

Guatemala, mayo 2017

No. 5

La resolución de la Corte de Constitucionalidad sobre los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II y la consulta a los Pueblos Indígenas que regula el Convenio 169 de la OIT

Jorge Murga Armas¹

Introducción

El 17 de febrero de 2017, después de examinar la resolución de la Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal de Amparo que el 22 de abril de 2016 revocó la protección interina decretada en la acción constitucional de amparo promovida por Bernardo Caal Xol contra el Ministerio de Energía y Minas, la Corte de Constitucionalidad resuelve “dejar en suspenso las licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón para la implementación de los proyectos hidroeléctricos denominados ‘OXEC’ y ‘OXEC II’ en el municipio de Santa María Cahabón del departamento de Alta Verapaz, en tanto se tramita y resuelve la presente acción constitucional”.²

¹ Doctor en Antropología y Sociología de lo político (Universidad de París 8). Investigador del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IIES-USAC).

² Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 17 de febrero de 2017.

Desde entonces, la Corte de Constitucionalidad que antes era cuestionada por sus resoluciones en contra de las demandas de las comunidades indígenas adquiere una imagen que la hace ver menos parcializada con los intereses de la clase empresarial. De suerte que muchas personas piensan que si hoy la Corte de Constitucionalidad resuelve dejar en suspenso esos proyectos y promueve la realización de la consulta previa e informada a los pueblos indígenas según lo preceptuado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es porque ella se sumó al proceso de cambios políticos que desde el 2015 está teniendo lugar en Guatemala.

Dos posiciones se enfrentan en la interpretación de este fenómeno. De un lado están los que creen que se trata de una nueva modalidad de dictamen para legitimar los intereses del capital transnacional y que por tanto esa resolución no favorece verdaderamente a los pueblos indígenas. Del otro lado se sitúan quienes piensan que con esa resolución la Corte de Constitucionalidad se suma al proceso de cambios políticos surgidos de “la lucha contra la corrupción y la impunidad”,³ y que su desacostumbrada decisión da cuenta del trabajo imparcial de una parte de magistrados de ese órgano constitucional. Es la opinión muy particular de los que opinan que “la Corte de Constitucionalidad está viviendo un cambio institucional que de continuarse favorecerá la democratización del Estado y la sociedad”. Desde que resolvió dejar en suspenso las licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón, afirman, la Corte de Constitucionalidad se transforma en un ente jurídico de mayor credibilidad.

³ Al respecto: Jorge Murga Armas, *¿Qué cambios profundos al sistema para luchar contra la corrupción y la impunidad?*, Boletín Economía al día, N° 5, Guatemala, IIES, mayo de 2015.

I. ¿Cambio institucional o nueva forma de favorecer al sector empresarial?

Para algunas personas la Corte de Constitucionalidad parece estar inmersa en un proceso de cambio institucional: desde que resolvió dejar en suspenso esas licencias dejó de ser el ente que invariablemente resolvía a favor del gran capital. Los que defienden esta posición se sustentan en algunos hechos recientes: las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad sobre las licencias de explotación minera en San Pedro Ayampuc/San José del Golfo, San Rafael Las Flores y Senahú/Panzós confirman la nueva actitud de los constitucionalistas. Por otra parte, fueron los magistrados de la Corte de Constitucionalidad quienes con sus resoluciones favorecieron el inicio de procesos legales en contra de políticos corruptos en esta nueva era de recomposición política del Estado y la sociedad.

La Corte de Constitucionalidad, en verdad, está viviendo un proceso de cambio institucional: en la resolución del 17 de febrero de 2017 no solo analiza objetivamente la resolución del 22 de abril de 2016, sino que además resuelve apegada a derecho:

Esta Corte advierte que en el presente caso, concurren las circunstancias que ameritan el otorgamiento de la protección constitucional y se dan los supuestos que, para el efecto, contempla el artículo 28 *ibídem*, por lo que debe revocarse el numeral V) de la resolución apelada, en cuanto revocó el amparo provisional y, al resolver conforme a Derecho, otorgar la protección interina solicitada, en el sentido de dejar en suspenso las licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón para la implementación de los proyectos hidroeléctricos denominados “OXEC” y “OXEC II” en el municipio de Santa María Cahabón del departamento de Alta Verapaz, en tanto se tramita y resuelve la presente acción inconstitucional.

El cambio de la Corte de Constitucionalidad es tanto más sorprendente cuanto que sus resoluciones a favor de la democratización del sistema de justicia no se limitan al tema de los recursos naturales. En efecto, la respuesta de la Corte de Constitucionalidad a las apelaciones de doce sindicatos en el caso “Cooptación del Estado” cambió radicalmente la jurisprudencia que dicho órgano aplicó hasta el 8 de mayo de 2017. De modo que de ahora en adelante ningún sindicato podrá recurrir más a la Corte de Constitucionalidad si está en desacuerdo con el fallo que abre proceso penal en su contra por los delitos que el Ministerio Público le impute o los que haya valorado la judicatura correspondiente.⁴ Así, la Corte de Constitucionalidad no solo restringe el uso de amparos en primera fase de casos penales que obstaculizaban el funcionamiento del sistema de justicia, sino que también se incorpora al proceso de cambios institucionales que necesita el Estado para democratizarse.

Vemos, pues, que el cambio institucional de la Corte de Constitucionalidad es una realidad: si esta refrenda la resolución de la Corte Suprema de Justicia del 4 de enero de 2017, la cual deja en suspenso el otorgamiento de las licencias de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II emitidas por el Ministerio de Energía y Minas,⁵ fundamentará un precedente constitucional que tendrá que ser tomado en cuenta por las autoridades de gobierno que autorizan una licencia y las empresas que deseen obtener una concesión de exploración y/o explotación de recursos naturales en Guatemala.

Quienes rechazan la tesis del cambio institucional de la Corte de Constitucionalidad admiten un cambio parcial que se refleja en algunas acciones de las últimas magistraturas pero se diferencian esencialmente en este punto:

⁴ *El Periódico*, “La CC devuelve poder a los jueces de Primera Instancia”, 11 de mayo de 2017.

⁵ Resolución de la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, del 4 de enero de 2017.

- El cambio se inscribe en la lógica de sentar precedentes para que se respete la legalidad del sistema pero no implica un cambio de las estructuras políticas del régimen republicano que desde su fundación ha favorecido los intereses de los grupos económicos más poderosos.

Así, la resolución de la Corte de Constitucionalidad del 8 de mayo de 2007 concerniente a la consulta a la comunidad indígena de Sipacapa que el 18 de junio de 2005 dijo “no a la minería” creo jurisprudencia en el sentido de que las consultas a los pueblos indígenas no tienen un carácter vinculante: “Los resultados que se obtengan reflejarán el parecer de la comunidad consultada sobre un tema determinado, pero que a éstos no se les puede dar carácter regulatorio o decisorio sobre materias que no sean de competencia de las autoridades convocantes o de dichas comunidades”.⁶ Debido a que la Corte de Constitucionalidad es el organismo estatal llamado a preservar el statu que legal y por tanto económico, y cuenta habida de las presiones políticas a que están sometidos los magistrados más progresistas, aquella no puede resolver la suspensión definitiva de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II puesto que afectaría los intereses del gran capital.

Los que cuestionan la tesis del cambio institucional rechazan la idea de que las últimas resoluciones de la Corte de Constitucionalidad vayan a hacer valer en forma definitiva los Derechos de los Pueblos Indígenas. Para ellos, lo que incidió en la línea que tomó esta Corte en el 2015 fue que los órganos jurisdiccionales o constitucionales de primer grado empezaron a sentar precedentes desde el 2013. Si la Corte de Constitucionalidad resolvió suspender algunos proyectos mineros a partir del 2015, fue porque a ella llegaron casos ya razonados jurídicamente

⁶ Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 8 de mayo de 2007.

que indicaban expresamente cómo fueron violados derechos humanos en los otorgamientos de licencias mineras por parte de las autoridades del Ministerio de Energía y Minas,⁷ pero sus resoluciones no se han traducido en cancelaciones.

II. La resolución de la Corte Suprema de Justicia y las apelaciones del Ministerio de Energía y Minas, Oxec II, S.A. y Oxec, S.A.

Comprendemos que las reacciones de la clase empresarial a la resolución del 4 de enero de 2017 hayan sido de ira, prepotencia y temor. Acostumbrados a imponer su voluntad, la decisión de dejar en suspenso las licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón crispó los ánimos de muchos de sus miembros, representantes y portavoces: “... la resolución fue copiada de otra sentencia emitida en otro caso ‘con puntos y comas’”;⁸ “...las Cortes están ordenando realizar consultas retroactivas en procura del resguardo de este derecho, pero, a su vez, **atentando contra los derechos constitucionales de libertad de industria, comercio, trabajo y de propiedad privada...**”;⁹ “Exigimos al Estado por medio de sus tres poderes, que reglamente de una forma pronta, adecuada y positiva las consultas del Convenio 169 de la OIT”;¹⁰ “Homologar los

⁷ Juan Pablo Muñoz Elías, *Las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad: ¿Suspensiones o cancelaciones de licencias de explotación minera en los casos de San Pedro Ayampuc/San José del Golfo, San Rafael Las Flores y Senahú/Panzós*, Enfoque. Análisis de Situación N° 41, 27 de mayo de 2016.

⁸ *Publinews*, “Hidroeléctricas Oxec critican amparo de suspensión de la CSJ”, 10 de enero de 2017.

⁹ Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF), “Ante los recientes fallos judiciales de las cortes, relacionados con las consultas del Convenio 169 de la OIT, así como a actos violentos cometidos contra algunos proyectos, los cuales impactan social y económicamente a millones de guatemaltecos”, *El Periódico*, 20 de enero de 2017.

¹⁰ *Siglo.21*, “Cacif pide reglamentación para Convenio 169 de OIT”, 20 de enero de 2017.

procesos de consulta previa ya llevados a cabo por el Estado en acompañamiento de las empresas es una necesidad que apremia y una oportunidad de oro para que la Corte de Constitucionalidad se reivindique”;¹¹ “Consideramos que fuimos suspendidos en forma ilegal e inconstitucional... los inversionistas podrían iniciar acciones legales a nivel internacional...”.¹²

Pero, ¿cuáles son los argumentos sobre los cuáles tendrá que dictar resolución definitiva la Corte de Constitucionalidad?

A. Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia

La prepotencia de la clase empresarial fue sorprendida por la sólida argumentación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que redactaron la resolución del 4 de enero de 2017 en la cual ordena que se respeten los Derechos de los Pueblos Indígenas consagrados por la Constitución de la República y los Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado de Guatemala.¹³ Después de observar que no hubo una verdadera consulta a la “comunidad indígena q’eqchi” que habita en la región donde se desarrollan los proyectos, y luego de argumentar sobre el carácter obligatorio de la consulta a los pueblos indígenas, la Corte Suprema de Justicia toma la decisión de suspender el otorgamiento de las licencias de los proyectos hidroeléctricos sobre los ríos Oxec y Cahabón y ordena al Ministerio de Energía y Minas “resolver conforme

¹¹ *El Periódico*, “Reivindicación de las resoluciones sobre Consulta Previa”, 2 de abril de 2017.

¹² *El Periódico*, “Hidroeléctrica Oxec podría recurrir a arbitraje internacional”, 28 de abril de 2017.

¹³ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Guatemala en 1996; Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Guatemala en 1978; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por Guatemala en 1983; 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 13 de septiembre de 2007.

a Derecho y a lo aquí considerado, respetando los derechos y garantías de los representados por el postulante”.

Ahora bien, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia recuerdan cuáles deben ser las características de la consulta obligatoria según la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 21 de diciembre de 2009:

- a) La consulta debe realizarse con carácter previo;
- b) La consulta no se agota con la mera información;
- c) La consulta debe ser de buena fe (dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes);
- d) La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas;
- e) La consulta debe ser sistemática y transparente;
- f) El alcance de la consulta no tiene un carácter vinculante stricto sensu, pero sí tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el numeral 2) del mismo artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que establece: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Así, los magistrados concluyen que el Derecho de Consulta de las poblaciones indígenas constituye un derecho fundamental de carácter colectivo, que conlleva para el Estado la obligación de institucionalizar y aplicar procedimientos mediante los cuales pueda realizar tal consulta. La Corte Suprema de Justicia finaliza diciendo que “han sido vulnerados los derechos constitucionales invocados por el amparista, por lo que el amparo debe otorgarse para el solo efecto de que se haga valer el Derecho de Consulta de las comunidades afectadas conforme lo apuntado en párrafos

anteriores y lo que se declare en la parte resolutive de la presente sentencia”.

Es ante esta resolución que el Estado y las empresas favorecidas con las licencias presentan sus argumentos.

B. Los argumentos del Ministerio de Energía y Minas, Oxec II, S.A. y Oxec, S.A.

- Ministerio de Energía y Minas

Aun cuando la resolución de la Corte Suprema de Justicia dedicó varias páginas para demostrar la inviabilidad de los argumentos presentados por el Ministerio de Energía y Minas al evacuar la audiencia —relativos a la extemporaneidad de la acción, la carencia de legitimación activa por el postulante, la carencia de legitimación pasiva por la autoridad impugnada, la falta de definitividad, la improcedencia del amparo para impugnar resoluciones administrativas y lo relativo al agravio personal y directo en contra del amparista—, su apelación se centra nuevamente en eso. Entre otros argumentos, y en relación a la falta de legitimación activa del postulante, el Ministerio de Energía y Minas señala lo siguiente:

...se infiere que el accionante no tiene la representación para actuar en nombre de las comunidades a quienes supuestamente manifiesta representar, en consecuencia, no puede actuar en nombre de otro ni puede considerársele como parte o interesado dentro de un proceso...

(...) **La falta de LEGITIMACIÓN ACTIVA** en la amparista tal y como ya se indicó resulta evidente y deviene en un elemento que por sí solo es determinante de la IMPROCEDENCIA del amparo interpuesto como deberá resolverse oportunamente por el Tribunal de Amparo.

Es procedente apuntar que para justificar la procedencia del amparo es presupuesto indispensable determinar —cualificar— si el accionante está legitimado para ostentar la calidad de reclamante en el mismo...

En el presente caso, no se le está causando un agravio NI JURÍDICA ni MATERIALMENTE, pudiéndose decir que no se ha producido agravio en la esfera de los intereses jurídicos del accionante...

El Ministerio de Energía y Minas presenta además “La metodología de la consulta realizada por el Ministerio de Energía y Minas, en relación a las centrales generadoras OXEC y OXEC II municipio de Santa María Cahabón, Alta Verapaz”. Aun cuando el Ministerio de Energía y Minas solo “inició el proceso en la etapa de operación del proyecto hidroeléctrico Oxec y construcción del proyecto Oxec II” —violando de esta manera lo preceptuado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el “carácter previo” de la consulta obligatoria a los pueblos indígenas—, esta metodología según explica el Ministerio de Energía y Minas fue considerada “viable” por los representantes de la Organización Internacional del Trabajo con sede en Costa Rica.

Dicha metodología fue presentada por las Autoridades superiores de este Ministerio a representantes de la Organización Internacional de trabajo con Sede en Costa Rica, quienes indicaron la viabilidad de la misma para dar cumplimiento a un proceso de consulta en observancia de los Tratados Internacionales ratificados por el Estado de Guatemala en el año de 1996, en ausencia de una normativa en la materia.

En fin, el Ministerio de Energía y Minas al igual que las empresas Oxec II, S.A. y Oxec, S.A. presenta nuevamente sus argumentos para tratar de demostrar ante la Corte de Constitucionalidad la improcedencia del amparo otorgado por la Corte Suprema de Justicia a Bernardo Caal Xol.

- Oxec II, S.A. y Oxec, S.A.

Por su parte, las empresas Oxec II, S.A. y Oxec, S.A. cuestionan el hecho de que la Corte Suprema de Justicia cite en su resolución el caso concreto de la licencia de explotación minera denominada “Progreso VII Derivada” (La Puya) ubicada en los municipios de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo del departamento de Guatemala, cuya suspensión definitiva por dicha Corte fue resuelta el 28 de junio de 2016. Según las empresas, “La sentencia de fecha cuatro de enero de dos mil diecisiete, adolece de serias deficiencias, resaltando dentro de las mismas, la reiterada mención a exploración y explotación minera, que no aplica en absoluto al caso concreto, asimismo se hace extensiva alusión a licencias en toda la sentencia, cuando en el tema específico de generación hidroeléctrica no son licencias las que se otorgan por parte del estado, sino derecho de concesión para el uso de bienes de dominio público”.

Ahora bien, lo que ilustra la Corte Suprema de Justicia con la cita de varios casos de explotación minera en los cuales se violaron Derechos Humanos de comunidades y pueblos indígenas, son antecedentes jurídicos que han creado jurisprudencia sobre la obligatoriedad de la consulta a dichas comunidades o pueblos, independientemente de que se trate de minerales o recursos hídricos. Por otra parte, las empresas Oxec tratan de diferenciar el concepto “licencia” del de “derecho de concesión” como si se tratara de cosas distintas. Ya sea que se use la palabra licencia, o bien que se prefiera usar derecho de concesión, de lo que se está hablando es de una autorización o de un permiso de explotación de recursos naturales. Se trata, pues, de dos sinónimos que legalmente cumplen los mismos cometidos.

De manera general, las apelaciones directas de Oxec II, S.A. y Oxec, S.A. cuestionan temas que la Corte Suprema de Justicia esclareció suficientemente en su resolución (temporalidad,

legitimación activa, consulta, entre otros). Pero el verdadero interés, como en el caso de la apelación del Ministerio de Energía y Minas, es el tema de la consulta a las comunidades del “área de influencia” de los proyectos. Al insistir en el hecho de que hubo un “proceso de consulta basado en el marco jurídico internacional, que recoge vasta jurisprudencia internacional sobre el proceso de consulta establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo...”, las empresas favorecidas con los proyectos tratan de anular el argumento principal de la Corte Suprema de Justicia:

Al no existir un reglamento en donde se regula la consulta, el Ministerio de Energía y Minas la realiza, en nuestro caso, por medio de una metodología de consulta que va de la mano con lo preceptuado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la jurisprudencia internacional y Nacional.

Ahora bien, el objetivo de las apelaciones de las empresas Oxec II, S.A. y Oxec, S.A. es descalificar la resolución de la Corte Suprema de Justicia aduciendo “falta de profundidad en el análisis” para así llevar a la Corte de Constitucionalidad a hacer otro análisis que legitime sus argumentos. Se trata, ni más ni menos, de hacer que la Corte de Constitucionalidad avale su “proceso de consulta” o, en todo caso, que la decisión de esta no se traduzca en suspensión definitiva del proyecto: “La consulta en ningún caso podría tener los efectos de un VETO a un proyecto, cualquiera que fuera el resultado de la misma”.

Oxec II, S.A. y Oxec, S.A., desde otra perspectiva, buscan que la Corte de Constitucionalidad levante la suspensión de los proyectos hidroeléctricos y dictamine la realización de una consulta a las “11 comunidades del área de influencia” (no a las 195 comunidades del municipio de Santa María Cahabón¹⁴)

¹⁴ Véase: Comisión Específica para la Consulta del Municipio de Cahabón y Comunidades Q’eqchi’ en Defensa de la Vida y el Río Cahabón, *A las comunidades Maya Q’eqchi’ de Alta*

según su “metodología de consulta”. Con ese propósito, alegan que la suspensión definitiva del proyecto afectaría grandemente a las empresas, a las comunidades y al país. Pero, ¿estarían de acuerdo los Pueblos Indígenas de Guatemala con su metodología de consulta?¹⁵

Conclusión

Comprendemos que la imagen que actualmente proyecta la Corte de Constitucionalidad tenga como consecuencia cierto optimismo entre quienes creen que esa institución está cambiando realmente. Pero si analizamos la jurisprudencia creada por dicho órgano constitucional sobre la consulta obligatoria a los pueblos indígenas, y si además tomamos en cuenta la enorme presión mediática a la que están sometidos los magistrados de la Corte de Constitucionalidad, resulta difícil creer que esta resolverá la suspensión definitiva de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II.

Si la Corte de Constitucionalidad levanta la suspensión a esos proyectos y dictamina que debe realizarse la consulta a las comunidades indígenas, y si en esta consulta las comunidades dicen “no” a los proyectos Oxec y Oxec II, el Estado no debería autorizar el derecho de concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón. La Corte de Constitucionalidad, en verdad, está atrapada por una paradoja: si es cierto que el 8 de mayo de 2007 resolvió que la consulta a las comunidades indígenas no tiene un carácter vinculante, también es cierto que sin “acuerdo” y “consentimiento” de los pueblos indígenas, tal

Verapaz, mujeres y hombres de las 195 comunidades del municipio de Santa María Cahabón, Alta Verapaz. Al pueblo de Guatemala, A la Comunidad Internacional, Comunicado del 11 de enero de 2016.

¹⁵ Al respecto: Jorge Murga Armas, *Juzgados de paz comunitarios: ¿Reconocimiento o absorción del derecho indígena? La experiencia de cinco comunidades mayas de Guatemala*, Guatemala, Caudal, S.A., junio de 2000.



Libre de Porte,
Arto. 50, Dto. 325

como lo establece el artículo 6, numeral 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es ilegítimo autorizar el derecho de concesión de bienes de dominio público.

El debate queda abierto. Lo que es claro en este momento, es que a partir de esta experiencia ninguna empresa que desee explorar y explotar recursos naturales en Guatemala podrá eludir la consulta a los pueblos indígenas. Es por esto, y en honor a las comunidades que han luchado por hacer que se respeten sus derechos, que los Pueblos Indígenas de Guatemala no deben permitir que se les impongan reglamentos y métodos de consulta sin que se les consulte previamente cómo ellos conciben y practican la consulta comunitaria. Solo la lucha activa de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en alianza con los sectores más progresistas de la sociedad hará de Guatemala una nación digna, próspera y con identidad propia.

Impreso en Taller del IIES
150 Ejemplares
Guatemala, mayo 2017

DIAGRAMACIÓN:
Ana Corina Janet Canel Ich