que además de ser supervisado estatalmente, requiere de un proceso participativo de dialogo y consensos, y no una simple jornada de opiniones y/o sufragio, que sean sometidos a análisis y expresados adecuadamente los puntos de vista que comprende la situación, con toda la información necesaria y pertinente, que permita la toma de decisiones con la participación todos los actores involucrados, para así, materializar y consumir plenamente los alcances que supone el derecho de consulta, en un escenario más propicio que posibilite en su medida la consecución de acuerdos que disminuyan las posiciones encontradas que pudieran existir respecto al objeto de la deliberación. Si bien, a la fecha no ha sido consolidada una plataforma legal que en el ámbito nacional regule de manera

integral y eficaz el derecho de consulta de los pueblos indígenas. También, es del caso mencionar que la propia Organización Internacional del Trabajo ha recalcado que el derecho previsto en el artículo 6, numeral 2) del Convenio 169, no debe interpretarse como el otorgamiento a los pueblos indígenas y tribales de un derecho de veto. No debe tomarse de manera inconsulta ninguna medida que afecte a dichos pueblos, pero ello no significa que en caso de desacuerdo nada pueda hacerse, pues ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todos. Refiere en dicho documento que durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran, pero la Conferencia Internacional del Trabajo no lo entendió de esta manera, dado que el artículo 7º exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones, implicando que el poder público tiene la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. Los preceptos de dicho artículo buscan el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, estableciendo que ello se logra mediante la participación y cooperación en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Refiere que los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento – numeral 2º del artículo 7º-. Por su parte, al establecer el numeral 3º del citado artículo que: *“...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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas...*” se reafirma la importancia en la existencia de consensos en la elaboración de proyectos de desarrollo, buscando el bienestar y respeto a las prácticas y valores culturales, religiosos y espirituales de las comunidades indígenas. El derecho a la consulta, ha sostenido esta Corte, implica la obligación del Estado de regularlo y, además, que frente a la oposición de las poblaciones, no somete la suerte de las medidas que estén por implementarse o el comportamiento de los entes gubernamentales responsables de ello. La finalidad última de la consulta es la concreción de acuerdos, los que lógicamente comprometen a las autoridades gubernamentales competentes como a las propias comunidades interesadas; por ello, la importancia de que participen directamente en nombre de éstas quienes estén revestidos de verdadera representatividad. Ese carácter no vinculante de la oposición no desvincula al gobierno de la responsabilidad ínsita que le atañe de ser escrupulosamente respetuoso y garante de los derechos sustantivos de toda la población de la cual es mandatario. (Estimaciones contenidas en fallos de esta Corte de veinticuatro de noviembre de dos mil once y veintiuno de diciembre de dos mil nueve, dictadas en los expedientes 1072-2011 y 3878-2007).

**-IV-**

Por otra parte, se estima procedente pronunciarse en forma sucinta, complementaria a lo antes expuesto y aplicada al caso en concreto, respecto a la legitimación de las comunidades amparistas a exigir el derecho de consulta establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En ese sentido, no obstante lo ya asentado por esta Corte en párrafos precedentes con relación a que no necesariamente tiene que ser identificada una comunidad como indígena para que le asista el derecho a ser informada y consultada cuando prevean que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa, bastando ser comunidades que ocupan el área de influencia -numeral 2º del artículo 7º del citado Convenio: “...*Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”-, se advierte que en el presente caso, los amparistas afirman ser miembros pertenecientes al pueblo Maya-K’iche, refiriendo en el escrito contentivo del amparo que, de conformidad con el Instituto Nacional de Estadística, el noventa y nueve por ciento de la población del municipio de Momostenango pertenece a la comunidad lingüística K’iché. En ese sentido, al tenor de lo establecido en el artículo 1º del convenio citado: “*El presente Convenio se aplica:* a ) *a los pueblos tribales en países independientes, 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:* b ) *a los pueblos en países independientes, considerados indígena 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....”*, les asiste a las comunidades amparistas el derecho a ser informados y consultados.

**- V -**

Clarificado el criterio de este Tribunal respecto a los alcances, efectos y legitimación de las amparistas a exigir el derecho de consulta reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, deviene procedente, como siguiente punto, determinar en el caso en concreto, si la actividad sometida a aprobación de la autoridad recurrida y cuya falta de consulta se endilga, se enmarca dentro de los criterios antes expuestos, referentes a ocasionar afectación directa a las poblaciones indígenas que viabilice y justifique la realización de la consulta. Entendida tal afectación como el impacto de magnitud, recaído en el desarrollo social, cultural, espiritual y ambiental de las comunidades. Para ello, el citado convenio refuerza la pluralidad de aspectos a tomarse en cuenta por los Estados para asegurar la consecución de la participación e información a las comunidades indígenas mediante la consulta. Así, el artículo 13, numeral 1º, resalta la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación, por ello impone a los gobiernos el respetar la importancia especial de aquellos valores espirituales y culturales de los pueblos en relación con determinados proyectos tendientes a

aprovechar los recursos de las tierras o territorios que ocupan; exponiendo el numeral 2º del artículo indicado que el término “tierras” incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. Por su parte el artículo 15 clarifica y determina la actividad cuya consulta previa debe efectuar el estado, al establecer: “...1º *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.* 2º. **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 las tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.**” (negrilla no aparece en texto original).

La dicción anterior denota la obligación del estado de realizar la consulta previa mediante un procedimiento informativo, de diálogo y consenso con las comunidades con presencia en la zona en la que se realizará el proyecto, ya sea de reconocimiento y exploración -como el que se pretende- o, de explotación y aprovechamiento directo.

En ese sentido, la actividad minera que pretende ejecutar la entidad

Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima consiste en un proyecto de exploración de minerales, tales como oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras. Esta labor de prospección pretende determinar la existencia y cantidad de aquellos minerales en el subsuelo, los cuales, dependiendo de los resultados arrojados como producto final de la exploración, podrán ser susceptibles de aprovechamiento en una futura explotación. Si bien esta actividad, por lo antes indicado, no constituye un aprovechamiento directo de los recursos minerales mediante extracciones de gran magnitud, sí genera impacto en las aéreas comprendidas en la autorización, puesto que su desarrollo y ejecución lleva implícito, entre otras actividades técnicas, la excavación profunda del subsuelo para la extracción de muestras, acceso a sitios de excavación y transporte del recurso mineral.

En cuanto al aspecto legal ordinario, la Ley de Minería, en su 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. El área de la licencia la constituirá un polígono cerrado no mayor de cien kilómetros cuadrados, delimitado por coordenadas UTM, con sus lados orientados en dirección norte-sur y este-oeste, o bien por límites internacionales o el litoral marítimo.”* Así también el artículo 25 señala: *“El Ministerio, a través de la Dirección, otorgará la licencia de exploración, prórroga o cesión de la misma, emitiendo para el efecto la resolución administrativa correspondiente. Dicha licencia se otorgará hasta por un plazo de tres años, el que podrá ser prorrogado a solicitud del titular hasta por dos períodos adicionales de dos años cada uno, debiendo reducir el área vigente en un cincuenta por ciento en cada prórroga. En casos debidamente justificados, la*

*Dirección podrá autorizar reducciones al área vigente menores de cincuenta por ciento. El plazo de exploración se prorrogará sin más trámite si la solicitud de prórroga se presenta antes del vencimiento de la licencia. Cuando el titular de una licencia de exploración, dentro del período de vigencia de la misma, optare por solicitar la licencia de explotación, el plazo de la licencia de exploración se prorrogará hasta el otorgamiento de la licencia de explotación. El Ministerio tendrá un plazo máximo de treinta días para resolver.”*

Los aspectos anteriormente evaluados y normativa aplicable al caso, permiten concluir a este Tribunal que, el proyecto de exploración minera cuya autorización para su ejecución y posteriores prórrogas requirió la entidad Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima, encuadra dentro de una actividad sujeta a producir impactos a los recursos naturales, culturales y valores espirituales de los pueblos con presencia en las áreas que comprenden tal actividad de reconocimiento, debiendo en consecuencia, aquellas comunidades ser informadas, orientadas y consultadas en forma previa a la autorización de tales acciones.

**- VI -**

Habiéndose establecido que las operaciones de reconocimiento y exploración minera se encuadran dentro de las actividades que, previo a su ejecución deben ser informadas y consultadas y, reconocida la legitimación de las comunidades amparistas a exigir el cumplimiento de aquel derecho, es pertinente sugerir, a modo indicativo, la forma en la que pudiese ser realizado el relacionado procedimiento.

Lo anterior en virtud de que en nuestro ordenamiento jurídico no está legislado cómo debe llevarse a cabo un procedimiento de esta naturaleza, lo que

ha implicado, incluso, que esta Corte en otros fallos similares al asunto que se analiza, haya exhortado al Congreso de la República para que emita la legislación respectiva, resaltándose en aquellas sentencias que, indistintamente del procedimiento que se utilice, éste debe recabar, de modo fidedigno, la opinión de los pueblos afectados, siendo el fin último de la consulta, el acuerdo o la concertación del pueblo y las autoridades sobre decisiones que afecten al primero.

En ese sentido, Este Corte ha determinado que ante su función esencial de ser la suprema defensora de la Constitución y el orden constitucional de Guatemala, le corresponde velar por la eficacia normativa del Texto Supremo, ante actitudes omisas del legislador que impiden el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza [expedientes 4238-2011, 2229-2010 y 2242-2010, sentencias de catorce de marzo de dos mil doce, ocho y veintidós de febrero de dos mil once, respectivamente], tal y como ocurre en el caso bajo análisis; y en aplicación de la técnica de la utilización de las sentencias de tipo exhortativo, que ha sido utilizada en oportunidades pasadas por esta Corte [expedientes 1179-2005, 2376-2007 y 3878-2007, sentencias de ocho de mayo de dos mil siete, nueve de abril de dos mil ocho y de veintiuno de diciembre de dos mil nueve, respectivamente], se considera pertinente trazar líneas orientativas respecto materializar el procedimiento de información a las comunidades con incidencia en la actividad a ejecutarse, en busca de acuerdos y consensos valederos que propicien certeza a los entes involucrados, en observancia del derecho de consulta de los pueblos indígenas, referido en los artículos 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Debe en consecuencia, proyectarse quién será el

órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos. Esta facultad de establecer un esquema general de carácter orientador ante situaciones en las cuales, como la que se presenta, existe una carencia normativa del Estado para positivar aquel derecho a la consulta, encuentra su asidero legal en el inciso c) del artículo 49 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que, en cuanto a los efectos de acoger el amparo, establece: *“Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de ésta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de los otros elementos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida”.*

Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta al abordar el tema de la exploración minera y su importancia para el desarrollo social y económico, lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución Política de la República, que dispone: *“Explotación de recursos naturales no renovables. Se declara de utilidad y necesidad pública, la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables. El Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización.”* Asimismo, su necesaria compatibilidad con los intereses de las entidades locales y las comunidades cercanas a los proyectos, cuya expresión puede ser canalizada a través de consultas idóneas previstas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Al respecto, en la sentencia, dictada por este Tribunal, de veintiuno de diciembre de dos mil nueve en el expediente 3878-

2007, se consideró: "...Como suele ocurrir en la discusión de asuntos que se someten al juicio constitucional, existen intereses contrapuestos que el Tribunal debe examinar, tanto por si resultara que la legitimidad de unos se sobrepusiera a la de otros, o, como resulta evidente en las cuestiones de trascendencia en la sociedad nacional, cuando podrían coexistir intereses sectoriales, también de suficiente relieve valorativo, que exijan su simultánea ponderación que permita decidir con justicia sobre intereses y sus respectivos derechos. Esto ocurre al tener en cuenta los preceptos constitucionales establecidos en el artículo 119, inciso a), que impone la obligación al Estado de promover el desarrollo económico de la nación; inciso c), en lo que se refiere al aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente; inciso d), relativo a la elevación del nivel de vida de todos los habitantes; inciso f), que se propone la descentralización industrial; inciso g), en lo relativo al fomento de la vivienda popular; e inciso h), de creación de condiciones adecuadas para la inversión de capitales. A estos objetivos del Estado debería agregarse el fin de solidaridad respecto de bienes humanos como la vida, la integridad física, la seguridad personal y la protección de los bienes, que se encuentran proclamados como derechos fundamentales tanto en la Constitución (Preámbulo y artículos 1o, 2o., 3o) como en Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos..." Esos enunciados, aplicables al caso que ahora se examina, permiten concluir que, para esbozar las bases de un procedimiento de inclusión cómo el que se pretende, debe reconocerse que la minería resulta de interés nacional, también debe ponderarse la importancia de su exploración y explotación, al existir un interés de todos los habitantes de la nación, a quienes, por principio de solidaridad, no puede negárseles el acceso al mismo.

Por su parte, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos clarifica la interrogante que este apartado pretende abordar respecto a definir en qué consiste la consulta y el trazado general de un esquema para materializarse. En esa línea, la sentencia de veintisiete de junio de dos mil doce dictada en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra la República del Ecuador, relacionado al otorgamiento por parte de dicho Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, sin que se hubiere consultado previamente con éste y, sin su consentimiento. En dicho fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: *“la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional. 165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados. 166. La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo*

*el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.<sup>167</sup> Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes (...)*

*Corresponde entonces determinar la forma y sentido en que el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku y si los actos de la empresa concesionaria, que el Estado señaló como formas de “socialización” o de búsqueda de “entendimiento”, satisfacen los criterios mínimos y requisitos esenciales de un proceso de consulta válida a comunidades y pueblos indígenas en relación con sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. Para ello, corresponde analizar los hechos recapitulando algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del Derecho Internacional. El análisis se hará en el siguiente orden: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada.(...) a)La consulta debe ser realizada con carácter previo. 180.*

*En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que “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”. Sobre el particular, este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (...) b)La*

*buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo*<sup>185</sup>. De acuerdo con las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, las consultas deberán ser “llevadas a cabo [...] 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”.<sup>186</sup>. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua” y 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. (...)c) La consulta adecuada y accesible 201. Este Tribunal estableció en otros casos que las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Por su lado, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que “los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”, así como tomar “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”, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. Del mismo modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión “procedimientos apropiados”

*debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería “tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas”. Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En ese mismo sentido, la jurisprudencia y la legislación interna de varios Estados se refieren a la necesidad de llevar a cabo una consulta adecuada (...)*d) Estudio de Impacto Ambiental 204. *En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que “[l]os 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 sentencia antes transcrita arroja un panorama amplio del mecanismo a seguir para ejecutar el derecho de consulta. Resalta que dicho procedimiento debe ceñirse a las costumbres y características culturales propias de cada comunidad, a fin de asegurarse una inclusión y participación efectiva. El daño al medio ambiente en los lugares en que se instale la industria y toda la infraestructura que ello conlleva y, en un segundo plano, el desarrollo para el

pueblo indígena en compensación de la actividad a ejecutarse es otra aspecto que debe tomarse en cuenta y analizarse en la fase de información previa que conforma el procedimiento de consulta. Asimismo, clarifica cómo las autoridades deben procurar, mediante todos los modos posibles y de buena fe, acuerdos y concertación con las comunidades afectadas y, evitar cualquier actitud arbitraria e impositiva. Deben observar objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en el análisis de los motivos de oposición con miras a proteger los derechos ambientales y económicos de las comunidades. Además, debe arbitrar los mecanismos necesarios para mitigar, corregir y restaurar los efectos que las medidas produzcan y puedan generar en detrimento de las comunidades accionantes, a las que se exhorta para que sus oposiciones las circunscriban al proyecto en mención.

**- VII-**

El siguiente punto a determinar es el momento procesal administrativo idóneo para efectuar el procedimiento de la consulta. Si bien es indiscutible su carácter previo, debe determinarse una fase específica dentro del expediente administrativo para convocar a los entes involucrados y abrir el proceso de discusión y arribo de consensos –consulta-; este momento debe acaecer una vez que se hayan, en base a los estudios presentados para el efecto, determinado institucionalmente las implicaciones, tanto técnicas como ambientales de la actividad a realizarse, así como, cuando se hayan identificado a las comunidades que ocupan los territorios con influencia en el área en la que se pretende efectuar la actividad, esto último deviene lógico para saber a quienes se consultará. En ese sentido, es sólo hasta que las instituciones estatales competentes hayan conocido a fondo los estudios y documentos anexos que soportan el

planteamiento de autorización de determinada actividad y se hayan emitido y cumplido todas recomendaciones técnicas y dictámenes por parte de las dependencias específicas y, por supuesto, previo a la aprobación de la solicitud, que debe darse a conocer el proyecto y efectuarse el procedimiento de consulta. Esto no puede ser de otra manera ya que con ello, se garantiza la certeza de que el proyecto a consultarse, será, en definitiva, el que se pretende ejecutar, de lo contrario, no podría efectuarse la consulta si aún existen asuntos por establecerse o cumplirse.

La sentencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos antes transcrita acotó, en lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, que ésta debe llevarse a cabo antes de que el Estado ejecute cualquier acto *in situ*, relacionado con la obra que se pretende autorizar.

En relación a lo anterior, el artículo 8º de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente preceptúa: *“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”* –ahora Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales-. (negrilla no aparece en texto original). El artículo anterior evidencia que en proyectos de envergadura como el que se analiza, está entrelazado el componente ambiental con el técnico de exploración y extracción, así como, por supuesto, el aspecto cultural, circunstancia que arroja que varias dependencias del Estado deban analizar la viabilidad del proyecto, cada una, en el marco de su

competencia. En ese sentido, deberá existir coordinación interinstitucional para que sea hasta cuando el expediente de cada una de las dependencias en las que se ha formado el expediente administrativo respectivo se encuentre en una fase en que ya se hayan emitido los dictámenes y cumplido las recomendaciones institucionales suficientes, que pueda iniciarse el procedimiento de consulta.

En virtud de lo anterior, de manera indicativa, esta Corte sugiere que, al encontrarse los expedientes administrativos en aquella fase procesal en la que se tenga definición certera y definitiva de las implicaciones técnicas y ambientales; tanto el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales como el Ministerio de Energía y Minas, por medio de sus dependencias competentes, deberán enviar a la institución idónea que se ha estimado para facilitar y coordinar la implementación del citado procedimiento de consulta a los pueblos indígenas - Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad-, copia certificada de los expedientes administrativos formados, tanto por solicitud de aprobación de Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, como por el requerimiento de extensión de licencia de exploración minera. Al expediente certificado debe acompañarse un informe circunstanciado que precise, en forma detallada, los alcances del proyecto a ejecutarse, sus implicaciones técnicas y ambientales, las diligencias y dictámenes efectuados, así como cuanta información sea pertinente para determinar su nivel de incidencia. En el relacionado informe, cada uno de los instituciones indicadas deberá incluir un apartado en el que, con base al estudio del proyecto efectuado, determine el área de influencia del proyecto y especifique las comunidades que se encuentran dentro de los límites del área y su zona de influencia o incidencia. Esto último con el objetivo de establecer las comunidades a quienes deberá convocar el Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad.

En el presente caso, los alcances de la protección otorgada en primera instancia fueron los de ordenar que únicamente en el trámite de la segunda prórroga de la licencia de exploración minera –aun sin otorgarse al momento de la promoción del amparo– se integren los procedimientos a efecto de garantizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas, no así respecto de los primeros dos actos reclamados por no estar vigentes. En ese sentido, se estima óptimo que, por estar aún en trámite el procedimiento de extensión de la prórroga reclamada, se efectuó el procedimiento de consulta, entendiendo que, en el caso en concreto, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales deberá enviar copia certificada del expediente de mérito formado por autorización de estudio de evaluación de impacto ambiental y el informe circunstanciado relacionado, aún y cuando éste haya finalizado.

**– VIII –**

Al recibir la documentación relacionada en los párrafos precedentes, proveniente de los Ministerios indicados, el Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad del Organismo Ejecutivo deberá convocar por medio de los mecanismos de difusión y comunicación con mayor cobertura en las comunidades de los municipios en los que se pretende efectuar la exploración minera, a los representantes de las relacionadas comunidades, las cuales fueron determinadas en los informes circunstanciados rendidos. Así mismo, deberá convocar a esa misma sesión, a los funcionarios técnicos competentes de los Ministerios de Ambiente y Recursos Naturales, Energía y Minas y Cultura y Deporte, a los representantes de la Entidad Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima y a cualquier otra organización que, a juicio del Gabinete convocante puedan aportar elementos certeros en la búsqueda de consensos y acuerdos o,

constituirse en mediadores de buena fe.

Debe reiterarse que 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 y para ello, se sugiere que una vez el Gabinete convocante cerciore la presencia de todos los sujetos involucrados que fueron convocados, se estima que el procedimiento de consulta debe iniciar con una presentación detallada por parte de funcionarios del Ministerio de Energía y Minas en la que se informen los alcances, efectos y demás aspectos técnicos del proyecto que se pretende ejecutar. Seguido a ello, correspondería la presentación de implicaciones ambientales al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. Es importante recalcar que, como parte de la amplitud y flexibilidad del procedimiento, del cual esta Corte sólo brinda lineamientos generales, corresponderá a los sujetos convocados decidir sobre la mecánica y modalidades de diálogo, con el objetivo de arribar a consensos y acuerdos entre los actores principales del proceso, que en este caso son las comunidades amparistas, la autoridad impugnada y la entidad Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima.

En ese sentido, se sugiere que se definan formas de solución de las desavenencias que puedan presentarse entre quienes han de intervenir en el desarrollo de la consulta. Asimismo, debe definirse un período máximo de duración del procedimiento, efectuando para ello, una programación de los procedimientos de consulta, diseñados de acuerdo con plazos razonables para su realización, en la que cuanto menos se incluyan aspectos como la forma y número de oportunidades de cada sujeto para pronunciarse acerca de las propuestas formuladas por los actores directamente involucrados en la consulta;

fechas probables de materialización de preacuerdos y la forma en que se brindará seguimiento a los acuerdos alcanzados, los cuales deberán ser institucionalizados de manera a que se garantice su cumplimiento.

En este caso, la autoridad cuestionada, al evacuar la audiencia, expresó que la Ley de Minería ni la Ley del Organismo Ejecutivo le obligan a realizar la consulta previa a las comunidades indígenas. Al respecto, si bien dichas leyes no le imponen esta obligación, quedó asentado que dicho procedimiento debe efectuarse, con base en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

**-IX-**

En conclusión, previo a la aprobación de la prórroga, el Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas el procedimiento de consulta que alcance consensos con los pueblos que son afectados con la actividad que se pretende prorrogar, conforme lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por ser decisiones que les afectan e interesan. De esta manera, es pertinente confirmar la sentencia de primer grado, precisando que para el efectivo cumplimiento de la tutela que se otorga, deberán observarse los lineamientos generales propuestos.

#### **LEYES APLICABLES**

Artículos citados y 265, 268, 272, inciso c), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1º, 5º, 6º, 8º, 42, 44, 49, 52, 53, 57, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 149, 163, inciso c), 185 y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 36 y 73 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

**POR TANTO**

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I) Sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por el Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, autoridad cuestionada, y como consecuencia, **se confirma** la sentencia apelada, precisando que corresponde al Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas, realizar la consulta, de acuerdo con lo considerado en este fallo. **II)** Para el efectivo cumplimiento de la tutela que se otorga, deberán observarse los lineamientos generales propuestos. **III)** Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvanse los antecedentes.

**GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR**  
**PRESIDENTA**

**MAURO RODERICO CHACÓN CORADO**  
**MAGISTRADO**

**HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA**  
**MAGISTRADO**

**ROBERTO MOLINA BARRETO**  
**MAGISTRADO**

**MARÍA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR**  
**MAGISTRADA**

**MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ**  
**SECRETARIO GENERAL**