

Expediente de Apelación de Sentencia 4785-2017  
Of. 4 Referencia 1076-2016

Diecinueve de febrero del año dos mil dieciocho  
Ciudad de Guatemala

**Señores**  
**Magistrados de la Corte de Constitucionalidad**  
**Su despacho**

Las organizaciones internacionales presentadas abajo, actuamos bajo la dirección, procuración y auxilio de la abogada y Notaria Liliana Isabel Hernández Estrada, colegiada 11378; señalamos como lugar para recibir notificaciones la segunda calle quince guion quince de la zona trece de esta ciudad de Guatemala.

En nuestra calidad de instituciones expertas en la investigación, promoción, y defensa de los derechos humanos de conformidad con la legislación y estándares internacionales, comparecemos ante esta Honorable Corte de Constitucionalidad, a instar *Amicus Curiae* dentro del expediente de apelación 4785-2017 Of. 4º. Referencia 1076-2017, con el propósito de presentar una serie de consideraciones jurídicas y doctrinarias, que contribuyen al análisis que corresponde realizar a esta Corte.

## **CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA**

Expediente de Apelación de Sentencia 4785-2017  
Of. 4 Referencia 1076-2016

### ***Amicus Curiae***

**“Estándares Internacionales y del Derecho Comparado sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y a la Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado”**

#### **INSTITUCIONES QUE FIRMAN EL DOCUMENTO**

**Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia**

**Fundación para el Debido Proceso**

**Earth Rights International**

**Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa**

**Human Rights Clinic, Columbia Law School**

**Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP**

**Plataforma Internacional contra la Impunidad**

**Robert F. Kennedy Human Rights**

**Alianza de Autoridades Indígenas Ancestrales**



FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO



HUMAN RIGHTS CLINIC

Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ



Human Rights Research and Education Centre



**Guatemala, Bogotá, Lima, Nueva York, Ottawa y Washington, D.C.**  
**19 de febrero de 2018**

## **Información de las Instituciones firmantes del Amicus**

### **Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia**

Dejusticia es un centro de estudios jurídicos y sociales localizado en Bogotá, Colombia. Nos dedicamos al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la promoción de los derechos humanos en Colombia y en el Sur Global. Promovemos el cambio social a través de estudios rigurosos y sólidas propuestas de políticas públicas, y adelantamos campañas de incidencia en foros de alto impacto. También llevamos a cabo litigios estratégicos y diseñamos e impartimos programas educativos y de formación. En Dejusticia, creemos que el conocimiento comprometido con la justicia social puede contribuir al cambio, y tenemos un enfoque anfíbio, entre la investigación y la acción.

Sitio Web: <https://www.dejusticia.org/>

### **Due Process of Law Foundation (DPLF) / Fundación para el Debido Proceso**

DPLF es una organización no gubernamental con sede en Washington, D.C., dedicada a promover el Estado de Derecho y los derechos humanos en América Latina, mediante la investigación aplicada, las alianzas estratégicas con actores de la región y actividades de cabildeo. La finalidad de nuestro trabajo es lograr un pleno respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos, bajo el marco de referencia de las normas y los estándares internacionales

Sitio Web: [www.dplf.org](http://www.dplf.org)

### **EarthRights Internacional (ERI)**

ERI es una organización no gubernamental sin fines de lucro que combina el poder de la ley y los pueblos en defensa de los derechos humanos y el medioambiente, definidos como “derechos de la tierra”. Nos especializamos en la investigación de hechos y acciones legales contra quienes violan estos derechos, capacitamos a líderes indígenas y promovemos campañas de incidencia pública. Mediante estas estrategias ERI busca promover y proteger los derechos humanos y el medio ambiente, terminar con el abuso a los derechos de la tierra y aportar soluciones reales para personas reales en las comunidades donde trabajamos.

Sitio Web: [www.earthrights.org](http://www.earthrights.org)

### **Clínica de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Columbia**

La Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York trabaja para avanzar los derechos humanos en el mundo y para formar la próxima generación de abogados para la justicia social. La Clínica trabaja en colaboración con organizaciones de sociedad civil y comunidades locales para llevar a cabo: investigaciones de derechos humanos, análisis jurídico y político, casos de litigio, la elaboración de informes de investigación e incidencia. La Clínica tiene una experiencia extensiva trabajando sobre temas de los derechos de los pueblos indígenas y de empresas y derechos humanos, con atención particular a proyectos mineras en América Latina y Oceanía.

Sitio Web: [www.law.columbia.edu/clinics/human-rights-clinic](http://www.law.columbia.edu/clinics/human-rights-clinic)

### **Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa**

La Clínica de Derechos Humanos es una iniciativa del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa que, mediante una aproximación interdisciplinaria, procura: (i) fortalecer la protección de los derechos humanos a través de la investigación, capacitación y asistencia técnica respecto a la implementación de los estándares de derechos humanos; (ii) fomentar el desarrollo de capacidades y prestar recomendaciones para que las políticas públicas tengan un enfoque de derechos humanos; y (iii) promover el estudio sobre los derechos humanos en Canadá.

Sitio Web: <http://cdp-hrc.uottawa.ca/>

### **Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP)**

Unidad académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuya finalidad es fortalecer la democracia y la vigencia de los derechos humanos en el Perú, a través de la formación académica y la capacitación profesional, la investigación aplicada, el apoyo a espacios de diálogo y debate, y la promoción de políticas públicas conjuntamente con la sociedad civil y el Estado. Desde su creación, en el 2004, IDEHPUCP desarrolla sus labores a través de alianzas con diversos organismos nacionales e internacionales,

gobiernos regionales y locales, organizaciones e instituciones de la sociedad civil, y ciudadanos comprometidos con la cultura democrática del país

Sitio Web: <http://idehpucp.pucp.edu.pe>

#### **Robert F. Kennedy Human Rights**

Organización sin fines de lucro, fundada en 1968, por la familia y amigos de Robert Kennedy, como un memorial vivo para llevar adelante su visión de un mundo más justo y pacífico. La organización trabaja de la mano de personas defensores de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil alrededor del mundo para proteger los derechos humanos mediante acciones de incidencia, litigio internacional y capacitación.

Sitio Web: <http://rfkhumanrights.org/>

#### **Plataforma Internacional contra la Impunidad**

La Plataforma Internacional contra la Impunidad es una alianza estratégica de organizaciones no gubernamentales europeas y centroamericanas para la incidencia en pro de los derechos humanos, propiciando atención y acciones para abordar las causas estructurales y efectos de la impunidad en Centroamérica. La Plataforma complementa, en el ámbito internacional, acciones locales de defensa de derechos humanos vinculadas con la protección de las y los defensores de los derechos humanos; iniciativas para el fortalecimiento de la justicia; y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habitan.

#### **Alianza de Autoridades Indígenas Ancestrales**

La Alianza de Autoridades Indígenas Ancestrales es un espacio de autoridades de diferentes pueblos indígenas de Guatemala; que tiene la finalidad de reflexionar sobre las políticas del Estado que les afectan y formular propuestas que aseguren el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en el país.

#### **CRÉDITOS**

Participaron en la investigación, elaboración, y revisión del presente *amicus curiae* Angelita Baeyens, Carlos Baquero, Cristina Blanco, Juliana Bravo, Daniel Cerqueira, Mukhtar Dost, Jordi Feo Valero, Salvador Herencia, Élyane Lacasse, Véronique Lahaie, Miguel Zamora, Anne Bordatto, Liliana Hernández y Anabella Sibrián.

## **Tabla de Contenidos**

<b>Sección</b>	<b>Página</b>
1. Sobre la institución del <i>amicus curiae</i> y el interés de las organizaciones firmantes de este escrito	6
2. Introducción y resumen de los hechos del caso	6
3. El auto-reconocimiento como criterio de definición de los pueblos indígenas y su condición de sujeto colectivo de derechos	8
3.1 Elemento subjetivo colectivo	9
3.2 Elementos objetivos colectivos	10
4. Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado	12
5. Obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas	13
5.1 Proyectos de inversión de gran impacto	13
5.2 Desplazamiento territorial	14
6. Salvaguardas específicas sobre el derecho a un medio ambiente sano	15
7. Las obligaciones internacionales del Estado guatemalteco con relación al Pueblo Xinka	16
7.1 Marco constitucional sobre los derechos de los Pueblos Indígenas	16
7.2 Recepción de los tratados y estándares internacionales en el ordenamiento interno	17
8. Conclusiones y recomendaciones	18

## 1. Sobre la institución del *amicus curiae* y el interés de las organizaciones firmantes de este escrito

1. El presente escrito se enmarca en la tradición jurídica conocida como *amicus curiae*. Se trata de una institución que remonta al Derecho Romano y cuyo significado literal (“amigo de la corte”) denota el propósito para el cual fue concebido: proporcionar subsidios sobre los hechos o *de iure* a un tribunal, para una mejor solución de una controversia. Los *amici curiae* son, por lo tanto, personas o entidades ajenas a la causa, que buscan auxiliar a los y las integrantes de un tribunal, particularmente en controversias que versan sobre cuestiones relevantes para una determinada comunidad jurídico-política<sup>1</sup>.
2. Desde sus orígenes, la institución del *amicus curiae* se ha consolidado como una herramienta ciudadana de maximización de principios y valores compartidos por una comunidad jurídica. Con la afirmación de paradigmas constitucionales pautados en Estados Democráticos de Derecho, y su inmersión en el proceso de universalización de los derechos humanos, ésta trascendió el ámbito doméstico de construcción doctrinal y jurisprudencial del Derecho.
3. Actualmente, la institución del *amicus curiae* se encuentra incorporado en la práctica jurisdiccional de la mayor parte de los altos tribunales latinoamericanos. De igual manera, la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte de Justicia de la Unión Europea, entre otros tribunales y cortes internacionales, consagran expresamente en sus reglamentos o estatutos, o a través de una práctica consolidada, la intervención de *amici curiae*. También en el ámbito de los tribunales arbitrales con competencia para resolver controversias sobre tratados de inversión y libre comercio; así como los tribunales penales *ad hoc*, tales como los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda y la Corte Especial para Sierra Leona, es una práctica regular la intervención de *amici curiae*<sup>2</sup>.
4. Por la convergencia del conocimiento y actuación especializada de las organizaciones que lo suscriben, las cuales abarcan profesores, estudiantes, defensores de derechos humanos y autoridades de pueblos indígenas, confiamos en que la Honorable Corte de Constitucionalidad de Guatemala admitirá el presente escrito de *amicus curiae* y tomará en cuenta los argumentos de hecho y de derecho expuestos a continuación.

## 2. Introducción y resumen de los hechos del caso

5. El presente *amicus curiae* guarda relación con una acción de amparo interpuesta el 17 de mayo de 2017 por el Centro de Acción Legal, Ambiental y Social (CALAS) en contra del Ministerio de Energía y Ambiente, a raíz del otorgamiento de licencia de explotación minera del proyecto “Escobal”, emitida el 3 de abril de 2013, y de la licencia de exploración “Juan Bosco”, emitida el 26 de abril de 2012.
6. Según la información disponible, las mencionadas concesiones fueron anteceditas de solicitudes de obtención de licencias de exploración y explotación por parte de la empresa minera San Rafael S.A. Tras una serie de trámites administrativos, la Dirección General de Minería emitió, el 3 de abril de 2013, la resolución 1302, por medio de la cual se otorgó licencia a San Rafael S.A. por el plazo de 25 años, para la explotación de oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras, en el marco del Proyecto Escobal, ubicado en el municipio de San Rafael Las Flores, departamento de Santa Rosa.

---

1 Scourfield McLauchlan, Judithanne, Congressional Participation as Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court. LFB Scholarly Publishing (2005), p. 266.

2 Vide, ao respeito, Pascual Vives, José Francisco, EL DESARROLLO DE LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2011), disponible em: [www.reei.org/index.php/.../Estudio\\_PASCUAL\\_FcoJose.pdf](http://www.reei.org/index.php/.../Estudio_PASCUAL_FcoJose.pdf)

7. Por otro lado, el 12 de noviembre de 2008 la empresa Entre Mares de Guatemala S. A. había presentado una solicitud de licencia de exploración minera, en un área situada en los municipios de San Rafael Las Flores, Casillas, Nueva Santa Rosa, todos en el departamento de Santa Rosa; y en el municipio de Mataquescuintla, departamento de Jalapa, al cual se denominó Proyecto Juan Bosco. El 23 de abril de 2010 la Dirección General de Minería aceptó el cambio de solicitante de licencia a favor de Minera San Rafael S.A. y, el 26 de abril de 2012, emitió la resolución 009, otorgándole a la citada empresa licencia para explorar diferentes minerales metálicos por el plazo de tres años, en el marco del proyecto Juan Bosco. Posteriormente, el 11 de febrero de 2015 San Rafael S. A. solicitó una prórroga de la licencia de exploración, la cual se encuentra pendiente de resolverse ante la Dirección General de Minería.
8. El 17 de mayo de 2017 la organización CALAS, interpuso una acción de amparo, argumentando que la emisión de las licencias a favor de Minera San Rafael S.A. había vulnerado los derechos fundamentales de protección a grupos étnicos, participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado y el principio de no discriminación racial, al no concedérseles la "consulta previa, libre e informada" a las comunidades indígenas que habitan la zona de impacto de los proyectos.
9. La acción de amparo indica que los proyectos Escobal y Juan Bosco impactan directamente el territorio del pueblo indígena Xinka, tal como se acredita con el diagnóstico elaborado en 2016 por el Ministerio de Cultura y Deportes titulado "Situación de la Cultura Xinka." Se aduce la violación, entre otros, de los derechos consagrados en los artículos 66 de la Constitución de Guatemala; en los artículos 2.1 y 6.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); así como en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de los pueblos indígenas.
10. Tras la tramitación de la acción de amparo, radicada bajo el número 1076-2017, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala admitió la inclusión de varias personas, municipalidades, organizaciones, colectivos y de la propia empresa San Rafael S.A., como terceros interesados en la causa y, el 22 de junio de 2017, otorgó amparo provisional, dejando en suspenso las respectivas licencias mineras. El 30 de agosto del mismo año, la Corte Suprema emitió "auto para mejor fallar", por medio del cual requirió la producción de informes y suministro de información a la Procuraduría General de la Nación, al Ministro de Energía y Minas y su Dirección General de Minería, al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales, a la Arquidiócesis del departamento de Santa Rosa, y al Ministro de Cultura y Deportes.
11. Entre otras medidas, la Corte Suprema solicitó la producción de informes y opiniones sobre la presencia del Pueblo Xinka en la zona de impacto de los mencionados proyectos mineros. Según la información disponible, el Ministerio de Cultura y Deportes y el Ministerio de Energía y Minas han emitido opiniones divergentes en cuanto a la existencia del referido pueblo, su presencia en la zona de impacto de los proyectos mineros y los lugares que se consideran sagrados.
12. El 8 de septiembre de 2017 la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia que, en lo pertinente, señala lo siguiente:

"si bien la autoridad reprochada manifestó que cumplió con todas las fases del procedimiento administrativo de conformidad con lo que regula (*sic*) Ley de Minería y su respectivo reglamento, incluyendo la publicación de edictos en medios de comunicación escritos, también lo es que, estaba obligada a observar lo concerniente al derecho de consulta, que les es reconocido en párrafos precedentes, por lo que las publicaciones a las que se hace referencia no suplen de ninguna manera ese derecho de consulta que el ente amparista denuncia vulnerado. La omisión de realización de la consulta, conduce a estimar el otorgamiento del amparo, con el propósito de que aquella tenga lugar y restablecer los derechos afectados a los pobladores de las áreas de influencia en la que los proyectos mineros se realizan.

[...]

**Con respecto al agravio denunciado por el amparista en cuanto a que no se respetaron los sitios arqueológicos y lugares sagrados de la comunidad Xinka, que se encuentran ubicados en los departamentos de Santa Rosa y de Jalapa [...]** esta Corte determina que por medio de lo requerido en auto para mejor fallar el Ministro de Cultura y Deportes informó bajo su responsabilidad que los asentamientos prehispánicos ubicados en dichas circunscripciones tenían relación con los períodos preclásico y clásico, entre los años cuatrocientos antes de Cristo y novecientos después de Cristo, los cuales eran de origen maya y que han sido reutilizados por grupos Xinkas, por lo que no es posible asumir sobre la existencia de monumentos arqueológicos de dicha etnia [...]

este Tribunal Constitucional determina que se respetó el derecho de la población indígena Xinka al haberse establecido por parte del Estado de Guatemala, medidas para la conservación del sitio arqueológico ubicado en el municipio de San Rafael las Flores del departamento de Santa Rosa [...].”

13. Cabe aquí resaltar que, para la Corte Suprema, no hay controversia sobre la existencia de la población Xinka en la zona de impacto de los referidos proyectos mineros. Al respecto, la Corte Suprema subrayó que:

“es preocupante que el Ministerio de Energía y Minas (autoridad denunciada) haya manifestado que de acuerdo al censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística "no se identifiquen pueblos indígenas". Evidenciándose con dicho proceder la negación de la población indígena y la falta de consulta ante decisiones administrativas con una clara política de discriminación, pues la forma de vida comunitaria se vería afectada, perjudicando el suelo y los recursos naturales con los cuales se benefician, además de que no se les notificó ni citó de manera individual o colectiva ni en su idioma, sobre el inicio y sustanciación del procedimiento de autorización del proyecto relacionado.”<sup>3</sup>

14. Finalmente, la Corte Suprema decidió otorgar el amparo y ordenó al Ministerio de Energía y Minas realizar un proceso de consulta, a la luz de los parámetros constitucionales e internacionales aplicables, en un plazo de 12 meses, durante los cuales **“podrá continuar sus operaciones** la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima” (destacado añadido).

### **3. El auto-reconocimiento como criterio de definición de los pueblos indígenas y su condición de sujeto colectivo de derechos**

15. El Derecho Internacional ha avanzado en el derecho al auto-reconocimiento fundamentalmente a través de dos instrumentos, ambos ratificados por Guatemala: el Convenio 169 de la OIT<sup>4</sup> y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Uno de los elementos centrales de estos instrumentos es la afirmación de que los pueblos indígenas son los actores centrales en decidir, libre y autónomamente, si se reconocen como tales. Sin embargo, para hacerlo, el Convenio 169 establece elementos objetivos y subjetivos. El criterio subjetivo se refiere a la autoconciencia de un grupo de poseer una identidad indígena o tribal. Por su parte, los criterios objetivos establecen que un grupo se considera como indígena cuando 1) los mismos “desciendan” de las poblaciones originarias de los Estados y que 2) conservan “todas” o “parte” de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Amparo 1076-2017- Corte Suprema de Justicia, p. 3-4.

<sup>4</sup> Guatemala ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 de junio de 1996. Ver: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314)

<sup>5</sup> El artículo 1(b) del Convenio 169 establece que el Convenio se le aplica “(...) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o



### 3.1 Elemento subjetivo colectivo

16. El elemento subjetivo es un ejercicio autónomo de reconocimiento colectivo de una comunidad como un grupo que posee una identidad indígena. En el Convenio 169 de la OIT, el artículo 1(2)<sup>6</sup> se refiere a la auto-identificación colectiva como criterio subjetivo para determinar la aplicación de sus disposiciones a los pueblos indígenas y tribales. Al comentar dicha disposición, la OIT estableció el reconocimiento de

“(…) la auto-identificación de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental. Este es un criterio subjetivo del Convenio núm. 169, que asigna una importancia fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo (OIT: 2009, 10)”<sup>7</sup>.

17. De acuerdo con este criterio, la idea de preexistencia de los pueblos interesados no sólo estaría fundada en la continuidad histórica de los mismos, la costumbre y su cultura, sino que comprendería la auto-identificación originaria del pueblo de que se trate. En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también CIDH) ha aseverado “que no es posible precisar una definición de PPII (pueblos indígenas), dada la inmensa diversidad de los pueblos de las Américas y del resto del mundo, pues una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva”<sup>8</sup>.

18. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en el artículo 33<sup>9</sup>, establece los derechos de los pueblos indígenas a decidir sus propias identidades, procesos de pertenencia e instituciones. Los Estados que adoptaron la Declaración, entre ellos Guatemala, reconocen que el ejercicio del derecho a la determinación de la identidad se da de manera colectiva en los ámbitos de las costumbres, tradiciones y composición institucional propia de cada pueblo o comunidad indígena.

19. El alcance del derecho a la autodeterminación ha generado diferentes debates entre los Estados parte de la ONU. En el marco de esas discusiones, en el año 2000, el gobierno de Guatemala abogó por una interpretación liberal del referido derecho, en el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre el borrador de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Según la representación guatemalteca:

“Con respecto a la autodeterminación, no creemos que sea necesario redefinirla, limitar su significado o restringir sus dimensiones internas y externas. El derecho de autodeterminación es un derecho humano individual y colectivo. En virtud de su

---

del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

<sup>6</sup> El artículo 2 estipula “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

<sup>7</sup> Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. Disponible en: [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)

<sup>8</sup> En América Latina, los pueblos indígenas reciben muy distintas denominaciones como “comunidades campesinas”, “comunidades nativas”, “pueblos originarios”, “pueblos aborígenes”, “pueblos andinos”, “pueblos amazónicos”, “minorías” u otros. Ver: CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 24-38.

<sup>9</sup> El artículo 33 de la Declaración establece que “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir composición de las instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”.

ejercicio, los estados nacen y desaparecen, y dentro de los estados se compone de varias formas de autonomía [...] Asimismo, dentro de los estados, el ejercicio de la autodeterminación permite a los pueblos y grupos nacionales determinar, dentro de estos estados, su condición y estatus político a través de un proceso de descentralización y autonomía y les permite participar efectivamente en la toma de decisiones sobre su desarrollo económico, social y cultural”<sup>10</sup>.

20. En el ámbito interamericano, la CIDH ha seguido la auto-identificación del pueblo o comunidad como criterio fundamental para el establecimiento de su carácter como indígena. En efecto, ha afirmado que el “criterio de auto-identificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”<sup>11</sup>. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha establecido como elemento determinante la auto-identificación colectiva. En su sentencia en el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte IDH afirmó que “la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (...). Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique”<sup>12</sup>.

### **3.2 Elementos objetivos colectivos**

21. Con relación a los elementos objetivos, el Convenio 169 de la OIT determina su aplicación a los pueblos

“(…) considerados indígenas por el hecho de *descender* de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven *todas* sus propias instituciones y sociales, económicas, culturales y políticas o *parte* de ellas”<sup>13</sup>.

22. La OIT ha explicado que los elementos objetivos que definen un pueblo indígena son:

- a) “Continuidad histórica,” es decir que sean sociedades que desciendan de grupos anteriores a la colonización o la conquista.
- b) “Conexión territorial” en el sentido que sus antepasados hayan habitado el país o región.
- c) Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas que sean propias y hayan sido mantenidas de manera parcial o total<sup>14</sup>.

23. Un estudio del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas ha concluido que, entre los factores considerados pertinentes para la comprensión del concepto de “indígena”, figuran: (i) la prioridad en el tiempo, por la que respecta a la

---

10 Robert T. Coulter, *The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Historic Change in International Law*, 45 IDAHO L. REV. 539 (2009)(citando Embajador Antonio Arenales, Representante Permanente de Guatemala, Intervención en el Grupo de Trabajo sobre la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (Nov. 22, 2000).

11 CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 24-31.

12 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37. En sentido similar, en su sentencia recaída en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, la Corte IDH afirmó que: “la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso”. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 164.

13 Convenio 169 de la OIT, Art 1

14 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, ob. Cit. pág 10.

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

24. El reconocimiento de que las formas de vida y culturas indígenas, además de su uso u ocupación de la tierra tradicional, no necesitan ser estáticas para ser legítimas, es un criterio importante del derecho a la autodeterminación. En el 2017, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos celebró en el asunto de African Commission of Human and Peoples’ Rights v. The Republic of Kenya que el hecho de que el pueblo Ogiek haya adoptado una forma de vida más “moderna” no significa que el pueblo haya perdido su distintiva identidad cultural. Según el tribunal africano:

Una forma de vida estática no es un elemento definitorio de cultura o distinción cultural... Es natural que algunos aspectos de la cultura de la población indígena, como ciertas formas de vestirse o símbolos grupales, puedan cambiar con el tiempo. Sin embargo, los valores, en su mayoría la tradición invisible de los valores incrustados en la autoidentificación [del grupo] a menudo permanecen sin cambios. (Traducción libre.)

25. El referido tribunal señaló que algunos de los cambios “modernos” en el estilo de vida Ogiek que el gobierno de Kenia encontró ofensivos fueron en realidad el resultado del maltrato del Estado a los Ogiek y la negación del acceso del pueblo a su tierra. Esta misma Corte ha rechazado la idea de que un pueblo indígena auto-identificado pueda perder su condición de tal y sus derechos correspondientes meramente sobre la base de tomar decisiones que un Estado considera que no se ajustan a un concepto externo y limitado de indigenidad.

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

27. La Corte respondió que “[e]l hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad.” Además, observó que “la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres,” y no el Estado o la Corte<sup>15</sup>.

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

“(...) el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la

---

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado”<sup>16</sup>.

#### **4. Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado**

29. De acuerdo a reiterada jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante también SIDH), el derecho de propiedad, contenido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos”<sup>17</sup>. Con base en ello, la Corte IDH ha establecido salvaguardias especiales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de los pueblos indígenas;
- 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe;
- 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad<sup>18</sup>.

30. La Corte IDH ha establecido que, además de los requisitos comúnmente aplicados en la restricción de la propiedad individual (legalidad, necesidad y proporcionalidad), las restricciones derivadas de la concesión de actividades económicas que afecten a los pueblos indígenas, no deberán poner en peligro la integridad cultural de la comunidad indígena y, en última instancia, su subsistencia física y cultural como pueblo<sup>19</sup>.

31. Con tal fin, los Estados deben llevar a cabo procesos de consulta libre e informada, de buena fe, antes de autorizar cualquier actividad económica que afecte a los territorios de los pueblos indígenas y tribales. La jurisprudencia del SIDH ha establecido también que la consulta debe realizarse “de conformidad con las costumbres y tradiciones” de los pueblos indígenas<sup>20</sup>.

---

16 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 82.

17 Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. párr. 111.

18 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de agosto de 2010. Serie C. 214, párr. 109. Véase igualmente Caso de la Comunidad Mowikwa Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. 124, párr. 209; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151 y 153. Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 117.

19 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128.

20 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 127, 128. Corte IDH. Caso Pueblo

32. Según ha establecido la Corte IDH, los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y tribales se beneficien razonablemente de estas actividades<sup>21</sup> y que no se otorgue ninguna concesión hasta que una entidad independiente y técnicamente capaz que actúa bajo supervisión del Estado haya realizado una evaluación previa del impacto social y ambiental del proyecto<sup>22</sup>.

### **5. Obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas**

33. Tanto la CIDH como la Corte IDH se han referido de manera constante a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en especial al derecho al territorio y su relación intrínseca con el derecho al consentimiento. De acuerdo con la CIDH, el consentimiento debe:

“(…) interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos esenciales en relación con la ejecución de planes de desarrollo e inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos”<sup>23</sup>.

34. Se trata pues de un “deber limitado de obtener el consentimiento libre, previo e informado”<sup>24</sup>, donde el consentimiento no puede ser circunscripto solamente como un objetivo del proceso de consulta, sino un verdadero derecho fundamental.

35. La Corte IDH ha establecido una serie de circunstancias bajo las cuales el consentimiento es exigible cada vez que el Estado tome decisiones o medidas que afecten los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. Adicionalmente, la Corte ha establecido una serie de circunstancias en donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas por parte del Estado es de obligatorio cumplimiento.

36. Esas circunstancias o supuestos del consentimiento como mandatorio guardan estricta relación con los proyectos de inversión de gran impacto, así como de los casos de desplazamientos territoriales de los pueblos indígenas, los que detallaremos a continuación.

#### **5.1 Proyectos de inversión de gran impacto**

37. Sobre este supuesto, la Corte IDH ha señalado que:

“(…) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”<sup>25</sup>.

---

Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159-167.

21 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 138-139.

22 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 205.

23 Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009, párr. 332.

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, pág. 125.

25 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133

38. Cuando la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales amenace con el despojo de su territorio a los pueblos indígenas, así como de los recursos naturales para la subsistencia de los mismos, requiriendo per se el consentimiento de éstos.
39. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “algunas actividades pueden considerarse *prima facie* a gran escala, como las grandes explotaciones mineras [...]”<sup>26</sup>. Asimismo, ha precisado que existen “evidentes diferencias entre pequeñas actividades mineras y los grandes tajos propios de la ‘mega minería’, que implica la remoción de altas cantidades de materia por año y la afectación de una amplia superficie”, actividades que constituirían proyectos de gran impacto.

## 5.2 Desplazamiento territorial

40. El desplazamiento es una medida excepcional para llevar a cabo proyectos de inversión dentro de los territorios indígenas, debido a que sus efectos principales

“[...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”<sup>27</sup>.

41. Consecuentemente, el Estado tiene el deber de garantizar el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Al respecto el Art. 16.2 del Convenio 169 de la OIT señala que “cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.”

42. Concordemente el artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que añade lo siguiente:

“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. **No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas** interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso” (letras negrillas añadidas por los autores).

43. En su informe titulado “Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, exploración y desarrollo”, la CIDH abordó detalladamente los supuestos que requieren el consentimiento de los pueblos afectados. Allí, la CIDH ratificó la posición de la Corte IDH en el caso Saramaka vs. Surinam, en el sentido de que los proyectos a gran escala deben ser precedidos no sólo de la consulta, sino del consentimiento del pueblo indígena o tribal afectado.

44. En el mencionado documento, la CIDH desarrolló pautas para definir a un proyecto como “a gran escala”, a partir de la magnitud del proyecto, volumen e intensidad de la afectación al territorio e impacto humano y social de la actividad. En este sentido, la CIDH mencionó expresamente la extracción de minerales, gas y petróleo como ejemplos de actividades a gran escala<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> CIDH. *Informe sobre Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 31 de diciembre de 2015. párr. 187.

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 135.

<sup>28</sup> CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 31 de diciembre de 2015, paras. 185 a 193.

Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

## 6. Salvaguardas específicas sobre el derecho a un medio ambiente sano

45. La Corte IDH ha subrayado que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático tienden a afectar el goce efectivo de los derechos humanos de la población<sup>29</sup>. En casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, el referido tribunal ha hecho referencia a la relación entre un medio ambiente sano, la protección de los recursos naturales y la preservación de la cultura y forma de vida de las respectivas comunidades o pueblos<sup>30</sup>.
46. Tal como ha indicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar actividades de exploración y explotación de recursos naturales<sup>31</sup>. En el mismo sentido, la Corte IDH ha sostenido “el deber de proteger las áreas de reserva natural y los territorios de comunidades indígenas implica un deber de supervisión y fiscalización<sup>32</sup>”.
47. En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental (EIA), el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT dispone que
- “los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”
48. La Corte IDH ha indicado que los EIA deben realizarse “conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”<sup>33</sup>. Además, de acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, la responsabilidad del Estado no termina con la realización de este estudio, sino que tiene la obligación de monitorear, de manera continua, los efectos de un proyecto o actividad en el medio ambiente<sup>34</sup>.
49. La Corte IDH ha establecido parámetros generales que deben tenerse en cuenta en la realización de los estudios de impacto ambiental<sup>35</sup>: llevarse a cabo antes de la realización de la actividad, realizarse por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, participación de las personas interesadas, respetar tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y tener un contenido determinado<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 148

<sup>30</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 121 y 122, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párr. 173.

<sup>31</sup> Comité DESC, Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto de nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. ONU E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 39.

<sup>32</sup> Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 221 a 222.

<sup>33</sup> Corte IDH, OC 27/17, Medio Ambiente y Derechos Humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal), 15 de noviembre de 2017, párr. 161.

<sup>34</sup> CIJ, Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay). Sentencia de 20 de abril de 2010, párr. 205, y CIJ, Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica Vs. Nicaragua), Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua Vs. Costa Rica). Sentencia de 16 de diciembre de 2015, párr. 161.

<sup>35</sup> OC-23/17, *op. cit.*, párr. 162 a 173.

<sup>36</sup> Corte IDH, OC 27/17, *op. cit.*, párr. 171 a 173. En este punto se integraría: Deber de establecer un plan de contingencia, Deber de mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental,

50. Así pues, en la Opinión Consultiva “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, la Corte IDH establece que la participación de las personas interesadas en los proyectos que puedan afectar territorios indígenas y tribales se realice dentro del proceso de estudio de impacto ambiental<sup>37</sup> a través de una consulta a la comunidad, destacando además que estos estudios deben realizarse respetando las tradiciones y cultura de estos pueblos indígenas afectados.<sup>38</sup> En el caso de proyectos de inversión que puedan afectar territorios indígenas y tribales, la Corte IDH ha indicado que “se debe dar participación a la comunidad, dentro del proceso de estudio de impacto ambiental, mediante una consulta”<sup>39</sup>.
51. En la controversia bajo la jurisdicción de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, queda claro que **la evaluación de impacto ambiental presentada por el Ministerio de Energía y Minas no reconoce la existencia del pueblo Xinka en las zonas de influencia de los proyectos Escobal y Juan Bosco**, por lo que no se realizó un proceso de consulta y ni se obtuvo el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. **Esta omisión implica la nulidad de pleno derecho de la declaración de impacto ambiental que dio lugar a la concesión de las licencias de los proyectos en cuestión**, al no haberse realizado de acuerdo con la normativa y estándares internacionales que, tal como será explicado a continuación, integran el ordenamiento jurídico guatemalteco.

## 7. Obligaciones internacionales de Guatemala con relación al Pueblo Xinka

### 7.1 Marco constitucional sobre los derechos de los pueblos indígenas

52. La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 no cuenta con disposiciones sobre la consulta previa, aunque recoge ciertos derechos conexos. Entre las normas aplicables a los pueblos indígenas, la Constitución reconoce el derecho a la identidad cultural de las personas y las comunidades (artículo 58), establece salvaguardas para el patrimonio cultural de la Nación (artículo 60), protege el arte, folklore y artesanías tradicionales (artículo 62), entre otras<sup>40</sup>. La Constitución guatemalteca contiene una sección sobre “comunidades indígenas” en la que se establece, entre otras, la obligación de protección de los grupos étnicos (artículo 66), la protección de las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas (artículo 67), y el otorgamiento de tierras para el desarrollo de las comunidades (artículo 68)<sup>41</sup>.
53. Se advierte particularmente la relevancia del artículo 66, referido a la “protección de los grupos étnicos”, pues reconoce implícitamente la diversidad cultural de Guatemala. Se trata de la primera Constitución en la historia del país que contiene una referencia similar. Su antecesora, la Constitución de 1945, declaraba “de interés y utilidad nacionales, el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas”, evidenciando así una aproximación integracionista. Si bien la Constitución guatemalteca vigente parte de un punto de inestimable valor, no contiene un reconocimiento explícito de su carácter de país pluricultural, multiétnico y multilingüe, ni se refiere al reconocimiento expreso de los pueblos indígenas que habitan en él.

<sup>37</sup> Corte IDH, OC 27/17, *op. cit.*, párr. 166.

<sup>38</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 41.

<sup>39</sup> Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra*, párr. 129 y 130; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 206, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, *supra*, párr. 215.

<sup>40</sup> Asimismo, consagra el derecho a la educación bilingüe (artículo 76.- Sistema educativo y enseñanza bilingüe), impulsa el desarrollo rural mediante ayuda técnica (Régimen económico y social, artículo 119.- Obligaciones del Estado), reconoce las “lenguas vernáculas” (artículo 143.- Idioma oficial) y establece el mandato de divulgación de la Constitución en las lenguas Quiché, Mam, Cakchiquel y kekchí (Disposiciones Transitorias y Finales, artículo 18.- Divulgación de la Constitución), entre otros.

<sup>41</sup> Constitución Política de la República de Guatemala. Sección tercera del Capítulo II “Derechos Sociales” del Título II “Derechos Humanos”.



## 7.2 Recepción de los tratados y estándares internacionales en el ordenamiento interno

54. Guatemala es Estado parte de los tratados de derechos humanos más relevantes en el marco del SIDH y en el de Naciones Unidas<sup>42</sup>, aplicables a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Se hace por ello sumamente relevante recordar que las disposiciones internas deben de ser interpretadas a la luz del derecho internacional aplicable que reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas. En efecto, como Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, Guatemala se encuentra obligado al cumplimiento de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (1948). Asimismo, ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 27 de abril de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 9 de marzo de 1987. Guatemala ha ratificado la mayoría de los tratados interamericanos de derechos humanos<sup>43</sup>.
55. El 5 de junio de 1996 Guatemala ratificó el Convenio N° 169 de la OIT, el cual entró en vigor para el país doce meses después<sup>44</sup>. Cabe notar que la Corte Constitucional guatemalteca, a través de una Opinión Consultiva emitida en 1995, concluyó que "el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional"<sup>45</sup>. Igualmente, la Corte de Constitucionalidad ha establecido, basándose en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, obligaciones que tiene el Estado de Guatemala respecto de tales pueblos<sup>46</sup>.
56. Respecto al rango que ocupan estos tratados en el orden interno, el artículo 46 de la Constitución guatemalteca establece que los tratados de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno<sup>47</sup>. En el 2012, en la sentencia recaída en el expediente N° 1822-2011, la Corte cambió dicho criterio y estableció que los tratados de derechos humanos priman sobre la Constitución.

---

42 Guatemala es Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (5 de mayo de 1992); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de mayo de 1988); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (18 de enero de 1983); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (5 de enero de 1990); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (12 de agosto de 1982); Convención sobre los Derechos del Niño (6 de junio de 1990); la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (14 de marzo de 2003); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (7 de abril de 2009). A la fecha, aún no ha ratificado la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, firmada el 6 de febrero de 2007.

43 Guatemala depositó el instrumento de ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el 29 de enero de 1987; el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", el 5 de octubre de 2000; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", el 4 de abril de 1995; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el 25 de febrero de 2000; y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el 28 de enero de 2003.

44 Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, N° 169 (1989), adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión, entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991, de conformidad con su artículo 38.

45 Corte Constitucional de Guatemala. Expediente N° 199-95. Opinión Consultiva de 18 de mayo de 1995. Conclusión.

46 Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, Considerando IV, Punto d.

47 Artículo 46 de la Constitución. - Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

57. Adicionalmente, en dicho fallo, recogió la figura del “bloque de constitucionalidad”, definiéndolo como aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal<sup>48</sup>.
58. Tales instrumentos internacionales constituyen un parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades y poseen una función hermenéutica, en virtud de la cual el/la juez/a, al momento de interpretar el derecho interno, debe recurrir a éstos instrumentos, así como a las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales, pues ambas generan obligaciones para todo el aparato estatal.
59. Cabe notar que, en cuanto a la consulta previa específicamente, si bien como se advirtió el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas no aparece regulado en la Constitución, con base en el artículo 46 de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad ha interpretado que la consulta previa es “un derecho fundamental de carácter colectivo”, integrado plenamente en el bloque de constitucionalidad guatemalteco<sup>49</sup>.

## **8. Conclusiones y recomendaciones**

60. Sobre la base de lo expuesto, la información que obra en el Expediente de Apelación de Sentencia 4785-2017 demuestra que los proyectos mineros Escobal y Juan Bosco se dan en territorios con presencia del pueblo Xinka. De particular relevancia es el informe del Ministerio de Cultura y Deportes, el cual incluye información que da cuenta de existencia de restos arqueológicos Xinka, demostrando su presencia en lo que hoy se conoce como los departamentos de Santa Rosa y Jalapa. Su existencia y presencia le concede las garantías y derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y demás instrumentos internacionales de los que el Estado de Guatemala es parte.
61. Sobre la base de lo expuesto, las instituciones firmantes respetuosamente solicitamos que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala:
1. Tenga en cuenta la presencia del pueblo indígena Xinka en las zonas de realización de los proyectos Escobal y Juan Bosco, considerando los principios de auto-identificación y auto-determinación reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que el Estado de Guatemala es parte.
  2. Suspenda la licencia de funcionamiento de los proyectos Escobal y Juan Bosco hasta que se realice un proceso de consulta previa al pueblo Xinka y demás pueblos indígenas con presencia en la zona y se obtenga su consentimiento de acuerdo a los estándares internacionales aplicables.
  3. Exhorte al gobierno a realizar los estudios necesarios que permitan conocer la dimensión y extensión de la presencia territorial de los pueblos indígenas en Guatemala, de forma complementaria a la información socio-económica que se recopilará a través del Censo Nacional de Población y Vivienda 2017-2018.
  4. Exhorte al Ministerio de Energía y Minas para que adopte, dentro de un plazo determinado, medidas para asegurar el cumplimiento de normas de derechos humanos como requisito previo a cualquier otorgamiento de licencia de

---

48 Corte Constitucional. Expediente N° 1822-2011. Sentencia de 17 de julio de 2012. Considerando IV.

49 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009. Considerando V.

exploración y explotación minera. Asimismo, que se establezcan mecanismos de transparencia para asegurar el acceso público a los estudios de impacto social y ambiental de proyectos de exploración y explotación, incluyendo la metodología utilizada para determinar el área de impacto.

5. Con base en lo anterior, respetuosamente solicitamos a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que al resolver sobre la presente apelación de amparo, declare la suspensión definitiva de los actos reclamados y se ordene celebrar consulta y obtener el consentimiento previo, libre e informado del pueblo Xinka de Santa Rosa y Jalapa, con base a sus costumbres y tradiciones, en observancia de los estándares internacionales de Derechos Humanos.

\*\*\*\*\*

62. Las organizaciones e instituciones abajo firmantes solicitan respetuosamente a la Honorable Corte de Constitucionalidad de Guatemala que admita el presente escrito de *amicus curiae* y tome en consideración los elementos de hecho y derecho aquí referidos, al momento de pronunciarse sobre la controversia bajo su conocimiento.

Muy atentamente,

Angelita Baeyens  
Directora de Programas  
RFK Partners for Human Rights  
Robert F. Kennedy Human Rights

Cristina Blanco  
Investigadora Principal  
Instituto de Democracia y Derechos  
Humanos, PUCP

Juliana Bravo  
Earth Rights International  
Directora del Programa Amazonía

Anabela Sibrián  
Directora  
Plataforma Internacional Contra la  
Impunidad

Daniel Cerqueira  
Oficial de Programa Sénior  
Fundación para el Debido Proceso

Benjamin Hoffman  
Subdirector  
Human Rights Clinic, Columbia Law  
School

César Rodríguez  
Director  
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y  
Sociedad – Dejusticia

Salvador Herencia  
Director de la Clínica de Derechos  
Humanos, Human Rights Research and  
Education Centre, University of Ottawa

Katya Salazar  
Directora Ejecutiva  
Fundación para el Debido Proceso

Elizabeth Salmon  
Directora  
Instituto de Democracia y Derechos  
Humanos, PUCP

Jacob Omar Jerónimo  
en representación de la  
Alianza de Autoridades Indígenas  
Ancestrales

