
DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Este material ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos, a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) bajo los términos del Contrato No. 7200AA20CA00013. Las opiniones expresadas en esta publicación, video u otro producto de comunicación son exclusivas del autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de USAID o del gobierno de los Estados Unidos.



SESIÓN 1



Derecho a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado

¿Qué es la consulta?

Es el procedimiento por el cual se presenta a los pueblos y comunidades indígenas iniciativas, propuestas de planes y programas, modelos de políticas públicas y reformas institucionales que les afectan directamente, con el propósito de obtener su consentimiento o acuerdo.

*Derecho procedimental
Derecho a la participación*

¿Cuál es la finalidad de la consulta?

Evitar las imposiciones de medidas legislativas o administrativas, e impulsar el diálogo intercultural con los órganos responsables;
Obtener el consentimiento libre, previo e informado y/o llegar a acuerdos con las comunidades y pueblos indígenas.

¿Qué importancia tiene la consulta para los pueblos indígenas?

Es sumamente prioritario.

Porque implica sumar esfuerzos entre los actores involucrados para permitir que el Estado consiga los resultados adecuados en beneficio de una población en situación de vulnerabilidad, como lo es la población indígena.



¿Con qué otros derechos se relaciona el derecho a la consulta?

Libre determinación: los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su condición política, económica, social y cultural. (jurídica)

Desarrollo sustentable: es la satisfacción de necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer las posibilidades del futuro.

Es decir, “el derecho a determinar su propio ritmo de cambio, de acuerdo con su propia visión del desarrollo, y que ese derecho debe respetarse, especialmente su derecho a decir que no”.

Derecho a la propiedad: el Estado tiene la obligación de proteger la vinculación estrecha que guardan los pueblos indígenas con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos.



¿Con qué otros derechos se relaciona el derecho a la consulta?

Biodiversidad cultural: establecer medidas para un futuro sostenible a través de la conservación de la diversidad biológica, mediante la regulación de los recursos naturales, ecosistemas, especies y los genes que contienen esas especies, con la participación de los pueblos y la garantía de sus prácticas culturales.

Derecho a la identidad cultural: El Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas a preservar su identidad cultural.

La afectación al derecho de propiedad indígena transgrede a su vez la posibilidad de ejercer su “religión, espiritualidad o creencias (...) incluyendo la expresión pública de este derecho y el acceso a los sitios sagrados.



¿Cuándo y en qué casos se debe aplicar la consulta?



Cuando exista afectación a las comunidades y pueblos indígenas debido a la implementación de:

a) Medidas legislativas

b) Medidas administrativas

c) Megaproyectos o proyectos de gran impacto

Dicho de otro modo:

Cuando se realice la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo.

Cuando por circunstancias excepcionales sea necesario el traslado y la reubicación de pueblos indígenas, éste sólo podrá llevarse a cabo con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (art. 16.2).

Cuando se afecte a la conservación y preservación de la biodiversidad en los territorios indígenas, como los ecosistemas, especies y recursos genéticos, así como la utilización de la biotecnología para su explotación o transformación.

¿Cuáles son los principios que rige el derecho a la consulta?

- 1. Buena fe:** Implica que las acciones emprendidas respondan a un fundamento de **honestidad y respeto** de acuerdo con las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas.
- 2. Previa:** debe ser **anterior a la adopción y aplicación** de la medida legal o la administración nacional y a la ejecución del proyecto o actividad.
- 3. Libre: no debe haber interferencias ni presiones.** Es decir, debe estar libre de interferencias externas, y exento de “coerción, intimidación y manipulación”.
- 4. Informada:** se debe **dar a conocer** el objeto de la ley, decreto o proyecto a los posibles afectados. Es decir, se debe proveer a las comunidades indígenas que serán afectadas, de **información completa, comprensible, veraz y suficiente** que les permita adoptar una decisión adecuada a sus necesidades.



¿Cuáles son los principios que rige el derecho a la consulta?



5. Culturalmente adecuada: se debe realizar a través de asambleas y de las instituciones representativas de cada pueblo indígena. Se debe **tener en cuenta las peculiaridades** de los pueblos, formas de gobierno, usos y costumbres. Así como tener un diálogo intercultural con las partes.

Otros principios:

- a) Libre Determinación:** Capacidad de autogobernarse y decidir.
- b) Interculturalidad:** Implica tomar en cuenta las distintas visiones, perspectivas e intereses que se vean involucrados en el proceso de consulta.
- c) Transversalidad:** se deberá prestar especial atención a la totalidad de los derechos de la población para buscar la armonía entre ellos sin que en nombre de uno se afecte a otro.
- d) Pertinencia cultural:** El diálogo intercultural, implica la observancia del principio de igualdad y no discriminación, reconocer las especificidades de los sujetos de consulta y evitar reproducir patrones de desigualdad durante el proceso.

¿Quiénes están obligadas a consultar?

La **autoridad responsable** “es quien tiene el deber principal de consultar cuando existan o pueden existir decisiones o proyectos que afecten los derechos e intereses de los pueblos indígenas:

1) Entidad gubernamental: los tres niveles de gobierno.

- a) Federal
- b) Estatal
- c) Municipal

- Las dependencias y entidades de la administración pública federal, las cámaras que integran el Congreso de la Unión y los órganos autónomos.

- Las dependencias y entidades de la administración pública local, las legislaturas locales y los órganos autónomos locales, y en los municipios.

2) Las **empresas** (sector privado) (tercero).



¿Quiénes están involucrados en el proceso de consultar?

Para llevar a cabo la consulta, se requiere la participación de por lo menos seis figuras:

- I. Autoridad responsable
- II. Órgano garante
- III. Órgano técnico
- IV. Comité técnico asesor
- V. Grupo asesor de academia
- VI. Organizaciones de la sociedad civil y observadores

1) Autoridad Responsable: es quien tiene el deber principal de consultar cuando existan o pueden existir decisiones o proyectos que afecten los derechos e intereses de los pueblos indígenas.

2) Órgano Garante: funge como testigo de la consulta. En México diversas instituciones y organismos han participado y tienen la capacidad de intervenir con esta calidad, como la CNDH, Subsecretaría de Derechos Humanos y la CDPIM.

3) Órgano técnico: quien tiene la responsabilidad de preparar a la autoridad responsable durante el proceso, brindando la asesoría técnica y metodológica. En México puede ser: el INPI

¿Quiénes están involucrados en el proceso de consultar?

4. Comité Técnico Asesor: se constituye de diversas instancias, con la finalidad de “aportar conocimiento, asesoría, metodología, información sustantiva y análisis especializado al proceso de consulta previa. Pueden ser las secretarías de Estado en sus tres niveles.

5. Grupos de asesores de la academia y las organizaciones de la sociedad civil: son instancias que coadyuvan en la “construcción de una metodología intercultural”, su intervención tiene por objeto, acompañar y asesorar a los sujetos de consulta cuando así lo requieran. Pueden ser académicos, expertos, ONGs.

6. Observadores: son personas o entes que acompañan el proceso de consulta. Pueden ser el representante de la OIT y de la OACNUDH, PNUD, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

-El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, los Organismos Estatales de Protección de los Derechos Humanos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como organizaciones de la sociedad civil, entre otros.



¿A quiénes se consultan?



Se consultan:

- I. A las **comunidades o pueblos indígenas** susceptibles de verse afectados en sus derechos.
- II. Al **pueblo afromexicano** susceptibles de verse afectados en sus derechos.

Mediante: A través de sus instituciones representativas con capacidad para otorgar dicho consentimiento:

- a) *Autoridades municipales indígenas;*
- b) *Autoridades comunitarias, que dependiendo de la entidad federativa pueden ser: delegados, agentes, comisarios, jefes de tenencia, autoridades de paraje, ayudantías, entre otros;*
- c) *Autoridades tradicionales indígenas y afromexicanas;*
- d) *Autoridades agrarias indígenas y afromexicanas (comunales y ejidales);*
- e) *Las organizaciones, instituciones y ciudadanas y ciudadanos pertenecientes a los pueblos indígenas y afromexicano, e*
- f) *Instituciones académicas y de investigación relacionadas con los pueblos indígenas y afromexicano.*

¿Cuáles son los procesos de la consulta?

Etapas de la Consulta:

I. Etapa de acuerdos previos y elaboración de protocolo: el órgano responsable, el órgano técnico y los sujetos consultados **elaborarán de común acuerdo un protocolo de actuación** que permita fijar el objeto y alcance de la consulta, así como dar orden y estructura al proceso, se deben definir reglas y procedimientos claros, y establecer las etapas de la consulta, las formas de proceder y el carácter obligatorio de los resultados.

II. Etapa Informativa: el Órgano Responsable debe **proporcionar la información sobre la naturaleza e implicaciones** de la medida, de manera oportuna, clara y suficiente; a los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, utilizando todos los medios de comunicación e información a su alcance.

III. Etapa Deliberativa: es la etapa en la cual los sujetos consultados **analizan la información proporcionada** por el órgano responsable, sobre la cual **opinan y discuten para tomar una decisión** conjunta sobre las implicaciones de las medidas sometidas a consulta.



¿Cuáles son los procesos de la consulta?



IV. Etapa Consultiva: el Órgano Responsable pregunta de manera clara y precisa a los sujetos consultados, la respuesta que ellos ofrecen a la medida sometida a consulta.

Es en este momento en que las partes **realizan acuerdos**, es decir los sujetos consultados pueden dar o no su consentimiento a la medida motivo de la consulta, o en su defecto aceptar la medida con modificaciones a la propuesta original.

V. Etapa de Sistematización: es la etapa a cargo del Órgano Responsable en donde reúne los **principales puntos del proceso** de consulta así como los resultados de la misma.

En esta etapa el órgano técnico deberá garantizar que **los acuerdos se expresen con claridad** y representen la voluntad de los sujetos consultados.

VI. Etapa de Seguimiento y verificación de acuerdos. Se designan los criterios para observar el **cumplimiento de los acuerdos** de las partes.

El incumplimiento de los acuerdos por cualquiera de las partes involucradas anula todo el proceso, y ameritará sanciones conforme a la Ley en la materia.

Procesos de consulta de los pueblos indígenas de Costa Rica

Consulta a pueblos indígenas. Es la obligación del Gobierno de Costa Rica de consultar, de buena fe, a los pueblos indígenas de forma libre, previa e informada, mediante procedimientos culturalmente apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas administrativas, proyectos de ley promovidos por el Poder Ejecutivo, así como proyectos privados, susceptibles de afectarles.

Principios:

- De buena fe
- Libre
- Previo
- Informado
- Diálogo intercultural: Participación de las organizaciones representativas e -
- Inclusión de autoridades tradicionales
- Libre determinación
- Participación intergeneracional
- Igualdad de género
- Procedimiento culturalmente apropiado
- Otros

Carácter vinculante dentro del proceso de consulta

Finalidad: llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Niveles de consulta

Geográfico, Nacionales , Regionales , Territoriales y Comunitarias

Nivel de impacto: positivo y negativa.

Sujetos obligados a consulta: recae sobre el Gobierno de la República. Esta obligación, no puede ser delegada en terceros o sujetos de derecho privado de ningún tipo y, bajo ninguna circunstancia, representa la posibilidad de recurrir a medidas coactivas para realizar la consulta.

Partes del proceso de la consulta:

- 1) Unidad Técnica de Consulta Indígena (UTCI) encargando al Ministerio de Justicia y Paz.
- 2) Instancias Territoriales de Consulta Indígena. crearán una Instancia Territorial de Consulta Indígena por territorio.
- 3) Contraparte Interesada: Institución Pública o sujeto de Derecho Privado.

Procesos de consulta:

- Solicitud de la consulta;
- Admisibilidad de la solicitud de la consulta;
- Acuerdos preparatorios para la consulta;
- Intercambio de información;
- Evaluación interna del pueblo indígena;
- Diálogo, negociación y acuerdos;
- Finalización del proceso de Consulta;
- Cumplimiento y monitoreo de los acuerdos.

Procesos de consulta de los pueblos indígenas de Panamá

Consulta indígena: es el proceso que se lleven a cabo cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas que afecten sus derechos colectivos, entendiendo como estos sus tierras, territorios, recursos, modos de vida y cultura.

Principios:

- Oportuna
- De buena fe
- Interculturalidad
- Procedimientos apropiados
- Flexibilidad
- Plazo razonable
- Información oportuna
- Ausencia de coacción o acondicionamiento
- Consentimiento libre, previo e informado

Obligatoria de la consulta

Finalidad: alcanzar los acuerdos de consentimientos entre el Estado y los pueblos indígenas respecto a la medida legislativa o administrativa cuando involucre sus derechos colectivos.

Sujeto obligado: serán las entidades estatales. Estas Entidades del Estado son las que va a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas.



Procesos de consulta de los pueblos indígenas de Honduras

Conforme a la propuesta de la ley de consulta previa y libre en Honduras.

Principios:

- De buena fe
- Carácter previo
- Carácter obligatorio
- Interculturalidad
- Multilingüe
- Derecho de representación
- Representación
- Uso de las lenguas

Sujeto obligado: el Estado a través de la Dirección General de Pueblos Indígenas y Afrohondureños (DINAFROH), adscrita a la Secretaría de Desarrollo e Inclusión Social (SEDIS); como rector de la política pública institucional de los Pueblos Indígenas y Afrohondureños (PIA).

El Estado a través de sus diferentes instituciones serán las responsables de llevar a cabo los procesos de Consulta Libre, Previa e Informada (CLPI), en el ámbito de sus competencias; pudiendo ser tierras y territorios, recursos naturales, derecho consuetudinario, empleo, formación profesional, seguridad social, salud, educación, cultura, entre otras.

Observadores:

Asumirán el rol de observadores de la Consulta Libre, Previa e Informada (CLPI), las instituciones u organizaciones pública o privadas, nacionales o internacionales.

Etapas de la consulta:

- a) Etapa de elaboración y aprobación del plan de consulta.
- b) Etapa de información de la medida.
- c) Etapa de evaluación y diálogo interno
- d) Etapa de diálogo
- e) Etapa de adopción de acuerdos

Finalidad:

llegar a un acuerdo o consentimiento.
Documentación y registro de los acuerdos.
Seguimiento del resultado de la consulta.
Garantías de los resultados de la consulta.
Responsabilidad del estado.
Resolución administrativa de conflictos.

Derecho comparado ¿Quiénes están obligadas a consultar y a ser consultado?

Belice

- Una persona o autoridad que consulta a otra persona o autoridad (129 consulta numeral 1 y 2 de la Constitución de Belice)

Costa Rica

- La jurisdicción constitucional quien ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos y el juez para consultarle a la sala constitucional. (art. 96 y 102 de la Constitucional de Costa Rica .
- De la **educación y Cultura**. El estado ...velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales (art. 76 CPRCR).

Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas

- ✓ Obligación del **Poder Ejecutivo** de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas, proyectos de ley o proyectos privados, susceptibles de afectarles. (Art. 1º.).
- ✓ Carácter vinculante dentro del proceso de consulta.
- ✓ Intervienen en los procesos de consulta: la Unidad Técnica de Consulta Indígena (UTCI) la instancias Territoriales de Consulta Indígena y la contraparte Interesada (Institución Pública o sujeto de Derecho Privado).

El Salvador

En la **Ley de Cultura** en su capítulo III reconoce a los pueblos indígenas

Art. 32.- El Estado deberá establecer los medios para asegurar la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones sobre cuestiones que afecten sus derechos.

La Ley de Medio Ambiente en su artículo 25, literales a y b, establece la consulta como un derecho en el cual cualquier persona, natural o jurídica, que desee consultar y emitir sus observaciones a un Estudio de Impacto Ambiental ...

Guatemala

- En la Constitución Política de Guatemala se reconoce a las comunidades indígenas “Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe” (art. 66 CPG).
- ✓ Protección de tierras y territorios..
- ✓ La legislación sobre consulta indígena en Guatemala se basa en el Convenio 169 de la OIT

Honduras

- **Reforma Agraria**. Es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas (art. 346 CPH) .
- ✓ La Ley de Consulta Libre, Previa e Informada para los Pueblos Indígenas y Afrohondureños es un anteproyecto de ley liderado por el Gobierno de Honduras desde 2012.

Panamá

- De la **Cultura Nacional**. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos (art. 90 de la CPRP)
- ✓ Del **régimen Agrario**. El Estado dará atención especial a las comunidades campesinas e indígenas con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional (art. 124).
- ✓ Ley que establece la consulta y el consentimiento previo, libre e informado a los pueblos indígenas (Ley No. 37)

¿Cuáles son los resultados o consecuencias de la consulta?

a) Aceptación lisa y llana.

b) Aceptación con condiciones.

- Cuando las comunidades y pueblos indígenas establecen las condiciones en las que tal medida se llevaría a cabo para garantizar sus derechos, incluyendo medidas de reparación, indemnización, mitigación y una distribución justa y equitativa de los beneficios.

c) No aceptación con posibilidad de presentar otra opción o modificaciones a la medida.

- El Sujeto Consultado deja abierta la posibilidad de explorar otras opciones para la realización de una medida similar, misma que sería nuevamente sometido a consulta.

d) No aceptación lisa y llana.

e) Opiniones sobre el objeto de la consulta.



¿Cuáles son los Estándares internacionales de la consulta y el consentimiento ?



1. El imperio del principio de buena fe durante los procesos.
2. La consulta debe ser sistemática y transparente, con el objeto de dotar de seguridad jurídica al proceso y sus resultados.
3. El carácter previo de la consulta.
4. El ejercicio libre de la consulta.
5. Información basta y suficiente.
6. El respeto a la cultura e identidad de los pueblos indígenas.
7. El reconocimiento de los pueblos indígenas que, en los procesos de consulta, puedan fijar sus propias condiciones y requisitos y exigir que el proyecto se ajuste a su concepción de desarrollo.
8. Respetar sus propias formas de generar consensos, sus formas de desarrollar sus argumentos y la importancia de los símbolos e imágenes que reflejen sus posiciones.
9. Respetar los tiempos y ritmos que marcan sus propios procesos de toma de decisiones.
10. La obtención del consentimiento libre, previo e informado, conforme a sus costumbres y tradiciones, en sus propias lenguas, de acuerdo a sus tradiciones orales, en sus propios tiempos...

¿Cuáles son las experiencias de México sobre procesos de consulta?



1. Iniciativa de Reforma Constitucional sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Afromexicano.
2. Iniciativa de Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas
3. Proceso de consulta para la construcción de la Universidad de Lenguas Indígenas
4. Acciones afirmativas en materia de representación político electoral de los pueblos indígenas
5. Redistribución electoral de los Pueblos y Comunidades Indígenas
6. Proyectos de infraestructura y Megaproyectos.
7. Tren Maya
8. Tren transístmico

