

APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO

EXPEDIENTES 4957-2012 y 4958-2012

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, catorce de septiembre de dos mil quince.

En apelación y con sus antecedentes, se examina la sentencia de seis de agosto de dos mil doce, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, en la acción constitucional de amparo promovida por José Chávez Brito, en calidad de Segundo Alcalde de la Alcaldía Indígena de Nebaj, departamento de El Quiché y en representación de las Comunidades Indígenas Mayas Ixiles de: Xe'Q'ootz, Vikalama, Xejalvinte, N'mla Sumal, Batz'chokola, Vikàlvitz, Vijolom I, N'mla Salchil, Trapicitos, Tzálbál, Batzsuchil, Tal Sumal, Xoloche, Pulay, Janlay, Visan, Primavera, Turanza, Parramos Grande, Canton Tusalina, Canton Vipila, Aldea Kotzol, Canton Jaqtzal, Vipekbalam, miembros de la comunidad indígena Maya Ixil de Nebaj, de el departamento de El Quiché, contra el Ministro de Energía y Minas. Los postulantes actuaron con el patrocinio de los abogados Marly Catalina Vásquez Ventura y Moisés Efraín Rosales Barrientos. Es ponente en este caso la Magistrada Presidenta, Gloria Patricia Porras Escobar, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. EL AMPARO

A) Interposición y autoridad: presentado el veintisiete de diciembre de dos mil once, en la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio. **B) Actos reclamados:** *i.* omisión del Ministro de Energía y Minas de citar notificar directa y personalmente en idioma ixil a las comunidades asentadas dentro del municipio de Santa María Nebaj, departamento de El Quiché, todo lo actuado dentro del procedimiento administrativo que se llevó a cabo para la autorización definitiva por el plazo de cincuenta años a favor de Hidroxil, Sociedad Anónima para usar bienes de dominio público –que les pertenecen en su posición actual, histórica y ancestral como pueblos indígenas–, para instalar dos centrales generadoras de electricidad denominadas “Hidroeléctrica La Vega II”, en el municipio de Santa

María Nebaj, departamento de El Quiché; *ii.* omisión de consultar previa y obligatoriamente, mediante procedimientos y mecanismos apropiados y eficaces con la debida y adecuada información y diálogo correspondiente con los pueblos indígenas asentados en Santa María Nebaj, departamento de El Quiché, todo como parte del procedimiento previo a la autorización de la instalación de las centrales hidroeléctricas de mérito, y del uso de bienes de dominio público existentes dentro del territorio que habitan los pueblos referidos en el municipio y departamento mencionados; y, para la determinación de los bienes propios que puedan resultar afectados por dicha instalación, con la finalidad de llegar a acuerdos relacionados con los beneficios ligados a la explotación de sus recursos, tierras y territorios, y de la indemnización que pudiera ser necesaria. *iii.* emisión del Acuerdo Ministerial doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil once (244-2011), de uno de diciembre de dos mil once, publicado en el Diario de Centro América el catorce del mes y año citados, por medio del cual se otorgó autorización definitiva por un plazo de cincuenta años a Hidroxil, Sociedad Anónima para utilizar –supuestos– bienes de dominio público, para la instalación de dos centrales generadoras denominadas “Hidroeléctrica La Vega II”, ubicadas en Santa María Nebaj, departamento de El Quiché. **C) Violaciones que se denuncian:** al derecho de defensa, al derecho de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores y costumbres, así como el derecho que tienen a que el Estado reconozca, respete y promueva sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social. Al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en lo referente al derecho de consulta de los pueblos indígenas y al derecho de los pueblos interesados a los recursos naturales; y, a los principios jurídicos del debido proceso y de legalidad. **D) Hechos que motivan el amparo:** de lo expuesto por los postulantes y del estudio de las actuaciones se resume: **D.1) Producción de los actos reclamados:** a) el catorce de diciembre de dos mil once, fue publicado en el Diario de Centro América, el Acuerdo Ministerial número doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil once (244-2011), emitido por el Ministerio de Energía y Minas, mediante el cual se otorgó

autorización definitiva a la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima, para utilizar bienes de dominio público para la instalación de dos centrales generadoras denominadas “Hidroeléctrica La Vega II”, ubicadas en el municipio de Santa María Nebaj del departamento de El Quiché, la cual aprovechará el caudal de los ríos Sumalá y Xamalá, por un plazo de cincuenta años, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación del referido acuerdo a la mencionada entidad; **b)** durante el procedimiento administrativo que precedió a la emisión del referido acuerdo no fueron debidamente notificados, ni se les concedió audiencia alguna de conformidad con la ley para que intervinieran y defendieran sus derechos, ni como personas individuales, ni como comunidades indígenas afectadas; adicionalmente, no fueron debidamente informados, ni se les consultó de conformidad con la ley, para que discutieran respecto de los problemas que les afectan directamente; **c)** en la parte dispositiva del acuerdo reclamado, el Ministro de Energía y Minas se limitó a señalar expresamente las obligaciones contenidas en la Ley General de Electricidad y otras leyes relacionadas, no así el cumplimiento de las obligaciones que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, convenios internacionales y leyes ordinarias relativas a los derechos propios de los pueblos indígenas, tales como los procedimientos para consultarles, indemnizarlos y, su participación en los beneficios a que tienen derecho y, por su lado, las autoridades gubernamentales, tienen la obligación de cumplir en el ejercicio de sus funciones;

D.2) Agravios que se reprochan a los actos reclamados: estiman que mediante los actos reclamados, la autoridad impugnada vulneró los derechos y principios denunciados, pues omitió consultarles previamente, mediante sus propios procedimientos, con la debida y apropiada información y diálogo, en su idioma materno, impidiéndoles de manera ilegal toda oportunidad de participar en forma directa en la planificación, discusión y toma de decisiones sobre problemas que les conciernen, en relación a la autorización de instalación de las centrales generadoras de mérito, para llegar a acuerdos sobre los aspectos que pueden afectarles o beneficiarles, sin que se les permitiera el ejercicio de los principios democráticos de participación que garantiza la Constitución Política de la

República de Guatemala, a pesar que mediante el citado acto administrativo se autoriza la explotación de recursos que son parte de su territorio, como lo son los ríos Sumalá y Xamalá, pues el cuatro de marzo de mil ochocientos ochenta y seis y el veinte de agosto de mil novecientos tres, respectivamente, se inscribieron en el Segundo Registro de la Propiedad con sede en la ciudad de Quetzaltenango, las fincas trescientos cuarenta y cuatro (344) y tres mil veintidós (3022), folio ciento treinta y seis (136) y doscientos sesenta (260), de los libros cuatro (4) y dieciséis (16) de El Quiché, que conforman el denominado Ejido de Nebaj, que constituye la totalidad de ese municipio, el que fue adjudicado en copropiedad, tanto a la municipalidad de Nebaj, como a los vecinos, que en aquella época estaban integrados por miembros del pueblo maya-ixil, mediante Acuerdo Gubernativo del Presidente de la República, de tres de marzo de mil ochocientos ochenta y uno y dos de febrero de mil novecientos dos. Por ello, señalan que la región Ixil del municipio de Nebaj y los ríos Sumalá y Xamalá, así como los ríos, arroyos y riachuelos que los alimentan, han sido habitados y cuidados por ellos desde hace mas de dos mil quinientos años, pues no sólo les han pertenecido históricamente desde hace milenios por posesión ancestral, sino que las han administrado de manera especial; sin embargo, no se les tomó en cuenta para autorizar su uso por las centrales generadoras hidroeléctricas relacionadas, a pesar de que tienen derechos de copropiedad y posesión garantizados por la Constitución, Convenios Internacionales y leyes ordinarias, debidamente inscritos en el Segundo Registro de la Propiedad, que les facultan a usar y beneficiarse de ese territorio. Agregan que es evidente la desprotección e indefensión a sus derechos territoriales, bienes, desarrollo y otros derechos personales y comunitarios, en que les ha dejado el Ministro de Energía y Minas. **D.3) Pretensión:** solicitaron que se les otorgue el amparo y, como consecuencia: *i.* se revoque el acuerdo ministerial reclamado; *ii.* se deje sin efecto todo el procedimiento administrativo de autorización para la instalación de las dos centrales generadoras denominadas “Hidroeléctrica La Vega II”; *iii.* se aperciba al Ministro de Energía y Minas que antes de iniciar cualquier petición administrativa y

de emitir cualquier resolución de trámite y de fondo, en relación con la autorización para la instalación de cualquier central generadora de electricidad que se pretenda instalar en comunidades indígenas, se les consulte, con la finalidad de llegar a acuerdos duraderos, justos, equitativos y apropiados respecto de la indemnización y beneficios que les corresponden por el uso de sus tierras, territorios y recursos. **E) Uso de recursos:** ninguno. **F) Casos de procedencia:** citaron los contenidos en las literales a), b) y d) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **G) Leyes violadas:** artículos 44, 58, 66 y 175 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, 4 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: no se otorgó. **B) Tercera interesada:** Hidroxil, Sociedad Anónima. **C) Informe Circunstanciado:** la autoridad impugnada indicó lo siguiente: **a)** el quince de junio de dos mil once, la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima, solicitó al Ministerio de Energía y Minas autorización definitiva para utilizar bienes de dominio público para la instalación de dos centrales generadoras hidroeléctricas denominadas “La Vega II”, en el municipio de Santa María Nebaj, departamento de El Quiché, que aprovechará el caudal hidrológico de los ríos Samalá y Xamalá. La solicitante acompañó la plica respectiva conforme lo establecido en el artículo 4 del Reglamento de Ley General de Electricidad; **b)** el dieciocho de julio de dos mil once, la Dirección General de Energía del Ministerio de Energía y Minas, admitió para su trámite la solicitud referida y la trasladó a la Unidad de Planificación Energética del departamento de Desarrollo Energético de esa Dirección, la que emitió dictamen en el que indicó que técnicamente era procedente lo solicitado y trasladó las actuaciones al despacho de la Dirección General de Energía; **c)** el veinte de julio de dos mil once, la dirección referida aprobó el dictamen técnico citado en la literal anterior y ordenó la publicación del edicto que contiene las generalidades de la solicitud de autorización, en el Diario

de Centro América y en otro de mayor circulación, la que se efectuó el veintiséis del mes y año citados, en el Diario Nuestro Diario y en el Diario de Centro América; **d)** el diez de agosto de dos mil once, en la Dirección General de Energía se llevó a cabo el acto público de apertura de plica de la solicitud presentada por Hidroxil, Sociedad Anónima, lo que se hizo constar en el Acta cinco guión dos mil once (5-2011), en la que se indicó que en el expediente administrativo correspondiente, constaba copia de la resolución mediante la cual la Comisión Nacional de Energía Eléctrica aprobó los estudios eléctricos que presentó la referida entidad, con relación al proyecto hidroeléctrico denominado “La Vega”, así como de la resolución por la que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto citado, emitida por la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales el dieciséis de agosto de dos mil diez; **e)** la visita técnica fue realizada los días veintiuno y veintidós de septiembre de dos mil once, y con el análisis de la información acompañada, la Unidad de Planificación Energética del departamento de Desarrollo Energético de la Dirección General de Energía, indicó en dictamen de dos de noviembre del mismo año que la entidad contratante cumplió con los requisitos previstos en la Ley General de Electricidad y su Reglamento, por lo que opinó favorablemente a la solicitud, agregando que la entidad aludida deberá cumplir fielmente con todas las indicaciones y recomendaciones descritas en la resolución que aprobó el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, y las que sean aplicables de acuerdo a la norma vigente; **f)** con base en lo anterior, la Dirección General de Energía aprobó el dictamen de mérito y trasladó las actuaciones a la Unidad de Asesoría Jurídica, la que opinó que era procedente emitir el Acuerdo Ministerial tendente al otorgamiento de la autorización definitiva para utilizar bienes de dominio público para instalar la central generadora denominada “La Vega II”, a favor de Hidroxil, Sociedad Anónima, el que se dictó el uno de diciembre de dos mil once, identificado con el número doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil once (244-2011), y fue publicado el trece de junio de dos mil once (sic) en el Diario de Centro América. La adjudicación se formalizó en escritura pública noventa y siete (97),

autorizada en la ciudad de Guatemala el veintidós de diciembre dos mil once; **g)** el trámite se ajustó a lo dispuesto en la Ley General de Electricidad y su Reglamento; por lo que el acto reclamado no vulnera los derechos que invocan los postulantes, porque según ha indicado la Corte de Constitucionalidad, en tanto se emite la normativa que regule el ejercicio del derecho de consulta a pueblos indígenas, se apliquen las disposiciones legales que permitan a los interesados pronunciarse respecto de aquellos proyectos que les afecten, tal y como se hizo al publicar el edicto respectivo en los diarios mencionados, sin que los postulantes se hayan pronunciado al respecto; por lo que el amparo carece de definitividad, por cuanto no se hizo uso de los recursos ordinarios que la ley establece, razón por la cual debe ser denegado. **D) Medios de comprobación:** las que se diligenciaron en el proceso y que fueron individualizadas en la sentencia que se examina. **E) Sentencia de primer grado:** el Tribunal de Amparo **consideró:** “... *que no existe ninguna violación al derecho de consulta, como lo argumenta el postulante, en virtud de que el procedimiento para consultar en el presente caso se aplicó lo regulado en el Reglamento de la Ley General de Electricidad, el cual indica que el Ministro de Energía y Minas es la autoridad encargada de publicar, en el Diario de Centro América y en otro diario de mayor circulación, la solicitud de autorización de la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima, para la instalación de la central generadora denominada Hidroeléctrica “La Vega II”, estableciendo un plazo que permitiera a otros interesados realizar sus manifestaciones de objeción o interés en la misma autorización, como contempla el primer párrafo del artículo 5 del reglamento citado, (...) En el presente caso se observa que no puede haber una violación al derecho de consulta, debido a que la autoridad impugnada publicó la solicitud de autorización para que cualquier persona que tuviere objeción o interés lo hiciera saber, lo cual fue hecho previo a la autorización otorgada por el ministro, de acuerdo con la literal a) del artículo 6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (...) Por consiguiente, el hecho de que las comunidades no se hayan manifestado dentro del plazo que fijó el ministro citado, no implica*

vulneración al derecho de consulta, al haber actuado la autoridad impugnada dentro de las facultades que le concede la ley, siguiendo el procedimiento que regula la ley para el efecto y previo al otorgamiento de la autorización solicitada, debiéndose denegar la protección constitucional pedida en cuanto a este agravio. (...) Con respecto a lo manifestado por el postulante, en el sentido que la autorización concedida en el citado acuerdo emitido por la autoridad impugnada abarca utilizar bienes pertenecientes o en posesión actual, histórica y ancestral de los pueblos indígenas que representa, así como la solicitud de indemnización por cualquier daño que pueda ser causado a las personas y comunidades indígenas, debido a la construcción, instalación y generación de energía eléctrica por dicha central generadora; esta Corte concluye que el postulante en la calidad con que actúa puede iniciar las acciones legales que estimen pertinentes ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, con el objeto de discutir y dilucidar ante éstos sus derechos de propiedad, uso, goce y disfrute que alega. Por último, se considera que al haber cumplido la autoridad impugnada con la publicación en el Diario de Centroamérica del Acuerdo Ministerial doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil once (244-2011), cualquier interesado incluyendo el postulante, podían acudir ante la autoridad administrativa a manifestar su inconformidad con lo decidido, con el objeto de dilucidar su desacuerdo y si procedía en la vía jurisdiccional competente previo a la interposición de amparo con el objeto de cumplir con el principio de definitividad, conforme lo preceptúa el artículo 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, principio de definitividad que es un presupuesto procesal que obedece a razones de seguridad y certeza jurídica, porque el amparo, por su propia naturaleza subsidiaria y extraordinaria, no puede constituirse en una vía procesal paralela a la jurisdicción ordinaria, por medio de la cual los agravios(sic) persigan la satisfacción de una pretensión que puede ser tramitada de conformidad con el procedimiento señalado en la ley que rige el acto.(...)”**Y resolvió:**“...DENIEGA, por improcedente, el amparo planteado por JOSÉ CHAVEZ BRITO en su calidad de Segundo Alcalde de la Alcaldía Indígena del municipio de Nebaj, departamento del Quiché, y en representación de las

comunidades indígenas, Mayas e Ixiles de: Xe'q'ootz, Vikalama, Xejalvinte, N'mla Sumal, Batz'chokola, Vikàlvitz, Vijolom I, N'mla Salchil, Trapicitos, Tzálbál, Batzsuchil, Tal Sumal, Xoloche, Pulay, Janlay, Visan, Primavera, Turanza, Parramos Grande, Cantón Tusalina, Cantón Vipila, Aldea Kotzol, Cantón Jaqtzal, Vipekbalam, miembros de la comunidad indígena Maya Ixil de Nebaj, contra el MINISTRO DE ENERGÍA Y MINAS, y en consecuencia: a) no se condena en costas al postulante; b) impone multa de mil quetzales a cada uno de los abogados patrocinantes Moisés Efraín Rosales Barrientos y Marly Catalina Vásquez Ventura, quienes deberán hacerla efectiva en la Tesorería de la Corte de Constitucionalidad, dentro de los cinco días siguientes a partir de estar firme este fallo,(...) Notifíquese...”

III. APELACIÓN

Los postulantes y el Ministerio Público por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal, apelaron. a) los accionantes, al expresar agravios manifestaron que la mayoría de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, basaron su fallo únicamente en el análisis parcial de uno solo de los actos impugnados, lo que constituye una resolución parcial e incompleta, pues omitió procurar la adecuada protección de sus derechos, habida cuenta que no se pronunció en cuanto a la violación a los principios de legalidad y del debido proceso, así como al derecho de defensa, particularmente en cuanto al incumplimiento por parte de la autoridad impugnada de notificarles de forma directa, personal y legal, y de concederles audiencia dentro del procedimiento administrativo correspondiente, pues las comunidades a las que pertenecen son de extrema pobreza y no circula el Diario de Centro América, ni el periódico Nuestro Diario, tal y como quedó demostrado, pero la mayoría de magistrados del Tribunal de Amparo no valoraron debidamente sus fundamentos, en el sentido que un acto de publicación en los citados diarios no sustituyen una citación o notificación, ni la obligación de conceder audiencia a una persona a sus comunidades cuando pudieren resultar afectadas por una resolución administrativa y, que de ninguna manera, la referida publicación cumple

con los requisitos propios de la consulta previa garantizada por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Aunado a ello, la Ley General de Electricidad no establece que las publicaciones tengan carácter de notificaciones, por lo que no quedó demostrado que se les haya notificado legalmente. Agregaron que la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, al pronunciarse sobre sus derechos ancestrales, históricos y registrales sobre sus tierras y territorios, y respecto de la indemnización y beneficios que reclamaron en amparo, no consideró que esos derechos forman parte del derecho de consulta protegido por la Constitución Política de la República y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y les impuso la obligación de acudir a la justicia ordinaria para hacer valer tales extremos, no obstante que el amparo es el único medio a su alcance para procurar la protección a esos derechos, sin tomar en cuenta que el Ministro de Energía y Minas o la tercera interesada en ningún momento demostraron ni identificaron cuáles son los bienes de dominio público sobre los cuales se emitió autorización. Indicaron que el argumento del tribunal mencionado, en cuanto a la falta de definitividad, es incongruente con los principios de legalidad y del debido proceso, porque para hacer uso de recursos ordinarios y oposición alguna dentro de un procedimiento administrativo o judicial, debe darse el requisito de el conocimiento del asunto por medio de la notificación personal y directa a las partes o personas interesadas que pudieran resultar afectadas, lo que no sucedió en el presente caso; por lo que al no haber sido notificados, no operó el derecho de defensa, de audiencia y, consecuentemente, el debido proceso. Indicaron que no está previsto ningún recurso administrativo para impugnar una resolución de autorización definitiva emitida por el Ministro de Energía y Minas, por lo que no existe ninguna instancia ordinaria que agotar previo a promover amparo en este caso, y debe observarse que las violaciones en que ha incurrido la autoridad impugnada son de carácter permanente, razón por la cual resulta antijurídico que se les exija cumplir con el principio de definitividad. Asimismo, señalan que el derecho de consulta es de carácter atemporal, por lo que la violación a este derecho y su cumplimiento puede ser exigido en cualquier

momento, en tanto no se haya dado efectivo cumplimiento por la autoridad responsable. Expresaron que mediante la sentencia dictada por el Tribunal de Amparo se autoriza al Ministro de Energía y Minas y a Hidroxil, Sociedad Anónima a que se violen y se sigan violando sus derechos como pueblos indígenas, de manera continua y permanente, pues esa decisión es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y varias sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad relativas a los derechos de defensa, debido proceso, derechos de audiencia y de notificación, así como al derecho de consulta de los pueblos indígenas; el hecho de que el Ministro de Energía y Minas, avalado por la sentencia impugnada, pretenda sustituir su obligación de notificación y consulta, mediante publicaciones en medios de comunicación escritos, no solo violenta al principio de legalidad, sino, además constituye un fraude de ley y, por ende, debe sancionarse con nulidad del acto reclamado, como lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad en sentencia de ocho de agosto de dos mil once, dictada dentro del expediente dos mil novecientos seis guión dos mil once (2906-2011), con base en la cual puede afirmarse que la autoridad impugnada ha incurrido en fraude a la Constitución y al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo o al bloque de derechos humanos constitucionales, porque se fundamentó únicamente en lo regulado por una norma de menor jerarquía –Ley General de Electricidad y su reglamento–, omitiendo conscientemente la aplicación obligatoria de la Ley Fundamental y el Convenio referido, persiguiendo con ello un resultado contrario a la norma imperativa del texto supremo y de normativa convencional. Finalmente, señalaron que el Tribunal de Amparo, impuso multa a sus abogados patrocinantes, sin tomar en cuenta que la acción constitucional que promovieron tiene fundamento y que actuaron de buena fe en el ejercicio de sus derechos; tampoco consideró que sus abogados prestaron sus servicios profesionales de forma gratuita, debido a que representa a comunidades extremadamente pobres, por lo que debe aplicarse mutatis mutandis el principio de igualdad respecto a la exención de multas, establecido por la Corte de Constitucionalidad, en lo que se refiere a los abogados del Ministerio Público y del Instituto de la Defensa Pública

Penal. Solicitaron que se declare la nulidad del procedimiento administrativo a partir de la primera resolución, así como del Acuerdo Ministerial impugnado; se ordene al Ministro de Energía y Minas que previo a continuar con el procedimiento administrativo referido, notifique debidamente a las comunidades indígenas maya-ixiles de Santa María Nebaj –postulantes–, así como a sus autoridades ancestrales; y, se ordene al Ministro de Energía y Minas que les consulte, mediante los procedimientos y mecanismos adecuados, previamente a otorgar la autorización de definitiva de mérito, con la finalidad de llegar a acuerdos efectivos y eficaces relativos a las indemnizaciones que pudieran corresponder y a la participación de los beneficios proporcionales a las ganancias que pudieren resultar de la explotación de sus recursos naturales y territorios. **b) el Ministerio Público**, expuso como agravios que la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, al emitir la sentencia de amparo, ahora impugnada, consideró que en el presente caso no existe ninguna violación al derecho de consulta, en virtud de que se aplicó lo regulado en el Reglamento de la Ley General de Electricidad, publicando en el Diario de Centro América y en otro de mayor circulación la solicitud de autorización de la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima, estableciendo un plazo para que los interesados manifestaran su oposición, por lo que el hecho de que las comunidades no se hayan manifestado dentro del plazo fijado, no implica vulneración al derecho de consulta. Sin embargo, al analizar los argumentos en que el accionante fundamenta su solicitud de amparo, visto el informe circunstanciado rendido por el Ministro de Energía y Minas y los documentos que se adjuntan al expediente contentivo de esta acción constitucional, puede establecerse que no existe ningún documento en que conste que se haya dado participación, específicamente en cuanto a consultar a las comunidades representadas por el amparista dentro del procedimiento, que culminó con la emisión del Acuerdo Ministerial número doscientos cuarenta y cuatro - dos mil once (244-2011) de uno de diciembre de dos mil once, que contiene la autorización de dicho Ministerio a la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima para la instalación del proyecto hidroeléctrico denominado "La Vega II"

en el Municipio de Santa María Nebaj, Departamento de El Quiché. Esta situación, añadió, vulnera el debido proceso y derecho de defensa en perjuicio de los amparistas establecido en el texto constitucional y en la normativa convencional internacional aceptada y ratificada por el Estado de Guatemala. Agregó que el derecho a la consulta consiste en recabar la opinión, el asesoramiento y la asistencia de los pueblos indígenas y tribales, quienes resultan directamente afectados por las medidas legislativas, administrativas o por los programas que adopten los Estado Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que, para hablar de consulta y consentimiento previo, libre e informado es necesario partir de tres premisas fundamentales: *i.* la consulta es un derecho internacionalmente reconocido a favor de los pueblos indígenas, y, como tal, es obligación de los Estados garantizar su observancia en el ámbito interno; *ii.* la consulta está prevista para escuchar la voz de los pueblos ante aquellas situaciones que impliquen una afectación a sus derechos e intereses, pudiendo ser éstas: reformas legales, implementación de proyectos extractivos y de aprovechamiento de recursos naturales y/o cualquier otro proyecto de desarrollo; y, *iii.* la consulta implica establecer un diálogo entre el Estado y los pueblos, con el objetivo de poner fin a la exclusión en la toma de decisiones. Indicó que de acuerdo con el Profesor Bartolomé Clavero, la no aplicación de estos derechos por cualquier instancia jurídica y administrativa de un Estado lo hace incurrir en responsabilidades por la violación de derechos humanos de los pueblos indígenas y sitúa en ilegalidad cualquier actuación que se realice dentro de territorios indígenas. A ese respecto, citó los documentos que recogen normas de derecho internacional que regulan el derecho que tienen los pueblos tribales de ser informados, citados y notificados sobre las decisiones que los gobiernos tomen en relación a las autorizaciones y utilización de aprovechamiento sobre bienes públicos, e hizo referencia a la sentencia dictada por esta Corte el veintiuno de diciembre de dos mil nueve en el expediente número tres mil ochocientos setenta y ocho - dos mil siete (3878-2007), en la que se destacó la importancia que reviste para el Estado de Guatemala la normativa internacional en esta materia, como

parte de los compromisos internacionales que ha adquirido en el marco del derecho de pueblos indígenas y tribales. Enfatizó que de acuerdo con lo expresado en la Guía para la Aplicación del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el artículo 15 del mismo exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, que deberán protegerse especialmente, entre los que comprende el de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) Los postulantes reiteraron la argumentación vertida en el escrito del recurso de apelación que se conoce en esta instancia, y agregaron que como autoridades ancestrales en las comunidades afectadas, les preocupa que las empresas no los tomen en cuenta para utilizar territorio que les pertenece desde tiempo milenial, como lo es el ejido de Nebaj, de cuyas montañas y ríos han sido guardianes, y constituyen propiedad privada, por lo que al no consultarles previo a la autorización de la central hidroeléctrica les han violado sus derechos. Solicitaron que se revoque el acuerdo ministerial reclamado, se declare la nulidad absoluta del procedimiento administrativo de mérito y, como consecuencia, se ordene a la autoridad impugnada que previo a continuar con el procedimiento administrativo, notifique a las comunidades indígenas de Santa María Nebaj, departamento de El Quiché, y proceda a consultarles por medio de sus autoridades ancestrales mediante los procedimientos adecuados. **B) El Ministro de Energía Minas,** autoridad impugnada, reiteró lo expuesto en su informe circunstanciado. Solicitó que se declare sin lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia se confirme el fallo impugnado, emitiendo los demás pronunciamientos que en derecho corresponden. **C) Hidroxil, Sociedad Anónima,** tercera interesada, expresó que la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio al dictar la sentencia impugnada, efectuó el análisis pertinente en estricto apego a la normativa aplicable al asunto que se sometió a su conocimiento, fundamentando

su decisión tanto en derecho como en el análisis de los hechos que motivaron el amparo. Agregó que debe tomarse en cuenta que el artículo 129 de la Constitución Política de la República establece que se declara de urgencia nacional la electrificación del país, el que le faculta al Ministerio de Energía y Minas a autorizar, luego de seguido el procedimiento administrativo correspondiente, la instalación de la “Hidroeléctrica La Vega II”; y siendo que la generación de energía eléctrica por medio de esta clase de proyectos constituye una de las mejores alternativas para Guatemala, tanto en la preservación del ambiente como para dar cumplimiento al norma constitucional precitada, existe un interés colectivo en este tema, el que no puede ser frenado por el interés particular de sectores que se oponen al desarrollo del país, al cual contribuye en buena medida la electrificación. Solicitó que se confirme la sentencia apelada. **D) El Procurador de los Derechos Humanos, en calidad de amicus curiae**, presentó un análisis respecto del derecho de consulta en el presente caso, en el que concluyó: *i.* la consulta a los pueblos indígenas es un deber del Estado en el marco de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución Política de la República, su cumplimiento no puede delegarse a una empresa privada u otra entidad. Las disposiciones del Convenio 169 de la OIT son directamente ejecutables y de obligado cumplimiento. En este sentido, el débil desarrollo legal del procedimiento de consulta, no puede ser tomado como una excusa por parte del Estado para no cumplir con su obligación de garantizar el derecho en cuestión; *ii.* el Estado de Guatemala ha incumplido, por omisión, **con su obligación de consultar de manera libre, previa e informada a los pueblos indígenas**. El derecho a la consulta a los pueblos indígenas presupone un proceso de diálogo transparente y sistemático desde las primeras etapas de la planificación y elaboración de la medida propuesta, con el fin de lograr el consentimiento y llegar a acuerdos con los pueblos interesados. Este procedimiento debe realizarse de buena fe a través de las instituciones representativas indígenas y dentro de un mecanismo que genere confianza entre las partes; *iii.* el procedimiento administrativo para la autorización definitiva de la

instalación de la central generadora denominada “La Vega II”, a favor de la entidad Hidroxil Sociedad Anónima, mediante el Acuerdo Ministerial (244-2011) otorgado por el Ministerio de Energía y Minas, incumple con los requisitos esenciales que implica la garantía del derecho a la consulta. *iv.* el proceso regulado en el artículo 15 de la Ley General de Energía y 5 de su reglamento, establece únicamente publicaciones en medios escritos de comunicación y otorga la oportunidad de que cualquier persona interesada pueda manifestar su oposición en forma escrita en un plazo definido. Sin embargo, es evidente que este procedimiento no está en armonía con los requisitos exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos que garantice el goce efectivo del derecho a la consulta de los pueblos indígenas; *v.* la falta de respeto al derecho a la consulta a los pueblos indígenas viola el Convenio 169 de la OIT, en consecuencia genera también la violación del artículo 149, en relación con los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República; *vi.* el procedimiento aplicado para el otorgamiento del Acuerdo Ministerial (244-2011), por ser incompatible con los requisitos establecidos para garantizar el derecho a la consulta, es violatorio de la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que es procedente declarar la nulidad del mismo; *vii.* Finalmente, afirmó que los niveles de conflictividad tienen relación directa con el irrespeto a derechos de diversa índole. La causa de la conflictividad debe buscarse en el incumplimiento del Estado a los deberes de protección y debida diligencia para respetar y hacer que se respeten los derechos humanos de las personas y los pueblos. Solicito que se tomen en cuenta las reflexiones expuestas, apegadas a las instituciones doctrinarias afectadas, así como a la normativa constitucional y legislación vigente en Guatemala, respecto de la apelación del amparo. **E) El Ministerio Público** manifestó los mismos argumentos que fundamentan el recurso de apelación que planteó oportunamente. Solicitó que se revoque el fallo impugnado y, como consecuencia, se otorgue el amparo, a efecto de restaurar a los postulantes en la situación jurídica afectada, ordenándole a la autoridad impugnada que reencause el proceso previo a la autorización de instalación de la central hidroeléctrica de mérito y se confiera audiencia a las

comunidades amparistas.

CONSIDERANDO

-I-

Tesis general en la que se funda el fallo

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 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, reconocida como derecho fundamental de carácter colectivo.

-II-

Síntesis de la pretensión de amparo y lo resuelto en primera instancia

Los postulantes promueven amparo contra el Ministro de Energía y Minas, señalan que les causa agravio el proceder de la referida autoridad al haber llevado a cabo el procedimiento administrativo para la autorización de la instalación de dos centrales generadoras de electricidad, denominadas “Hidroeléctrica La Vega II”, sin que se les haya notificado, ni citado para ser oídos y hacer valer sus derechos. Asimismo objetan el Acuerdo Ministerial doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil once (244-2011), por medio del cual se otorgó autorización definitiva a Hidroxil, Sociedad Anónima, para utilizar bienes de dominio público, para la instalación de las hidroeléctricas relacionadas, sin observar el derecho de consulta a pueblos indígenas que establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, decidió denegar el amparo, por estimar, en síntesis, que no existió la violación a las normas invocadas por los postulantes, pues la autoridad impugnada ordenó la publicación de la solicitud de autorización para instalar la central generadora

hidroeléctrica denominada “La Vega II”, en el Diario de Centro América y en el medio de comunicación escrito denominado Nuestro Diario, con lo que propició la oportunidad de que cualquier persona que tuviere objeción o interés lo hiciere saber, previo a la emisión del acuerdo ministerial de autorización. Esa decisión fue apelada por los postulantes, con base en los argumentos que fueron recogidos en el apartado de resultandos respectivo, dando lugar al conocimiento en alzada de este Tribunal.

-III-

Legitimación activa de los postulantes

Esta Corte ha asentado jurisprudencialmente la factibilidad de que sea denunciada en amparo la violación de derechos o intereses de carácter colectivo con relevancia constitucional, en casos calificados. Así, han sido admitidas peticiones de tutela constitucional formuladas por distintos grupos de composición determinable en torno a características y aspiraciones comunes, entre otros: de personas con discapacidad [sentencia dictada en el expediente dos mil ochocientos sesenta y tres-dos mil seis (2863-2006)], de agremiados [sentencia dictada en el expediente ochocientos treinta y cuatro-noventa y nueve (834-99)], de entidades dedicadas a la labor educativa [sentencia dictada en el expediente quinientos veintisiete-dos mil trece (527-2013)] y pueblos indígenas [verbigracia, sentencias dictadas en los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil once (4419-2011)].

Además, se ha hecho notar que instituciones como las municipalidades o alcaldías indígenas –distintas de las corporaciones municipales previstas en la ley ordinaria– dimanán de la tradición histórica de los pueblos originarios, cuyo antecedente se remonta a la época colonial y su estela se extiende hasta tiempos contemporáneos; funcionan con organización y conformación definidas en una significativa cantidad de comunidades rurales, en las que son percibidas como tradicionales e importantes autoridades locales que, en términos generales, coadyuvan a la resolución de conflictos comunitarios y con frecuencia actúan como intermediarios ante el poder público oficial [sentencia dictada en el

expediente un mil ciento uno-dos mil diez (1101-2010)].

Al tenor de lo anteriormente expuesto, el hecho de que el municipio de Santa María Nebaj, departamento de Quiché, cuente con Alcalde electo conforme lo preceptuado en la Ley Electoral y de Partidos Políticos y el Código Municipal no excluye la posibilidad de que determinadas comunidades asentadas dentro de su circunscripción territorial acudan a la justicia constitucional en procura de la defensa de los derechos e intereses que colectivamente comparten, por medio de las personas a las que reconocen representatividad de acuerdo a sus prácticas y costumbres. No permitirlo implicaría negarles a estas últimas su valor como manifestaciones de identidad cultural de los pueblos indígenas y, por ende, contravenir lo preceptuado en el artículo 66 de la Constitución Política de la República [*“... los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social...”*]; así como en los artículos 8 [*“... Al aplicar la legislación nacional de los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario...”*] y 12 [*“Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos...”*] del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

-IV-

Reconocimiento normativo de la consulta en el marco del control de convencionalidad

Esta Corte ha apuntado en oportunidades anteriores [sentencias dictadas en los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007), un mil treinta y uno-dos mil nueve (1031-2009) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil doce (4419-2012)] que el soporte normativo de la consulta a los pueblos indígenas acerca de medidas estatales susceptibles de causarles afectación reside en una serie de instrumentos internacionales de los cuales el

Estado de Guatemala es parte:

A. *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* –ratificado por Guatemala en mil novecientos noventa y seis, luego de que este Tribunal respaldara su compatibilidad con la Carta Fundamental [opinión consultiva emitida en el expediente ciento noventa y nueve-noventa y cinco (199-95)]–, en el cual está dispuesto que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, de buena fe y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento [artículo 6, numerales 1 y 2]; en especial cuando se trate de proyectos de explotación de recursos naturales [artículo 15]. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha enfatizado que el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio, en la que se fundamentan todas las disposiciones de este [observaciones individuales dirigidas a Dinamarca y Paraguay dentro del Informe general rendido en el seno de la nonagésimo primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en dos mil tres].

B. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* –ratificada por Guatemala en mil novecientos setenta y ocho–, por cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asentado: **i)** es obligación de los Estados consultar a las comunidades indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como de asegurar su participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses; ello, en relación directa con la obligación general de garantizar, en condiciones de igualdad, el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 1.1 de la referida Convención, una vez consideradas las características propias que diferencian a esas comunidades de la población en general y que conforman su identidad cultural [sentencia dictada en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y Costas);

párrafos ciento sesenta y dos (162), ciento sesenta y tres (163) y ciento sesenta y seis (166)]; y **ii**) el Estado debe garantizar que ninguna restricción respecto del derecho a la propiedad –protegido en el artículo 21, numerales 1 y 2, *ibídem*–, debido a concesiones de explotación de recursos naturales, implique denegar la subsistencia de los pueblos indígenas o tribales como tales; para lo cual debe asegurar: primero, la participación efectiva de aquéllos, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de territorios que han ocupado ancestralmente; segundo, que se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y tercero, que no se emita ninguna concesión de esa naturaleza a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo supervisión estatal, realicen estudios previos de impacto social y ambiental [sentencia dictada en el caso Pueblo Saramaka *vs.* Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafos ciento veintiocho (128) y ciento veintinueve (129)].

C. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* –al que Guatemala se adhirió en mil novecientos noventa y dos–, en atención a que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al interpretar lo normado en su artículo 27 [Derecho de las minorías], afirmó que en el caso de los pueblos indígenas la cultura se manifiesta en un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, cuya protección se traduce en el requerimiento de los Estados adopten medidas jurídicas positivas que aseguren la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan [Observación General veintitrés (23), numeral siete (7)].

D. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* –ratificada por Guatemala en mil novecientos ochenta y tres–, a la que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) imprimió relevancia respecto al derecho de consulta, al exhortar a los Estados partes a garantizar que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a

su participación efectiva en la vida pública, así como que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con su derechos e intereses sin su consentimiento informado [Recomendación General número veintitrés (23), numeral cuatro (4), inciso d].

E. *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* –aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con el voto favorable de Guatemala, el trece de septiembre de dos mil siete–, en la cual está enunciado que los Estados suscribientes llevarán a cabo consultas de buena fe con las comunidades indígenas, por conducto de sus propias instituciones representativas, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, sobre todo cuando se trate del desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales o hídricos [artículo 32, numeral 2]. Asimismo, que velarán eficazmente por la reparación justa y equitativa por esas actividades, además de adoptar las medidas necesarias para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual que puedan conllevar [ibídem, numeral 3].

En suma, el asidero que paulatinamente se ha ido construyendo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a la referida consulta forma parte del bloque de constitucionalidad guatemalteco, que esta Corte ha identificado como “*conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal (...) garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país*” [sentencia dictada dentro del expediente un mil ochocientos veintidós-dos mil once (1822-2011)].

-V-

**La consulta como principio general del Derecho Internacional y su
justiciabilidad como derecho fundamental**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho notar que la consulta regulada en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo se ha consolidado como principio general del Derecho Internacional, habida cuenta que muchos países miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de reformas en su normatividad interna y de los pronunciamientos emanados de sus más altas cortes de justicia, han respaldado su protección [sentencia dictada en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y Costas); párrafos ciento sesenta y tres (163) al ciento sesenta y cinco (165)].

Este Tribunal, confluyendo con el referido órgano regional y también con sus homólogos de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Venezuela, ha puesto de relieve la indubitable justiciabilidad de la consulta a pueblos indígenas en Guatemala [sentencias dictadas en los expedientes mil ciento setenta y nueve-dos mil cinco (1179-2005), mil cuatrocientos ocho-dos mil cinco (1408-2005), dos mil trescientos setenta y seis-dos mil siete (2376-2007), tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007), mil treinta y uno-dos mil nueve (1031-2009), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y dos y dos mil cuatrocientos ochenta y uno-dos mil once (2432/2481-2011), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y tres y dos mil cuatrocientos ochenta-dos mil once (2433/2480-2011), un mil ocho-dos mil doce (1008-2012) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil doce (4419-2012), entre otros], además de calificarla como un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surgió como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de abogar, de manera especial, por la salvaguardia de los intereses de grupos humanos que por factores ligados a su identidad cultural, se han visto históricamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general; erigiéndose así, en garantía de igualdad o de equiparación, en cuanto a la aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida [haciendo eco de lo preceptuado en el artículo 2,

numeral 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes]. Así concebida, la prerrogativa en referencia conlleva para el Estado, con relación a las acciones gubernamentales que podrían afectarles directamente, la obligación de implementar e institucionalizar procedimientos mediante los cuales, se genere de buena fe, en forma sistemática y acorde a sus tradiciones ancestrales, una dinámica de información, participación y diálogo con sus legítimos representantes, con el propósito de concertar acuerdos sobre las medidas que se proyecta realizar [sentencias dictadas en los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007) y un mil treinta y uno-dos mil nueve (1031-2009)].

-VI-

Carácter integral de las implicaciones del reconocimiento de la consulta como derecho fundamental

El reconocimiento de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, como parte del catálogo de derechos fundamentales protegidos en el control de convencionalidad, demanda del Estado de Guatemala, en general, la realización de cualesquiera modificaciones estructurales que sean necesarias, en sus instituciones y legislación interna, para darle eficaz cabida en el contexto nacional; así lo ha expresado este mismo Tribunal [sentencias dictadas dentro de los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil once (4419-2011)] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencias dictadas en los casos Pueblo Saramaka vrs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ocho (8) del apartado decisorio; y Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y Costas); párrafo trescientos uno (301)].

El aseguramiento de la tutelabilidad de la consulta en la jurisdicción constitucional es sólo una de las repercusiones que deben derivar de ese reconocimiento, pues aquel entramado normativo que aloja derechos y principios esenciales no opera únicamente como parámetro para que los jueces

constitucionales examinen la legitimidad de las actuaciones gubernamentales, sino, en primer lugar, constituye punto de partida del ordenamiento jurídico vigente que toda la población, especialmente las autoridades, debe observar y aplicar.

Lo arriba puntualizado implica que, ante las solicitudes de que sean autorizados proyectos, operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales, los órganos competentes están obligados a atender los preceptos atinentes que estén contenidos, tanto en las leyes ordinarias y disposiciones reglamentarias vigentes, como en los instrumentos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala; unos y otros que conforman conjuntamente el andamiaje normativo aplicable. De esa cuenta, si se avizora que las licencias cuya autorización se solicita, o las ya otorgadas, producirán afectación directa de las condiciones de vida de comunidades indígenas, el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en la Ley General de Electricidad o en la Ley de Minería y sus respectivos Reglamentos no excluye la responsabilidad estatal de poner en práctica la consulta establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Es oportuno recalcar que la carencia de legislación ordinaria *ad hoc* no puede significar la nulidad de la consulta que asiste a los pueblos indígenas, porque, de ser así, ello equivaldría a consentir que la pasividad del poder público tuviera como resultado vaciar de contenido al indicado derecho fundamental [expediente tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007)].

Por tales motivos, no se comparte la tesis esgrimida por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, de que la autoridad cuestionada, al haber observado lo dispuesto en la Ley General de Electricidad y su Reglamento, cumplió con todas las disposiciones aplicables al asunto, y que la indicada ley ordinaria *no contempla regulación alguna con respecto de una consulta*. Tal postura menoscaba la eficacia normativa del Derecho Convencional y de la porción de este que integra el bloque de constitucionalidad; es decir, redundaría en inobservancia de una obligación internacional previamente adquirida y de un

derecho resguardado en el eje primario del sistema jurídico, lo cual es insostenible.

-VII-

Circunstancias ante las cuales resulta procedente la consulta a pueblos indígenas

Al tenor de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [artículo 6, inciso a] debe consultarse a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, *cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*; en especial antes de emprender o autorizar programas de prospección o explotación de recursos naturales [artículo 15, numeral 2]; o, de encontrarse ya en ejecución, para disponer, si fuere el caso, las medidas mitigadoras, resarcitorias, reparadoras o compensatorias que garanticen el modo de vida y las proyecciones futuras de las comunidades afectadas.

Ergo, 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.

Ahora bien, es crucial acotar que en aras de establecer adecuadamente el segundo aspecto, la referida afectación no debe ser entendida como una mera lesión de los que normalmente se identifican como atributos propios del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, aunque exista alguna zona de convergencia con ellos.

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 [artículo 7, numeral 3]; 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 lo 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 [artículo 13, numeral 1]. A su vez, ambos elementos encuentran vértice común en el mandato general de tener siempre en consideración los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos, al aplicar las disposiciones del referido documento convencional [artículo 5, inciso a].

Esos lineamientos normativos han sido consistentemente observados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha patentizado que para los pueblos indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual [sentencia dictada en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vrs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo ciento cuarenta y nueve (149)] pues su forma particular de vida, de ser, ver y actuar en el mundo está constituida precisamente a partir de su estrecha relación con territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [sentencias dictadas en los casos Comunidad indígena Yakye Axa vrs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ciento treinta y cinco (135); y Comunidad indígena Sawhoyamaya vrs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ciento dieciocho (118)]. Así, la tierra está estrechamente ligada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores; patrimonio cultural

inmaterial que es transmitido y recreado generacionalmente por las comunidades indígenas [sentencias dictadas en los casos Comunidad indígena Yakye Axa vrs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo ciento cincuenta y cuatro (154); y Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y Reparaciones); párrafo doscientos doce (211)].

Asimismo, es primordial subrayar que en el Convenio de referencia se señala que la utilización del término *tierras* en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de *territorios*, comprendiendo este el *hábitat* de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna 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 término como antes se precisó– carecería de sentido si no se le estimara conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en él, necesaria para asegurar su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión y costumbres [sentencia dictada en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y Reparaciones), párrafo ciento cuarenta y seis (146)].

En definitiva, de lo antes relacionado se colige que resultará procedente la consulta a pueblos indígenas cuando se prevean disposiciones de poder público, sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, en el entendido de que esto último se determina en función de la incidencia que esas medidas puedan llegar a tener en sus condiciones de vida –sea de índole social, económica, espiritual, ambiental, sanitaria, alimentaria, etc.–, a fin de prevenir que se produzca de modo y con intensidad tales que conlleven detrimento de su identidad cultural y su subsistencia digna.

De ahí que resulte una cuestión meramente tangencial para la *quid iuris* del amparo de mérito, la controversia surgida sobre si la instalación de la hidroeléctrica que pretende realizar la tercera interesada utilizaría bienes inmuebles de dominio público o de propiedad privada, o acerca de si los postulantes debían presentar documentación que acreditara inscripciones

registrales de dominio en su favor.

Esa afirmación tiene asidero en las consideraciones antes desarrolladas, de las cuales se infiere que para estimar a una comunidad representativa de pueblos indígenas susceptible de afectación directa por la realización de algún proyecto, operación o actividad, no es indispensable que el lugar en el que se planee instalar la infraestructura, los artefactos o la maquinaria requeridos para el efecto, se halle precisamente dentro de los linderos de propiedad formalmente reconocida a la comunidad en referencia, porque el objeto de protección de la consulta no se circunscribe, ni se refiere principalmente, a la esfera patrimonial –en la connotación civilista de la expresión–, sino aglutina elementos de naturaleza heterogénea enraizados en la cosmovisión propia de los pueblos indígenas y en el fenómeno de marginación que han padecido, respecto a los procesos de decisión del poder público y del acceso a servicios básicos, aun cuando se registren algunos avances en el orden político y social.

A lo anterior obedece que si bien la aportación probatoria tendiente a demostrar la titularidad del derecho de propiedad o de la posesión ancestral, individual o colectiva, sobre determinados territorios, ya sea mediante certificaciones, peritajes u otro medio idóneo, pueda coadyuvar a dar sustento a la pretensión de consulta; no cabe considerarla imprescindible por cuanto, como se explicó, es equivocado medir la variable de afectación directa que torna necesaria esta última simplemente en proporción al menoscabo de alguna de las prestaciones provenientes del derecho de propiedad sobre demarcaciones territoriales.

Lógicamente, lo antes asentado, específicamente alusivo a la pretensión de amparo que se resuelve, es sin perjuicio de las reclamaciones que en la vía ordinaria puedan promover cualesquiera interesados en reivindicar la propiedad o posesión continuada y legítima de determinados bienes inmuebles.

A continuación es menester, más allá de esa acotación preliminar, abordar el examen general de la situación *sub judice*, para elucidar si en la misma concurren las circunstancias que, atendiendo a los parámetros fijados y

justificados en los párrafos precedentes, sí devienen decisivos para establecer si es procedente la consulta a pueblos indígenas en el caso concreto sometido al conocimiento de este Tribunal.

Para ello debe iniciarse por señalar que, según lo dispuesto en la Ley del Organismo Ejecutivo [artículo 34] y la Ley General de Electricidad [artículos 1 al 3; 8 y 13] la potestad de autorizar iniciativas de generación o transporte de electricidad se encuadra en el ámbito de atribuciones que corresponden al Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas. De acuerdo con lo preceptuado en la segunda de las leyes aludidas, la autorización para la instalación de centrales generadoras, faculta al adjudicatario para que, en la realización de sus actividades, utilice bienes de dominio público, de conformidad con la ley [artículo 13].

Atendiendo esa normativa legal Hidroxil, Sociedad Anónima, dirigió al Ministerio de Energía y Minas, conforme el formulario predeterminado para el efecto por ese despacho ministerial, solicitud de *autorización definitiva para utilizar bienes de dominio público para la instalación de la Central Hidroeléctrica La Vega II, localizada sobre los ríos Sumalá y Xamalá, en el municipio de Santa María Nebaj, departamento de Quiché* –folios novecientos trece al novecientos quince (913-915) del expediente administrativo 97-2011 de la Dirección General de Energía del Ministerio de Energía y Minas–.

Como puede notarse, la decisión por la que la referida autoridad estatal autorizó en forma definitiva la instalación de la central generadora hidroeléctrica de mérito, encaja claramente en el concepto genérico de medida administrativa.

Seguidamente, corresponde trasladar el análisis del asunto particular hacia el segundo componente al que está sujeta la procedencia de la consulta a pueblos indígenas; es decir, si se advierte que la disposición gubernamental descrita en los párrafos que anteceden se traduce en afectación de las condiciones de vida de determinadas comunidades representativas de esos pueblos, en los términos delineados al inicio del presente apartado considerativo. Inclusive si por contrario a paradigmas pesimistas, los beneficios directos o indirectos del proyecto sí fueran

establecidos.

En ese orden de ideas, es importante hacer notar la manera en que la generación de energía eléctrica es tratada en la normativa nacional atinente, particularmente en lo concerniente al grado de incidencia en su entorno que atribuyen a esas actividades. En la Ley General de Electricidad [artículo 10] y su Reglamento [artículo 4, inciso i] está prevista la exigencia de que para obtener la autorización de ambos tipos de proyectos debe presentarse estudio de evaluación de impacto ambiental, que de acuerdo a la Ley del Organismo Ejecutivo [artículo 29 bis, inciso i], debe ser aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. En el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental [Acuerdo gubernativo cuatrocientos treinta y uno-dos mil siete (431-2007)] se define al indicado estudio como un documento técnico que permite identificar y predecir los efectos sobre el ambiente que ejercerá un proyecto, obra, industria o actividad que se ha considerado como de alto impacto ambiental potencial en el Listado Taxativo (categoría A o mega proyectos) o bien, como de alta significancia ambiental a partir del proceso de Evaluación Ambiental [artículo 17]; y en el mismo cuerpo reglamentario se indica que la categoría A corresponde a aquellos proyectos, obras, industrias o actividades consideradas como las de más alto impacto ambiental potencial o riesgo ambiental de entre todo el Listado Taxativo [artículo 28]. Por último, en consonancia con esas previsiones, en el Listado Taxativo de Proyectos, Obras, Industrias o Actividades [Acuerdo gubernativo ciento treinta y cuatro-dos mil cinco (134-2005)], elaborado con referencia al Estándar Internacional del *Sistema de Código Internacional Industrial Uniforme*, se incluyen en esa categoría (A), el *Diseño, construcción y operación de proyectos relacionados con actividades de generación de energía eléctrica*, cuando tenga capacidad mayor o igual a dos mil KV; y el *Diseño, construcción y operación de líneas para transmisión de energía eléctrica*, en todos los casos; ambos dentro de la división de *Generación, captación y distribución de energía eléctrica* del referido listado.

El examen integral de las citadas disposiciones especiales sobre la materia

denota que al regularla tanto el Congreso como la Presidencia de la República 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. Es decir, es razonable suponer que, de ser autorizados, implicarían incidencia de relativa magnitud –como mínimo en cuanto al aspecto ambiental–, en el medio en el que sean implementados; con la consiguiente afectación de las condiciones de vida de las poblaciones asentadas en ese sector, que podrían necesitar los correctivos, reparaciones o medidas mitigadoras indispensables.

Asimismo, aunado a lo anterior vale resaltar que en el estudio de evaluación de impacto ambiental del proyecto hidroeléctrico presentado ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales por Hidroxil, Sociedad Anónima, concretamente en el capítulo doce, intitulado Identificación de impactos ambientales y determinación de medidas de mitigación, se incluyó el apartado Síntesis de la evaluación de impactos ambientales, en el cual se puntualizó, que los impactos potenciales al ambiente físico, biótico y socioeconómico relevantes por la construcción y operación de la central hidroeléctrica, entre otros, serían los siguientes: “ *El polvo y el ruido serán impactos negativos durante la etapa de construcción(...) La calidad del agua durante la etapa de construcción será deteriorada si el suelo y subsuelo que sea removido, no se deposita y conforma apropiadamente(...) Los impactos sobre la flora y la fauna durante la etapa de construcción serán por el corte del bosque, el ruido y el tránsito, así como por el efecto inducido por el mejoramiento de caminos (...) El régimen de los tramos de los ríos desde las obras en los ríos Sumalá y Xamalá, pero sobre todo por la presa del río Sumalá, hasta la descarga de las casas de máquinas cambiará, lo cual afectará a los organismo acuáticos.(...) El empleo durante la etapa de construcción y la demanda de servicios de alojamiento y alimentación, así como materiales locales, generará beneficios para las personas de las comunidades cercanas. La construcción de los caminos hacia las comunidades tendrá un efecto*

positivo al tener mejor acceso a los centros educativos y de salud y para la venta de sus productos agrícolas...” –folios cuatrocientos setenta y tres (473) y cuatrocientos setenta y cuatro (474) del expediente que contiene el estudio de impacto ambiental–.

Derivado del nivel de afectación que pueden irrogar ese tipo de proyectos, operaciones o actividades, y a tenor de la normativa atinente del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no puede sino concluirse que la expedición de autorización para la generación de electricidad constituye una medida administrativa cuyas implicaciones justifican la realización de consulta a comunidades representativas de pueblos indígenas que radiquen en la zona de incidencia –*hábitat*, según el artículo 13, numeral 2 del mencionado instrumento internacional– de las acciones requeridas para implementar, operar y dar mantenimiento a aquel servicio, por cuanto conllevan afectación directa de sus condiciones de vida. De esa cuenta, para completar el análisis que se desarrolla, por último es necesario establecer si existe fundamento para afirmar que los postulantes se encuentran inmersos en la referida zona de incidencia.

En el ya mencionado estudio de evaluación de impacto ambiental presentado en el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales por Hidroxil, Sociedad Anónima, en la casilla Ubicación geográfica y área de influencia del proyecto, se señala que *“El proyecto hidroeléctrico La Vega 2 se localiza sobre la margen de los ríos Sumalá y Xamalá, dentro de los límites del municipio de Nebaj, en el departamento de Quiché”* – folio veinte (20) del expediente *ibídem*–. Siendo que las comunidades a las cuales representa los postulantes del amparo se encuentran asentadas en el municipio de Santa María Nebaj, departamento de Quiché, resulta lógico aseverar que están comprendidas dentro de la zona de incidencia del aludido proyecto, habida cuenta que es en ese municipio en el que se construye la hidroeléctrica en mención.

En suma, el estudio integral de la normativa nacional aplicable y la información reseñada sobre el expediente administrativo subyacente al amparo,

en concatenación con los supuestos de procedencia y alcances de la consulta delineados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, conduce a determinar que en el caso concreto existen elementos de convicción, objetivos y verificables, para prever que la autorización de la aludida central generadora de electricidad, constituye medida administrativa que probablemente produciría, produce o producirá afectación directa (favorable, desfavorable o inocua) de las condiciones de vida de las comunidades representativas de los pueblos indígenas que se encuentran asentadas en el municipio de Santa María Nebaj, departamento de Quiché. Por ende, en el caso bajo estudio concurren las condiciones de procedencia de la consulta a pueblos indígenas, por lo que esta debe ser realizada.

-VIII-

Principios internacionales que deben observarse en la consulta a pueblos indígenas

Al margen de lo apuntado en el apartado considerativo precedente, en cuanto a las razones que sustentan la procedencia de la consulta a las comunidades indígenas de Santa María Nebaj, Quiché, con relación a la autorización para instalar el proyecto de generación de electricidad solicitada por la tercera interesada, es importante esclarecer si en el decurso del procedimiento administrativo por el que se tramitó esa solicitud se produjo alguna diligencia a la que sea dable atribuir el carácter de consulta válidamente efectuada.

Para ese propósito es necesario, en primer lugar, recapitular, en síntesis, los elementos definitorios de la consulta, de acuerdo a lo preceptuado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y el desarrollo interpretativo que sobre su normativa han efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencia dictada en el caso Pueblo Saramaka vrs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo 133]; la Comisión de

Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo [Observación General formulada sobre el Convenio 169] y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [Principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas]:

- A.** Carácter previo a la medida gubernativa.
- B.** Comprende un verdadero diálogo en el que privan la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos; no se agota con la sola información.
- C.** Orientada al objetivo de arribar a acuerdos, con el consenso como vía para la toma de decisiones; no se trata de que una parte se imponga a la otra.
- D.** Se concreta mediante procedimientos culturalmente apropiados, en los que se respetan las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas.

Esos estándares de derecho internacional ya han quedado reflejados en la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia [ver sentencias dictadas en los expedientes tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007), un mil treinta y uno-dos mil nueve (1031-2009), un mil setenta y dos-dos mil once (1072-2011), cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil once (4419-2011) y un mil ocho-dos mil doce (1008-2012)].

Es igualmente necesario, por el otro lado, traer a colación que en los artículos del 15 al 19 de la Ley General de Electricidad y 5 de su Reglamento está dispuesto que cuando se presente solicitud de autorización para la instalación de centrales generadoras o prestación del servicio de transporte de electricidad, se tramitará como sigue: **i)** el Ministerio de Energía y Minas, dentro de los quince días hábiles siguientes publicará en el Diario de Centro América y en otro de mayor circulación, por una sola vez y a costa del solicitante, las generalidades de la solicitud de autorización; **ii)** dentro de los ocho días siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona que tenga objeción sobre estas o que desee solicitar autorización sobre el mismo proyecto, puede hacerlo saber por escrito; en

el segundo caso, la solicitud de autorización debe formalizarse dentro de los treinta días siguientes; **iii)** dentro de los quince días siguientes de concluido el plazo que corresponda según el caso, se procederá a la apertura de la o las plicas presentadas; **iv)** dentro de los siguientes sesenta días, el indicado despacho ministerial resolverá razonadamente respecto a la o las solicitudes presentadas; **v)** de ser positiva la resolución, se hará constar en un acuerdo ministerial que será publicado en el Diario de Centro América dentro de los quince días siguientes; de ser negativa simplemente se notificará; y **vi)** dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del indicado acuerdo ministerial el Ministerio de Energía y Minas y el adjudicatario suscribirán el contrato en escritura pública.

Al contrastar con los cánones de consulta antes especificados las publicaciones previstas en el artículo 15 de la aludida ley ordinaria, se colige que estas no satisfacen aquéllos y, por ende, no constituyen cumplimiento de la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas, en el contexto de la autorización para la generación o transporte de electricidad. 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 [en el mismo sentido, sentencia dictada en el expediente un mil ocho-dos mil doce (1008-2012)]. 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 del país. De lo anteriormente razonado se desprende que no se comparte el criterio sostenido en la sentencia de primera instancia en cuanto a este punto. Es de presumir, no obstante, que la representación que las municipalidades tienen de sus pobladores, por su condición electiva de un sufragio plural, debiera ser medio idóneo para la información a sus comunidades de las novedades que les afecten aparecidas en el Diario Oficial, cuestión que no consta que hubiera sucedido en el asunto que se conoce.

Del cotejo de la citada normativa legal con los que han sido extendidamente

reconocidos como componentes intrínsecos de la consulta también se extraen otras conclusiones relevantes para el presente caso. Es claro que en las disposiciones destinadas a regular la tramitación de las peticiones de autorización antes aludidas, se omite referencia explícita al 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 Ministerio de Energía y Minas: 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 diálogo, con el consenso como vía para la toma de decisiones. De ahí que tampoco abonaría a su plena materialización, que se notificara la solicitud de autorización a las comunidades que pudieran estimarse como eventualmente afectadas de un proyecto, operación o actividad de esa índole, como lo pretenden los postulantes; o que se habilitara la vía de los recursos administrativos para impugnar lo decidido en el indicado procedimiento, como sostuvo el *a quo*.

Aunado a lo anterior, es necesario señalar que dentro del expediente contentivo del estudio de impacto ambiental que fue presentado ante este Tribunal por la Dirección General de Gestión Ambiental del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, con ocasión del auto que para mejor fallar se emitió oportunamente, estableció que se llevó a cabo un plan de participación pública que quedó documentado en actas de uno y veinticuatro de octubre de dos mil nueve, identificadas con los números cuarenta guión dos mil nueve, veintiocho guión dos mil nueve y veintinueve guión dos mil nueve (40-2009, 28-2009 y 29-2009) respectivamente; también se utilizaron boletas de encuestas en las que se consignó información sobre el proyecto y se formularon algunos cuestionamientos a los entrevistados sobre su percepción a cerca de la instalación de las centrales hidroeléctricas, quienes emitieron comentarios al respecto.

De lo antes reseñado, esta Corte observa que en el relacionado plan de

participación pública, únicamente se tomó en cuenta al Alcalde y Concejo Municipal de Santa María Nebaj, así como a las comunidades de Xeucalvitz y Trapichitos, no así a las demás personas que habitan en las otras poblaciones asentadas en el área de influencia del proyecto hidroeléctrico. Adicional a ello, no se observó un proceso de diálogo entre el Estado, Hidroxil, Sociedad Anónima y las comunidades de las cuales se recabó opinión respecto del proyecto, ni qué acuerdos alcanzaron, pues en la primera acta relacionada, únicamente se hace constar Acuerdo Municipal por el que la citada autoridad edil autoriza a Hidroxil, Sociedad Anónima para que construya las centrales hidroeléctricas, y en la segunda consta una reunión llevada a cabo a instancias de un representante de Hidroxil, Sociedad Anónima, en la aldea Xeucalvitz, en la que participaron miembros del Consejo Comunitario de Desarrollo, el Alcalde Auxiliar y sus integrantes principales, en la que se hace constar que la entidad contratada por Hidroxil, Sociedad Anónima, realizaría el estudio de evaluación de impacto ambiental, por lo que solicitaron esa reunión para obtener autorización de la comunidad para poder iniciar con el proyecto hidroeléctrico, indicando que deben cumplir ciertos requisitos que la ley exige, habiendo manifestado los líderes de la comunidad que no tenían inconveniente alguno al respecto.

En la tercera acta, consta que se reunieron en la auxiliatura de la aldea Trapichitos, líderes de la comunidad, el consultor designado por la entidad encargada de desarrollar el estudio de impacto ambiental y el representante de Hidroxil, Sociedad Anónima; en la que se documentó que uno de los líderes de la comunidad indicó que aceptan el proyecto porque trae desarrollo; que trabajando conjuntamente con la comunidad llevarán el proceso y se harán reuniones posteriores cuando la comunidad guste y que se avoquen directamente con los líderes; asimismo, se hace constar que se les presentó el proyecto y que se describió en qué consiste el estudio de impacto ambiental, respondiendo a las preguntas que formularon (no consta que hayan mas reuniones). Adicionalmente, de acuerdo con resolución de dieciséis de agosto de dos mil diez, fue aprobado el Estudio de Impacto Ambiental en la que quedó establecido que Hidroxil, Sociedad

Anónima se comprometió en acta de quince de marzo de dos mil diez, a cumplir con medidas de prevención, mitigación y compensación, descritas en el estudio en mención y demás obligaciones ambientales que se indican en la citada resolución; sin embargo esto no fue consensuado con las comunidades, como parte del derecho de consulta que les asiste.

Empalmando todos los argumentos desplegados en este apartado considerativo y el precedente, se determina que no sólo asiste a las comunidades indígenas arraigadas en el municipio de Santa María Nebaj, departamento de Quiché, el derecho de expresar su parecer con relación a la instalación de la centrales generadoras hidroeléctricas denominadas “La Vega II” sino que, además, se ha establecido que durante la sustanciación del procedimiento administrativo de su autorización no se produjo actuación gubernamental que pueda considerarse adecuado cumplimiento de la obligación estatal de respetar el referido derecho. Consecuentemente, es procedente otorgarles amparo a efecto de que ello tenga lugar en el estado en que se encuentran las cosas, pues el hecho de que no se les haya consultado con la antelación debida, no es óbice para que se haga, a la brevedad posible. En ese sentido se pronunció el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con ocasión de una situación en la que tampoco se había observado el carácter previo de la consulta, patentizando que a fin de remediar la falta de participación indígena antes de la medida gubernamental, debe iniciarse cuanto antes un proceso de consulta adecuado de acuerdo a las normas internacionales y con algunas características para atender a los desafíos particulares que se hayan presentado en el caso en particular [La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, numerales doce (12) y trece (13)].

Institucionalizando este tipo de prácticas democráticas podrá encontrar el Estado de Guatemala un punto de equilibrio y armonización entre elementos tales como la diversificación de la composición de su matriz energética; la potenciación de proyectos de inversión orientados al desarrollo sostenible, en un clima de seguridad jurídica y paz social; el adecuado cumplimiento de sus obligaciones

internacionales; y el ineludible deber de respetar y tutelar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, en especial de aquellos que colectiva e individualmente han sido objeto de histórica marginación.

-IX-

La consulta a pueblos indígenas como contexto apropiado para evaluar y determinar la vigencia de la autorización conferida por la autoridad cuestionada a la tercera interesada

Como se explicó en segmentos considerativos precedentes, obran en autos y figuran en la normativa y jurisprudencia atinentes, tanto nacional como internacional, suficientes elementos de convicción para concluir que en el caso bajo examen resulta procedente consultar a las comunidades mayas ixiles radicadas en el municipio de Santa María Nebaj, Quiché. Asimismo, se estableció posteriormente que pese a no haber sido observada esa prerrogativa, el Ministerio de Energía y Minas emitió el Acuerdo Ministerial doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil once (244-2011), por el que formalizó su venia para que Hidroxil, Sociedad Anónima, instale la central generadora hidroeléctrica en el área allí especificada. De ahí que se estime procedente otorgar amparo con el propósito de que la consulta tenga lugar, conforme los estándares internacionalmente reconocidos para el efecto.

Ahora bien, no puede pasar inadvertido para este Tribunal que han transcurrido más de tres años desde que el referido Acuerdo Ministerial fue publicado en el Diario de Centro América –catorce de diciembre de dos mil once– y, por ende, actualmente subyace a esta sentencia un estado de cosas respecto del cual se carece de información fidedigna, sobre todo en cuanto al modo y grado de las implicaciones que la implementación de la actividad autorizada a la tercera interesada ha conllevado, hasta ahora, sobre las condiciones de vida (en los distintos aspectos ya considerados) de las comunidades inmersas en su área de incidencia, o bien, es importante hacerlo notar, las que derivarían de su eventual suspensión, al margen de las repercusiones que esto último podría acarrear también para el propio Estado y el bienestar general de la población.

Además, es menester resaltar que no sólo no se cuenta con datos objetivos que permitan realizar una ponderación apropiada de las secuelas que provendrían de concretar esa posibilidad, sino que, de cualquier manera, no es el proceso constitucional de amparo, cuyo diseño tiende a privilegiar la brevedad y el análisis de Derecho, el escenario idóneo para que los interesados pongan en común los informes, dictámenes, investigaciones, peritajes, estudios, testimonios, etc. que serían pertinentes para formar y sustentar, con propiedad, un juicio de valor acerca de aquel extremo.

De esa cuenta, no es dable acceder a la petición de los postulantes de conferir al otorgamiento de protección constitucional el efecto de dejar sin eficacia jurídica la autorización proferida por la autoridad cuestionada o, lo que es prácticamente lo mismo, impedir la continuidad de las operaciones de la tercera interesada avaladas por esa decisión.

No obstante, es capital enfatizar que si bien el amparo no es el ámbito apropiado para desarrollar la referida evaluación con el grado de profundidad y especialidad científica que esa labor demanda, ello es sin perjuicio de que sea imperativo que aquélla se entienda subsumida dentro de la propia consulta cuya realización se ordena en la sentencia de mérito.

Si al realizarse, en consonancia con lo apuntado en el apartado considerativo precedente, se verifica que las actividades desarrolladas por la tercera interesada han estado o están provocando efectos no deseados a las comunidades mayas ixiles de Santa María Nebaj, Quiché, deberán concertarse mecanismos destinados a revertirlos, corregirlos, mitigarlos o, eventualmente, resarcirlos. Y si llega a comprobarse fehacientemente que, ya sea por ineficacia de los mecanismos fijados o por incumplimiento de lo acordado, tales repercusiones se traducen en efectos nocivos, graves e irreversibles para las indicadas comunidades, la autoridad cuestionada deberá revocar la autorización originalmente conferida, incurriendo en las responsabilidades legales que correspondan, en caso de no hacerlo. Es de primer orden que el aludido Despacho ministerial demuestre escrupuloso cuidado y ecuanimidad en la

observancia de lo anterior, en aras de patentizar la buena fe y transparencia de su actuar respecto al asunto.

-X-

Desarrollo nacional y acceso a los recursos para el progreso y la modernización

Enuncia el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala su reconocimiento a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad, de ahí que son guatemaltecos todos los que habitan el territorio y se encuentran reconocidos como integrantes de esa nacionalidad, sin discriminaciones de ninguna naturaleza. Esta voluntad de pertenencia a la patria de los antepasados, obliga a la promoción del bien común.

El Preámbulo de la Constitución, que constituye el enunciado ético-político del sistema que la soberanía popular ha delineado para su convivencia, responsabiliza al Estado de la promoción del bien común en el entorno de la plena vigencia de los Derechos Humanos. Ambos conceptos, que por su naturaleza son intrínsecamente los mismos, también fueron normados positivamente en varios preceptos constitucionales: artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º que hacen referencia al bien común y a derechos fundamentales de la persona humana. En cuanto a los medios para hacer efectiva esa categoría dignificante del individuo, necesitado de gozar de bienes y productos del progreso y de la modernidad, se deben citar, como mínimo, entre los principios del régimen económico social, la obligación del Estado de orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional (Artículo 118). Congruente con tales preceptos, la Constitución ordena, en el artículo 119, entre otras obligaciones: i) Promover el desarrollo económico de la Nación, estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza; ii) adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente; iii) Velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país,

procurando el bienestar de la familia; iv) Otorgar incentivos, de conformidad con la ley, a las empresas industriales que se establezcan en el interior de la república y contribuyan a la descentralización; v) impulsar activamente programas de desarrollo rural que tiendan a incrementar y diversificar la producción nacional (...); vi) crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros. En cuanto a la electrificación, el artículo 129 declara de urgencia nacional, la electrificación del país, con base en planes formulados por el Ejecutivo y municipalidades, en la cual podrá participar la iniciativa privada.

Para el caso que se examina, resulta obvio que el régimen constitucional se basa en principios de equidad que permiten mecanismos de producción, transporte y distribución de energía eléctrica (que constituye, sin ninguna duda, un sistema de modernización e industrialización que debe producir beneficios directos e inmediatos a importantes sectores de la población) y, asimismo, que esa normatividad tampoco podría aceptar que el beneficio de unos pudiera producir perjuicios impunes, algunos de manera irreversible, contra individuos o comunidades en daño a su *hábitat* natural y cultural. Este supuesto parte, inclusive, del tratamiento tutelar que la propiedad privada goza en el régimen constitucional, en particular cuando regula la potestad expropiatoria del Estado. De manera que, frente a cualquier conflicto de intereses legítimos, se debe buscar la armonía necesaria que haga compatibles ambas posiciones. Para ello, el constitucionalismo contemporáneo (neo-constitucionalismo) prevé un juicio de ponderación y de proporcionalidad que satisfaga, cuando resulte equitativo, ambas posibilidades. Para el caso, desarrollo de la electrificación con el respeto a valores sustanciales de cualquier persona y, más aun, de conglomerados sociales que resientan cualquier posible afectación. Lo que interesa --en el caso que se conoce-- es que, por una parte, se identifiquen y, como consecuencia, se respeten intereses legítimos de los denunciantes, quienes, de quedar establecido algún daño, deberán ser compensados con la mitigación del mismo, o la reparación por los efectos nocivos que pudieran establecerse. Por la otra, que pudiera suceder que se opongan reparos injustificados a proyectos solventes de desarrollo para la

nación, siendo necesario que el diálogo evite el daño mayor que supone una reticencia susceptible o infundada, para que se evite caer en la condición que teme el filósofo Fernando Savater “*mantener a los que están en el atraso, atrasados*” <Entrevista en el Periódico, sección Acordeón, seis de noviembre de dos mil once, páginas dos (2) y tres (3).>

Con el fin de que se pongan a la vista las posibles contradicciones y se busque, por medio del sistema de consultas, que es el diálogo como medio pacífico de solución de controversias, resulta necesario, al otorgar el amparo solicitado, circunscribir los términos en que la protección constitucional se concede, para avanzar por vía de la paz, que se reconoce en el concepto finalista del Preámbulo y que se reafirma en el artículo 2º. de la Constitución Política de la República de Guatemala. El amparo debe proteger el derecho reclamado a realizar la consulta a las comunidades representadas por el amparista, en la forma de una expresión democrática de su posición al respecto, y luego, como extensión lógica y razonable del concepto de “consultas”, tal como este se maneja en términos de negociaciones internacionales, tener como válida la posición que esas comunidades adopten para que, a partir de ello, se abra un proceso de diálogo y negociación amplio y abierto para precisar derechos legítimos e intereses de las partes (Estado de Guatemala, empresa privada y comunidades interesadas) a efecto de procurar avenimientos de mutua conveniencia para todos: nación guatemalteca en general, comunidades afectadas directamente, e inversionistas del proyecto.

Por lo expuesto, es explicable que el amparo no pueda ser otorgado en los alcances que la parte amparista pretende, en tanto que los intereses y derechos que alega tener, podría demostrarlos de acceder a participar en los diálogos (consultas) que se abran al respecto, para determinar las medidas de mitigación o las reparaciones a las que hubiere lugar, tanto de parte del Estado como de la sociedad desarrolladora del proyecto de mérito. Queda a salvo que, si del resultado de esas consultas y de las pruebas idóneas que de las mismas se extrajera, en su oportunidad podría cualquier interesado solicitar decisión

administrativa acerca de la anulación de la licencia otorgada al probar seriamente que el proyecto hidroeléctrico, a que se refieren las presentes actuaciones, causa o causaría daños graves e irreversibles a valores fundamentales de la persona humana en la esfera de la vida e integridad de las personas y su derecho a un medio ambiente sano y productivo.

-XI-

La ingente necesidad de que se emita regulación especial de la consulta a nivel interno

En el propio Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes está preceptuado que los Estados partes, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de su contenido [artículo 38].

Esta Corte ha resaltado que la regulación especial de la consulta a nivel interno es una de las obligaciones estatales esenciales que dimanar de la suscripción y ratificación del mencionado Convenio [sentencia dictada en el expediente tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007)] coincidiendo con lo expresado en el mismo sentido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencia dictada en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vrs. Ecuador (Fondo y Costas); párrafo doscientos veintiuno].

No obstante, como ya se ha hecho notar en ocasiones precedentes, no ha sido consolidada una plataforma legal o reglamentaria que en el ámbito nacional regule apropiada y suficientemente la consulta a los pueblos indígenas prevista en el mencionado instrumento internacional. La única alusión explícita al tema dentro de la legislación ordinaria se encuentra en el artículo 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural [Decreto once-dos mil dos (11-2002) del Congreso de la República]: *“Consultas a los pueblos indígenas. En tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus*

representantes en los consejos de desarrollo.” Es notorio que no constituye un tratamiento normativo concluyente de la materia; el propio legislador es claro en indicar que se trata de una previsión transitoria, reconociendo la necesidad –aún vigente– de que sea creado un cuerpo legal privativamente destinado a cumplir esa función.

Existe un amplio historial de observaciones formuladas sobre el particular por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en el *Informe General y observaciones referidas a ciertos países*, que rinde en el seno de la reunión anual de la Conferencia Internacional del Trabajo. Verbigracia, en dos mil nueve hizo notar que ha sido reiterado su llamado a subsanar el vacío normativo sobre la consulta: “... desde hace varios años el Gobierno manifiesta su voluntad de adoptar una ley de consulta. La Comisión alienta nuevamente al Gobierno a progresar en la elaboración y adopción de una ley de consulta a pueblos indígenas y de una adecuada reglamentación de las consultas a darse cuando se exploren o exploten los recursos naturales (minerales, forestales, hídricos entre otros), a los que se refiere el artículo 15 del Convenio...”. Al año siguiente, lamentó que pese a habersele transmitido alguna expectativa positiva en el reporte anterior, la cuestión siguiera sin ser atendida: “En sus comentarios anteriores, la Comisión había tomado nota de que el proyecto de ley sobre consulta se concretaría en breve y que una Comisión de Alto Nivel estaba trabajando sobre las enmiendas relativas a la inclusión de la consulta previa en la legislación sobre minería. Sin embargo, lamentablemente no parecen haberse realizado progresos en relación con las iniciativas mencionadas...”. En dos mil doce, recalcó el nexo entre esa falencia y la creciente conflictividad provocada por el tema: “... la Comisión está convencida de que este vacío legal no permite que las partes interesadas puedan tener un diálogo constructivo en torno a los proyectos de exploración y de explotación de recursos naturales (...) el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuye a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo y disminuyen las tensiones sociales”, por lo que pidió al gobierno guatemalteco que

tomara las medidas necesarias para alinear la legislación vigente con el Convenio, petición que reiteró este año.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostuvo postura semejante en dos mil once, al formular sus observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala con relación a los proyectos extractivos: *“El debate actual se ha centrado en torno a la falta de consulta a los pueblos indígenas en relación con los proyectos, fomentada por la falta de regulación interna de la consulta (...) la consulta es aplicable incluso en ausencia de un marco legislativo interno (...) Sin embargo, también coincide con otros órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos en que se debe avanzar urgentemente en la regulación de la consulta, con miras a dotar estos procesos de una mayor certeza y seguridad jurídica...”*.

Por su parte, esta Corte no puede menos que ratificar la exhortación que también ha venido realizando desde dos mil siete al Organismo Legislativo [sentencias dictadas en los expedientes mil ciento setenta y nueve-dos mil cinco (1179-2005), dos mil trescientos setenta y seis-dos mil siete (2376-2007), tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y dos y dos mil cuatrocientos ochenta y uno-dos mil once (2432/2481-2011), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y tres y dos mil cuatrocientos ochenta-dos mil once (2433/2480-2011), un mil ocho-dos mil doce (1008-2012) y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil doce (4419-2012)], a que cumpla con la responsabilidad institucional que le corresponde, con relación al debido acatamiento del Estado de Guatemala de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Para el efecto deberá tomar en cuenta lo apuntado por este Tribunal en cuanto a la participación coordinada, sistemática y armónica de integrantes de los propios indígenas en ese proceso [sentencia dictada dentro del expediente un mil setenta y dos-dos mil once (1072-2011)].

Vale poner de relieve que en conjunción con el deber de solventar esa

obligación internacional, la ingente necesidad de que sea emitida normativa *ad hoc* sobre la consulta a pueblos indígenas obedece también a la creciente conflictividad que su ausencia provoca en el tejido social, debido a que la contraposición de intereses que han generado proyectos, operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales no encuentra un marco procedimental institucionalizado y replicable en el que pueda resolverse adecuadamente.

Es oportuno referir que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el mismo estudio al que ya se hizo referencia dentro de esta sección considerativa, enfatizó que *“Guatemala atraviesa actualmente un clima de alta inestabilidad y conflictividad social en relación con las actividades de las empresas en los territorios tradicionales de los pueblos indígenas (...) no sólo parecen resultar perjudicados los pueblos y comunidades indígenas, sino que va más allá, colocando en dificultades a la capacidad del Gobierno y de los propios actores empresariales de promover la inversión y el desarrollo económico en el país. Esta situación requiere de respuestas decididas y urgentes por parte de los poderes públicos, a riesgo de que se pueda llegar a situaciones de mayor conflictividad y colocar a Guatemala en una situación de ingobernabilidad”*. Intelección que fue refrendada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, que en sus observaciones formuladas a Guatemala en dos mil doce, además de lo ya citado en un párrafo precedente, remarcó: *“La Comisión toma nota de que tanto el MSICG [Movimiento Sindical Indígena y Campesino Guatemalteco] y el SNTSG [Sindicato Nacional de Trabajadores de Salud de Guatemala] por un lado, como el CACIF [Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras] por otro, se refieren en sus comentarios a la necesidad de establecer un procedimiento sobre la consulta (...) una misión de asistencia técnica de la Oficina visitó el país del 23 al 27 de agosto de 2010 (...) tuvo la oportunidad de reunirse con numerosas entidades gubernamentales, interlocutores sociales, organizaciones indígenas y sus*

representantes y dos empresas privadas. La Comisión toma nota con preocupación del alto grado de conflictividad social constatado por la misión, y reconocido por todos los sectores, en torno a la explotación de recursos naturales (...) todos los sectores reconocen también que la ausencia de un mecanismo de consulta y la falta de consulta en concreto respecto de dichos proyectos tal como está previsto en el Convenio, es en gran medida la fuente de dicha conflictividad...". Ello corrobora que es generalizada la percepción, a nivel nacional e internacional, del significativo costo social y político que representa para el país la omisión de regular internamente la consulta. A esa repercusión se añade el pernicioso efecto que causa sobre la seguridad jurídica, como factor clave para propiciar las inversiones y una economía sana.

Las consideraciones antes expuestas no deberían seguir siendo desatendidas por el Congreso de la República, por cuanto justifican razonablemente que la tarea de regular en forma adecuada la consulta prevista en el citado instrumento internacional constituya prioridad en su agenda legislativa. Además, sin perjuicio de las dos iniciativas de ley denominadas *Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas* [identificadas con los números tres mil seiscientos ochenta y cuatro (3684), de dos mil siete, y cuatro mil cincuenta y uno (4051), de dos mil nueve] que han sido presentadas en el seno de ese Organismo del Estado, se hace extensiva la exhortación a las restantes entidades que, de acuerdo con el artículo 174 constitucional, cuentan con iniciativa de ley: el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala.

-XII-

Sanciones procesales

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la condena en costas será obligatoria cuando se declare procedente el amparo. No obstante, esta Corte ha asentado, en atención al principio de legalidad en el ejercicio de la función pública, que las actuaciones emanadas de entidades gubernamentales se presumen revestidas de buena fe; por lo que no se impondrá la referida sanción procesal a la autoridad

cuestionada.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 265, 268 y 272, inciso c), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1º, 2º, 3º, 4º, 8º, 10, 42, 47, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 66, 67, 78, 149, 163, inciso c) y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 35, 36 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I. Con lugar** los recursos de apelación interpuestos, por un lado, por el Ministerio Público y, por otro, José Chávez Brito, en calidad de Segundo Alcalde de la Alcaldía Indígena de Nebaj, departamento de El Quiché y en representación de las Comunidades Indígenas Mayas Ixiles de: Xe'Q'ootz, Vikalama, Xejalvinte, N'mla Sumal, Batz'chokola, Vikálvitz, Vijolom I, N'mla Salchil, Trapicitos, Tzálbál, Batzsuchil, Tal Sumal, Xoloche, Pulay, Janlay, Visan, Primavera, Turanza, Parramos Grande, Canton Tusalina, Canton Vipila, Aldea Kotzol, Canton Jaqtzal, Vipekbalam, miembros de la comunidad indígena Maya Ixil de Nebaj, de el departamento de Quiché –postulantes– y, consecuentemente, **revoca** la sentencia de primer grado. **II.** Emitiendo el pronunciamiento que en derecho corresponde, declara: **a) Otorga amparo** a los postulantes, en el sentido de que, sin dejar en suspenso el Acuerdo Ministerial 244-2011, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que tome las medidas necesarias para que se practique la consulta de las comunidades indígenas a las que interese y afecte, conforme los estándares internacionales aplicables, respecto a la instalación de las centrales generadoras hidroeléctricas “La Vega II”; lo cual deberá concluir en el término de seis meses contados a partir de que el presente fallo adquiera firmeza, debiendo tomar en cuenta que en todo momento la consulta debe ser concebida como un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes. **b)** Consecuentemente, en el caso concreto, el proceso de consulta debe estar

orientado, por un lado, a formar en las comunidades mayas ixiles de Santa María Nebaj, Quiché, un panorama objetivo, pleno y transparente del modo y grado de las implicaciones de la generación de electricidad del proyecto “La Vega II”, considerando tanto sus beneficios como sus repercusiones no deseadas así como las posibilidades de mitigación, compensación o resarcimiento de estas; y por otro, a trasladar a las autoridades públicas competentes una visión culturalmente pertinente y ajustada a la realidad, de las preocupaciones y expectativas de aquellas comunidades frente a la indicada iniciativa; de manera que propenda efectivamente a la disolución de factores de polarización social y a propiciar el acercamiento de perspectivas y posturas que desemboque en la materialización de acuerdos satisfactorios para todos los interesados. **c)** Ante la falta de regulación legal para la realización de las consultas, el Estado, por conducto del Ministerio de Energía y Minas, servirá de mediador entre las comunidades indígenas a las que interese y afecte, y los empresarios para la realización de la consulta, en el plazo indicado, tomándose en cuenta lo considerado en esta sentencia, que permita arribar a los acuerdos que armonicen los intereses contrapuestos, de buena fe y en armonía con lo regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del cual Guatemala es parte. **III.** Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvase a donde corresponde la pieza de amparo de primer grado, así como los antecedentes.

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR
PRESIDENTA

MAURO RODERICO CHACÓN CORADO
MAGISTRADO

HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA
MAGISTRADO

ROBERTO MOLINA BARRETO
MAGISTRADO

JUAN CARLOS MEDINA SALAS
MAGISTRADO

Voto Razonado Concurrente

HÉCTOR EFRAÍN TRUJILLO ALDANA
MAGISTRADO

Voto Razonado Concurrente

MARÍA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR
MAGISTRADA

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ
SECRETARIO GENERAL

VOTO RAZONADO CONCURRENTENTE DEL MAGISTRADO ROBERTO MOLINA BARRETO, EN LA SENTENCIA DE CATORCE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL QUINCE, DICTADA POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS EXPEDIENTES ACUMULADOS 4957-2012 Y 4958-2012.

El Segundo Alcalde de la Alcaldía Indígena de Santa María Nebaj, Quiché, actuando también en representación de varias de las comunidades indígenas mayas Ixiles, pertenecientes a dicho municipio y departamento, promovieron una acción constitucional de amparo contra el Ministro de Energía y Minas. La protección constitucional fue otorgada, con el único efecto de positivizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas asentados en aquel municipio. Esa protección, como obviamente así debe ser, en ningún momento dejó sin efecto la autorización previa emanada por la autoridad ministerial denunciada, para la utilización de bienes de dominio público que es necesaria para llevar a cabo un proyecto hidroeléctrico.

De acuerdo con los términos antes indicados, concurrí con la decisión estimatoria, al expresar mi parecer a efecto de que se torne positivo el derecho antes mencionado, cuyo ejercicio debe hacerse de forma responsable y desprovisto de todo tipo de obstáculos que lo hagan nugatorio. En ese orden de ideas, considero que el principal valladar a lo anterior es el propio desconocimiento de la forma cómo puede efectivizarse tal derecho. Por ello, sirva el presente voto para fijar, hacia la posteridad, mi posición al respecto.

1. El efectivizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas debe ser ya una realidad en Guatemala.

Como magistrado constitucional, siempre he sostenido que el derecho de consulta a los pueblos indígenas es incuestionable. Sin embargo, también he sostenido que el que debe propiciar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas a la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (*“el Convenio 169 OIT”*, en lo sucesivo) es el Estado de Guatemala. Por ende, en mi criterio es inaceptable que si quien incumple es el Estado, ese incumplimiento tenga como consecuencia la afectación de un derecho válidamente adquirido por un particular.

Aquella obligación, endilgable directamente al Estado de Guatemala, se comprende de la propia lectura del artículo 6.1.a. del Convenio 169 OIT, cuando en este se establece que: “1. *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*” (las negrillas son propias).

En mi criterio, y así lo he plasmado en las discusiones correspondientes en las que he intervenido, la expresión “consultar” a que se alude en dicho artículo, debe ser interpretada: (a) de acuerdo con el método de interpretación gramatical, como una de las acepciones que para ella recoge el Diccionario de la Real Academia Española [vigésimo primera edición, página 550], es decir, en el contexto equivalente a “Pedir parecer, dictamen o consejo”; o bien, (b) de acuerdo con el método de interpretación histórica y tomando como base el lenguaje utilizado en el Derecho Internacional de los Tratados, como sinónimo de “negociar”, es decir, como equivalente a buscar, mediante método autocompositivo en el que prive un diálogo intercultural y de buena fe, soluciones pacíficas a posibles conflictos que surjan o previsiblemente puedan surgir cuando el Estado prevea asumir medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a pueblos indígenas y tribales en países independientes. En ese orden de ideas, soy fiel creyente de que al utilizar ese tipo de método, lo que se debe garantizar es la participación, desarrollo e iniciativa de los pueblos directamente afectados, en la toma de las decisiones que a su comunidad les atañen, pues es lo anterior lo que permite arribar a “un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, según se establece en el artículo 6.2. del Convenio 169 OIT.¹

Así también lo entendió la Corte de Constitucionalidad, cuando pretorianamente, en la sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil nueve (Expediente 3878-2007), precisó que:

“Las observaciones contenidas en este apartado considerativo tienden a demostrar que el concepto del vocablo ‘consultas’ contenido en el Acuerdo 169 de la Organización Internacional del Trabajo no necesariamente es alusivo a un evento de carecer comicial, mucho menos plebiscitario, pues incluye una gama muy amplia de mecanismos de diálogo que aproxime a todos los sectores interesados en realizar los objetivos sociales, económicos y culturales que conciernen a la nación guatemalteca cuando tengan relación con un proyecto, obra o programa que preocupe a alguno o

¹ Es así como también lo entendió el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, en su Nota Preliminar sobre la Aplicación de los Principios de Consulta con los Pueblos Indígenas de Guatemala. Véase http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/cat_view/53-relator-especial-derechos-indigenas/314-informes-especiales.html [10.09.2015].

algunos de tales sectores comunitarios”.

Como se denota de lo anterior, entendido así el ejercicio de este derecho, lo que debe propugnarse es por no obstaculizarlo, acudiendo a excusas que no son valederas, entre ellas, la ausencia de legislación interna para su desarrollo.² Esto último, en ningún momento debe entenderse como una dispensa que para que esa legislación no se emita,³ pues esta debe ser atinente, sobre todo en lo que concierne a efectivizar el cumplimiento de los acuerdos a los que arriben los directamente interesados.

2. El derecho de consulta a los pueblos indígenas en ningún momento debe ser utilizado como una prerrogativa de veto respecto de políticas públicas y decisiones que deben ser asumidas por el Estado de Guatemala, en cumplimiento de las obligaciones impuestas en la Constitución, los convenios internacionales en materia de derechos humanos, así como en las leyes ordinarias que regulan la materia, ni tampoco puede ser utilizado para soslayar dichos mandatos.

James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, expresó en uno de sus informes (Misión a Guatemala, 2010-2011) que el objetivo de la consulta con los pueblos indígenas sobre proyectos que les afecten es el de llegar a acuerdos.⁴ Estos pueden ser parciales o totales respecto de las medidas autorizadas, y el hecho de que así sea, propicia un dialogo sereno, prudente, responsable y de buena fe.

Para que no se incurra en el equívoco de pensar que el hecho de realizar el ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas y tribales en países independientes implica el obtener, como producto de esta última, el resultado vinculante al que se alude en los artículos 209, párrafo tercero, de la Ley Electoral y de Partidos Políticos y 64 y 66, ambos del Código Municipal, mantengo una postura coherente con la línea trazada por la Corte de Constitucionalidad en la

² De hecho, la propia Corte de Constitucionalidad ha propuesto medidas paliativas que posibiliten el desarrollo del derecho de consulta ante la falta de regulación de este derecho. Ejemplo de ello es que ese tribunal ha considerado que por virtud de lo establecido en la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto 11-2002 del Congreso de la República) y, en concreto a lo preceptuado en el artículo 26 de ese cuerpo legal, en tanto se emite la ley que regule específicamente lo relacionado con el derecho de consulta a los pueblos indígenas, estos podrán hacerse representar por conducto de sus representantes en los Consejos de Desarrollo. *Cfr.* sentencia de veinticuatro de noviembre de dos mil once, dictada en el expediente 1072-2011.

³ Para que no se continúe en esta situación, el Congreso de la República debe atender las exhortativas realizadas, entre otras, en las sentencias dictadas en los expedientes 1179-2005, 2376-2007, 3878-2007, acumulados 2432/2481-2011, acumulados 2433/2480-2011, 1008-2012 y 4419-2012, en las que de manera comedida se le ha exhortado a ese organismo de Estado a que cumpla con la responsabilidad institucional que le corresponde, con relación al debido cumplimiento del Estado de Guatemala de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

⁴ *Cfr.* Párrafos 40 y 41, Punto IV relacionado con la identificación de los problemas base, página 12 del informe antes relacionado.

sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil nueve (Expediente 3878-2007), fallo en el que se precisó lo siguiente:

“Con relación al alcance del derecho a la consulta sobre los derechos de los pueblos indígenas, (...) no debe entenderse que ello signifique dar lugar a la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el resto de la sociedad cuando éste tenga intereses legítimos e importantes en juego”.

En congruencia con lo anterior, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de diecinueve de enero de dos mil doce (Expedientes acumulados 2433/2480-2011), precisó que:

“al momento de asumirse decisiones finales sobre temas vinculados con minería, hidrocarburos y acceso a recursos naturales no renovables, aquella voluntad solamente podría tener carácter indicativo, en razón de que en lo concerniente a estos, el propio legislador constituyente declaró de utilidad y necesidad públicas la explotación técnica y racional de aquellos, de manera que lo que deba decidirse al respecto es competencia del Estado”.

Ese carácter indicativo es el que en mi criterio tiene el resultado del proceso de consulta, y es el que debe tomarse en cuenta al momento de alcanzar acuerdos.

Por lo anterior, no puedo entender como vinculante el resultado del ejercicio del derecho de consulta; sin embargo, también comprendo que ese resultado tampoco podría ser ilusorio o imposible de cumplir. Aquel carácter indicativo, según entiendo, es una característica que dimana de la buena fe con la que se realiza la correspondiente consulta, lo que impide enervar autorizaciones gubernamentales ya concedidas, en cuyo procedimiento de autorización no se realizó la consulta antes aludida, como se pretendió por los solicitantes de amparo.

Por ende, en ningún momento puedo coincidir con que al momento de positivizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas, la decisión estimatoria del amparo bajo análisis, conlleve aparejada la suspensión (provisional o definitiva)⁵ de una autorización gubernamental legítimamente obtenida, emanada por autoridad competente, con plena observancia de las regulaciones establecidas para obtener esa autorización. Pues, como ya lo expuse, sostengo mi postura en cuanto a que el incumplimiento de una obligación internacional apareja responsabilidad de ese tipo pero para el Estado, de manera que los efectos de ese incumplimiento no

⁵ El suspender, aunque sea de manera provisional, un acto de gobierno como modalidad de solución para efectivizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas, en perjuicio de un particular, no fue siquiera una forma de solución propuesta el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, en su informe entregado al Gobierno de Costa Rica el 30 de mayo de 2011, al que se hace alusión en las páginas 38 y 39 de la sentencia de diez de septiembre de dos mil quince.

pueden trascender a la esfera de derechos adquiridos de un particular que obtuvo estos últimos al observar estrictamente los procedimientos legales establecidos para que se emitiera a su favor una autorización gubernamental.

Reafirmo entonces que si se llegase a determinar que no se ha cumplido con el derecho de consulta a los pueblos indígenas --que efectivamente se encuentren asentados en la zona territorial de incidencia de un proyecto económico--, cuya ejecución pueda prever afectación directa de sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de esos pueblos, lo que procede es que se inicie cuanto antes un proceso de consulta de acuerdo con estándares internacionales;⁶ no así, que se suspenda o cancele la autorización gubernamental concedida de conformidad con la ley, como condición previa para que inicie el proceso de consulta antes mencionado.

Además, el resultado de la consulta jamás podría propiciar ni enervar las obligaciones y mandatos establecidos en la Constitución, tales como:⁷

- a) El que el interés social prevalece sobre el particular.⁸
- b) El tener qué adoptar medidas necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente.⁹
- c) El impulsar programas de desarrollo rural que tiendan a incrementar y diversificar la producción nacional con base en el principio de la propiedad privada y de la protección al patrimonio familiar.¹⁰
- d) El proteger y fomentar (promover) la inversión de capitales nacionales y extranjeros.¹¹
- e) El proteger mediante una explotación técnica y racional los hidrocarburos, minerales y demás recursos no renovables, al ser declarada esa explotación como de utilidad y necesidad públicas.¹²
- f) La reforestación del país y la protección de los bosques, lo cual fue declarado por el legislador constituyente como de urgencia nacional y de interés social, y la explotación racional de recursos forestales y su renovación.¹³

⁶ Ese es el sentido propositivo de la sentencia de siete de abril de dos mil quince, dictada por la Corte de Constitucionalidad en el expediente 3765-2013.

⁷ Enumeración que en ningún momento debe entenderse como exhaustiva o limitativa.

⁸ Artículo 44 de la Constitución.

⁹ Inciso c) del artículo 119 de la Constitución.

¹⁰ Inciso j) del artículo 119 de la Constitución.

¹¹ Incisos k) y n) del artículo 119 de la Constitución.

¹² Artículo 124 de la Constitución.

¹³ Artículo 126 de la Constitución.

- g) El relacionado con el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes para el aprovechamiento, uso y goce de las aguas como bienes de dominio público, que deberá hacerse de acuerdo con el interés social.¹⁴
- h) La electrificación del país, declarada constitucionalmente como de urgencia nacional;¹⁵ y
- i) Prohibir la generación de monopolios (estatales o privados).¹⁶

De esa cuenta, el realizar la justa ponderación entre los acuerdos que se pretenda obtener, sin soslayar ni enervar las obligaciones y mandatos antes mencionados, es el desafío que tienen quienes propugnan e intervienen por el efectivo desarrollo del derecho de consulta a los pueblos indígenas. Para propiciar lo anterior, expreso mi deseo que en la búsqueda de esos acuerdos se atienda al deber de solidaridad humana que propugna por una adecuada relación entre seres humanos, entre generaciones presentes y futuras, y que atañe a todos en la medida en que, como indica John Rawls, todos pretendemos ser justos con nuestros descendientes, buscando así proteger la vida digna actual y la futura.¹⁷

3. En la búsqueda de hacer efectivo el derecho de consulta a los pueblos indígenas, también debe reconocerse el esfuerzo que, ante la falta de regulación que propicie el desarrollo de ese derecho, realizan personas individuales, jurídicas, entes de derecho público y privado, para tornar positivo aquel derecho.

Es claro que a la presente fecha, aún no se ha regulado, mediante la emisión de legislación ordinaria o reglamentaria, la forma cómo se desarrolla y efectiviza el derecho de consulta a los pueblos indígenas.

Ante esa ausencia, al suscrito le consta que existen entidades (personas jurídicas) que han realizado esfuerzos para sobrellevar aquella omisión de regulación, sin desatender el derecho que tienen los eventualmente afectados por un proyecto de desarrollo económico, cuando en la ejecución de ese proyecto pueda mediar afectación que amerite una adecuada compensación.

Así las cosas, del examen de varios de los casos que han sido objeto de conocimiento de este Tribunal, en especial del análisis del caso *sub judice* consistente en los expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012, así como del expediente, 1149-2012, cuya sentencia fue emitida el pasado diez de septiembre

¹⁴ Artículo 127 de la Constitución.

¹⁵ Artículo 129 de la Constitución.

¹⁶ Artículo 130 de la Constitución.

¹⁷ *Cfr.* Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 2000, páginas 265-273.

del presente año, he podido apreciar que en la búsqueda de propiciar acercamientos con las comunidades afectadas, conocer de cerca sus necesidades y proponer paliativos para estas últimas, ante la ausencia de la regulación antes dicha, se ha utilizado *mutatis mutandi* el procedimiento aludido en los artículos 72, 73 y 74 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, mismo que, aunque no sustituya a lo que en rigor debe entenderse como un proceso para efectivizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas, de momento puede propiciar un esfuerzo para obtener acuerdos beneficiosos, fin último del proceso precedentemente indicado, tal y como ocurriera en los casos mencionados, en los que de alguna manera se alcanzaron importantes acuerdos de los que a continuación se hará mención.

Esa iniciativa merece un pleno reconocimiento, aún en eventos en los que se evidencie que no se llevó a cabo el proceso de consulta, pues los insumos que ahí se obtuvieron son referentes valiosos que deben ser tomados en cuenta al momento de efectivizar el derecho al que se ha hecho alusión multicitadamente en este voto.

En las decisiones de otorgar amparo para que se realice la consulta, merece dejar constancia -sobre todo si ello puede establecerse de los propios documentos que obran en el expediente judicial que contiene el proceso constitucional- del mérito que tiene el que, en casos como los que se resolvieron en las sentencias dictadas por esta Corte el diez y catorce de septiembre de dos mil quince, respectivamente, se hayan realizado los consiguientes esfuerzos para propiciar una sana consulta a las comunidades indígenas y que con participación de alcaldes comunitarios, principales dirigentes de comunidades indígenas, consejos comunitarios de desarrollo y con intermediación, para propiciar dialogo, de entidades tales como la Procuraduría de los Derechos Humanos y la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Organismo Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, permitieron obtener compromisos encaminados a mejoramiento de vías de acceso (construcción, reparación y mantenimiento de caminos y puentes) hacia comunidades indígenas, acceso por parte de integrantes de esas comunidades a fuentes de empleo, el poder contar con servicios básicos que permitan satisfacer necesidades prioritarias de esas comunidades, entre otras.

Estos acuerdos deben ser el referente respecto del cual debe continuarse con el proceso de consulta ordenado en las sentencias de diez y catorce de septiembre de dos mil quince. Así se evita que el esfuerzo haya sido en vano, que respecto de acuerdos beneficiosos pueda excusarse su cumplimiento, así como que no se entrometan personas o entidades, que por los intereses sectarios o marcadamente ideológicos que dicen representar, no comprenden la justa dimensión de las necesidades que se pretenden satisfacer y los beneficios y compensaciones que en un plano de la realidad nacional pueden cumplirse.

El que se haga ese reconocimiento puntual, lo exhorto parafraseando las palabras

de William Koski, docente investigador de la Universidad de Stanford, que indica que *“la justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestran impotentes o simplemente no están dispuestos a impulsarlos”*.¹⁸

4. Sobre el caso en particular

El esfuerzo antes indicado tiene lugar en el caso bajo examen en los expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012. Esto porque no han sido ajenos a este Tribunal los acercamientos que ha realizado la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima, para llevar a cabo el proyecto hidroeléctrico La Vega. El ejemplo de ello se hace evidente, cuando la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de cinco de abril de dos mil once, dictada en el expediente 429-2011, precisó que:

“el uno de octubre de dos mil nueve, el Consejo Municipal de Santa María Nebaj, departamento de El Quiché, sostuvo una reunión con la Representante Legal de Hidroxil, Sociedad Anónima, en la que ésta le expuso a aquél la información concerniente al proyecto hidroeléctrico ‘La Vega’ que desarrollaría en tierras de su propiedad ubicadas en ese municipio y que, para ello, primero debía realizar un estudio de evaluación de impacto ambiental, el que requiere conocer la opinión de las comunidades y autoridades del área de influencia [...] también consta en acta nueve – dos mil nueve (9-2009) la realización de una reunión posterior, que tuvo lugar el día veinticuatro de abril de dos mil nueve en la aldea Sumal Chiquito, municipio de Santa María Nebaj, departamento de El Quiché, en la que estuvieron presentes: el representante de la entidad encargada de realizar el multicitado estudio de impacto, el Alcalde Auxiliar, ‘señores principales’ y representantes de los comités de esa comunidad, documento en el que se consignó que se dieron a conocer los puntos para realizar reuniones sobre la hidroeléctrica y la ejecución de proyectos; (...) el examen que se hizo a las actuaciones administrativas evidencia, como se indicó con anterioridad, que los representantes y principales dirigentes de la comunidad El Sumalito fueron informados acerca, no sólo del proyecto hidroeléctrico en cuestión, sino también del estudio de evaluación de impacto ambiental que debía llevarse a cabo como requisito preliminar (...) luego de tener conocimiento de la obra hidroeléctrica a realizar cerca de su comunidad, tuvieron posibilidad de requerir que fueran hechos partícipes en el desarrollo de tal proyecto por el interés que el mismo les generaba de acuerdo al derecho que les reconoce el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, o bien, de continuar involucrándose en las actividades propias de tal proyecto desde su iniciación, pues el hecho de que la entidad proponente haya solicitado la celebración de una reunión con los representantes, autoridades o dirigentes de las comunidades del área de influencia con el propósito de proporcionarles la información

¹⁸

Cfr. Diario *La Nación*, Buenos Aires, Argentina, 28.10.2009.

respectiva en una etapa inicial evidencia, por parte de ésta, su disposición para tomarlos en cuenta en el procedimiento que tendría que desarrollar y constituye, por sí mismo, un acto de citación, preparatorio de la futura participación de tales comunidades”.

Como principio fundamental de todo tribunal que se precie de ser responsable y correctamente ético, es el de no negar su propia jurisprudencia u ocultar sus criterios (expresados muchas veces en sentido distinto en un fallo u otro), a efecto de dar la impresión de instituir un criterio novedoso, basado en suposiciones y con pleno desconocimiento —por falta de reconocimiento expreso— de las circunstancias fácticas del caso; sirva entonces este voto para plasmar, además:

- 1) Mi reconocimiento por las intenciones y actividades desarrolladas por Hidroxil, Sociedad Anónima, para efectivizar, aún en ausencia de regulación interna, y ser no obstante una obligación estatal, el derecho de consulta de las comunidades indígenas asentadas en la zona de adyacencia de los proyectos hidroeléctricos La Vega, y
- 2) Mi deseo porque sea a partir de esos esfuerzos y acuerdos alcanzados, de donde continúe la realización de la consulta ordenada en la sentencia de diez de septiembre de dos mil quince.

De esa cuenta, y para que en la posteridad se puedan conocer las verdaderas razones por las que asumí la decisión concurrente de otorgar amparo, es que en ejercicio de la facultad que como magistrado constitucional me confiere el artículo 181 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, firmé la resolución que contiene la decisión antes indicada, razonando por este medio mi voto, cuya copia del mismo solicito se agregue a la cédula de notificación respectiva de la resolución que contiene la decisión antes aludida, para el debido conocimiento de las partes que intervienen en este proceso de amparo, así como para el conocimiento del foro jurídico y el académico.]

Guatemala, catorce de septiembre de dos mil quince.

**ROBERTO MOLINA BARRETO
MAGISTRADO**

**VOTO RAZONADO CONCURRENTE DEL MAGISTRADO HECTOR EFRAIN
TRUJILLO ALDANA, EN LA SENTENCIA DE CATORCE DE SEPTIEMBRE DE**

DOS MIL QUINCE, DICTADA POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS EXPEDIENTES ACUMULADOS 4957 Y 4958-2012.

Es virtud que a la presente fecha, y así lo reconoce la sentencia arriba identificada, aún no se ha regulado la forma como se desarrolla y efectiviza el derecho de consulta a los pueblos indígenas, deben tomarse en cuenta los esfuerzos que realizan algunas instituciones, empresas privadas y comunidades para suplir esta deficiencia. En el presente caso, consta en el expediente que la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima, para llevar a cabo el proyecto hidroeléctrico La Vega, realizo varios esfuerzos de acercamiento con los vecinos, líderes comunitarios y autoridades locales que eventualmente podrían verse afectados por el proyecto hidroeléctrico en mención, habiendo llegado a un consenso favorable al proyecto y a los beneficios que las comunidades vecinas recibirían en la ejecución del mismo. Por considerar que el voto razonado concurrente de esta misma fecha emitido por el magistrado Roberto Molina Barreto, recoge en su totalidad mi opinión sobre el tema y que fuera expresado verbalmente en la discusión del mismo en el pleno de esta fecha, me adhiero en su totalidad a dicho voto razonado con el deseo expreso que los esfuerzos de acercamiento y dialogo con las comunidades vecinas desarrollados por la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima, para llevar a cabo el proyecto hidroeléctrico La Vega, sean tomadas en cuenta por la autoridad reprochada al momento de llevar a cabo la consulta ordenada en la sentencia de merito.

HÉCTOR EFRAÍN TRUJILLO ALDANA
MAGISTRADO

ACLARACIÓN
EXPEDIENTES ACUMULADOS 4957-2012 Y 4958-2012

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, ocho de octubre de dos mil quince.

Se tiene a la vista para resolver, la solicitud de aclaración de la sentencia dictada por esta Corte el catorce de septiembre de dos mil quince, presentada por la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima -tercera interesada en el amparo-, por medio de su Mandatario Judicial con Representación Otto Leonel García Quinteros, dentro del expediente arriba identificado, formado por apelación de sentencia, en el amparo promovido por José Chávez Brito, en calidad de Segundo Alcalde de la Alcaldía Indígena de Nebaj, departamento de El Quiché y en representación de las Comunidades Indígenas Mayas Ixiles de: Xe'Q'ootz, Vikalama, Xejalvinte, N'mla Sumal, Batz'chokola, Xoloche, Pulay, Janlay, Visan, Primavera, Turanza, Parramos Grande, Canton Tusalina, Canton Vipila, Aldea Kotzol, Canto Jaqtzal, Vipekbalam, miembros de la comunidad indígena Maya Ixil de Nebaj, del departamento de El Quiché, contra el Ministro de Energía y Minas.

ANTECEDENTES

I) DEL PLANTEAMIENTO DEL AMPARO Y RESOLUCIÓN DE PRIMER GRADO: En el proceso constitucional de amparo dentro del cual se plantea la solicitud que se resuelve, se señalaron como actos reclamados: **i.** omisión del Ministro de Energía y Minas de citar notificar directa y personalmente en idioma ixil a las comunidades asentadas dentro del municipio de Santa María Nebaj, departamento de El Quiché, de todo lo actuado dentro del procedimiento administrativo que se llevó a cabo para la autorización definitiva por el plazo de cincuenta años a favor de Hidroxil, Sociedad Anónima para usar bienes de dominio público –que les pertenecen en su posición actual, histórica y ancestral como pueblos indígenas–, para instalar dos centrales generadoras de electricidad denominadas “Hidroeléctrica La Vega II”, en el municipio de Santa María Nebaj, departamento de El Quiché; **ii.** omisión de consultar previa y obligatoriamente, mediante procedimientos y mecanismos apropiados y eficaces con la debida y adecuada información y diálogo correspondiente con los pueblos indígenas asentados en Santa María Nebaj, departamento de El Quiché, todo como parte del

procedimiento previo a la autorización de la instalación de las centrales hidroeléctricas de mérito, y del uso de bienes de dominio público existentes dentro del territorio que habitan los pueblos referidos en el municipio y departamento mencionados; y, para la determinación de los bienes propios que puedan resultar afectados por dicha instalación, con la finalidad de llegar a acuerdos relacionados con los beneficios ligados a la explotación de sus recursos, tierras y territorios, y de la indemnización que pudiera ser necesaria. **iii.** emisión del Acuerdo Ministerial doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil once (244-2011), de uno de diciembre de dos mil once, publicado en el Diario de Centro América el catorce del mes y año citados, por medio del cual se otorgó autorización definitiva por un plazo de cincuenta años a Hidroxil, Sociedad Anónima para utilizar –supuestos– bienes de dominio público, para la instalación de dos centrales generadoras denominadas “Hidroeléctrica La Vega II”, ubicadas en Santa María Nebaj, departamento de El Quiché.

La Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, en sentencia de seis de agosto de dos mil doce, denegó la protección constitucional solicitada, tras considerar que no puede haber una violación al derecho de consulta, debido a que la autoridad impugnada publicó la solicitud de autorización para que cualquier persona que tuviere objeción o interés lo hiciera saber, lo cual fue siguiendo el procedimiento previo regulado, de acuerdo con la literal a) del artículo 6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; por consiguiente, el hecho de que las comunidades no se hayan manifestado dentro del plazo que para el efecto se fijó, no implica vulneración al derecho de consulta. Asimismo con respecto a lo manifestado por el postulante, en el sentido que la autorización concedida por la autoridad impugnada abarca utilizar bienes pertenecientes o en posesión actual, histórica y ancestral de los pueblos indígenas que representa, así como la solicitud de indemnización por cualquier daño que pueda ser causado a las personas y comunidades indígenas, debido a la construcción, instalación y generación de energía eléctrica por dicha central generadora; concluyó que el

postulante en la calidad con que actúa puede iniciar las acciones legales que estimen pertinentes ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, con el objeto de discutir y dilucidar ante éstos sus derechos de propiedad, uso, goce y disfrute que alega.

II) DE LA APELACIÓN PROMOVIDA Y LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDO

GRADO: Los postulantes y el Ministerio Público por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal, apelaron. Esta Corte al resolver en alzada, el catorce de septiembre de dos mil quince, declaró con lugar los recursos de apelación instados y, como consecuencia, otorgó el amparo solicitado con fundamento en que el Ministerio de Energía y Minas, omitió practicar la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, reconocida como derecho fundamental de carácter colectivo, previo a autorizar la instalación de la central generadora denominada “Hidroeléctrica La Vega II”, lo que constituye medida administrativa que probablemente produciría, produce o producirá afectación directa (favorable, desfavorable o inocua) de las condiciones de vida de las comunidades representativas de los pueblos indígenas que se encuentran asentadas en el municipio de Santa María Nebaj, departamento de Quiché. Por ende, en el caso bajo estudio concurren las condiciones de procedencia de la consulta a pueblos indígenas, por lo que esta debe ser realizada. Por lo anterior, otorgó el amparo con los siguientes efectos: *“...sin dejar en suspenso el Acuerdo Ministerial 244-2011, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que tome las medidas necesarias para que se practique la consulta de las comunidades indígenas a las que interese y afecte, conforme los estándares internacionales aplicables, respecto a la instalación de las centrales generadoras hidroeléctricas “La Vega II”; lo cual deberá concluir en el término de seis meses contados a partir de que el presente fallo adquiera firmeza, debiendo tomar en cuenta que en todo momento la consulta debe ser concebida como un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes. b) Consecuentemente, en el caso concreto, el proceso de*

consulta debe estar orientado, por un lado, a formar en las comunidades mayas ixiles de Santa María Nebaj, Quiché, un panorama objetivo, pleno y transparente del modo y grado de las implicaciones de la generación de electricidad del proyecto “La Vega II”, considerando tanto sus beneficios como sus repercusiones no deseadas así como las posibilidades de mitigación, compensación o resarcimiento de estas; y por otro, a trasladar a las autoridades públicas competentes una visión culturalmente pertinente y ajustada a la realidad, de las preocupaciones y expectativas de aquellas comunidades frente a la indicada iniciativa; de manera que propenda efectivamente a la disolución de factores de polarización social y a propiciar el acercamiento de perspectivas y posturas que desemboque en la materialización de acuerdos satisfactorios para todos los interesados. c) Ante la falta de regulación legal para la realización de las consultas, el Estado, por conducto del Ministerio de Energía y Minas, servirá de mediador entre las comunidades indígenas a las que interese y afecte, y los empresarios para la realización de la consulta, en el plazo indicado, tomándose en cuenta lo considerado en esta sentencia, que permita arribar a los acuerdos que armonicen los intereses contrapuestos, de buena fe y en armonía con lo regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del cual Guatemala es parte...”.

III) DE LOS ARGUMENTOS DE LA ACLARACIÓN: En el presente caso, el solicitante de los correctivos estima que el fallo recurrido debe aclararse toda vez que la Corte ordena que debe llevarse a cabo un proceso de consulta a las comunidades a quienes el proyecto hidroeléctrico autorizado interese, conforme lo regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, en ningún apartado de la sentencia, indicó a cargo de qué ente estatal corresponde la obligación de practicar la consulta que se ordena, razón por la cual es imprescindible, con el fin de dar cumplimiento efectivo al mismo, puesto que la facultad y la obligación legal de practicar las consultas aludidas solamente pueden estar a cargo de un ente estatal, no así de un ente privado puesto que si así fuera existiría una delegación de la función pública, lo cual está expresamente prohibido

en el último párrafo del artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

CONSIDERANDO

-I-

De conformidad con el artículo 70 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, *“Cuando los conceptos de un auto o de una sentencia sean oscuros, ambiguos o contradictorios, podrá pedirse que se aclaren...”*.

-II-

La aclaración, según la norma invocada en el considerando anterior, tiene como finalidad corregir las ambigüedades contradicciones y obscuridades que los términos de un mismo fallo tengan entre sí.

Del análisis del escrito contentivo del remedio procesal planteado y de la resolución recurrida, esta Corte advierte que el pronunciamiento cuestionado no es ambiguo, porque está resuelto en una misma línea interpretativa, de conformidad con lo solicitado al promover amparo y deducir apelación; no es obscuro, porque sus términos son claramente comprensibles; ni es contradictorio, en tanto que los puntos de lo resuelto son coherentes entre sí, motivo por el cual no se aprecia aspecto alguno que deba ser aclarado.

No obstante ello, resulta pertinente mencionar que, en lo que respecta a los motivos que dan impulso al presente remedio procesal, en la sentencia reprochada, se estableció que: *“... se ordena al Ministerio de Energía y Minas que tome las medidas necesarias para que se practique la consulta de las comunidades indígenas a las que interese y afecte, conforme los estándares internacionales aplicables, respecto a la instalación de las centrales generadoras hidroeléctricas “La Vega II”; lo cual deberá concluir en el término de seis meses contados a partir de que el presente fallo adquiera firmeza, debiendo tomar en cuenta que en todo momento la consulta debe ser concebida como un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes (...) c) Ante la falta de regulación legal para la realización de las consultas, el Estado, por conducto del Ministerio de*

Energía y Minas, servirá de mediador entre las comunidades indígenas a las que interese y afecte, y los empresarios para la realización de la consulta, en el plazo indicado, tomándose en cuenta lo considerado en esta sentencia, que permita arribar a los acuerdos que armonicen los intereses contrapuestos, de buena fe y en armonía con lo regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del cual Guatemala es parte...". De tal manera que de la transcripción anterior se puede advertir que la entidad a la que corresponde la obligación de practicar la consulta que se ordena es el Ministerio de Energía y Minas.

Por lo anteriormente considerado, la solicitud formulada debe declararse sin lugar, tal como se decidirá en el apartado resolutivo del presente pronunciamiento.

LEYES APLICABLES

Artículo citado y 265, 268 y 272, inciso i), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1º, 8º, 70, 71, 149, 161, 163, inciso i), 179 y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I.** Por razón de lo decidido en el numeral romano VI del auto de dos de septiembre de dos mil quince, dictado por esta Corte en el expediente 3781-2015, se integra el Tribunal, interinamente, con el Magistrado Juan Carlos Medina Salas. **II. Sin lugar** la solicitud de aclaración presentada por la entidad Hidroxil, Sociedad Anónima -tercera interesada en el amparo-, por medio de su Mandatario Judicial con Representación Otto Leonel García Quinteros, de la sentencia dictada por esta Corte el catorce de septiembre de dos mil quince. **III.** Notifíquese.

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR

PRESIDENTA

MAURO RODERICO CHACÓN CORADO

MAGISTRADO

HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA

MAGISTRADO

ROBERTO MOLINA BARRETO

MAGISTRADO

Voto Razonado Concurrente

JUAN CARLOS MEDINA SALAS

MAGISTRADO

HÉCTOR EFRAÍN TRUJILLO ALDANA

MAGISTRADO

Voto Razonado Concurrente

MARÍA DE LOS ÁNGELES ARAUJO BOHR

MAGISTRADA

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ

SECRETARIO GENERAL