



Estudio: Consentimiento libre, previo e informado
Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los
Pueblos Indígenas (Resolución A/HR/C/36/57)
Consejo de Derechos Humanos

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

Estudio: Consentimiento libre, previo e informado
Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
(Resolución A/HR/C/36/57)
Consejo de Derechos Humanos

Aportes del Estado de Guatemala.

Guatemala, Centro América.
Febrero 2018

Contenido

Presentación	4
Contexto nacional	5
Abordaje del Consentimiento libre, previo e informado.....	5
a. Legislación	5
b. Jurisprudencia	6
c. Institucionalidad.....	8
d. Buenas prácticas	9
e. Retos de país	11

Presentación

En el párrafo 48 de la Resolución A/HR/C/36/57 del Consejo de Derechos Humanos “Informe anual del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de los pueblos indígenas en todo el mundo en relación con el logro de los fines de la Declaración, solicitado por el Consejo en su resolución 33/25, párrafo 2 a), se centraría en el tema del consentimiento libre, previo e informado.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos mediante comunicación de fecha 30 de noviembre de 2017, invita a todos los Estados para que presenten sus contribuciones para la elaboración del estudio anual establecido por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su 10º Período de sesiones, a presentarse ante el Consejo de Derechos Humanos en su 39º sesión en septiembre de 2018.

El Estado de Guatemala presenta sus aportes al estudio en proceso.

Contexto nacional

1. Guatemala es un país pluricultural, multilingüe y multiétnico. El 41% de la población lo conforman los Pueblos Indígenas, siendo ellos el pueblo maya, el garífuna y el xinka, legalmente reconocidos¹ y de este porcentaje el 51% son mujeres².
2. Los Pueblos Indígenas están ubicados principalmente en los departamentos donde los porcentajes de pobreza y pobreza extrema tienen los más altos niveles, según la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida 2014. Esto implica que las mujeres mayas, garífunas y xinkas son quienes sufren la pobreza y pobreza extrema, la discriminación, la invisibilización y la explotación.

Abordaje del Consentimiento libre, previo e informado

a. Legislación

3. La legislación guatemalteca contiene el derecho de consulta a los pueblos indígenas desde la ratificación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes número 169 de la Organización Internacional del Trabajo³, cada vez que se adopten medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas.
4. En el año 2002, con la aprobación del Decreto 11-2002 Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, en su artículo 26, se estableció que en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinka y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los Consejos de Desarrollo.
La promoción del proceso de elección de los representantes de los pueblos indígenas ante los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural se encuentra a cargo del Ministerio de Cultura y Deportes⁴ con el apoyo de los Gobernadores Departamentales y la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencial.
5. La Ley de Información Catastral⁵ (artículo 65) y el Reglamento Específico para el Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales⁶ garantiza el desarrollo de procesos de participación y consulta a las comunidades indígenas y campesinas para el registro de predios en posesión o propiedad de pueblos indígenas o campesinas para el proceso catastral.

¹ Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (1995) cuya vida legal se logra a través de la aprobación de la Ley Marco de los Acuerdos de Paz Decreto No. 52-2005.

² Censo de Población, INE 2003.

³ Decreto 9-96 del Congreso de la República de 1996.

⁴ Artículo 9 del Reglamento de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.

⁵ Decreto No. 41-2005.

⁶ Resolución 123-001-2009 del Consejo Directivo del Registro de Información Catastral de fecha 30 de septiembre de 2008.

A partir del año 2009 se ha logrado la declaración de 7 predios como tierras comunales, siendo los siguientes:

Comunidad	Municipio	Departamento
El Bongo	Estor	Izabal
Matanzas	San Jerónimo	Baja Verapaz
San Isidro	San Jerónimo	Baja Verapaz
El Jícara*	San Jerónimo	Baja Verapaz
San Vicente*	Guanagazapa	Escuintla
Chinachilchoch*	El Estor	Izabal
Semanzana*	El Estor	Izabal

* Tierras comunales declaradas en 2017

6. La Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional⁷ y su reglamento, instaura la Instancia de Consulta y Participación Social⁸ – Incopas- como canal de comunicación o espacio de participación, donde se plantean propuestas relacionadas a la Seguridad Alimentaria Nutricional por parte de los sectores de la sociedad civil representados, entre ellos los pueblos indígenas.

7. El Reglamento para la Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental⁹ a cargo del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, establece un proceso de participación pública mediante modalidades de entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y/o reuniones de trabajo considerando la comunidad lingüística y las pertinencias culturales del área de influencia del proyecto.

b. Jurisprudencia

8. Diversas sentencias de la Corte de Constitucionalidad han examinado el derecho de consulta de los pueblos indígenas, que parte de la opinión consultiva a solicitud del Congreso de la República en 1995, expediente 199-95 de la Corte de Constitucionalidad de fecha dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

9. En la referida sentencia, la Corte de Constitucionalidad, al analizar el artículo 6 del Convenio 169 referente a la consulta a los pueblos indígenas, establece que *“al aplicar las disposiciones del mismo, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, al prever medidas que les afecten, permitiendo la participación libre de los integrantes de dichos pueblos, a los efectos de alcanzar consensos mediante el diálogo, la negociación y la concertación, tal como se procede en casos similares con otros sectores de la sociedad. La Constitución prevé mecanismos de participación democrática a través de los cuales los ciudadanos pueden pronunciarse en cuestiones de elección de autoridades, respecto de decisiones de especial trascendencia y en aquellos casos en que se haga necesaria su participación*

⁷ Decreto No. 32-2005, artículo 25 y 26.

⁸ <http://www.incopas.org/>

⁹ Acuerdo Gubernativo número 137-2016 de fecha 11 de julio de 2016 de la Presidencia de la República.

en planes de desarrollo urbano y rural, por lo que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena no vulnera ningún precepto constitucional, sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala”.

10. La Corte de Constitucionalidad en posteriores sentencias reafirma que la consulta es un derecho fundamental e incuestionable, cuyo fundamento se encuentra en el conjunto de normativas de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala y la interpreta como *“un derecho fundamental de carácter colectivo”*, integrado al bloque de constitucionalidad, y ha indicado que la falta de un marco jurídico e institucional adecuado para llevar a cabo el deber estatal de consultar *“no puede ser considerada valladar infranqueable para cumplir con este cometido”*¹⁰.
11. La Corte de Constitucionalidad, a falta de una norma que especifique el procedimiento de consulta, en sentencias del caso Oxec y Oxec II, de fecha 26 de mayo de 2017, contenida en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sobre el caso Oxec y Oxec II, ha definido procedimientos en concordancia con los principios y lineamientos establecidos en el Convenio 169, dicha corte señala con preocupación el hecho de que, desde hace diez años, ha exhortado en diferentes sentencias al congreso de la República a decretar la mencionada normativa, sin que hasta el momento se ha emitido.¹¹
12. Atendiendo las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad, el Ministerio de Energía y Minas ha dado continuidad a los siguientes procesos de consulta: i) Centrales Hidroeléctricas “La Vega I” y “La Vega II”, Corte de Constitucionalidad, exp 1149-2012 y 4957-2012 (29 de febrero de 2015 y 8 de diciembre 2015); ii) Sub estación Uspantán – Chixoy II, Línea de transmisión Uspantán – Chixoy II Corte de Constitucionalidad Exp. 156-2013, acumulados 159-2013 (8 de abril de 2015), iii) Centrales Hidroeléctricas Oxec I y Oxec II, Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92 – 2017¹² (26 de mayo de 2017) y iv) Central Hidroeléctrica Las Brisas, Corte de Constitucionalidad, expediente 3120-2017 (29 de junio de 2017).
13. Las sentencias en materia de consulta a los pueblos indígenas emitidas por la Corte de Constitucionalidad han marcado un paso importante en el cumplimiento de este derecho. En ese sentido, el Gobierno de Guatemala ha dado un giro importante de especial trascendencia para la plena vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas y el cumplimiento efectivo del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁰ Expediente 3778 -2007 (2009) Considerando IV (h) Citado en Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya. Distr. General 4 de marzo de 2011. Naciones Unidas A/7HRC/16/XX (p: 9)

¹¹ Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Guía Operativa para la implementación de la Consulta a Pueblos indígenas, pagina 6.

¹² Sentencia que aprueba las pautas para el desarrollo de consulta a los pueblos indígenas en tanto se emite la ley específica de consulta por parte del Congreso de la República.

14. Sobre las sentencias en particular, la señora Verónica Simán, Coordinadora Residente a.i. del Sistema de las Naciones Unidas en Guatemala en el 2016, señaló: “las sentencias que la Corte de Constitucionalidad ha emitido constituyen precedentes importantes para reafirmar los derechos humanos de carácter colectivo de los pueblos indígenas, y establecer criterios y obligaciones estatales que deben observarse, con especial énfasis en los derechos de participación y derecho de consulta previa e informada, frente a cualquier iniciativa que pueda afectar el derecho de los pueblos a decidir sus propias prioridades, su proceso de desarrollo, sus formas de vida, creencias, y bienestar espiritual...”.

c. Institucionalidad

15. El Ministerio de Trabajo y Previsión Social¹³ en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, representan al Estado en los Organismos Internacionales en los procesos de negociación de Convenios Internacionales relativos al Derecho de Trabajo, así como velar por su difusión y aplicación. De esta cuenta el Convenio 169 queda en el ámbito de la obligación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, que ha constituido la oficina de Pueblos Indígenas de la Dirección de Previsión Social en el Viceministerio de Previsión Social y Empleo, responsable del proceso de socialización de los derechos de los pueblos indígenas y derechos laborales contenidos en el Convenio 169.
16. Los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural como un mecanismo nacional establecido, constituye el medio principal de participación de la población maya, xinka y garífuna y la no indígena, en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo, tomando en cuenta principios de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca. Y, en particular el artículo 26 de la ley que los regula, establece que las consultas a los pueblos maya, xinka y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los Consejos de Desarrollo.
17. El Ministerio de Energía y Minas, para acompañar y ejecutar acciones relacionadas con “Consentimiento libre, previo e informado” estableció en el año 2007 el Viceministerio de Desarrollo Sostenible¹⁴ con el objetivo de fomentar el diálogo en torno al desarrollo sostenible, mediante la participación comunitaria y la atención a temas de conflictividad social relacionadas con proyectos de competencia de este ministerio.
18. La Comisión Presidencial de Diálogo, es una instancia del Organismo Ejecutivo mandatado para la coordinación y facilitación de procesos de diálogo para la atención de los conflictos sociales de diversos tipos: agrarios y de límites territoriales, contaminación de ríos y ambiente, servicios básicos como en el caso de las carreteras y vivienda, así como las surgidas debido a actividades relacionadas a la construcción de hidroeléctricas y de proyectos mineros.

¹³ Decreto 114-97, Ley del Organismo Ejecutivo, artículo 40 y literales c) y e).

¹⁴ Ver: <http://www.mem.gob.gt/quienes-somos/viceministerio-de-desarrollo-sostenible/objetivos-y-funciones-ds/> Consultado el 8 de enero de 2018

d. Buenas prácticas

19. En el período del 12 de octubre de 2016 al 18 de julio de 2017, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social impulsó la elaboración de la Guía Operativa para la implementación de la consulta a pueblos indígenas¹⁵, un documento oficial de apoyo a los funcionarios públicos en los procesos de consulta, el mismo contiene ocho pasos conforme los estándares de consulta contenidos en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes número 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Cada paso comprende una etapa que genera la participación activa y participativa de los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, así como la adecuación cultural en cada caso.

El **paso uno** es la etapa preparatoria en la cual los funcionarios de la instituciones públicas juegan un rol fundamental y se sujetan en cada actuación a los términos del Convenio 169 previo a la autorización de desarrollo de algún proyecto o iniciativa susceptible de afectar en forma directa los derechos de los pueblos indígenas.

El **paso dos** comprende la generación de confianza de la autoridad de Estado con los pueblos indígenas.

El **paso tres** constituye la construcción conjunta de un plan de consulta que se adecua en cada caso, al tener presente la diversidad misma de los pueblos indígenas.

El **paso cuatro** es la información de la medida administrativa, el cual se tiene como clave para que se cumplan los principios del Convenio 169, se tenga la más amplia información que incluye la naturaleza de la medida administrativa, sus impactos y beneficios.

El **paso cinco** comprende el análisis de la información proporcionada, de manera que la comunidad, de forma independiente e interna cuestione, analice la información que se le ha compartido.

El **paso seis** comprende un diálogo sobre el análisis realizado por la comunidad, sus propuestas, sus posturas y los mecanismos que aseguran los derechos sobre los cuales es susceptible que el proyecto tenga impacto.

El **paso siete**, consiste en la búsqueda de acuerdos y El **paso ocho**, el aseguramiento de un mecanismo de garantías para los acuerdos alcanzados si hubiese sido el caso.

20. La participación pública en los Estudios de Impacto Ambiental, que promueve, por mandato legal el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, si bien no sustituyen el proceso consultivo, es una buena práctica que permite la participación de las comunidades desde el proceso de diseño de los proyectos y determinar el impacto susceptible de afectar sus derechos.

¹⁵ Es importante mencionar que el contenido de la Guía Operativa para la consulta a pueblos indígenas hace acopio del Convenio 169 de la OIT, integra el procedimiento establecido por la Corte de Constitucionalidad, siendo un instrumento de carácter flexible, adaptable a las practicas propias de los pueblos indígenas y particularmente prioriza el diálogo para establecer los términos y condiciones del proceso de consulta, entre la institucionalidad pública en representación del Estado y los pueblos indígenas.

21. El Ministerio Público, durante el proceso de elaboración de la Política de Acceso de los Pueblos Indígenas al Ministerio Público y la Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala 2015-2035, promovió la participación activa y propositiva de distintas autoridades indígenas como entes representativos de las comunidades indígenas para aportar sus conocimientos y experiencias en su calidad de autoridades en las mesas de trabajo que se organizaron para el proceso.

22. El Registro de Información Catastral –RIC- previo a iniciar con el levantamiento de la información catastral implementa un proceso continuo y participativo de comunicación social entre otras actividades como: i) visitas comunales para dar a conocer el proceso de establecimiento catastral y socializar el Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, ii) visitas catastrales, una vez la comunidad acepte que en sus predios se realice con el levantamiento de la información catastral, iii) diagnósticos previos de las tierras comunales de las distintas zonas declaradas en proceso catastral, iv) capacitación dirigido a personal interno del RIC, así como a personal de otras instituciones relacionadas con el tema agrario (Fondo de Tierras, Secretaría de Asuntos Agrarios, entre otras), para socializar el Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, y v) se contrata una persona específica para trabajar en este tema, quien además de tener el conocimiento de la situación socio-cultural del área debe hablar el idioma de la localidad.

23. El Ministerio de Energía y Minas, para poder atender las diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad relacionadas con la obligación de desarrollar Consultas Comunitarias a Pueblos Indígenas, cuenta con su propia metodología con una estructura de ocho (8) fases con el objetivo de generar participación y diálogo de los Pueblos Indígenas en aquellas decisiones que puedan afectarles, propiciando en todo momento el diálogo y negociación de buena fe entre las partes involucradas y procurando llegar a acuerdos sobre las medidas previstas con las comunidades afectadas.

Dicha metodología institucional, es parte de una caja de herramientas con las que ahora cuenta la institucionalidad para desarrollar proceso de Consulta, iniciativa que se suma a las pautas y lineamientos que la Corte de Constitucionalidad generó para el proceso de Consulta de los proyectos Hidroeléctricos Oxec I y Oxec II y la Guía Operativa para la Implementación de la Consulta a Pueblos Indígenas, presentada por el Ministerio de Trabajo en el año 2017.

Así mismo el Ministerio inició procesos intra – direcciones con el objetivo de transversalizar el desarrollo de Consultas a Pueblos Indígenas, previas y como parte del proceso administrativo a seguir ante la solicitud de autorización de medidas administrativas. Estas acciones se están realizando con el objetivo de armonizar el Convenio 169 con los diferentes Planes, Políticas o acciones ministeriales. Un resultado de este proceso se encuentra en el “Plan Nacional de Energía, 2017 – 2032”, que incorpora en su primer eje estratégico la acción 3 referente a la Atención a la

conflictividad social para proyectos hidroeléctricos y la metodología para establecer los procesos de consulta.¹⁶

24. En el marco del XII Censo de Población y VII de Vivienda, el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2017 y 2018, llevó a cabo mesas de trabajo con organizaciones de pueblos indígenas durante el proceso de construcción de las preguntas de la boleta censal con el objetivo de aportar y recibir recomendaciones y sugerencias¹⁷, así como procesos de socialización con autoridades ancestrales a nivel nacional¹⁸, acciones desarrolladas con el acompañamiento del Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

e. Retos de país.

25. Promover la armonización de la Legislación Nacional con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, referidos a la protección y goce de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas para evitar clima de conflictividad social en detrimento del bienestar de los pueblos indígenas.

26. Es imperativo la aprobación de la Ley de Consulta a Pueblos Indígenas por parte del honorable Congreso de la República, en el marco del cumplimiento de la resolución de la Corte de Constitucionalidad, quien ha sustentado la necesidad reiteradamente, de contar con una norma que regule los procesos de consulta en Guatemala, como determinante y factor clave para el cumplimiento del derecho a consulta¹⁹.

27. Es urgente que la institucionalidad pública asuma mediante mecanismo, metodologías y protocolos la aplicación de la consulta libre previa e informada al implementar acciones con afectación en los derechos de los pueblos indígenas.

28. Impulsar el análisis de género del consentimiento libre, previo e informado, considerando la condición de vulnerabilidad a las mujeres indígenas con relación al ejercicio de sus derechos humanos.

¹⁶ En <http://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2017/11/Plan-nacional-de-energia.pdf> Consultado en línea el día 8 de enero de 2018-

¹⁷ Organizaciones participantes: ONEGUA, WAQIB' KEJ, COPXIG, TZUNUNIJA, MOLOJ-CDN, MAYA' WUJ y ALIANMISAR.

¹⁸ Se tuvo la participación de 50 Autoridades Indígenas Ancestrales de las diferentes regiones del país: Chimaltenango, Huehuetenango, Santa Rosa, Quiche, San Marcos, Rabinal Baja Verapaz, Sololá, Totonicapán, Jutiapa, Alta Verapaz, Ixcán Quiche, Livingston Izabal, Quetzaltenango, Chuarrancho y Guatemala.

¹⁹ En el Congreso de la República se encuentran dos iniciativas de ley de consulta a los pueblos indígenas: Iniciativa No. 3684 (2007) pendiente de dictamen e Iniciativa No. 4051 (2009) con dictamen favorable; así mismo, el 29 de agosto de 2016, el pleno conoció la iniciativa No. 5134 (2016) que busca reformar la Ley de Minería, en cuyo artículo 41 Bis se establece la consulta a los pueblos indígenas a la luz del Convenio 169 de la OIT.

29. Finalmente, en la línea de consulta, es importante mencionar que el problema en el tema de Consulta de Pueblos Indígenas no es solamente de carácter jurídico y normativo. El Relator de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas visitó el país del 10 al 16 de junio del 2011 y en su informe mencionó que en el país hay retos importantes como: a) definir un marco regulatorio que defina un mecanismo sencillo concreto y claro de cómo hacer las consultas b) Definir la concepción que se tiene de las consultas, dado que, muchos actores conciben la consulta a Pueblos Indígenas con un poder de veto de decir un Sí o un No, sino que, la consulta es un proceso de diálogo intercultural donde se da información, se reciben aportes, se construyen visiones incluyentes y se definen los proyectos; no es para aceptar o rechazar, es para nutrir y cuidar que no se afecten los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, tales como el derecho a la vida, identidad cultural, idioma, a sus lugares sagrados, etc. Lo que se busca por medio de la consulta es un desarrollo respetuoso, armonioso y con pertinencia cultural y que realmente traiga beneficios para las comunidades y a los Pueblos Indígenas. Así mismo en los diálogos y congresos²⁰ con pueblos indígenas, sobre el tema de consulta, se ha

²⁰ Comisión Presidencial contra la discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas en Guatemala. Conclusiones: IV Congreso Nacional sobre Racismo y Discriminación Racial. Consulta Libre Previa e Informada. ...Los retos y desafíos para la construcción de una nueva concepción de desarrollo, concluido que el reto del Estado en este tema, es el respeto de la concepción de desarrollo de los pueblos indígenas y garantizar el derecho a la libre determinación, establecida en Convenios Internacionales ratificados por el Estado de Guatemala.

garantizar las condiciones de vida materiales, técnicas y espirituales, en hermandad y armonía con la madre naturaleza.

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

