



PROGRAMA REGIONAL DE
"PARTICIPACIÓN POLÍTICA INDÍGENA" EN AMÉRICA LATINA



**"Guía de buenas
prácticas para la
Consulta Previa
en las Américas"**

AUTORA
Jay Hartling



PROGRAMA REGIONAL DE "PARTICIPACIÓN POLÍTICA INDÍGENA"
EN AMÉRICA LATINA

"Guía de buenas prácticas para la Consulta Previa en las Américas"

AUTORA:

Jay Hartling

© Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2017

Autora

Jay Hartling (Canadá)

Editores responsables

Maximilian Benjamin Hedrich

Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y del Programa Regional de "Participación Política Indígena" de la Fundación Konrad Adenauer

Bernardo Ponce

Coordinador del Programa Regional de "Participación Política Indígena" de la Fundación Konrad Adenauer

Traducción inglés - español

Eduardo Hoffmann

Lupe Andrade

Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina

Calle 21 #70 (Lado ProSalud), Achumani

Tel.: (+591) (2) 277-2675

Casilla N° 9284

La Paz – Bolivia

Email: info.ppi@kas.de

www.kas.de/ppi

Diseño de portada

Jose Fuentes Arzabe

D.L.

4-1-937-17

Impresión

Editora Presencia

Impreso en Bolivia

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer (KAS).

El texto que se publica a continuación es de exclusiva responsabilidad de los autores y no expresa necesariamente el pensamiento de los editores y/o de la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la inclusión de la fuente.

CONTENIDO

Prólogo	5
Introducción	7
Resumen de los Esquemas Internacionales y Regionales Claves	9
Convenio OIT 169	10
Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	13
Protocolos, Acuerdos y Consejos Adicionales	14
Corporación Financiera Internacional (Grupo del Banco Mundial)	
Estándar de Desempeño 7 (2012): pueblos indígenas	14
Los Principios del Ecuador III [Equator Principles III] (2013)	15
Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM) (2013)	16
Temas/Análisis	19
Mejores Prácticas de Consulta: Procesos	25
Mejores Prácticas en Consulta: Ejemplos Prácticos	29
Ejemplo Práctico #1: Consulta sobre Energía, Nueva Escocia, Canadá	29
Ejemplo Práctico #2: Ley Forestal y de Fauna Silvestre - Normativa, Perú	32
Ejemplo Práctico #3: Corrección de Procedimientos en Panamá	35
Ejemplo Práctico #4: Creando un nuevo Ministerio de Cultura en Chile	38
REFERENCIAS	41

PRÓLOGO

El Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) de la Fundación Konrad Adenauer, evalúa periódicamente las prioridades relativas a los derechos de los pueblos indígenas de la región. En este marco de evaluación y análisis, desde el año 2011 expertos indígenas y no indígenas de más de 10 países de la región nos han acompañado cada año en la tarea de desarrollar acciones que respondan a las necesidades retadoras y cambiantes de la agenda indígena en América Latina.

Como parte de nuestra lectura, queda claro que los procesos de Consulta Previa son una cuestión prioritaria en el actual contexto de la agenda indígena. A medida que desarrollamos mayor profundización y entendimiento de la Consulta Previa, establecimos la necesidad de contar con un documento con rigor académico, que refleje y sistematice las diversas experiencias de consulta.

En nuestro camino recorrido, tuvimos el honor de tomar contacto con la especialista canadiense en Consulta Previa, Jay Hartling, autora de esta imperdible contribución al debate regional sobre consulta previa. La experiencia de la Sra. Hartling es muy nutrida tanto en Canadá como en América Latina, se desempeña como consultora desde Halifax, Nueva Escocia, es especialista en temas relacionados con la consulta indígena y en las relaciones de las comunidades indígenas en Canadá y América Latina. La Sra. Hartling tiene más de 16 años de experiencia en el asesoramiento a los gobiernos federales y provinciales canadienses, así como a organizaciones internacionales, gobiernos de América Latina, comunidades y organizaciones indígenas y también al sector privado; desarrolla e implementa políticas, programas y prácticas justas, transparentes y de consulta constante para todos los sectores involucrados en Consulta Previa, así como también desarrolla e implementa programas de responsabilidad social corporativa.

En esta oportunidad, gracias a su valiosa experiencia acumulada, ofrecemos una publicación con un enorme valor agregado, que se traduce en brindar una perspectiva práctica de distintos procesos de Consulta Previa en América Latina y en Canadá, cubriendo un amplio espectro geográfico, tomando en cuenta contextos nacionales muy particulares de los que se extrae valiosas lecciones aprendidas, incluso estableciendo similitudes y diferencias de los procesos de Consulta Previa entre América Latina y Canadá. Todo ello, tomando en cuenta el rigor académico que debe tener el tratamiento de la Consulta Previa. A lo largo del texto se profundiza cuestiones fundamentales de experiencias de Consulta Previa, incluyendo la relevancia de los convenios internacionales en la materia y estudios de casos concretos de Canadá, Perú, Panamá y Chile.

Estamos seguros que quienes accedan a este aporte, tendrán a la mano un recurso muy valioso que les permitirá profundizar estos procesos, comprenderlos desde la práctica sin perder la perspectiva de proceso y el marco legal que ordena su aplicación.

Maximilian Benjamin Hedrich

Representante

Programa Regional de "Participación Política Indígena"

Fundación Konrad Adenauer

INTRODUCCIÓN

El derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas y a su consentimiento libre, previo, e informado ha sido ampliamente examinado y debatido. Esta guía tiene como objetivo proporcionar una mirada a las mejores prácticas en la consulta y al consentimiento libre, previo e informado (CLPI/FPIC - por sus siglas en inglés) con pueblos indígenas, particularmente de una perspectiva práctica del proceso y de las prácticas en sí.

La guía describe en forma breve los principales instrumentos normativos internacionales que apoyan a la consulta y el CPLI; los temas claves que han emergido con respecto a la implementación de la consulta con los pueblos indígenas en Latinoamérica (y Canadá)¹; los consejos paso a paso de alto nivel sobre cómo implementar la consulta; y cuatro ejemplos muy diferentes de las "mejores prácticas" a modo de ilustración.

Los procesos emergentes en Latinoamérica de consulta con pueblos indígenas están experimentando creciente agonía, críticas, retrocesos y alguna resistencia de parte de todos los involucrados. Tiene que existir un compromiso con la implementación debida de los procesos institucionalizados de consulta con pueblos indígenas a nivel de Estado. Existe una tendencia a creer que los procesos necesitan ser perfectos para ser implementados, y que todos los temas relativos deben ser resueltos con anterioridad. Todos los casos presentados en esta guía indican que el sistema no necesita ser perfecto para proceder con la consulta y que, un compromiso con el aprendizaje y el mejoramiento del proceso conllevará a una confianza incrementada y mejores resultados, y se convertirá en la base de futuras consultas.

■
1 Nota del autor: A pesar de que el contexto Canadiense es diferente que el de Latinoamérica, los fundamentos, procesos y temas asociados con la implementación de consulta con pueblos indígenas son similares.

RESUMEN DE LOS ESQUEMAS INTERNACIONALES Y REGIONALES CLAVES

El desarrollo histórico de los derechos de los indígenas y su codificación en acuerdos, tratados y declaraciones de derecho internacional, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Conferencia y Década Contra el Racismo, la Declaración de Patzcuaro, y los estudios esenciales de Martínez Cobo (1981-83), lideraron los dos instrumentos internacionales fundamentales con relación a los derechos de los pueblos indígenas: *los Convenios Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* de la Organización Internacional del Trabajo [OIT] de 1989 (OIT 169), y la *Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los pueblos indígenas* del 2007 (*UNDRIP* - por sus siglas en inglés). Estos dos documentos (sea uno o el otro, o ambos) proporcionan el marco conceptual para la implementación de consultas previas en la mayoría de los países de Latinoamérica, y la jurisprudencia nacional o regional correspondiente.

La creación de instrumentos legales propios para proteger los derechos de los indígenas, tales como el Convenio OIT 169, no crean una clase especial de derechos, es decir derechos adicionales para los pueblos indígenas. Más bien proporcionan la igualdad de oportunidad y tratamiento que ya son disfrutados por otros, a un grupo históricamente desfavorecido o discriminado. Los indígenas tienen y disfrutan de derechos individuales, sin embargo los derechos específicos de los pueblos indígenas, de acuerdo a el Convenio OIT 169 y la UNDRIP, son derechos colectivos – la expresión de una cultura u organización con característica colectivas. Por ejemplo, la Convención OIT 169 y la UNDRIP ambas tienen que ver con varios derechos colectivos en las siguientes áreas: justicia, tierras, territorios y recursos naturales, empleo, capacitación profesional, seguridad social, educación y cultura; así como en las consultas y la participación.

Es importante también hacer una distinción y comprensión de la relación entre dos piezas claves de textos legales internacionales que enmarcan los derechos de los pueblos indígenas.

El Convenio OIT 169 (1989), el cual reemplazó a la OIT 107 (1957), fue desarrollado antes que la UNDRIP y es el elemento central del marco normativo internacional para la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. El Convenio OIT 169 es un instrumento internacional legalmente vinculante que, una vez ratificado, establece que el Estado goza de un año para adaptar y alinear su legislación, políticas y programas al Convenio mismo antes de que ésta se vuelva legalmente vinculante. Los países que ya han ratificado el Convenio están sujetos a la supervisión y comentario con respecto a su implementación por parte de un comité de vigilancia. (ver: Convenio OIT 169: Mecanismo, a continuación).

La Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue el resultado de un largo diálogo y proceso de negociación y fue adoptada por la mayoría de los países el 2007². La UNDRIP describe los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas así como sus derechos a cultura, identidad, lenguaje, empleo, salud, educación y otros temas. No se lo considera un documento de vinculación

2 Cuatro países (EEUU, Australia, Canadá y Nueva Zelanda) inicialmente votaron en contra de la adopción de la UNDRIP pero luego la avalaron con algunas reservas. Ciento cuarenta y tres países la aprobaron, 11 países se abstuvieron -dos de los cuales posteriormente la apoyaron-, y varios países estuvieron ausentes durante el voto.

legal por sí mismo, pero acompañado de otros instrumentos de derechos humanos y un conjunto creciente de jurisprudencia sobre los derechos de los indígenas, la UNDRIP se ha convertido en un documento legal importante cuyos conceptos están progresivamente encontrando su lugar en el sistema legal canadiense y en el lenguaje vernáculo de consulta.

Es importante observar que el Convenio OIT 169 y la UNDRIP son complementarias y que tienen la intencionalidad de reforzarse una a la otra. Por ejemplo, la OIT 169 establece el derecho a la participación, consulta y auto-gobierno; mientras que la UNDRIP afirma el derecho a la auto-determinación.

Convenio OIT 169

La OIT es, históricamente, una organización de derechos laborales y es parte de la red de las Naciones Unidas. No se comprende, por lo general, por qué la OIT está involucrado en un Convenio relacionado a derechos indígenas. Los pueblos indígenas están abarcados por un número de convenios de la OIT relacionados con derechos laborales³. El involucramiento de la OIT con respecto a los derechos de los indígenas comenzó en la década de 1920 durante el movimiento de trabajadores rurales, muchos de cuyos miembros eran indígenas, y continuó a través de las décadas de 1950 a 1970. Hay dos Convenios OIT que son significantes con relación a los derechos de los indígenas: la Convención 107 de 1957, y la 169 de 1989. El cambio fundamental de la OIT 107 a la 169 es que, aunque todavía se enfoca en la protección de los derechos, esta última se basa en las propias costumbres, tradiciones, cultura y modalidades en la toma de decisiones propias, y no a través de la asimilación.

Una vez ratificado el Convenio este se convierte en Ley y, entonces, la responsabilidad del Estado es de aplicar/ implementar el Convenio para proteger y promover los derechos de los indígenas. Al hacerlo, la convención es suficientemente amplia como para permitir alguna flexibilidad en su implementación.

Los países que ya han ratificado el Convenio 169 OIT, en orden cronológico son:

PAÍS	AÑO DE RATIFICACIÓN
Méjico	1990
Noruega	1990
Colombia	1991
Bolivia	1991
Costa Rica	1993
Paraguay	1993
Perú	1994
Honduras	1995
Dinamarca	1996
Guatemala	1996
Ecuador	1998
Fji	1998
Holanda	1998
Argentina	2000
Venezuela	2002

PAÍS	AÑO DE RATIFICACIÓN
Brasil	2002
Dominica	2002
Nepal	2007
España	2007
Chile	2008
Nicaragua	2010
República Africana Central	2010

Contenido:

El Convenio OIT 169 es un amplio tratado internacional que abarca los siguientes derechos que tienen que ver con los pueblos indígenas y tribales:

- Justicia
- Tierra, territorio y recursos naturales
- Empleo
- Capacitación profesional
- Seguridad social
- Educación
- Cultura
- **Participación y consulta**

El tratado contiene tres pilares fundamentales para la implementación de los derechos de los indígenas:

1. Artículo 2 – acción sistemática y coordinada requerida por el Estado para la implementación de la OIT 169;
2. Artículo 6 – el derecho a la consulta;
3. Artículo 7 – el derecho a la participación.

El **derecho a la consulta** es uno de los varios derechos descritos en el tratado. El Artículo 6 es el más explícito y descriptivo sobre la obligación a consultar:

- La consulta con pueblos indígenas debiera ser emprendida bajo procedimientos apropiados, de buena fe y a través de las instituciones representativas de dichos pueblos;
- Los pueblos indígenas debieran tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles de la formulación, implementación y evaluación de las medidas y programas que los afecta directamente;

El Artículo 6 se concentra en tres aspectos esenciales de la consulta:

1. Ser consultados es un derecho colectivo de los pueblos indígenas;
2. Los acuerdos logrados durante la consulta deberán ser respetados;
3. Los requisitos básicos/estándares mínimos de consulta debieran ser respetados.

Estos requisitos básicos de la consulta están descritos en el Convenio de la siguiente manera:

- La consulta debe llevarse a cabo en forma previa a la toma de decisiones que tienen el potencial de afectar sus derechos;

- Los procedimientos, políticas, directrices, capacidad, y financiamiento deben estar previamente asignados para apoyar la consulta;
- Los procedimientos de consulta deben respetar las formas de organización y toma de decisiones preferidas por los pueblos indígenas.

Los procedimientos para la consulta podrían variar ligeramente de acuerdo al contexto; sin embargo, hay principios básicos que debieran gobernar toda consulta. El proceso de consulta empieza cuando existe la posibilidad de que una medida gubernamental propuesta pudiera afectar los derechos colectivos de uno o más pueblos indígenas. La consulta es un proceso de diálogo intercultural con la finalidad de lograr un acuerdo o el consentimiento. La consulta debería ser emprendida por el gobierno con la participación activa de los pueblos indígenas y debiera respetar la estructura o métodos de toma de decisiones preferidos por los pueblos indígenas. Todos los acuerdos logrados a través de la consulta serán obligatorios o vinculantes, y debieran ser proporcionados por escrito.

En resumen:

- El proceso de consulta debe ser llevado adelante de buena fe⁴.
- La "finalidad" o meta de la consulta debiera ser un acuerdo, consenso y/o consentimiento.
- Si no se logra obtener consentimiento pese a todos los esfuerzos de buena fe, los gobiernos aún tienen el poder de decisión. Sin embargo, no podrán ignorar o descartar los resultados de la consulta y debieran hacer esfuerzos significativos para abordar todas las inquietudes.
- Los pueblos indígenas debieran tener siempre avenidas legales a su disposición, para buscar resarcimiento y asegurarse de que sus derechos sean respetados.

De acuerdo al Convenio OIT 169, los siguientes tipos de medidas legislativas y administrativas requieren de consulta:

- **Artículo 15:** La autorización del emprendimiento de exploración o explotación de recursos naturales en territorios indígenas;
- **Artículo 16:** En forma previa a la relocalización (la cual requiere de consentimiento);
- **Artículo 17:** En forma previa a la consideración de la transferencia de territorios indígenas;
- **Artículo 22:** Cuando se estuviesen organizando o implementando cualquier forma de programas especiales de capacitación profesional;
- **Artículo 28:** Cuando se estuviese considerando la adopción de medidas para enseñar a los niños a leer y a escribir en su propio idioma.

Con referencia específica al Artículo 15 y a la exploración o explotación de recursos naturales, los pueblos indígenas tienen el derecho de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Si, como se da en muchos casos, los derechos del subsuelo pertenecen al Estado, el Estado debiera, mínimamente, consultar para comprender el nivel de impacto que cualquier medida propuesta podría tener sobre los derechos.

4 Como mínimo, la **buena fe** debiera estar indicada al seguir todos y cualesquiera de los procedimientos acordados, al comenzar el proceso de consulta en forma temprana, al proporcionar información oportunamente y utilizando un formato apropiado, al respetar los cronogramas establecidos y, procurando la comprensión y entendimiento -o consentimiento- con el fin de que esta tuviese injerencia en la toma de decisiones

Los pueblos indígenas también tienen el derecho a participar de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales y ser elegibles para recibir indemnizaciones por daños no anticipados, si éstos llegasen a ocurrir. (Artículo 15(2)).

El Artículo 7 se enfoca en el concepto más amplio de la participación: con respecto al desarrollo, los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir sobre sus propias prioridades si éste afecta sus creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ellos ocupan o utilizan de alguna manera.

Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La **Declaración de la ONU** se enfoca en muchos de los mismos temas relacionados a la consulta que están incluidos en el Convenio OIT 169, y añade una nueva dimensión con el propósito de obtener consentimiento libre, previo e informado.

En forma similar a la OIT 169, los derechos colectivos enfocados en la UNDRIP incluyen:

- Autodeterminación
- Auto-gobierno
- Expresiones culturales pasadas, presentes y futuras
- Medios de comunicación
- Educación
- Lenguaje
- Empleo
- Salud (incluyendo medicinas y plantas tradicionales)

Los siguientes artículos de la Declaración de la ONU describen el **derecho a consulta** con el propósito de obtener consentimiento libre, previo e informado:

Artículo 18: Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la toma de decisiones que afectan a sus derechos. La participación debiera llevarse a cabo por medio de sus propios representantes elegidos, en conformidad con sus propios procedimientos, y mantenidos y desarrollados a través de sus propias instituciones de toma de decisiones.

Artículo 19: Los Estados deberán consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus propias instituciones representativas antes de adoptar o implementar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 32(2): Los Estados deberán consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios tradicionales, u otros recursos, particularmente en relación al desarrollo y la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos u otro tipo de recursos.

Se requiere consentimiento de forma específica en casos de:

- La transferencia o desplazamiento de pueblos indígenas;
- El almacenamiento o deshecho de materiales tóxicos en territorios o tierras de pueblos indígenas;
- Los altos impactos sociales, culturales o medio-ambientales que ponen la existencia misma de los pueblos indígenas en riesgo.

Protocolos, Acuerdos y Consejos Adicionales

Para apoyar los esquemas internacionales, varias instituciones financieras y organizaciones internacionales del sector privado han desarrollado estándares y principios para los clientes del sector privado que buscan financiar proyectos a gran escala. Los documentos resumidos a continuación son los más recientes y los más amplios en su alcance; sin embargo, también hay directrices disponibles sobre la consulta a pueblos indígenas y temas relacionados producidas por el Banco Asiático de Desarrollo (2009) y el Banco Europeo para la Reconstrucción y Desarrollo (2008), entre otros. La relevancia de dichos documentos se hace aparente cuando se consideran los desafíos que enfrentan las corporaciones multinacionales que operan con varios regímenes, algunos de los cuales tienen marcos conceptuales de los derechos de pueblos indígenas ya establecidos, y otros que no los tienen.

Corporación Financiera Internacional (Grupo del Banco Mundial) Estándar de Desempeño 7 (2012): pueblos indígenas

Como uno de una serie de estándares de desempeño desarrollados para apoyar al marco de sostenibilidad social y medio-ambiental del Grupo del Banco Mundial, el Estándar de Desempeño 7 establece para los clientes del banco un conjunto de objetivos relacionados a impactos ambientales y sociales a pueblos indígenas. Se requiere que sus clientes comerciales se aseguren de que sus actividades empresariales operen con respeto a la identidad, cultura y medios de vida -basados en recursos naturales- de los pueblos indígenas, y reduzcan la exposición de estos pueblos al empobrecimiento y enfermedades. Específicamente los objetivos del Estándar de Desempeño 7 son:

- Asegurar que el proceso de desarrollo apoye el pleno respeto a los derechos humanos, dignidad, aspiraciones, cultura y medios de vida -basados en recursos naturales- de pueblos indígenas.
- Anticipar y evitar los impactos adversos de proyectos sobre comunidades de pueblos indígenas o, cuando no fuese posible evitarlo, minimizar y/o compensarlos por dichos impactos.
- Promover los beneficios y oportunidades del desarrollo sostenible para los pueblos indígenas de una manera apropiada a su cultura.
- Establecer y mantener una relación continua con los pueblos indígenas afectados por un proyecto, basada en la Consulta Informada y Participativa (ICP - por sus siglas en inglés), a través de todo el ciclo de vida de dicho proyecto.
- Asegurar el Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI) de las comunidades indígenas afectadas cuando las circunstancias descritas en este Estándar de Desempeño estuviesen presentes.
- Respetar y preservar la cultura, saberes [conocimientos] y prácticas de los pueblos indígenas⁵.

Existen cuatro elementos claves/interesantes en el Estándar de Desempeño 7 de la IFC [por sus siglas en inglés]:

- La introducción al Estándar de Desempeño 7 incluye un buen análisis, expresado en lenguaje claro, de por qué los pueblos indígenas pueden ser particularmente vulnerables al desarrollo y explotación de recursos naturales y, cómo esto puede evitarse, mitigarse y/o ser compensado. Esto apoya un marco legal en el sentido de que obliga a una consulta independiente con estos pueblos. La introducción [al Estándar de Desempeño 7] también incluye una definición detallada del concepto de la IFC de "quiénes son indígenas".

5 International Finance Corporation, World Bank Group, *Performance Standard 7, Indigenous Peoples*, January 1, 2012, p 1.

- Los Convenios claves de las Naciones Unidas se reconocen como medulares en el marco internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Las organizaciones internacionales están utilizando los Convenios de la ONU como su medida interpretativa para la implementación del derecho a la consulta previa. Esto incluye un intento de definir la aplicación del CLPI.
- Mientras que los instrumentos de la ONU se refieren a las responsabilidades de los Estados, es cada vez mayor la expectativa de que las empresas del sector privado lleven a cabo sus emprendimientos de una forma tal que sostengan dichos derechos y no interfieran con las obligaciones de los Estados en su relación con los pueblos indígenas. De esta manera se reconoce el importante rol del sector privado en las relaciones Estado-pueblos indígenas. La IFC ha tenido algunas buenas iniciativas en el apoyo al sector privado –desarrollando directrices de mejores prácticas para abordar los impactos sociales y económicos-, y un documento titulado OIT 169 El Sector Privado.
- Los estándares de rendimiento están acompañados por manuales de consejos para apoyar la implementación de un marco de gestión de riesgos ambientales y sociales integrador y basado en proyectos.
- Los manuales de consejos para la consulta incluye la definición de un proceso de consulta apropiado, y da ejemplos concretos de cómo adaptarse a los impactos adversos a los derechos indígenas.

La IFC está obligada a verificar el cumplimiento de sus clientes con los estándares de desempeño como parte integral de su diligencia debida. Si se encuentra que sus clientes comerciales no están en cumplimiento con sus estándares de desempeño, se les puede requerir que desarrollen un plan de acción correctiva y, condicionar financiamiento a futuro a con el cabal cumplimiento de los requerimientos de dicho plan.

Los Principios del Ecuador III [*Equator Principles III*] (2013)

Los Principios del Ecuador III son la respuesta de la industria financiera a la gestión de riesgo medio-ambiental y social para los préstamos a clientes asociados con grandes proyectos de infraestructura e industriales, [proyectos] que tienen un valor de préstamo mínimo de \$100 millones [dólares americanos]. Estos son proyectos complejos y de alto perfil que pueden, potencialmente, tener altos impactos sobre el medio ambiente y las comunidades locales. Existen 81 bancos e instituciones financieras en 36 países que han adoptado estos Principios de manera voluntaria⁶. Los Principios del Ecuador describen una serie de principios y procesos dirigidos al respeto de los derechos de los pueblos indígenas -requiriendo que los proyectos desarrollados por los grupos miembros sean desarrollados con responsabilidad social- y reflejando de esta manera, sólidas prácticas de gestión medio-ambiental.

En forma similar al Estándar de Desempeño IFC 7, los clientes deberán desarrollar un plan de gestión medio-ambiental y social para demostrar cómo cumplirán con los estándares descritos por los Principios del Ecuador. Los proyectos de mediano y alto impacto requieren el desarrollo de Valoraciones/Evaluaciones de Impacto Medio-Ambiental y Social.

El Principio 5 describe los requisitos para la interacción entre pueblos indígenas y actores involucrados/interesados: "...los proyectos que involucren a pueblos indígenas estarán sujetos a un proceso de Consulta y Participación Informada.... Los Proyectos con impactos adversos a pueblos indígenas requerirán su consentimiento

6 Esto representa el 70% of de la deuda de financiamiento de proyectos internacionales en mercados emergentes: <http://www.equator-principles.com/>

libre, previo, e informado. La CLPI no requiere de unanimidad, no confiere derechos de vetar a individuos o subgrupos, y no requiere que el cliente esté de acuerdo con aspectos que no están bajo su control⁷."

Los Principios del Ecuador se basan en un contenido similar al del Estándar de Desempeño IFC 7 y se amparan en estándares establecidos en cada país. En los países donde los estándares son débiles, el documento de la IFC es considerado como el mecanismo "alternativo".

Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM) (2013)

El ICMM desarrolló un conjunto de diez principios de sostenibilidad el año 2003; compromisos acompañados de prácticas sostenibles que son requeridas de los 23 miembros de la ICMM donde se han conjugado el requerimiento de rendir informes con la de un proceso de verificación por terceros. Muchos de estos principios se intersecan/traslapan con los derechos indígenas, incluyendo los Principios 3, 6 y 9.

El Principio 10 describe los requisitos para el involucramiento de actores involucrados/interesados:

"Implementar la interacción efectiva y transparente, la comunicación e informes independientes verificados en conjunto con nuestros actores involucrados/interesados, de acuerdo a disposiciones establecidas

- Informar sobre nuestro desempeño económico, social y medio-ambiental además de nuestra contribución al desarrollo sostenible.
- Proporcionar información que es oportuna, precisa y relevante.
- Tener contacto con, y responder a, los actores involucrados/interesados a través del proceso de consulta⁸."

En Mayo del 2013, el ICMM difundió una declaración de principios sobre "pueblos indígenas y Minería". Los principios detallados en esta declaración pueden ser resumidos como un compromiso de los miembros a:

- Respetar los derechos, intereses, relaciones especiales con tierras y aguas, y perspectivas de los pueblos indígenas, donde vayan a ser ubicados proyectos mineros en tierras tradicionalmente de propiedad o bajo usos y costumbres de los pueblos indígenas.
- Adoptar y aplicar procesos de contacto y consulta que aseguren la participación significativa de las comunidades indígenas en la toma de decisiones, a través de un proceso que sea coherente con las tradicionales de toma de decisiones, y que esté basado en negociaciones de buena fe.
- Esforzarse por obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando esté sea requerido según la declaración de principios de la ICMM.

Algunas observaciones interesantes sobre la declaración de posición de ICMM sobre pueblos indígenas son:

- En contraste con algunos ejemplos de lenguaje más fuerte utilizados en la ONU y otras ONGs al describir el CLPI, la declaración de principios de la ICMM parece ser menos "comprometida" al CLPI en el sentido

7 *The Equator Principles III*, Junio 2013: Un hito financiero para la determinación, valoración/evaluación y gestión de riesgos sociales y medio-ambientales en proyectos, p. 8.

8 *Ibid*, p. 10.

más radical de esta, al reconocer/declarar que la mayoría de los países han limitado su aplicación mediante la aplicación de legislación [específica] o el sistema legal [en general].

- Paralelamente, el documento es sujeto a la posible interpretación de la aplicación del CLPI a comunidades no-indígenas más amplias, a discreción de los miembros del ICMM. Su razonamiento es racional: si hay comunidades no indígenas impactadas en forma negativa por el proyecto, estas también deberían tener injerencia sobre el resultado.
- Así como en el caso de otros documentos, hay un reconocimiento de los instrumentos de la ONU como el marco [interpretativo] fundamental para la implementación.

TEMAS/ANÁLISIS

La implementación de la consulta previa con pueblos indígenas en Latinoamérica en efecto comenzó de manera seria dentro de los últimos cinco a diez años. La institucionalización Estatal inclusiva de un marco de consulta con pueblos indígenas es un fenómeno reciente y en efecto se limita actualmente a Colombia, Perú y Chile. Otros Estados están recién en la etapa de desarrollo de legislación o políticas, y muchos Estados más aún carecen de un enfoque consolidado.

La siguiente sección examina un número de desafíos comunes que emergen de los requerimientos de implementar la consulta, y las dificultades concretas que han sido experimentadas por varios Estados y por los pueblos indígenas. Estos temas han sido debatidos y discutidos en varios foros internacionales, incluyendo el Consejo de Expertos en Consulta Previa con pueblos indígenas de la KAS.

Cambiando el compromiso de los gobiernos

Uno de los temas más desafiantes que encara la consulta es el cambio de regímenes. Los cambios de regímenes tienden a ocurrir con frecuencia en la mayoría de los países Latinoamericanos debido a sus leyes constitucionales con respecto a la reelección [de sus mandatarios]. Esto presenta un desafío tanto al desarrollo de un enfoque institucionalizado hacia la consulta, así como a la continuidad. Cuando nuevos partidos políticos asumen las riendas del gobierno, estos pueden tener diferentes perspectivas, enfoques y hasta diferentes niveles de compromiso para con el avance de los derechos indígenas. Los gobiernos también son fuertemente influenciados por los mercados de materias primas [*commodities*], en particular [dentro de] aquellos [países] que son dependientes de los recursos naturales. Precios en caída o constantemente bajos de estos productos hace que los gobiernos sean más cautelosos en involucrar a terceros en la toma de decisiones. La conmoción social y la inestabilidad política también pueden ser motores que impidan el avance de los derechos indígenas. Un ejemplo del nivel cambiante de compromiso debido al cambio de régimen puede verse en el Perú donde el anterior gobierno de Alan García se negó a aprobar la Ley de Consulta Previa creada bajo su propia gestión. Cuando un nuevo gobierno fue elegido bajo el liderazgo de Ollanta Humana, una de sus primeras medidas de este fue adoptar e implementar legislación relevante a la Consulta Previa.

Los gobiernos también están influidos por la opinión pública. El debate público en los medios de comunicación principales con respecto a la consulta previa se ha centrado en dos temas: 1) los impactos potencialmente negativos de la consulta sobre la inversión [en el país]; y, 2) debates gubernamentales internos y posturas competitivas entre los ministerios de un mismo gobierno. Esto ha contribuido a una lenta reacción de los gobiernos, quienes son cautelosos de no disuadir inversionistas.

Baja Capacidad

En una región donde hay poca consulta y más aún muy pocas "mejores prácticas", es lógico que habría un bajo nivel de capacidad con respecto a la consulta con pueblos indígenas. Hay un alto nivel de debate teórico y académico sobre este tema en Latinoamérica, y una abundancia de publicaciones con respecto a la consulta

previa. Sin embargo la mayoría de estas están basadas en teoría y crítica pero con ninguna, o muy poca, experiencia práctica de "llevar a cabo" una consulta efectiva que tenga un enfoque integral de todo el proceso. Existen problemas de capacitación muy reales y tangibles dentro de los gobiernos, comunidades indígenas, el sector privado, las ONGs, el ámbito académico, y el público en general.

En Latinoamérica, los gobiernos de Perú y Colombia han institucionalizado la capacitación de empleados públicos. La oficina del Defensor del Pueblo en Perú también proporciona capacitación en forma regular y apoya debates para el avance de la consulta previa. Organizaciones Internacionales como El Alto Comisionado para Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el Programa de Desarrollo de la ONU apoyan seminarios de construcción de capacidades y talleres para funcionarios del gobierno (incluyendo el niveles político) y grupos indígenas.

Marcos Institucionales Débiles

Existen varios mecanismos que el Estado y los pueblos indígenas deben poner en efecto para poder avanzar la implementación de la consulta previa. Uno de ellos es un marco institucional adecuado que apoye la participación del gobierno y de los indígenas. Un marco institucional debiera incluir políticas, directrices y protocolos que definan el proceso de consulta de forma clara; herramientas que apoyen la consulta –como ser metodologías, bases de datos, plantillas, intérpretes y facilitadores-; recursos financieros adecuados para sustentar la participación gubernamental así como la de los pueblos indígenas y, personal debidamente capacitado para emprender la consulta en nombre del Estado. La ausencia de institucionalidad se manifiesta en fisuras del proceso; por ejemplo, la formulación e implementación de interpretaciones independientes de diversos ministerios a una directiva de política nacional sobre la consulta. Se presencia la conducción de consultas en manos de personal sin capacitación o formación [adecuada]. Hay muy pocos fondos [económicos] para apoyar las consultas gubernamentales, y menos aún para grupos indígenas; y muchos gobiernos carecen de las herramientas apropiadas para avanzar con los procesos de consulta.

Diferentes Interpretaciones de los Conceptos de Consulta

Hay variadas interpretaciones de algunos conceptos sobre la consulta, tales como en los términos "consentimiento" "consulta" previa, "buena fe" y la naturaleza "vinculante" de los acuerdos que se lograron en la consulta. Las discrepancias en interpretaciones no sólo atañen a gobiernos y grupos indígenas, si no también *dentro* de amplias organizaciones gubernamentales, organizaciones indígenas y ONGs.

Consentimiento

"En todas las instancias de proyectos extractivos propuestos que podrían afectar a los pueblos indígenas, las consultas con ellos debieran llevarse a cabo y el consentimiento debiera por lo menos ser *buscado, aún si el consentimiento no es estrictamente obligatorio*".

Se supone que consentimiento tendría la intención de mostrar que hay apoyo general para una decisión o proyecto por un grupo indígena. Sin embargo "CLPI" no necesariamente requiere unanimidad y podría lograrse aun cuando individuos o grupos dentro de una comunidad estuvieran explícitamente en desacuerdo.¹⁰ En

9 *Extractive industries and indigenous peoples: Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Report to the Human Rights Council A/HRC/24/41, 2013.*

10 *International Finance Corporation, World Bank Group, Performance Standard 7, Indigenous Peoples, January 1, 2012, p 3.*

términos de emprender una consulta, el supuesto básico para el proceso debiera *siempre* tratar de lograr un acuerdo o consenso. Por lo tanto, el consentimiento está siempre implícito como un objetivo en cualquier proceso de consulta, aún si no fuese siempre alcanzable. Si un gobierno quiere lograr el acuerdo o consenso sobre un tema en particular, debiera emprender un proceso de consulta genuino que se lleve a cabo de buena fe, con los representantes identificados de los pueblos indígenas potencialmente afectados por una decisión en particular.

La interrogante más difícil es "¿qué pasa cuando no se logra el consentimiento?" En la realidad, y en la mayoría de los casos, particularmente cuando los temas en cuestión tienen muchas dimensiones, es difícil llegar a un acuerdo o consenso pleno. En estos casos, las decisiones finales debieran ser tomadas por gobiernos electos. Sin embargo, un proceso pleno de consulta debiera haberse llevado a cabo y los gobiernos debieran resolver o reconciliar los intereses e inquietudes de los pueblos indígenas en la forma más plena posible.

Buena FE

La consulta con los representantes apropiados de comunidades u organizaciones indígenas, y de acuerdo a un proceso acordado para un diálogo intercultural, es el proceso que se utiliza para llegar al consentimiento. Este proceso comienza en forma previa a la toma de decisiones que puedan tener el potencial de afectar los derechos indígenas, y continúa hasta que se toman las decisiones y se implementan los acuerdos. La consulta es una obligación o requisito del Estado y cualquier acuerdo o acuerdos logrados durante la consulta (lo cual indicaría que hubo consentimientoⁱⁱ) son vinculantes para todas las partes. Todas las partes tienen la responsabilidad de participar en la consulta, pero la participación debiera hacerse en un plano de igualdad. Empresas u otros grupos que buscan aprobación/licencias del gobierno para operar, también debieran estar involucrados en el proceso de consulta aunque, en última instancia, es la responsabilidad del gobierno de llevar a cabo una consulta debida.

Consulta "Previa"

El debate en torno a la palabra "previa" se relaciona a cuánto tiempo antes de una decisión debería llevarse a cabo la consulta, y en qué momento o coyuntura del proceso de toma de decisiones. Un buen ejemplo de esto es el debate en el sector minero con relación al "momento" o "detonador" de la consulta. Algunos dicen que las licencias de exploración no causan impacto alguno sobre los derechos y, por lo tanto, deberían estar exentas de consulta porque son exploratorias por naturaleza y que no confieren ningún derecho especial a las compañías para que lleven a cabo trabajos. Por otra parte, la producción/explotación puede tener impacto directo sobre los derechos y debería ser sujeta a consulta. Otros arguyen que la exploración sí puede impactar sobre los derechos y que, una vez que se ha concluido la exploración y se ha tomado la decisión de continuar hacia la producción/explotación, hay menos oportunidades para influenciar la decisión final.

¿Quiénes son Indígenas?

La cuestión de quiénes son reconocidos por el Estado como indígenas, y quienes no, es muy compleja. En la mayoría de las regiones del mundo, la cuestión de la identidad indígena se define por lo general por los principales documentos de la ONU y se apoya en la auto-identificación de acuerdo con ciertos criterios. Algunos países, como por ejemplo Perú y Colombia, desarrollaron bases de datos de pueblos indígenas cuando sus Directorios de Consultas fueron creados; los datos todavía están siendo llenados. Los debates giran en torno al argumento de que si son indígenas o no aquellos que no practican las tradiciones y costumbres, y si la población "mestiza" que vive en las tierras altas son indígenas. Determinar "quién es indígena" (y particularmente quien

ii Nota del autor: Acuerdos de beneficio están bien establecidos en Canadá. Hay algo de debate sobre o no los acuerdos de beneficios indican consentimiento.

tiene derecho a decidir y de acuerdo a qué criterios) es esencial para la determinación de quienes son los "participantes legítimos" en una consulta.

Observación por Terceros

Las relaciones Indígenas-Estado se caracterizan, en la mayor parte del mundo, por una falta de confianza. La solicitud de acompañamiento u observación por terceros a los procesos de consulta es particularmente prevalente donde hay falta de confianza, con frecuencia debido a las relaciones históricas violentas y opresivas entre los pueblos indígenas y el Estado y/o el sector privado. Las instancias terceras confiables son percibidas como actores neutrales, como por ejemplo: la iglesia, el Defensor del Pueblo (Ombudsman), tribunales electorales nacionales, instituciones académicas y organizaciones no-gubernamentales -particularmente aquellas involucradas en la resolución de conflictos-; así como algunas otras organizaciones "neutrales" de alto perfil (p.ej. la ONU). A ellas se les solicita actuar como veedores o a evaluar un proceso de consulta para asegurar que este se adhiera a los principios internacionales. La petición del acompañamiento de terceros proporciona una semblanza de seguridad y de legitimidad al proceso, pero también puede resultar complejo y prolongado ya que muchas de estas instituciones están ocupadas con sus "labores cotidianas". Para que una organización monitoree la consulta con los pueblos indígenas en forma efectiva, su propia capacidad interna necesita ser desarrollada y su rol en el proceso estar claramente definido.

Consultas Impulsadas por Comunidades

Donde/cuando existe ausencia del Estado, experiencias previas negativas con las consultas, o un alto nivel de desconfianza del Estado, las comunidades mismas organizan procesos de consultas comunitarias, con frecuencia apoyados por terceros como ser ONG's u organizaciones internacionales de cooperación. Esta es una práctica interna dentro de las comunidades y no incluye al Estado o al sector privado. Aunque éstas son buenas prácticas internas y debieran ser consideradas como parte del proceso de consulta, no absuelven al Estado de su deber de consultar o lograr cualquier tipo de entendimiento y reconciliación y son presentadas a menudo como simples mecanismos de voto binario, es decir de "sí/no". En otras palabras, no cumplen con los criterios descritos por las normas internacionales con respecto a la consulta como ser el Convenio OIT 169 o las de la UNDRIP.

Representación

Para que el Estado y los representantes indígenas emprendan cualquier diálogo se deberá identificar a representantes apropiados de ambas partes. Muchos Estados que tratan de resolver temas de implementación han expresado su frustración en identificar a los representantes indígenas apropiados. Los modelos tradicionales de "representatividad" pueden haberse perdido en la práctica por una variedad de razones, incluyendo interferencia por el Estado. Es también posible que el concepto [de la civilización] occidental de representación no sea siempre algo que encaje bien con cada toma de decisiones indígena, o con sus estructuras de gobernanza, o con su particular cosmovisión.

Las estructuras impuestas o introducidas por los gobiernos no son siempre aceptadas por todas las comunidades. Esta es la razón por la que una discusión inicial franca es siempre aconsejable con respecto a un proceso apropiado de consulta. Facciones paralelas o rivales podrían desarrollarse dentro del mismo grupo, o en asociación con estructuras generales de poder. Existe también el problema de la desarticulación entre el nivel de toma de decisiones políticas de las comunidades indígenas y la forma en como este representa a los [constituyentes] de nivel de base. De acuerdo con las normas internacionales, los gobiernos y terceros debieran respetar y seguir las estructuras de toma de decisiones y la representatividad preferidas por las comunidades indígenas. Tanto los grupos indígenas como los gobiernos debieran ser claros respecto a su representatividad.

Temas de Tierras no Resueltos

La tierra es central a la vida de los pueblos indígenas y a sus patrones culturales y sociales; y los conflictos sobre tierras son frecuentes. Sin la tierra, o como resultado de haber perdido tierras, muchos pueblos indígenas luchan para mantener sus propios fundamentos económicos, su subsistencia y su cultura. Definir territorios y el control de esos territorios es una prioridad vital para los pueblos indígenas en todas partes. Cada país se enfrenta a los temas de tierras y territorios de una manera distinta. En algunos países, o no se han resuelto disputas antiguas con relación a la designación de territorios indígenas, o no han puesto en efecto la naturaleza legal de estos territorios designados; permitiendo la transferencia de su propiedad a dueños no indígenas quienes, en algunos casos, se han convertido en terratenientes mayoristas de tierras en territorios titulados y reconocidos como territorios indígenas. Existen también ejemplos de explotación que ocurre dentro de territorios reconocidos como territorios indígenas sin consulta o consentimiento. Los temas territoriales no resueltos son muy relevantes para la consulta previa y la determinación de la ubicación y alcance de los impactos potenciales sobre los derechos indígenas.

¿Cuándo consultar y que consultar?

Estas son dos preguntas técnicas que son tema de mucho debate y discusión. La cuestión de cuándo se hace la consulta tiene relación con el momento en el proceso de toma de decisiones que actúa como detonante para la consulta. El detonante para considerar si se requiere o no de una consulta sería la presencia o existencia de una decisión próxima del gobierno que podría potencialmente impactar sobre los derechos indígenas. El proceso de consulta se determina de acuerdo al nivel de impacto que dicha decisión podría tener sobre los derechos indígenas. Si la decisión en sí misma no tendría impacto alguno, entonces la consulta no sería necesaria. Algunos alegan que la decisión más temprana con respecto a un proyecto que tiene el potencial de impactar sobre los derechos indígenas requiere de consulta –por ejemplo decidir si una carretera es o no realmente necesaria en cierta área, y quién obtendría la concesión para la construcción de dicha carretera- y debiera ser el primer tema de una consulta. El razonamiento detrás de esto es que en realidad la primera decisión es la que decide el futuro del resto de las decisiones asociadas al proyecto. Los gobiernos argüirán que la primera decisión es una decisión estratégica que ejercen los gobiernos como representantes electos de los intereses de toda la ciudadanía. En los países de Latinoamérica donde se ha desarrollado o se está desarrollando legislación sobre las consultas, la mayoría de los gobiernos están poniendo límites a las clases de decisiones que estarían sujetas a una consulta.

De igual importancia es la incógnita: "¿cuál es el tema de la consulta?", o "¿sobre qué se está consultando?" Es importante tener en claro los límites/limitaciones de la decisión que se está discutiendo y de cómo esta está relacionada con los potenciales impactos sobre los derechos indígenas. Muchas comunidades indígenas marginadas no han tenido contacto con gobiernos y no han recibido servicio o apoyo alguno del gobierno en toda su vida y, como tales, tienen una larga lista de reclamos que necesitan ser resueltos; éstas podrían convertirse en parte de un proceso de consulta. Tener claridad hace que la discusión se enfoque sobre el tema bajo consulta.

¿Cómo se define una consulta "buena" o "significativa"?

La consulta no debiera ser nunca medida/valorada conforme a un listado de pasos o ítems requeridos, aunque tener una lista de control del proceso sí ayuda en llevar dicho proceso a cabo. Se requiere fluidez y flexibilidad en la consulta. La pregunta debiera ser: ¿qué es una consulta razonable y significativa, dado el potencial nivel de impacto sobre los derechos indígenas? Todos los procesos de consulta dependen la clase de decisión en consideración y sus impactos potenciales sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como el alcance de dichos impactos.

Una consulta significativa es aquella que abarca lo siguiente:

- Notificación apropiada a los grupos indígenas afectados. Esto incluiría toda la información que se encuentra disponible en el momento sobre la decisión. Apoyo proporcionado para consideraciones culturales y de lenguaje, donde esto fuese apropiado.
- Apoyo a los grupos indígenas potencialmente impactados para que participen del proceso de la consulta.
- Un proceso de consulta desarrollado por ambas partes¹² y que respeta las estructuras para la toma de decisiones que los grupos indígenas tienen.
- El proceso y la información proporcionada son transparentes, precisos y accesibles.
- Los grupos indígenas tienen tiempo adecuado para revisar la información, discutir dicha información en forma interna dentro sus propias comunidades, y responder.
- Si se requieren estudios adicionales que llenen brechas en los conocimientos y que contribuyan a una mayor comprensión de los impactos potenciales sobre derechos, estos estudios debieran ser facilitados por el gobierno y/o las empresas con el apoyo de grupos indígenas (por ejemplo, estudios en base a los saberes [conocimientos] tradicionales de los indígenas).
- El gobierno, el sector privado y los grupos indígenas emprenden un proceso de diálogo para comprender mutuamente sus puntos de vista, y para identificar y dialogar sobre los potenciales impactos sobre los derechos indígenas.
- En última instancia, las partes debieran lograr un acuerdo sobre si procederá o cómo se procederá con el proyecto. Esto incluye acuerdos sobre medidas de prevención y mitigación, así como cualquier compensación y/o beneficios económicos, y otros. No siempre es posible llegar a un acuerdo. En este caso los desacuerdos también debieran ser tomados en cuenta y registrados por el proceso.
- Los gobiernos tienen el mandato electoral de tomar decisiones que podrían impactar sobre los derechos indígenas. Sin embargo, no lo pueden hacer sin consulta previa con ellos (como mínimo).

El Rol del Sector Privado

Los esquemas internacionales con respecto a las consultas con indígenas tienen claro que la obligación de consulta es del Estado. Los grupos indígenas tienen muy en claro que todos los niveles del gobierno lleven a cabo dichas consultas. Sin embargo, en la práctica, el sector privado es el que con frecuencia asume la mayor parte del proceso de consulta incluyendo cualquier medida de prevención, mitigación o de compensación. En algunos casos, las empresas participan con el gobierno en el proceso de consulta pero, dado que hay tan pocos casos de consulta gubernamental institucionalizados en Latinoamérica, en la ausencia de cualquier consulta coherente en curso, las empresas con frecuencia se encuentran trabajando solas y con poca orientación. Lo más común es escuchar de empresas que no están haciendo un buen trabajo de involucramiento con las comunidades. Sin embargo y a la vez, hay docenas de ejemplos de empresas que están emprendiendo trabajo respetuoso con las comunidades indígenas. Una mejor práctica para mejorar el desempeño del sector privado en la consulta es asegurarse de que el sector privado conozca su rol, que lleve a cabo dicho rol y, que se le proporcione las herramientas y el apoyo necesario para desempeñarse.

■
12 Es posible, como es el caso en algunos lugares del Canadá, que un acuerdo a largo plazo sobre el proceso de consulta (por ejemplo protocolos, términos de referencia) pueda ser desarrollado y seguido a futuro para evitar tener que negociar un nuevo proceso de consulta cada vez. Ver Ejemplos Prácticos [Case Studies] para más información.

MEJORES PRÁCTICAS DE CONSULTA: PROCESOS

El proceso de consulta está basada en una cantidad de principios rectores. Al examinar y comparar las directrices de los procesos de consulta en diferentes jurisdicciones, hay sutilezas en los principios pero la mayoría de las consultas se guían por los mismos principios, algunos de los cuales se encuentran en la Declaración de la ONU o el Convenio OIT 169, y en la jurisprudencia emergente en un número de jurisdicciones.

Los principios más comunes encontrados en la legislación, políticas o patrones de consulta son:

Buena Fe

- Libre – la participación debiera hacerse sin coerción o fuerza;
- Previa – la consulta debiera llevarse a cabo con suficiente anticipación a las decisiones a ser tomadas;
- Informada – debiera proporcionarse información apropiada antes de cualquier diálogo, y los pueblos indígenas deberían tener la oportunidad de discutir sus inquietudes y visiones dentro de sus propias comunidades.

Significativa

- Flexible – adaptada a las circunstancias individuales de cada proceso y el contexto cultural de las comunidades individuales;
- Debiera tomarse el tiempo adecuado para considerar los impactos potenciales, a veces éstos pueden ser demasiado complejos para ser resueltos;
- Todas las inquietudes debieran ser consideradas en forma seria y resueltas, si es posible;
- Deberán proporcionarse recursos apropiados tanto a las agencias estatales responsables como a los pueblos indígenas, para apoyar el proceso de consulta y la participación en dicho proceso;
- Consentimiento/acuerdo son siempre los objetivos, pero estos no siempre son posibles.

Respetuosa

- Establecer cronogramas de proceso apropiados, y respetar dichos cronogramas, particularmente si son de naturaleza legislativa;
- Utilizar lenguaje, lugares y consideraciones culturales apropiadas;
- Las comunidades indígenas deberán reconocer a los representantes indígenas.

"Responsabilidad"

- La participación es responsabilidad de todas las partes en el proceso;
- Los representantes son responsables de responder/rendir cuentas ["responsabilidad"] a su circunscripción [constituyentes];
- Los acuerdos son vinculantes y su implementación debiera ser monitoreada.

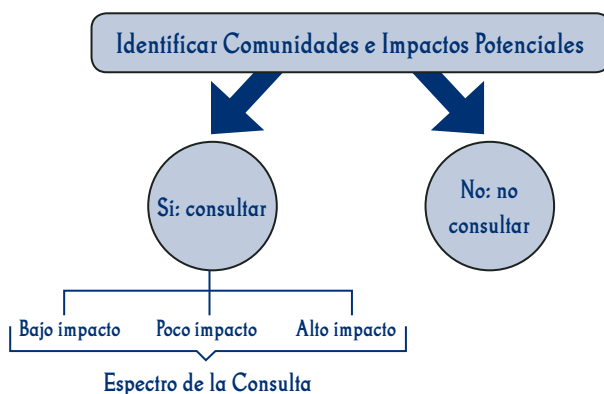
En forma similar a los principios rectores de consulta, los pasos concretos del proceso de consulta que debieran conducir hacia el acuerdo/consentimiento son similares en una cantidad de países y a través de numerosas directrices que han sido desarrolladas por agencias, gobiernos, organizaciones gubernamentales y organizaciones no-gubernamentales. No hay una "fórmula mágica" para las consultas. Todos los buenos procesos de consulta debieran seguir estos pasos básicos. Lo importante de todo esto es destacar que el proceso siempre puede ser mejorado, cambiado, revisado y supervisado. Así es cómo los procesos de consulta evolucionan y se mejoran a lo largo del tiempo. Los participantes debieran tener esto en mente y estar preparados para aceptar "auto-correcciones" de cuando en cuando.

Como se dijo previamente, el gobierno tiene la responsabilidad de consultar con los pueblos indígenas. Por lo tanto, estos pasos de consulta están dirigidos hacia procesos liderados por el gobierno.

Paso 1: Análisis Interno

Supongamos que el Estado necesita tomar una decisión administrativa o legislativa/de políticas. Parte del proceso, cuando el Estado toma conciencia de la necesidad de tomar esta decisión, es de emprender un análisis para identificar las comunidades a ser potencialmente impactadas y los impactos que podrían ocurrir. Si bien es importante considerar los impactos potenciales desde el inicio de un proceso de toma de decisiones, dichas consideraciones iniciales probablemente no sean concluyentes, y es por esto que existe la necesidad de consulta, para determinar si hay impactos de cualquier tipo sobre comunidades indígenas afectadas.

Una vez que se haya hecho este análisis, la decisión de consultar o no consultar deberá tomarse, así como una decisión sobre el alcance de la consulta.



El nivel de involucramiento y complejidad de la consulta depende del nivel del impacto sobre los derechos. Las decisiones del lado inferior del espectro de impacto generalmente no requieren un proceso de consulta complejo y de larga duración. Sin embargo, el grado de complejidad y la intensidad de la consulta aumentan según el nivel de impacto.

Paso 2: Organizar e Iniciar la Consulta

Una vez tomada la decisión de consultar con los pueblos indígenas, el proceso interno de planificación debiera ser iniciado:

- Identificar a todos los tomadores de decisiones y sus representantes, y asegurarse de que estén capacitados en consultas;
- Desarrollar un protocolo conjunto de consulta con los grupos indígenas. Un protocolo amplio que describe cómo se llevará a cabo la consulta puede ser útil para consultas futuras. Sin embargo, el proceso de consulta también puede ser diseñado paso a paso, decisión por decisión. Un protocolo pudiese incluir el diseño del proceso, una sede apropiada, fechas de reuniones, la identificación de participantes y sus roles, y qué información será compartida.
- Proporcionar información con respecto a la decisión con los participantes:
 - ◆ La información debiera ser socializada lo antes posible y cualquier nueva información que se hiciera disponible durante el proceso de consulta también debiera ser compartida.
 - ◆ La información debiera ser transparente y precisa y estar disponible en el los idiomas y formatos apropiados.
 - ◆ El Estado debiera proporcionar asistencia para apoyo técnico. Esta ayuda puede constituirse en apoyo técnico que el Estado proporciona directamente, o, en recursos para que los grupos indígenas contraten su propio apoyo técnico.

Paso 3: Diálogo e Identificación de Impactos/Inquietudes

- Proporcionar recursos para apoyar estudios adicionales que podrían incrementar la comprensión de los impactos sobre los derechos (p.ej., estudios de saberes [conocimientos] tradicionales de los indígenas);
- Asegurarse que hubiese suficiente tiempo previsto dentro del proceso para proporcionar oportunidades para que los grupos indígenas lleven a cabo sus propias deliberaciones comunitarias internas.
- Realizar diálogos apropiados entre la pluralidad de partes y los representantes indígenas, el Estado y el proponente¹³. Esto podría consistir de varias reuniones, talleres, seminarios, etc.
- Utilizar una metodología apropiada de diálogo que alentará la participación positiva.

Paso 4: Acuerdo/Consentimiento

El propósito de la consulta es el de identificar y comprender los impactos potenciales y, llegar a un acuerdo/consentimiento sobre cómo resolver los impactos potenciales a través de la prevención, mitigación o compensación.

El nivel de mitigación o compensación depende del nivel del impacto. El cuadro siguiente proporciona algunos ejemplos de técnicas para prevenir, mitigar y compensar, pero no es -de ningún modo- un cuadro exhaustivo.

13 **Nota del autor:** Aunque el deber de la consulta es la obligación del Estado, los proponentes de los sectores públicos y privado desempeñan un papel importante en el proceso, ya que ellos implementarán las medidas de prevención, mitigación y compensación.

PREVENCIÓN
Protecciones específicas al hábitat
Alterar/cambiar la ubicación del proyecto
Reducir el impacto del proyecto
Modificar o abandonar componentes del proyecto
Utilizar técnicas diferentes (p.ej. reducir la cantidad de materiales extraídos)
Ajustar/cambiar los cronogramas de trabajo para evitar impacto sobre especies de interés (p.ej. peces, animales o plantas)
Rechazar el proyecto
MITIGACIÓN
Restauración del hábitat
Incluir a las comunidades indígenas en el monitoreo ambiental
Involucrar a las comunidades indígenas en la restauración y reclamación de tierras
Usar técnicas para minimizar la alteración [del hábitat]
Añadir, modificar o eliminar secciones en legislación, normativa y políticas
COMPENSACIÓN
Compartir ganancias y/o recursos
Transferencias de tierras
Pagos directos
Acuerdos de Mutuo Beneficio
Fideicomisos
Nombramientos al Directorio
Becas
Capacitación técnica
Contratos de empleo
Contratación directa y oportunidades de contratación

Paso 5: Decisión

En última instancia, el Estado es el responsable de la toma de decisiones por ser el órgano elegido democráticamente para representar al conjunto de la población. Las decisiones y acuerdos deben ser comunicados con claridad y todos los acuerdos son vinculantes. En algunos países se desarrolla un registro de consultas y éste es firmado por todas las partes para demostrar y registrar el acuerdo. El registro de consulta también incluye todos los detalles de los acuerdos.

Paso 6: Monitoreo

Los acuerdos deberán ser monitoreados para asegurar una implementación apropiada y oportuna. Debiera existir una cláusula de resolución de conflictos incorporada dentro del mismo acuerdo para asegurar que exista un mecanismo de quejas al que puedan acceder las comunidades indígenas en caso de que no se implementen los acuerdos. Terceros pueden tener un rol en el monitoreo y resolución de conflictos para garantizar la neutralidad.

MEJORES PRÁCTICAS EN CONSULTA: EJEMPLOS PRÁCTICOS

Es importante considerar y aprender de ejemplos exitosos de consultas encaminadas en diferentes países. Como se dijo previamente, aun cuando los contextos son muy diferentes, los principios y procesos de consulta debieran ser constantes.

No hay ejemplos perfectos en ninguna parte, todos cometen errores. Lo más importante es demostrar buena fe al aprender y mejorar estos procesos. El derecho a consulta previa existe a pesar de que las condiciones no sean las exactas para su implementación. Un comité conjunto para una consulta significativa y una comprensión de qué implica aquello, puede contribuir a la construcción de consultas de buena fe a lo largo del tiempo.

Debe tomarse nota de que los siguientes ejemplos vienen de muy diferentes contextos (legales, económicos, culturales e históricos, etc.). Sin embargo, todos ellos proporcionan muy buenas ideas y formas de considerar aquellos desafíos que el lector podría hallar útiles.

Los siguientes criterios fueron utilizados para determinar si el ejemplo encajaba bien o no para aplicar las lecciones aprendidas:

General:

- La presencia de una estructura normativa establecida: OIT 169, UNDRIP, reconocimiento de los pueblos indígenas en la constitución; un órgano de jurisprudencia con respecto a las consultas, leyes y normativas, políticas y prácticas;
- Consultas movilizadas por el Estado con el involucramiento del sector privado;
- Participación voluntaria.

Proceso:

- Sigue los principios generales de la consulta previa (libre, previa, informada, de buena fe, significativa);
- Sigue procesos de consulta normalmente aceptados (ver sección previa).

Resultado:

- Los resultados del proceso son claros: desacuerdo, acuerdo parcial, pleno acuerdo/consentimiento.

Ejemplo Práctico #1.: Consulta sobre Energía, Nueva Escocia, Canadá

Este ejemplo práctico describe el proceso de consulta con respecto a temas energéticos entre el Gobierno de Nueva Escocia y los Mi'kmaq de Nueva Escocia.

Los 1.5 millones de indígenas del Canadá (aproximadamente 4% de la población total) están compuestos de los "Pueblos Originarios" ["*First Nations*" – en inglés], Inuit, Metis y aquellos que no tienen un "estatus" oficial bajo dentro del documento legislativo más importante del Canadá con respecto a los pueblos indígenas: *La Ley Indígena* ["*The Indian Act*" – en inglés]. Hay más de 500 comunidades de "Pueblos Originarios" en Canadá. Para los

propósitos de este ejemplo práctico, nos referiremos al Grupo Indígena Mi'kmaq de Nueva Escocia, compuesto de 13 comunidades. Geográficamente, Nueva Escocia tiene el mismo tamaño que Costa Rica. Muchos grupos Indígenas en Canadá firmaron tratados históricos con la Corona Británica, mediante los cuales cedían sus tierras. Los Mi'kmaq efectivamente firmaron Tratados de Paz y Amistad con la Corona Británica, pero estas no incluían la cesión de territorios.

En forma previa a la adopción de la Declaración de los Derechos de los pueblos indígenas de la ONU en el 2010, la Ley canadiense relacionada al tema de la consulta previa –que se referenciaba en Canadá como el "deber de consultar"– estaba ya establecida. Las Cortes canadienses continúan proporcionando guía sobre la consulta a través de fallos judiciales a muchos niveles, y esto ha llevado a tener claridad y mejoras sustanciales en la implementación de consultas a través de todo el país. De hecho las cortes canadienses han sido mucho más claras con respecto a las consultas que la UNDRIP o el OIT 169. Ellas también proporcionan una avenida directa para el resarcimiento legal sobre temas relacionados a consulta.

Canadá es una democracia federal parlamentaria compuesta de diez provincias, tres territorios y el gobierno federal, todas estas con diferentes responsabilidades y, por la mayor parte, con diferentes contextos de derechos Indígenas. Como resultado, el desarrollo e implementación de las políticas y prácticas de consultas con indígenas varían ligeramente de una provincia a otra.

El derecho consuetudinario canadiense que emana de la Corte Suprema del Canadá instruye a todos los gobiernos a consultar con los pueblos indígenas cuando las decisiones que están tomando tienen el potencial de afectar de forma adversa a los derechos indígenas. En Canadá, los derechos indígenas están reconocidos en la Constitución. Dado que la consulta indígena ya está establecida en la ley no hay necesidad de crear legislación específica o normativa sobre el tema de consulta. En cambio, los gobiernos han optado por políticas, directrices y protocolos para implementar el deber de consultar.

El Gobierno de Nueva Escocia, los Mi'kmaq de Nueva Escocia (representados por la Asamblea de los Jefes Mi'kmaq de Nueva Escocia) y el gobierno de Canadá entraron en convenios sobre consulta el año 2007. Un protocolo de consulta¹⁴, desarrollado conjuntamente por las tres partes, describe cómo debiera funcionar la consulta para todas las decisiones gubernamentales que tienen el potencial de impactar sobre derechos. Por lo tanto, no hay necesidad de desarrollar protocolos o procesos de consulta para casos o decisiones individuales. Este fue el primer convenio de su clase en el Canadá.

Los tres gobiernos –federal, provincial y Mi'kmaq– tienen una oficina de consulta con personal experto en el campo y con presupuestos de operación anuales. Según fueron progresando las consultas también se fueron desarrollando directrices de consulta específicas para los diferentes sectores (p.ej. en los temas de forestación, tierras de la Corona, energía, minería, carreteras, puentes, y otros proyectos de infraestructura y acuicultura).

El Departamento de Energía de Nueva Escocia lidera la consulta sobre temas de energía en coordinación con la Oficina de Asuntos Aborígenes. Para facilitar el diálogo sobre temas energéticos, una Mesa de Consultas sobre Temas Energéticos se reúne por lo menos dos veces al año para discutir temas de alto nivel. Los participantes de esta "Mesa" incluyen al Vice-ministro de Energía y autoridades ministeriales, la Oficina de Asuntos Aborígenes y los Mi'kmaq de Nueva Escocia –representados por un Jefe quien es cabecilla del portafolio de energía– apoyado por personal de la oficina de consultas. Las discusiones en estas reuniones podrían incluir la socialización de

14 http://novascotia.ca/abor/docs/April%202015_GNS%20Mi'kmaq%20Consultation%20Policy%20and%20Guidelines%20FINAL.pdf

información sobre bloques disponibles para exploración hidrocarburífera, legislación propuesta, oportunidades de desarrollo económico, o iniciativas específicas de diferentes proyectos.

Cuando emergen proyectos específicos sobre energía, las tres partes siguen el proceso de consulta descrito en el protocolo (similar al proceso descrito en la sección previa de este documento). En el 2010, el Gobierno de Nueva Escocia decidió desarrollar un plan de energía renovable. Durante las discusiones en la Mesa de Consultas de Energía se determinó que los Mi'kmaq de Nueva Escocia tenían un interés sustancial en energía limpia y eficiencia energética y, que tenían inquietudes con respecto a los potenciales impactos que la construcción y operación de "granjas de [turbinas de] viento" y otros proyectos de energía renovable podrían tener sobre sus derechos. Se inició un proceso de consulta utilizando el protocolo de Consultas.

Típicamente, el proceso de consulta es puesto en práctica de la siguiente manera:

- La "medida" o decisión que tiene el potencial de impactar sobre los derechos es identificada por la autoridad responsable.
- Los pueblos indígenas afectados son identificados por la Oficina de Asuntos Aborígenes (OAA – por sus siglas en inglés).
- El gobierno envía una carta a los Mi'kmaq de Nueva Escocia describiendo la decisión que se encuentra bajo consideración, proporcionando información inicial (incluyendo información sobre los proponentes, si fuese relevante) y solicitando una consulta.
- Los Mi'kmaq de Nueva Escocia responden a la solicitud de consulta (en forma positiva o negativa, pero la experiencia indica que los pueblos indígenas de Nueva Escocia rara vez rechazan una solicitud de consulta).
- Toda la información pertinente a la decisión es entregada a la Oficina de Consultas de Mi'kmaq. Este podría ser un proceso continuo según se vaya obteniendo mayor información, la que es frecuentemente proporcionada por el proponente del proyecto así como el Gobierno.
- El Gobierno se pone en contacto con el proponente y le proporciona orientación para guiar su interacción con los Mi'kmaq.¹⁵ A pesar de que la responsabilidad u obligación de consultar le corresponde al Gobierno, los proponentes/empresas pueden jugar un papel importante en el proceso de consulta.
- Los Mi'kmaq sostienen deliberaciones internas con respecto a la decisión o medida propuesta.
- Se llevan a cabo reuniones bilaterales para discutir inquietudes e identificar impactos, incluyendo concesiones mutuamente satisfactorias. Estas concesiones debieran delinear todas las medidas de prevención, mitigación o compensación a ser adoptadas por el gobierno o el proponente.
- El Gobierno toma una decisión y esta decisión es comunicada a los Mi'kmaq, incluyendo cualquier medida de concesión relevante.

En el caso de la elaboración de un Plan de Energía Renovable por el Departamento de Energía, además de las reuniones con los Mi'kmaq de Nueva Escocia para discutir los potenciales impactos, el proceso fue complementado con lo siguiente:

15 <http://novascotia.ca/abor/docs/Proponents%20Guide%20November%202011%20ecopy.pdf>

- La creación de un puesto de Asesoría/Enlace Mi'kmaq dentro del Departamento de Energía para apoyar la participación indígena en las oportunidades de negocios asociadas con los proyectos de energía;
- Inclusión de participantes Mi'kmaq en asesoría técnica y estudios científicos;
- Financiamiento para la investigación del desarrollo de un Plan Mi'kmaq de Energía Renovable que incluía la producción y consumo de energía de la comunidad Mi'kmaq (ver abajo).

Entonces se logró el acuerdo con los Mi'kmaq de Nueva Escocia sobre la legislación propuesta¹⁶ Las concesiones adoptadas para acomodar las inquietudes indígenas incluyeron lo siguiente:

- Cambios al borrador de la legislación redactada para incluir y reconocer a los Mi'kmaq de Nueva Escocia;
- Financiamiento y desarrollo de un Plan de Energía Renovable Mi'kmaq (Kwesó'tm'ukw) que incluye:
 - ◆ 20 megavatios de la energía disponible para proyectos comunitarios Mi'kmaq;
 - ◆ 13 turbinas de viento para las comunidades (una para cada comunidad), aunque esta estipulación fue postergada para proseguir con oportunidades industriales;
 - ◆ Sociedad en dos "granjas de [turbinas de] viento" industriales:
 - 51-100% inversión Mi'kmaq;
 - Transferencia de tecnología;
 - Un ingreso bruto de \$8M/año –incluyendo todos los proyectos renovables;
 - Plan de beneficios: formación de capacidades, empleo, contratos preferenciales, becas;
 - ◆ Una Autoridad de Energía Mi'kmaq (de propiedad colectiva) para financiar y gestionar proyectos de energía renovable;
 - ◆ Programa de Eficiencia Energética para las comunidades indígenas;
 - ◆ Desarrollo de una estación piloto de recarga de automóviles eléctricos en una comunidad;
 - ◆ Protecciones ambientales y culturales.

Ejemplo Práctico #2. Ley Forestal y de Fauna Silvestre - Normativa, Perú

Perú ratificó el Convenio OIT 169 el año 1995 y la UNDRIP el 2007. El año 2011 el gobierno nacional aprobó la Ley del Derecho a la Consulta Previa para los pueblos indígenas u Originarios (No.29785), así como su normativa asociada y estableció una oficina de consulta dentro del Ministerio de Cultura. A lo largo de los años siguientes, el Estado estableció un marco institucional basado en un modelo asesor centralizado muy parecido al ejemplo dado arriba de Nueva Escocia, Canadá. Al igual que la mayoría de los nuevos sistemas de consulta, ellos han experimentado algo de frustración y de "dolores de crecimiento" en el proceso. Sin embargo, el Gobierno continuó con su compromiso de implementación y hasta hoy ha coordinado por lo menos 21 consultas con pueblos indígenas con una variedad de temas y proyectos. Más aún, está emergiendo un órgano de jurisprudencia relacionado a la consulta previa con pueblos indígenas, que refuerza el derecho a la consulta previa y que le da mayor forma al proceso de ejecución de dichas consultas a futuro.

16 Es importante tomar nota de que la ley canadiense ha sido clara de que no hay un requisito obligatorio de llegar a un acuerdo en la consulta. Aquí es que la ley canadiense difiere ligeramente de la UNDRIP. Sin embargo, siempre se busca llegar a un acuerdo en el proceso de consulta.

El 2011 el Congreso peruano aprobó una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre (No. 29763) luego de un largo proceso público de consulta previa. El 2012, el Servicio Forestal del Perú (**SERFOR**) presentó un conjunto de reglamentos borrador asociados. Estos reglamentos están enfocados en una gestión territorial integral, reforestación y gestión forestal comunitaria. El diseño de un proceso de consulta con los pueblos indígenas fue un primer paso en el desarrollo de los reglamentos, dadas las obvias implicaciones potenciales que la Ley Forestal y su normativa tendrían para los pueblos indígenas y la práctica de sus derechos en territorios tradicionales. El Vice-Ministerio de Interculturalidad (**VMI**) del Ministerio de Cultura coordinó los esfuerzos de consulta con el tomador de decisiones SERFOR. El VMI proporciona asistencia técnica y apoyo al proceso de consulta tanto a las entidades del gobierno como a los Pueblos y comunidades indígenas.

El proceso seguido por SERFOR está descrito en la Ley de Consulta del Perú:

Paso 1: Identificación de la Medida

En este caso la medida a ser consultada es el borrador de la normativa propuesta.

Paso 2: Identificación de los pueblos indígenas Impactados

Utilizando la base de datos del Estado sobre pueblos indígenas, el VMI identificó a 53 grupos indígenas (48 en la Amazonía y 4 en la Región Andina), y a siete organizaciones indígenas nacionales.

Paso 3: Promover la Medida y Desarrollar un Plan de Consulta

El 13 de octubre, 2014, las siete organizaciones indígenas nacionales se reunieron con el SERFOR para hacer una revisión de la presentación de la medida¹⁷ y el plan de consulta propuesto. En total, se llevaron a cabo cuatro reuniones para discutir el contenido del plan. El plan de consulta en borrador incluía lo siguiente:

- El contenido general y la información asociada con la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, y el borrador de sus Reglamentos propuestos;
- Propuesta del número de talleres/reuniones, además de las fechas y ubicaciones de las mismas a nivel nacional;
- Cronograma para el diálogo interno dentro de las comunidades indígenas;
- Descripción de la fase de diálogo intercultural (gobierno-a-gobierno);
- Roles y responsabilidades y cantidad de participantes/representantes, incluyendo asesores, facilitadores e intérpretes.

Es importante tomar en cuenta que paralelamente el VMI llevó a cabo un número de talleres informativos sobre consulta previa, tanto para las entidades estatales como para las comunidades indígenas. Este fue un importante componente preparatorio para las discusiones sobre los reglamentos propuestos dada la falta general de capacidad y práctica en consulta en el Perú.

Paso 4: Proporcionar Información

Durante la fase informativa del proceso de consulta, el SERFOR/VMI llevaron a cabo once talleres en todo el país. El proceso descrito en la Ley de Consulta Previa fue observado a lo largo de tres años y concluyó en

17 <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/ACTA-PUBLICIDAD.pdf>

un acuerdo (que en este caso significaba consentimiento) con las siete principales organizaciones indígenas nacionales, en Marzo del 2015. El proceso de consulta incluyó:

- Colaboración estatal entre los diversos ministerios y entidades estatales involucradas en temas forestales;
- La promoción del proceso a través de varios medios de comunicación, talleres, entrevistas radiales, volantes y afiches;
- Talleres sobre los reglamentos propuestos con organizaciones indígenas nacionales -como ser AIDSESEP, CONAP y UNCA- para proporcionar asistencia en las materias técnicas a ser discutidas;
- Ocho talleres en siete regiones del país. Estos incluyeron la participación de 296 líderes indígenas, 28% mujeres y 72% hombres.

Paso 5: Diálogo Interno y Evaluación de la Medida Propuesta por los pueblos indígenas

De acuerdo con estándares internacionales, los pueblos indígenas deberán tener suficiente tiempo y apoyo para sostener discusiones internas sobre las medidas propuestas dentro de sus comunidades.

El VMI desarrolló una metodología de evaluación para que sea utilizada por los pueblos indígenas durante sus discusiones. El intervalo para evaluación interna fue fijado inicialmente en una semana. Sin embargo este tuvo que extenderse a dos semanas, dada la naturaleza compleja de los reglamentos. Es interesante observar que la fase de diálogo interno fue dividida a su vez en tres fases y que, según progresaba cada fase, el número de representantes fue disminuyendo (a propósito) para permitir consenso.

Las organizaciones indígenas presentaron sus observaciones al SERFOR sobre los 55 artículos de los reglamentos que fueron inicialmente proporcionados por la entidad estatal, más 97 artículos adicionales que describían los impactos sobre derechos.

Paso 6: Diálogo Estado-pueblos indígenas

En forma previa al inicio del diálogo (intercultural) gobierno-gobierno, los representantes de las entidades estatales participantes se reunieron para desarrollar una metodología de diálogo. Esta metodología de diálogo, que es principalmente una metodología de debate, propone que una propuesta sea presentada por un representante indígena, seguida por una ronda de debate, y concluida con observaciones finales por el [mismo] representante indígena. Si no se llegara a un acuerdo o entendimiento en esta [primera] ronda, este procedimiento se repetiría.

La etapa final del diálogo concluyó de la siguiente manera:

- Durante un período de aproximadamente 1.5 meses, los representantes de las Organizaciones Indígenas se reunieron con el SERFOR y otras entidades gubernamentales para discutir sus propuestas.
- La participación se limitó a dos representantes acreditados de cada organización nacional (y sus suplentes), y dos asesores. Es importante hacer hincapié que solamente representantes de Organizaciones Indígenas acreditadas pueden ser los portavoces y tomadores de decisiones. Los asesores tienen un rol restringido, proporcionando asesoría técnica o aclaración a pedido de uno de los representantes indígenas.
- Durante todo el proceso de consulta, la Oficina de la Defensoría del Pueblo (Ombudsman) del Perú actuó de observador imparcial.

- El 16 de marzo, 2015, todos los participantes se reunieron para firmar el Acta de Consulta final (Consultation Record – en inglés).¹⁸ El Acta de Consulta es un documento sustancial que contiene todos los nombres y números de cédula de identidad de los participantes; todos los aportes proporcionados al proceso por los pueblos indígenas, la metodología de diálogo y todos los acuerdos y desacuerdos. Parte de la introducción al Acta de Consulta reconoce públicamente la calidad de la consulta en la opinión y experiencia de los participantes. El proceso es descrito de la siguiente manera:
 - ◆ El proceso fue llevado a cabo por el Estado de buena fe
 - ◆ Diálogo sostenido y respetuoso
 - ◆ Enfoque sobre el diálogo intercultural y la igualdad de género en la participación
 - ◆ Aprendizaje mutuo
 - ◆ Los puntos de vista indígenas fueron valorados y respetados.

Paso 7: Decisión

El 15 de septiembre, 2015, los reglamentos fueron puestos en vigor por medio de una resolución de Congreso.

Ejemplo Práctico #3: Corrección de Procedimientos en Panamá¹⁹

El siguiente ejemplo práctico examina "una corrección de procedimientos de consulta" en Panamá con respecto a dos proyectos hidroeléctricos controversiales, conocidos popularmente como Chan I y Chan II, en el Río Changuinola en la región occidental de Panamá. Una serie de proyectos hidroeléctricos fueron estratégicamente desarrollados por el gobierno panameño para incrementar su soberanía energética, y para concentrarse en energía "verde" y en desarrollo económico sostenible. El caso demuestra cómo las lecciones aprendidas a través de una consulta no apropiada pueden ser instructivas y contribuir a mejoras en las consultas en general, aun en la ausencia de cualquier marco normativo o institucionalizado de consulta.

Aunque la consulta de Chan II está todavía en curso, y requirió la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para activar un proceso apropiado de consulta que respete los derechos indígenas, el caso demuestra cómo los errores cometidos en la consulta pueden ser corregidos de buena fe, si todas las partes están dispuestas a participar.

En Panamá existen siete grupos indígenas que ocupan trece territorios. De acuerdo a las cifras del censo 2010, hay más de 400.000 personas que se auto-denominan como indígenas en Panamá (aproximadamente 12% de la población total). Hay cinco territorios legalmente reconocidos (Comarcas) de pueblos indígenas que cubren el 35% del territorio nacional. Aunque el Gobierno de Panamá reconoce a los pueblos indígenas y ha hecho algunos avances en las áreas de titulación de tierras y reconocimiento cultural, Panamá no ha ratificado el Convenio OIT 169 y, actualmente no tiene provisiones específicas para legislar o normar la consulta previa. Sin embargo alguna legislación sí hace referencia a la necesidad de consulta como parte de un proceso más amplio de otorgar permisos.

La historia de Chan I no es inusual, hay muchos ejemplos de proyectos hidroeléctricos y otros grandes proyectos de desarrollo en el mundo que han sido construidos sin consulta ni consentimiento libre, informado y previo, y que fueron caracterizados por violencia, opresión y en muchos casos, tragedia.

¹⁸ <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Acta-Consulta-RLFFS-FIRMADA.pdf>

¹⁹ Gracias a Josue Ospino Chung por información y análisis relacionados a este ejemplo práctico.

El gobierno aprobó una concesión de más de 6.000 hectáreas de tierras a la empresa norteamericana AES, en territorio tradicional Ngöbe Bugle, para la construcción de un proyecto hidroeléctrico. Para complicar más las cosas, el proyecto está localizado en un bosque protegido y en una reserva biosférica internacionalmente reconocida. El proyecto impacta a aproximadamente 5000 Ngöbes y requería que la empresa inunde cuatro comunidades donde habitaban 1000 residentes Ngöbe. El Artículo 10 de la UNDRIP declara: "los pueblos indígenas no serán retirados a la fuerza de sus tierras o territorios. No se llevará a cabo ninguna relocalización sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas concernidos y luego de un acuerdo sobre compensación justa y apropiada, y donde fuese posible, con la opción de retorno." En el caso de Chan I se requería de consentimiento y una nueva ubicación de igual o mayor calidad. Sin consulta previa ni consentimiento, la empresa empezó a excavar con maquinaria pesada, arrasando a su paso a las comunidades y retirando a la fuerza a los miembros de las comunidades. Se construyó un perímetro alrededor del proyecto, se envió policías a proteger el área y a los Ngöbe se les prohibió acceso a sus tierras. Los impactos potenciales del proyecto eran obvios:

- Inundación y relocalización forzada de las comunidades Ngöbe
- Destrucción de rutas de transporte
- Completa restricción de acceso a tierras agrícolas de las requieren los Ngöbe para su sustento
- Impactos sobre la pesca
- Impactos ambientales a la biósfera y especies en riesgo

AES y el gobierno panameño llevaron a cabo un proceso de consulta que no involucró a las comunidades indígenas afectadas y que no hizo intento alguno para proporcionar un proceso separado para dichas comunidades. La empresa también negoció acuerdos con cualquiera que estuviese dispuesto a firmarlos, lo que causó divisiones en las comunidades que tendrían impactos de larga duración.

El 2008 los Ngöbe, con el apoyo de varias ONGs internacionales, presentaron una queja a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] y la comisión emitió medidas de precaución (una orden restrictiva) al gobierno de Panamá el 2009, dando órdenes al Gobierno que suspenda la construcción y otras actividades. La CIDH le dio al gobierno de Panamá 20 días para responder con sus medidas de cumplimiento. En vez de acatar la orden, el Gobierno y la AES apresuraron la construcción e informaron a la Comisión de que no tenían intención alguna de parar la construcción. Entonces, el 2010, la Corte Interamericana de Derechos emitió sentencia sobre el caso y eso obligó al Gobierno de Panamá a un proceso de resolución de conflictos. Se montó una Mesa de Diálogo Tripartita que incluía la empresa, el Estado y las comunidades afectadas, encabezada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Panamá. En los últimos tres años se han logrado algunos adelantos en mitigación y compensación. Pese a la Sentencia de la Corte, Chan I está ahora en operación.

Chan II (aguas arriba de Chan I) procedió pisándole los talones a Chan I. Chan II es una sociedad estratégica entre el Estado, EGESA (empresa estatal) y Odebrecht (del Brasil), llamada Energía de Bocas del Toro. Los impactos sobre las comunidades Ngöbe son los mismos descritos anteriormente en el caso de Chan I. En forma previa al inicio del proceso de evaluación/valoración ambiental, la empresa inició un proceso de consulta en las comunidades Ngöbe –armando consejos consultivos y un proceso de relaciones comunitarias bien adelantado a la obtención de permisos. La empresa contrató a una firma consultora local que se especializa en relaciones indígenas y con comunidades. Esto ayudó a la empresa a montar un diálogo continuo con las comunidades locales con respecto al proyecto.

El proceso de consulta indígena de Chan II incluyó las siguientes mejores prácticas:

- La compañía empezó a establecer relaciones con las comunidades Ngöbe afectadas mucho antes de que cualquier proceso gubernamental de toma de decisiones empezara (con la excepción de la concesión).
- La relación estuvo caracterizada por transparencia, con libre acceso a información y reuniones sostenidas en las comunidades impactadas.
- Las comunidades eligieron a sus representantes, y dichos representantes fueron reconocidos y respetados por el Estado y la empresa.
- Se desarrolló un plan conjunto de consulta que estableció una "Mesa de Acuerdos". El espacio para la nueva comunidad fue acordado, y los diseños de vivienda fueron reconocidos y respetados por el Estado y la empresa. El plan incluía fechas y lugares para las reuniones y creó un proceso de diálogo.
- La "Mesa de Acuerdos" se concentró en la resolución de impactos sobre derechos indígenas (mitigación, beneficios y compensación), incluyendo relocalización. El espacio territorial para la nueva comunidad fue acordado y los diseños de vivienda fueron discutidos en colaboración con los representantes de la comunidad.

¿Qué hace que este ejemplo práctico sea una "mejor práctica"? Primero, la intervención de cortes y tribunales para fortalecer el derecho a consulta previa ha sido exitoso en muchos países –notablemente en Canadá, Colombia, Chile y, más recientemente, Perú. Por ejemplo, en el Canadá han habido docenas de litigios en los últimos 20 años en relación a la consulta, cosa que ha consolidado el derecho a la consulta, obligando a que los gobiernos respeten los derechos indígenas, incluyendo el derecho a consulta previa, y dándoles directivas muy claras a los gobiernos y proponentes. Lo mismo es cierto de Colombia, Chile y Perú, y esto está promoviendo el avance de la implementación del derecho a la consulta previa.

Aunque los primeros intentos de contacto con la comunidad en Chan I fueron desastrosos, el gobierno ha demostrado liderazgo al participar en un proceso de resolución de conflictos y al montar una comisión tripartita que involucra al Estado, la empresa y las comunidades afectadas. El proceso descrito arriba sigue las normas internacionales establecidas para las consultas indígenas y esto demuestra cómo los errores en consulta pueden ser corregidos, y cómo la construcción de procesos de diálogo respetuosos y de mutuo beneficio pueden cambiar el futuro de las comunidades indígenas de manera positiva.

Sin embargo, hay efectos que todavía quedan de Chan I que han permeado el proceso de Chan II.

- Algunos miembros de las comunidades indígenas negociaron acuerdos/compensación en forma directa con la empresa durante Chan I, creando un nivel de expectativa y distorsionando el proceso actual [convirtiéndolo] en una mera instancia de "atrapa dinero" que no tiene beneficios de amplio alcance para todos los miembros de la comunidad. Esto continúa dividiendo a las comunidades Ngöbe.
- Organizaciones externas, tales como ONGs internacionales y otras comunidades indígenas no impactadas por el proyecto, han asesorado a los Ngöbe para que NO participen en la consulta. Por supuesto, los pueblos indígenas siempre tienen el derecho de decidir si van a participar o no en la consulta. Sin embargo, estos consejos son equivalentes a sugerir que los pueblos indígenas no defiendan sus derechos.
- Algunos representantes indígenas, aunque dispuestos a participar en el diálogo, también han tratado de frenar el proceso al aceptar reuniones y luego cancelarlas. Esto tendrá un impacto en los resultados

financieros del proyecto lo cual podría eventualmente impactar en el nivel de beneficios recibidos por la comunidad.

- El proceso ha sido frenado debido a disputas de tierras pendientes entre los Ngöbe y el Estado. Estos temas necesitan ser resueltos.

Ejemplo Práctico #4: Creando un nuevo Ministerio de Cultura en Chile

Los pueblos indígenas de Chile no están formalmente reconocidos por la Constitución chilena. Ellos están, sin embargo, reconocidos en la Ley Indígena (1993) y de facto a través de la ratificación por Chile del Convenio OIT 169 (2009). Hay nueve naciones indígenas en Chile, reconocidas por la Ley Indígena 19.253 (1993): Aymara, Quechua, Atacameño, Colla, Diaguita, Rapa Nui, Mapuche, Yagán y Kawésqar. De acuerdo al censo de Chile del 2012, la población indígena total es aproximadamente igual al 10% de la población total. De la población indígena total, aproximadamente 90% son Mapuche quienes están principalmente ubicados en el sur y áreas urbanas. La Ley Indígena creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (**CONADI**) el 1993.

El 2014, el gobierno de Chile aprobó los Reglamentos de Consulta Previa (Decreto #66), aunque hay críticas que dicen que los reglamentos fueron desarrollados sin el apoyo de todos los grupos indígenas. Sin embargo, los reglamentos fueron puestos en efecto en Junio del 2014, convirtiendo a Chile en el segundo país en Latinoamérica en hacerlo. Los reglamentos siguen un proceso similar a lo descrito en los ejemplos prácticos anteriores, diseñados de acuerdo a normas internacionales.

Se llevaron a cabo dos procesos de consulta muy importantes en los años 2014-15; uno para crear el Ministerio de Asuntos Indígenas -un Consejo de pueblos indígenas y nueve consejos regionales-; y otro para crear un nuevo Ministerio de Cultura. Este Estudio examina el proceso de consulta emprendido por el Consejo Nacional de Arte y Cultura (**CNAC**) para crear el Ministerio de Cultura. Se debiera recalcar que el gobierno chileno eligió emprender ambos procesos muy complejos de consulta a escala nacional, al mismo tiempo. Las repercusiones de esta decisión se discuten en la conclusión.

La idea de crear un nuevo Ministerio de Cultura tomó forma bajo el anterior gobierno, pero revivió con el actual gobierno. El actual gobierno de Chile ha dado enfoque y prioridad considerable a resolver los temas de derechos indígenas. Pese a las críticas hechas al Decreto #66, el proceso de consulta siguió los pasos descritos en los reglamentos:

1. Planificación:

- La consulta fue liderada por el Consejo Nacional de Artes y Cultura de la Asamblea Nacional.
- El instituto Nacional de Derechos Humanos fue nombrado como observador independiente del proceso, aunque este pudo cubrir solamente un 5% de las reuniones que se llevaron a cabo en todo el país.
- Se crearon dieciséis equipos de especialistas para emprender el proceso de consulta, el cual incluyó 30 facilitadores interculturales.
- Se llevaron a cabo un número de talleres de capacidades para capacitar a los equipos de especialistas.

2. Socialización del Proceso de Consulta y Provisión de Información Inicial:

- La información sobre el tema fue traducida a cinco idiomas indígenas.

- Toda la información fue publicada en un sitio web público para su fácil acceso.
- El proceso fue publicitado en periódicos nacionales, radio (en tres diferentes idiomas), en la gaceta oficial del gobierno, en cartas de invitación, y en comunicaciones personales [directas].

3. Deliberación interna de los pueblos indígenas:

- Se dio un lapso de tiempo apropiado para que los grupos y organizaciones indígenas puedan considerar la información proporcionada por el CNAC. No se tiene claro cómo se condujo este proceso ya que todavía no se habían creado los consejos indígenas nacionales y regionales.

4. Diálogo (Nación-a-Nación):

- Se sostuvieron 510 reuniones en 15 regiones a través de un período de siete meses.
- Todas las reuniones regionales llegaron a un acuerdo sobre un número de recomendaciones.
- Cada región asignó delegados a la reunión nacional final (212 en total). Estos delegados fueron los responsables de presentar sus acuerdos regionales.
- Más de 11,000 personas indígenas participaron en sesiones regionales. No se obtuvo un desglose por género.

5. Decisión y Resultados de la Consulta:

- Se lograron un número de acuerdos en la reunión nacional final, incluyendo:
 - ◆ Cambio de nombre del nuevo Ministerio a Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.
 - ◆ Creación de un Consejo de pueblos indígenas dentro del nuevo Ministerio.
 - ◆ Incorporación de los principios de reconocimiento, respeto y promoción de la naturaleza pluricultural existente en el país, en todo el trabajo asociado con el nuevo Ministerio.
 - ◆ Inclusión del concepto de Patrimonio Cultural Indígena.

Como se discutió anteriormente, para su primer proceso de consulta -utilizando el Decreto #66-, el gobierno de Chile escogió poner en marcha dos procesos extremadamente complejos e importantes de consulta cuando las estructuras representativas asociadas no habían sido probadas con anterioridad. Ya que el proceso de consulta y las estructuras representativas no habían sido probadas en forma previa, esta probablemente no fue una buena idea dado que los representantes escogerían su tema preferido. De acuerdo a un informe de observador del Instituto Nacional de Derechos Humanos [NIHR – por sus siglas en inglés], las dos entidades gubernamentales que manejaban las dos consultas separadas no coordinaron sus procesos, y la asistencia en algunas reunión fue pobre.

El uso de terceros como observadores independiente fue útil. EL informe del NIHR describe el proceso como solvente y en acorde a los principios de consulta indígena descritos en la OIT 169. Las recomendaciones del informe del NIHR permiten que el gobierno examine el proceso y haga mejoras.

Debido a que la adopción del Decreto #66 fue tan controversial, había escepticismo y falta de aceptación del proceso por algunas comunidades indígenas. Sin embargo, esta [predisposición] se dispó hacia finales del proceso y los grupos indígenas tenían pruebas concretas de que la consulta sí podía funcionar.

Varios temas de derechos indígenas fueron presentados a la mesa de discusión, que no estaban directamente relacionados al tema en cuestión, como demandas en pos de una solución. Hasta el momento en que dichos temas pudieran ser resueltos (p.ej. reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas), éstos continuarán resurgiendo en cada oportunidad posible.

Resumiendo, el cuadro siguiente compara los contextos normativos e institucionales para la consulta indígena en los cuatro países discutidos arriba:

País	ILO 169 y/o UNDRIP?	¿Reconocimiento Constitucional?	Legislación Constitucional?	Jurisprudencia en consultas indígenas?	¿Marco Institucional?	¿Consultas Activas?	¿Acuerdos? ²⁰
Canadá	UNDRIP	✓	X	✓	✓	✓	✓
Panamá	UNDRIP	✓	X	✓	X	✓	✓
Chile	Ambos	X	✓	✓	✓	✓	✓
Perú	Ambos	X	✓	✓	✓	✓	✓

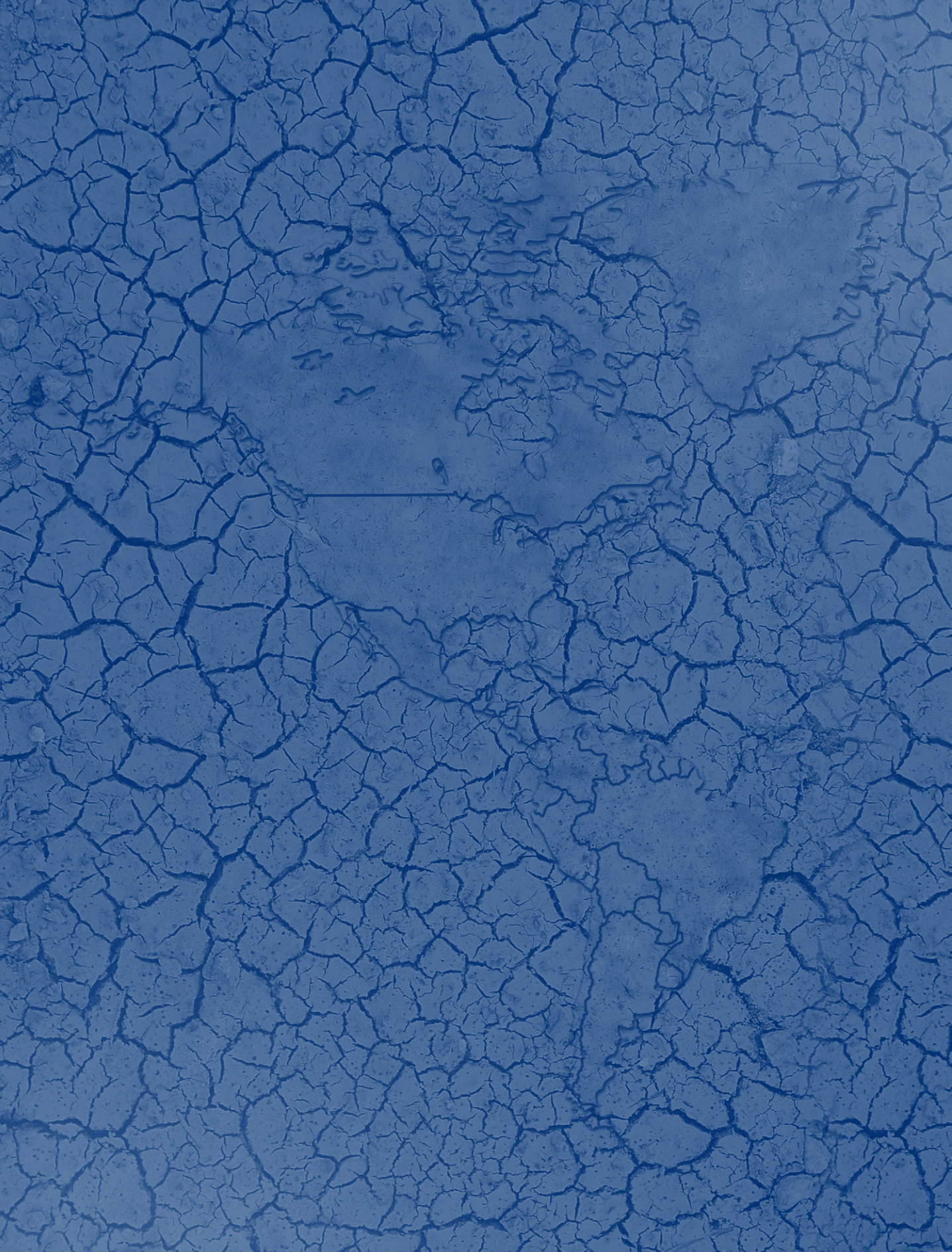
20 "¿La consulta alguna vez llega a un acuerdo?" – Esta [interrogante] no evalúa/valora la frecuencia o la calidad de los acuerdos, solamente que ocasionalmente se llegan a acuerdos a través de la consulta.

REFERENCIAS

Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe de observación sobre el proceso de consulta previa de la indicación sustitutiva al anteproyecto de ley que crea el Ministerio de Cultura, Arte y Patrimonio. Agosto de 2015.

Glosario de siglas

- **CIDH** - Corte/Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- **CLPI** - Consentimiento Libre, Previo e Informado
- **CNAC** (Chile) - Consejo Nacional de Arte y Cultura
- **CONADI** (Chile) - Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
- **ICP** - / Consulta Informada y Participativa
- **OAA** (Canadá) - Oficina de Asuntos Aborígenes
- **OIT** - Organización Internacional del Trabajo
- **SERFOR** (Perú) - Servicio Forestal del Perú
- **NIHR** - Instituto Nacional de Derechos Humanos
- **UNDRIP** - Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- **VMI** (Perú) - Vice-Ministerio de Interculturalidad





Konrad
Adenauer
Stiftung

REGIONAL "INDIGENOUS POLITICAL PARTICIPATION"
PROGRAM IN LATIN AMERICA



**"Best Practices
Guide to Prior
Consultation in
the Americas"**

AUTHOR
Jay Hartling



Konrad
Adenauer
Stiftung

REGIONAL "INDIGENOUS POLITICAL PARTICIPATION"
PROGRAM IN LATIN AMERICA

"Best Practices Guide to Prior Consultation in the Americas"

AUTHOR

Jay Hartling

© Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2017

Author

Jay Hartling (Canada)

Responsible Editors

Maximilian Benjamin Hedrich

Representative of the Konrad Adenauer Foundation in Bolivia and of the Regional "Indigenous Political Participation" Program of the Konrad Adenauer Foundation

Bernardo Ponce

Coordinator of the Regional "Indigenous Political Participation" Program of the Konrad Adenauer Foundation

English-Spanish Translation

Eduardo Hoffmann

Lupe Andrade

Konrad Adenauer Foundation (KAS) - Regional "Indigenous Political Participation" Program (PPI) in Latin America

Calle 21 #70 (Lado ProSalud), Achumani

Tel.: (+591) (2) 277-2675

P.O. Box N° 9284

La Paz – Bolivia

Email: info.ppi@kas.de

www.kas.de/ppi

Cover Design

Jose Fuentes Arzabe

D.L.

4-1-937-17

Printed by

Editora Presencia

Printed in Bolivia

This publication is distributed as a non-profit endeavor, within the framework of international cooperation, by the Konrad Adenauer Foundation (KAS).

The text published below is the exclusive responsibility of the authors and does not necessarily express the views of the editors and/or the KAS. Total or partial reproduction of its contents is permitted with acknowledgment of the source.

CONTENTS

Foreword.....	5
Introduction.....	7
Summary of Key International and Regional Frameworks.....	9
ILO Convention 169.....	10
UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.....	12
Other Protocols, Agreements and Guidance.....	13
International Finance Corporation (World Bank Group) Performance Standard 7 (2012): Indigenous Peoples.....	13
The Equator Principles III (2013).....	14
International Council on Mining and Metals (ICMM) (2013).....	15
Issues/Analysis.....	16
Best Practices in Consultation: Process.....	23
Best Practices in Consultation: Case Studies.....	27
Case Study #1: Energy Consultation in Nova Scotia, Canada.....	27
Case Study #2: National Forestry and Wildlife Law - Regulations, Peru.....	30
Case Study #3: Consultation Course Correction in Panama.....	33
Case Study #4: Creating a New Ministry of Culture in Chile.....	35
REFERENCES.....	39

FOREWORD

The Regional "Indigenous Political Participation" Program (PPI) of the Konrad Adenauer Foundation, periodically evaluates the priorities related to the rights of the region's indigenous peoples. In this assessment and analysis framework, indigenous and non-indigenous experts from more than 10 countries in the region have accompanied us every year since 2011, in the task of developing actions that might respond to the Latin American indigenous agenda's challenging and changing needs.

As part of our understanding, it is clear that Prior Consultation processes are a priority issue in today's indigenous agenda context. As we develop greater depth and understanding of Prior Consultation, we established a need for relying on an academically rigorous document that would reflect and standardize diverse consultation experiences.

Along the road traveled, we had the honor of making acquaintance with Canadian Prior Consultation specialist, Jay Hartling, the author of this not-to-be-missed contribution to the regional debate on prior consultation. Ms. Hartling's experience is most ample, both in Canada as in Latin America. Working as a consultant based in Halifax, Nova Scotia, she is a specialist on indigenous consultation issues and indigenous community relations in Canada and Latin America. Ms. Hartling has more than 16 years of experience in advising the Canadian federal and provincial governments, as well as international organizations, Latin American governments, indigenous communities and organizations, and the private sector. She develops and implements policies, programs and fair, transparent and permanent consultation practices for all sectors involved in Prior Consultation, as well as developing and implementing corporate social responsibility programs.

On this opportunity, and owing to her valuable wealth of experience, we offer a publication of enormous added-value that translates into delivering a practical perspective on different Prior Consultation processes in Latin America and in Canada. A perspective that covers an ample geographic spectrum and takes into account very particular national contexts from which she extracts valuable lessons learned, including the establishment of similarities and differences in Prior Consultation processes in Canada and Latin America. All of the above while taking into account the academic rigor necessary for addressing Prior Consultation. Throughout the text, fundamental Prior Consultation experience based issues are deeply explored, including the relevance of international agreements on the matter and concrete case studies in Canada, Peru, Panama and Chile.

We are confident that whoever accesses this contribution shall have, a very valuable resource on hand that will allow them to delve deeper into these processes and understand them from the practice itself, without losing perspective of process and the legal frameworks that regulate their application.

Maximilian Benjamin Hedrich
Representative
Regional "Indigenous Political Participation" Program
Konrad Adenauer Foundation

INTRODUCTION

The Indigenous right to consultation and free, prior and informed consent has been widely examined and debated. This guide is meant to provide a window to best practice in consultation and free, prior and informed consent (FPIC) with Indigenous peoples, particularly from a practical process and practice perspective.

The guide describes briefly the principle international normative instruments that support consultation and FPIC; the key issues that have emerged regarding the implementation of consultation with Indigenous peoples in Latin America (and Canada); a step-by-step high-level guide to consult practice; and, four very different “best practice” case studies for illustration.

The Indigenous consultation processes emerging in Latin America are experiencing growing pains, criticisms, setbacks and some resistance – from all parties. There must be a commitment to the proper implementation of institutionalized processes of Indigenous consultation at the state level. There is a tendency to believe that processes need to be perfect in order to proceed, and all associated issues need to be resolved ahead of time. The cases in this guide illustrate all, that the system don't need to be perfect before consultation can proceed; and, that a commitment to learning and improve the process will result in increased trust, better outcomes and a foundation for future consultation.

■
1 Author Note: While the Canadian context is different than Latin America, the fundamentals, process and issues associated with the implementation of Indigenous consultation are similar.

SUMMARY OF KEY INTERNATIONAL AND REGIONAL FRAMEWORKS

The historical development of indigenous rights and codification in agreements, treaties, and declarations of international law, for example, the Universal Declaration of Human Rights, the Conference and Decade Against Racism, the Declaration of Patzcuaro, and pivotal studies by Martínez Cobo (1981-83), led the two predominant international instruments relating to the rights of indigenous peoples – *International Labour Organization Convention on the Rights of Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* in 1989 (ILO 169), and the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* in 2007 (UNDRIP). These two documents (one or the other, or both), provide the framework for the implementation of prior consultation in most countries in Latin America along with regional and national jurisprudence.

The creation of separate legal instruments to protect indigenous rights, such as ILO Convention 169, does not create a special class of rights, that is – *additional* rights for indigenous peoples. Rather, it provides the equal opportunity and treatment already enjoyed by others to a historically disadvantaged or discriminated group. Indigenous peoples enjoy individual rights, however, the specific indigenous rights, by ILO Convention 169 and the UNDRIP, are collective rights – the expression of culture or organization with collective characteristics. For example, ILO Convention 169 and UNDRIP both deal with a number of collective rights in the following areas – justice, land, territories and natural resources, employment, professional training, social security, education and culture – as well as consultation and participation.

It is important both, to differentiate and to understand the relationship between the two key pieces of international legal text that frame the rights of indigenous peoples.

ILO Convention 169 (1989), which replaced ILO 107 (1957), was developed earlier than the UNDRIP and is the central element of the contemporary international normative framework for the promotion and protection of the rights of indigenous and tribal peoples. ILO Convention 169 is a legally binding, international instrument, and once ratified, the state has one year to align legislation, policies and programs to the Convention before it becomes legally binding. Countries that have ratified the Convention are subject to supervision and comment with regards to its implementation by an oversight committee (see ILO Convention 169: Mechanism below).

The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples resulted from a lengthy dialogue and negotiation process and was adopted by most countries in 2007.² The UNDRIP sets out the individual and collective rights of indigenous peoples, as well as their rights to culture, identity, language, employment, health, education and other issues. It is not considered to be a legally binding instrument on its own, but along with other human rights instruments and a growing body of jurisprudence on indigenous rights, the UNDRIP is an important global document, and concepts in the document are slowly finding their way into the Canadian legal system and consultation vernacular.

2 Four countries (USA, Australia, Canada and New Zealand) initially voted against the adoption of the UNDRIP, but later endorsed it, with reservations. One hundred and forty-three countries endorsed, 11 countries abstained, two of which later endorsed, and a number of countries were absent during the vote.

It is important to note that ILO Convention 169 and the UNDRIP are complementary and are meant to reinforce one another. For example, ILO 169 establishes the right to participation, consultation and self-government; while the UNDRIP affirms the right to self-determination.

ILO Convention 169

The ILO is historically a labour rights organization and part of the UN network. It is not commonly understood, why the ILO is involved in a convention related to indigenous rights. Indigenous peoples are covered by a number of ILO conventions related to labour rights³. The ILO's involvement with indigenous rights began in the 1920's with the rural workers' rights movement, many of those members were indigenous, and continued through the 1950's-70. There are two significant ILO Conventions related to indigenous rights - Convention 107 in 1957, and 169 in 1989. The fundamental shift from ILO 107 to 169 is still focused on the protection of rights, but is based on indigenous peoples own customs, traditions, culture and forms of decision-making, rather than through assimilation.

Once ratified, the Convention becomes law and then it is the state's responsibility to apply/implement the convention to protect and promote indigenous rights. In doing so, the Convention is broad enough to allow some flexibility in its implementation.

The countries that have ratified ILO Convention 169 in order of date are:

COUNTRY	YEAR OF RATIFICATION
México	1990
Norway	1990
Colombia	1991
Bolivia	1991
Costa Rica	1993
Paraguay	1993
Peru	1994
Honduras	1995
Denmark	1996
Guatemala	1996
Ecuador	1998
Fiji	1998
Netherlands	1998
Argentina	2000
Venezuela	2002
Brasil	2002
Dominica	2002
Nepal	2007
Spain	2007
Chile	2008
Nicaragua	2010
Central African Republic	2010

3 ILO Conventions 29, 100, III, 138, 182.

Contents:

ILO Convention 169 is a broad international treaty that covers the following rights pertaining to indigenous and tribal peoples:

- Justice
- Land, territory and natural resources
- Employment
- Professional training
- Social security
- Education
- Culture
- **Participation and consultation**

The treaty contains three fundamental pillars for the implementation of indigenous rights:

4. Article 2 – systematic and coordinated action required by the state to implement ILO 169;
5. Article 6 – the right to consultation;
6. Article 7 – the right to participation.

The **right to consultation** is one of the several rights, described in the treaty. Article 6 is the most explicit and descriptive of the duty to consult:

- Consultation with indigenous peoples should be undertaken through appropriate procedures, in good faith, and through the representative institutions of these peoples;
- Indigenous peoples should have the opportunity to participate freely at all levels in the formulation, implementation and evaluation of measures and programs that affect them directly;

Article 6 focuses on three essential aspects of consultation:

4. It is a collective right of indigenous peoples to be consulted;
5. The agreements reached during consultation must be respected;
6. The basic requisites/minimum standards of consultation should be respected.

Those basic requisites of consultation are described in the Convention in the following way:

- The consultation must take place prior to make
- decisions that have the potential to affect rights;
- The proper procedures, policies, guidelines, capacity, funding must be in place to support consultation;
- Procedures for consultation must respect indigenous peoples' preferred forms of organization and decision-making.

The procedures for consultation may vary slightly according to the context, however, there are basic principles that should govern all consultation. A consultation process begins when there is a possibility that a proposed government measure may affect the collective rights of indigenous people. Consultation is a process of intercultural dialogue, with the finality of reaching an agreement, or consent. Consultation should be undertaken by the government with the active participation of indigenous peoples, and should respect indigenous people's traditional or preferred structures or methods of decision-making. All agreements reached through consultation are obligatory or binding and should be provided in writing.

In summary:

- The consultation process must be carried out in good faith.⁴
- The "finality" or goal of the consultation should be agreement, consensus and/or consent.
- If consent is not obtained, despite all good faith efforts to do so, governments still have the power to decide. However, they must not ignore or discard the results of the consultation, and should make substantial efforts to address concerns.
- Indigenous peoples should always have legal avenues available to them, to seek redress to ensure their rights are respected.

According to ILO Convention 169, the following types of administrative and legislative measures require consultation:

- **Article 15:** Authorization or undertaking of exploration or exploitation of natural resources in indigenous territories;
- **Article 16:** Prior to relocation (which requires consent);
- **Article 17:** Prior to considering the transfer of indigenous lands;
- **Article 22:** When organizing or implementing any special professional training programs;
- **Article 28:** When considering the adoption of measures to teach reading and writing to children in their own language.

With specific reference to Article 15 and the exploration or exploitation of natural resources, indigenous peoples have the right to participate in the utilization, administration and conservation of those resources. If, as in many cases, the subsurface rights belong to the state, at a minimum, the state should consult to understand the level of effect any proposed measures may have on rights. Indigenous peoples also have a right to participate in the benefits, derived from the exploitation of natural resources and be eligible for indemnification for unanticipated harms, should they occur (Article 15 (2)).

Article 7 focuses on the broader concept of participation: Indigenous peoples have the right to decide their own priorities regarding development that affect their beliefs, institutions, spiritual well-being and the lands that they occupy or use in some manner.

UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

The **UN Declaration** focuses on many of the same consultation-related issues included in ILO Convention 169 and adds a new dimension with the purpose of obtaining free, prior and informed consent.

Similar to ILO 169, the collective rights addressed in UNDRIP include:

- | | |
|----------------------|-------------|
| ▪ Self-determination | ▪ Education |
| ▪ Self-government | ▪ Language |

■
4 At a minimum, **good faith** should be indicated by following any and all agreed to procedures, beginning the consultation early, providing information promptly and in an appropriate format, respecting established timeframes, striving for understanding and agreement, or consent; and, there is the possibility of influencing the decision.

- Past, present and future expressions of culture
- Media
- Employment
- Health (including traditional medicines and plants)

The following articles of the UN Declaration describe the **right to consultation** with the purpose of obtaining free, prior and informed consent:

Article 18: Indigenous peoples have a right to participate in decision-making with regard to issues that may affect their rights. Participation should take place through their own representatives chosen by their own procedures and maintained and developed by their own decision-making institutions.

Article 19: States must consult and cooperate in good faith with interested indigenous peoples via their representative institutions prior to adopting or implementing legislative or administrative measures that may affect them, with the aim of obtaining their free, prior and informed consent.

Article 32(2): States will carry out consultation and cooperate in good faith with interested indigenous peoples via their own representative institutions, with the goal of obtaining their free and informed consent prior to approving any project that affects their lands and traditional territories, resources, particularly in relation to development, and the use or exploitation of mineral, water or any other types of resources.

Consent is specifically required for the event of:

- Transfer or displacement of indigenous peoples;
- Storage or disposal of toxic materials in indigenous territory/lands;
- High social, cultural or environmental impact that puts the very existence of the indigenous peoples at risk.

Other Protocols, Agreements and Guidance

To support international frameworks, a number of financial institutions and private sector international organizations have developed standards and principles for private sector clients seeking to finance large-scale projects. The documents outlined below are the most recent and broadest in scope, however, there are also guidelines available on indigenous consultation and related issues produced by the Asian Development Bank (2009), and the European Bank for Reconstruction and Development (2008), among others. The relevance of these documents becomes apparent when you consider the challenges for multi-national corporations operating in a number of regimes – some who have indigenous rights frameworks in place and some who do not.

International Finance Corporation (World Bank Group) Performance Standard 7 (2012): Indigenous Peoples

As one of a series of performance standards developed to support the World Bank Group's environmental and social sustainability framework, Performance Standard 7 establishes a set of objectives for clients related to environmental and social impacts on indigenous peoples. Commercial clients/investees are required to ensure that their business activities respect the identity, culture and natural resource-based livelihoods of indigenous peoples and reduce exposure to impoverishment and disease. Specifically, Performance Standard 7's objectives are:

- To ensure that the development process fosters full respect for the human rights, dignity, aspirations, culture, and natural resource-based livelihoods of Indigenous Peoples.
- To anticipate and avoid adverse impacts of projects on communities of Indigenous Peoples, or when avoidance is not possible, to minimize and/or compensate for such impacts.
- To promote sustainable development benefits and opportunities for Indigenous Peoples in a culturally appropriate manner.
- To establish and maintain an ongoing relationship based on Informed Consultation and Participation (ICP) with the Indigenous Peoples affected by a project throughout the project's life-cycle.
- To ensure the Free, Prior, and Informed Consent (FPIC) of the Affected Communities of Indigenous Peoples when the circumstances described in this Performance Standard are present.
- To respect and preserve the culture, knowledge, and practices of Indigenous Peoples⁵.

There are four key/interesting elements of the IFC Performance Standard 7:

- The introduction to Performance Standard 7 includes a good plain language analysis of why indigenous peoples may be particularly vulnerable to natural resource development and exploitation, and how that might be avoided, mitigated, and/or compensated. This supports the legal framework for a separate duty to consult with indigenous peoples. The introduction also includes a detailed definition of the IFC's concept of "who is indigenous".
- The key UN Conventions are recognized as the core of the international indigenous rights framework. International organizations are using the UN Conventions as their interpretive measure for the implementation of the right to prior consultation. This includes an attempt to define the application of FPIC.
- While the UN instruments address the responsibilities of states, it is increasingly expected that private sector companies will conduct their affairs in a way that would uphold these rights and not interfere with states' obligations to indigenous peoples. This recognizes the important role of the private sector in state-indigenous relations. The IFC has done some good work to support the private sector – developing best practices guidelines for addressing social and economic impacts, and a document entitled ILO 169 and the Private Sector.
- The performance standards are accompanied by guidance notes to support the implementation of an integrated, project-based environmental and social risk management framework. The guidance note for consultation includes the definition of an appropriate consultation process and concrete examples of how to accommodate adverse impacts on indigenous rights.

The IFC is required to verify a client's compliance with their performance standards as part of its due diligence. If commercial clients are found not to be in compliance, they can be required to develop a corrective action plan and further funding would be contingent upon meeting the requirements of that plan.

The Equator Principles III (2013)

The Equator Principles III is the response of the financial industry to the management of environmental and social risk for client loans associated with large infrastructure and industrial projects that have a minimum loan value of \$100 million. These are complex, high profile projects that have the potential to have high impacts on

5 International Finance Corporation, World Bank Group, *Performance Standard 7, Indigenous Peoples*, January 1, 2012, p. 1.

the environment and local communities. There are 81 banks and financial institutions in 36 countries that have voluntarily adopted the Principles⁶. The Equator Principles outline a series of principles and a process to respect the rights of indigenous peoples – requiring projects developed by member groups to be developed in a socially-responsible manner, reflecting sound environmental management practices.

Similar to the IFC Performance Standard 7, clients must develop an environmental and social management plan to demonstrate how they will meet the standards, set out by the Equator Principles. Medium-to-high impact projects require the development of Environmental and Social Impact Assessments.

Principle 5 outlines requirements for indigenous and stakeholder engagement: "projects involving indigenous peoples will be subject to a process of Informed Consultation and Participation Projects with adverse impacts on indigenous peoples will require their free, prior and informed consent. FPIC does not require unanimity, does not confer veto rights to individuals or subgroups, and does not require the client to agree to aspects not under their control."⁷

The Equator Principles draw on similar content in the IFC Performance Standard 7 and rely on standards established in each country. In countries where standards are weak, the "fallback" mechanism is considered to be the IFC document.

International Council on Mining and Metals (ICMM) (2013)

The ICMM developed a set of ten sustainability principles in 2003 – these are commitments to sustainable practices required of ICMM's 23 members that have associated reporting requirements and a third party verification process. Many of the principles intersect with indigenous rights, including Principles 3, 6 and 9.

Principle 10 outlines the requirement for stakeholder engagement:

"Implement effective and transparent engagement, communication and independently verified reporting arrangements with our stakeholders.

- report on our economic, social and environmental performance and contribution to sustainable development
- provide information that is timely, accurate and relevant
- Engage with and respond to stakeholders through open consultation processes."⁸

In May 2013, the ICMM released a position statement on "Indigenous Peoples and Mining". The positions outlined in the statement may be summarized as committing members to:

- respect the rights, interests, special connections to lands and waters, and perspectives of Indigenous Peoples, where mining projects are to be located on lands traditionally owned by or under customary use of Indigenous Peoples

6 This covers 70% of international project finance debt in emerging markets: <http://www.equator-principles.com/>

7 *The Equator Principles III*, June 2013: A financial industry benchmark for determining, assessing and managing environmental and social risk in projects, p. 8.

8 *Ibid*, p. 10.

- adopt and apply engagement and consultation processes that ensure the meaningful participation of indigenous communities in decision making, through a process that is consistent with their traditional decision-making processes and is based on good faith negotiation
- Work to obtain the consent of Indigenous Peoples where required by the ICMM position statement.

Some interesting observations about the ICMM position statement on Indigenous Peoples and Mining:

- Unlike some of the stronger language found in the UN or some NGO descriptions of FPIC, the ICMM position statement appears to be less "committed" to FPIC in the most radical sense, by acknowledging that most countries have limited its application through legislation or the legal system.
- At the same time, the document leaves the door open for the possibility of the application of FPIC to broader non-indigenous communities, at their members' discretion. Their reasoning is sound – if there are non-indigenous communities negatively impacted by a project, they should also have an influence on the outcome.
- Similar to other documents, there is a recognition of UN instruments as the primary framework for implementation.

Issues/Analysis

The implementation of prior consultation with Indigenous peoples in Latin America really began in earnest within the last five-to-ten years. Comprehensive state institutionalization of a consultation framework with Indigenous peoples is a recent phenomenon and is really limited at this time to Colombia, Peru and Chile. Other states are in the legislation or policy development stage, and much more have yet to consolidate an approach.

The following section examines a number of common challenges arising from the requirement to implement prior consultation and the actual difficulties that have been experienced by various states and by Indigenous peoples. These issues have been debated and discussed at various international fora, including the KAS Council of Experts on Prior Consultation with Indigenous Peoples.

Changing commitment of governments

One of the most challenging issues facing consultation is regime change. Regime change tends to occur frequently in most Latin American countries due to constitutional laws regarding re-election. This poses a challenge to both the development of an institutionalized approach to consultation, as well as continuity. When different political parties assume the reins of government, they may have different perspectives, approaches and even levels of commitment to advance Indigenous rights. Governments are also heavily influenced by commodity markets – particularly those, that are natural resource dependent. Falling or consistently low commodity prices make governments more cautious about involving others in decision-making. Social unrest and political instability may also be drivers to challenge the advancement of Indigenous rights.

An example of changing the level of commitment due to regime change can be seen in Peru, where the former government of Alan Garcia refused to pass the Prior Consultation Law developed under its own governance. When a new government was elected under the leadership of Ollanta Humala, it was one of the first acts of government to adopt and implement the Prior Consultation legislation.

Governments are also influenced by public opinion. Public debate in the mainstream media concerning prior consultation has centered on two issues: 1) the potential negative impacts of consultation on investment; and, 2) internal government debates and competitive positions between ministries of government. This has contributed to the slow reaction of governments, who are cautious to dissuade investors.

Low Capacity

In a region where there is little consultation, and further – very little “best practice” – it stands to reason that there would be a low level of capacity regarding consultation with Indigenous peoples. There is a high level of theoretical and academic debate on the topic in Latin America, and publications regarding prior consultation are abundant. However, most of these are based on theory and critique, and either no or very little practical experience of actually “doing” consultation with a focus on the full process. There are very real and practical capacity problems that exist within government, indigenous communities, the private sector, NGOs, academia and the general public.

In Latin America, the Peruvian and Colombian governments have institutionalized training for state employees. The Ombudsman’s office in Peru also regularly provides training and supports debates for the advancement of prior consultation. International organizations like the UN High Commission for Human Rights and the UN Development Program support capacity building seminars and workshops for government officials (including the political level) and indigenous groups.

Weak Institutional Frameworks

There are a number of mechanisms that the state and Indigenous peoples must put in place in order for the implementation of consultation to advance. One of those is an adequate institutional framework that supports a government and indigenous participation. An institutional framework should include policies, guidelines and protocols that clearly define the consultation process; tools to support consultation – such as methodologies, databases, templates, interpreters and facilitators; adequate financial resources to support both the state and Indigenous peoples’ participation; and, properly trained staff to undertake consultation on behalf of the state. If institutionality is lacking, fractures begin to show in the process – for example, different ministries with different agendas formulate and implement their own decentralized responses to national policy direction on consultation. Inappropriate staff is conducting consultation with no training or background. There are very few funds to support government consultation, let alone indigenous groups; and, many governments are lacking the appropriate tools to advance consultation.

Different Interpretations of Consultation Concepts

There are varying interpretations of some consultation concepts, such as the terms “consent”, “prior” consultation, “good faith” and the “binding” nature of agreements reached in consultation. The interpretations do not just vary between government and indigenous groups. Even *within* broad government, indigenous organizations, and NGOs – there are varying interpretations.

Consent

“In all instances of proposed extractive projects that might affect indigenous peoples, consultations with them should take place and consent should *at least be sought, even if consent is not strictly required.*”⁹

9 Extractive industries and indigenous peoples: Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Report to the Human Rights Council A/HRC/24/41, 2013.

Consent is meant to signal there is general support for a decision or project by an indigenous group. However, "FPIC does not necessarily require unanimity and may be achieved even when individuals or groups within the community explicitly disagree."¹⁰ In terms of undertaking consultation, the basic assumption for the process should *always* be to try to reach agreement or consensus. Therefore, consent is always implied as an objective of any consultation process - even if it is not always achievable. If a government wants to achieve agreement or consent on a particular issue, they should undertake a genuine consultation process that is carried out in good faith, with the identified representatives of the indigenous peoples potentially impacted by a particular decision.

The more difficult question is "what happens when consent is not achieved"? In reality, and in most cases - particularly when issues are multi-dimensional - it is difficult to reach full agreement or consensus. In those instances, final decisions should be made by elected governments. However, a full consultation process should have taken place, and governments should address or reconcile the interests and concerns of Indigenous peoples to the fullest extent possible.

Good Faith

Consultation with the appropriate representatives of Indigenous communities or organizations and according to an agreed-upon process for intercultural dialogue is the process used to arrive at consent. It begins prior to decisions being made that have the potential to affect indigenous rights; and continues until decisions are made and agreements are implemented. Consultation is an obligation or requirement of the state, and any agreements reached during the consultation (which would indicate consent¹¹) are binding on all parties. All parties have a responsibility to participate in the consultation, but that participation should be on equal footing. Companies or other groups seeking government permits to operate should also be part of a consultation process, but ultimately it is the state's responsibility to undertake proper consultation.

"Prior" Consultation

The debate around the word "prior" is related to how far in front of a decision consultation has to take place, and at what juncture of the decision-making process. A good example of this is the debate in the mining sector regarding the "moment" or "trigger" of consultation. Some argue exploration licenses do not cause an impact on rights, and therefore, should be exempt from consultation because they are exploratory in nature, and do not confer any specific rights to a company to undertake work. Conversely, production/exploitation can have direct impacts on rights and should be the subject of consultation. Others argue exploration can impact rights, and once exploration has concluded and a decision is made to pursue production/exploitation, there is less opportunity for influence on the final decision.

Who is Indigenous?

The question of who is recognized by the state as Indigenous, and who is not is complex. In most regions of the world, the question of indigenous identity is usually defined by the principle UN documents - and relies on self-identification according to a number of criteria. Some countries, such as Peru and Colombia, have set up a database of indigenous peoples when their Consultation Directorates were initiated - the data is still being populated. Debates center on whether or not those who do not practice customary traditions are indigenous, and if the "mestizo" population that lives in the highlands are indigenous. Determining "who is indigenous" (and

¹⁰ International Finance Corporation, World Bank Group, Performance Standard 7, Indigenous Peoples, January 1, 2012, p 3.

¹¹ Author note: Benefit agreements are well-established in Canada. There is some debate regarding whether or not benefit agreements indicate consent.

particularly who gets to decide and according to which criteria) is essential to determining who are the "legitimate" participants in consultation.

Third Party Observation

Indigenous-state relationships in most parts of the world are characterized by a lack of trust. The request for third party accompaniment or observation of consultation processes is particularly prevalent where there is a lack of trust, often due to violent and oppressive historical relationships between indigenous people and the state and/or private sector. Trusted third parties perceived as neutral, such as churches, the public Ombudsman, national electoral tribunals, academic institutions, non-governmental organizations – particularly those involved in conflict resolution, and some high ranking "neutral" organizations (i.e. UN) – are asked to observe, and at times evaluate a consultation process to ensure it adheres to international principles. The requirement for third party accompaniment can provide a sense of security and legitimacy for a process, but can also be unwieldy and prolonged – since many of these institutions have other "day jobs". In order for an organization to effectively monitor consultation with Indigenous peoples, their own internal capacity needs to be developed and their role in the process clearly defined.

Community-driven Consultation

Where there is an absence of the state, previous negative experiences with consultation or a high level of mistrust of the state, communities themselves organize community consultation processes – often supported by third party NGOs or international aid organizations. This is a practice internal to communities and does not include the state or private sector. While these are good internal practices and should be considered part of the consultation process, they do not absolve the duty of the state to consult, or achieve any type of understanding and reconciliation, and are often posed as binary votes of "yes/no". In other words, they do not meet the criteria set out by international norms like ILO Convention 169 or the UNDRIP regarding consultation.

Representation

In order for the state and indigenous representatives to undertake any dialogue, appropriate representatives from both parties must be identified. Many states addressing implementation issues have expressed frustration in identifying the appropriate indigenous representatives. For any variety of reasons, including interference by the state, traditional "representative" models may have been lost in practice. It is also possible that the western concept of representation is not always a good fit with every indigenous decision-making or governance structure, or their particular cosmology.

Government imposed/introduced structures are not always accepted by all communities. That is why an upfront discussion regarding an appropriate process for consultation is always advisable. Splinter or rival organizations may develop within the same group, or in association with overall power structures. There is also the question of the disconnection between the political/decision-making level of indigenous communities and how they represent those at the grassroots level. According to international norms, governments and third parties should respect and follow the decision-making structure and representation preferred by indigenous communities. Indigenous groups should be clear about their representation, and so should governments.

Unresolved Land Issues

The land is central to indigenous peoples' lives, cultural and social patterns, and conflicts over land are common. Without land, or as a result of losing land, many indigenous peoples struggle to maintain their own economic foundations, subsistence and culture. Defining territories and control of those territories is a key priority for indigenous

peoples everywhere. Each country deals with land and territorial issues in a different manner. Some countries have either not resolved the long-standing disputes regarding the designation of indigenous territories; or have not enforced the legal nature of those designated territories – allowing transfer of ownership to non-indigenous owners who, in some cases, have become the majority landholders in titled and recognized indigenous territory. There are also examples of development occurring on recognized Indigenous territory without consultation or consent. Unresolved land issues are very relevant to prior consultation and the determination of location and extent of potential impacts on indigenous rights.

When to consult; and, what is the topic of consultation.

These are two technical questions that are the subject of much debate and discussion. The question of when you consult relates to the moment in the decision-making process that triggers consultation. The trigger for considering whether or not consultation is needed and is the presence or existence of an upcoming government decision that may have the potential to impact Indigenous rights. The process of consultation is determined according to the level of impact that decision may have on indigenous rights. If the decision itself has no impact, then consultation is not necessary. Some argue that the earliest decision regarding a project that has the potential to impact rights requires consultation – for example, deciding whether or not a highway in a certain area is needed, and who gets the concession to build that highway should first be the subject of consultation. The rationale for this is that the first decision is really the one that decides the future for the rest of the project's associated decisions. Governments will argue that the first decision is a strategic one that governments make as the elected representatives of the interests of all its citizens. In countries where consultation legislation has been or is being developed in Latin America, most governments are putting boundaries on the types of decisions that will be subject to consultation.

Equally important is the question of "what is the topic of consultation" – or, what are you consulting about? It is important to be clear about the boundaries/limitations of the decision at hand and how it relates to potential impacts on rights. Many marginalized indigenous communities have not had contact with governments or received any service or support from the government in their lifetime, and as such, have a long list of grievances that need to be addressed – these may become part of a consultation process. Being clear focuses the discussion on the subject of consultation.

What is considered to be "good" or "meaningful" consultation?

Consultation should never be measured according to a checklist of required steps or items, although having a process checklist does assist in carrying out a process. There needs to be fluidity and flexibility in consultation. The question should be – what is reasonable and meaningful consultation, given the potential level of impact on Indigenous rights? All consultation processes depend on the type of decision under consideration, and the potential for impacts on Indigenous rights, as well as the extent of those impacts.

Meaningful consultation is that which covers the following:

- Appropriate notification is given to the potentially impacted indigenous groups – this would include as much information as is available at the time about the decision. Support is provided for cultural and language considerations, where appropriate.
- Support is provided to potentially impacted indigenous groups to participate in the consultation process.

- A consultation process is developed by both parties¹² – and respects the decision-making structures indigenous groups have in place.
- The process and information provided are transparent, accurate and accessible.
- Indigenous groups have adequate time to review information, discuss that information internally within their communities, and respond.
- If further studies are required that will fill gaps in knowledge contributing to a greater understanding of potential impacts on rights, those studies should be facilitated by government and/or industry with the support of indigenous groups (for example, traditional indigenous knowledge studies).
- The government, the private sector and indigenous groups undertake a dialogue process to understand each other's points of view and to identify and discuss any potential impacts on rights.
- Ultimately, all parties should reach an agreement on whether/how the project will proceed. This includes agreements on avoidance and mitigation measures, as well as any compensation and/or economic or other benefits. It is not always possible to reach an agreement. In that case, disagreement should also be noted and recorded by the process.
- Governments have the elected mandate to make decisions that may impact indigenous rights. However, they cannot do so without (at a minimum) prior consultation with indigenous groups.

The Role of the Private Sector

International frameworks regarding Indigenous consultation are clear that the duty to consult belongs to the state. Indigenous groups are clear that they expect all levels of government to carry out the consultation. However, in practice it is the private sector that often takes on the largest portion of the consultation process, including any avoidance, mitigation or compensation measures. In some cases, companies may participate with government in a consultation process, but because there are so few institutionalized cases of government consultation in Latin America, in the absence of any coherent and ongoing consultation companies are often working on their own with little guidance. It is more common to hear about companies that are not doing a good job of community engagement. However, there are dozens of examples of companies that are undertaking respectful work with indigenous communities. A best practice for improving the performance of the private sector in the consultation is to ensure the private sector knows its role, carries out that role, and that they are given the tools and proper support to do so.

■
12 It is possible, as is the case in some places in Canada – that a long-term consultation process agreement (i.e. protocol, terms of reference) can be developed and followed for all consultation to avoid negotiating a new consultation process each and every time. See Case Studies for more information.

BEST PRACTICES IN CONSULTATION: PROCESS

The process of consultation is grounded in a number of guiding principles. Examining and comparing consultation process guidelines in different jurisdictions, there are nuances in principles, but most consultation is guided by the same principles – some of which are found in the UN Declaration or ILO Convention 169, and emerging jurisprudence in a number of jurisdictions.

The most common principles found in consultation legislation, policies or guidelines are:

Good Faith

- Free – participation should be without coercion or force
- Prior – consultation should take place well in advance of decisions being made
- Informed – appropriate information should be provided in advance of any dialogue, and Indigenous peoples should have the opportunity to discuss their concerns and views within their own community.

Meaningful

- Flexible – adapt to individual circumstances of each process, and the cultural context of individual communities;
- Take adequate time to consider potential impacts – sometimes, these can be quite complex to resolve;
- All concerns should be taken seriously and addressed, where possible.
- Appropriate resources must be provided both to responsible state agencies and Indigenous peoples to support the consultation process and participation in that process.
- Consent/agreement is always the objective, but is not always possible.

Respectful

- Establish appropriate process timelines, and respect those timelines – particularly if they are legislative in nature;
- Utilize appropriate language, locations and cultural considerations;
- Indigenous representation is recognized by Indigenous communities.

Accountability

- Participation is the responsibility of all parties in the process.
- Representatives are accountable to their own constituencies.
- Agreements are binding, and their implementation should be monitored.

Similar to the guiding principles for consultation, the actual steps of the process of consultation that should lead to agreement/consent are similar in a number of countries, and across numerous guidelines that have been developed by agencies, governments, international and non-governmental organizations. There is no "magic

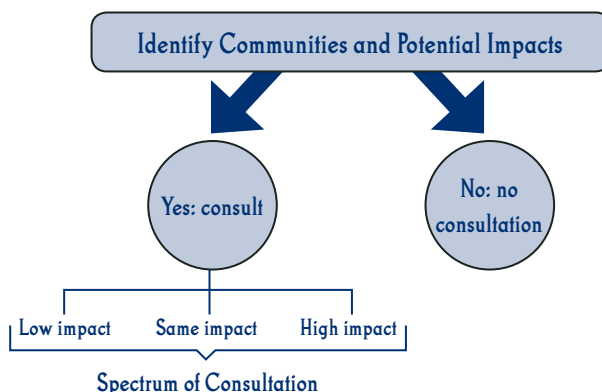
formula" for consultation. All good consultation process should follow these basic steps. The important thing to note is that process can always be improved upon, changed, revised and reviewed – that is how consultation processes evolve and improve over time. Participants should be mindful of this and be prepared to "auto-correct" from time to time.

As stated previously, it is the government's responsibility to consult with indigenous peoples. Therefore, these consultation steps are aimed at a government-led process.

Step 1: Internal Analysis

Assume that the state needs to make an administrative or legislative/policy decision. Part of the process when the state becomes aware of the need to make this decision is to undertake an analysis to identify potentially-impacted communities and any impacts that may occur. While it is important to consider potential impacts from the outset of a decision-making process, those initial considerations are not likely to be conclusive – that is why there is a need to consult – to determine if there are any impacts on affected indigenous communities.

Once this analysis has been made, a decision whether or not to consult must be made, as well as the extent of consultation.



The level of involvement and complexity of the consultation depends on the level of impact on rights. Decisions at the lower end of the spectrum of impact do not usually require a complex and lengthy consultation process. However, the degree of complexity and intensity of consultation increases with the level of impact.

Step 2: Organize and Initiate Consultation

Once the decision is made to consult with indigenous peoples, the internal planning process should begin:

- Identify all decision-makers, their representatives and ensure they are trained in consultation;
- Develop a joint consultation protocol with Indigenous groups. A blanket protocol that describes how consultation will take place can be useful for future consultation. However, consultation processes may also be designed decision-by-decision. A protocol can include process design, appropriate locations and dates for meetings, identification of participants and their roles, and what information will be shared.
- Provide information regarding the decision to participants:

- ◆ Information should be shared as soon as possible, and any new information that becomes available during the cónsultation process should also be shared.
- ◆ Information should be transparent and accurate, and available in the appropriate language and format.
- ◆ Assistance should be provided by the state for technical support – this can take the form of the state providing technical support, or resources for Indigenous groups to hire their own technical support.

Step 3: Dialogue and Identification of Impacts/Concerns

- Provide resources to support additional studies that may increase understanding of impacts on rights (for example, indigenous traditional knowledge studies);
- Ensure there is adequate time built into the process to provide an opportunity for Indigenous groups to conduct their own internal community deliberations.
- Conduct appropriate multi-party dialogue with Indigenous representatives, the state, and the proponent¹³. This may consist of several meetings, workshops, seminars, etc.
- Use an appropriate dialogue methodology that will encourage positive participation.

Step 4: Agreement/Consent

The purpose of the consultation is to identify and understand potential impacts; and, to reach agreement/consent on the resolution of potential impacts through avoidance, mitigation or compensation.

The level of mitigation or compensation depends on the level of impact. The following table provides some examples of avoidance, mitigation and compensation techniques, but is by no means comprehensive.

AVOIDANCE
Specific habitat protections
Alter/change project location
Reduce the project footprint
Modify or abandon project components
Use different techniques (i.e. reduce quantity of materials extracted)
Adjust/change timing of work to avoid impacts on species of interest (i.e. fish, animals or plants)
Reject project

13 Author note: Although the duty of consultation is the obligation of the state, private and public sector proponents play an important role in the process, as they will implement avoidance, mitigation and compensation measures.

MITIGATION
Habitat restoration
Include Indigenous communities in environmental monitoring
Involve Indigenous communities in site restoration and reclamation
Use techniques to minimize disturbance
Add, modify or remove sections in legislation, regulations and policies
COMPENSATION
Profit and/or resource sharing
Land transfers
Direct payments
Mutual Benefits Agreements
Trusts
Board of Directors appointments
Scholarships
Skills Training
Employment contracts
Direct contracting and procurement opportunities

Step 5: Decision

The state is ultimately responsible as the democratically-elected body that represents the entire population to make decisions. Decisions and agreements should be communicated clearly, and any agreements are binding. In some countries, a consultation record is developed and signed by all parties to signal and record agreement. The consultation record will also include all agreement details.

Step 6: Monitoring

Agreements must be monitored to ensure appropriate and timely implementation. There should be a dispute resolution clause built into agreements to ensure there is a grievance mechanism that Indigenous communities can access when agreements are not implemented. Third parties can play a role in monitoring and dispute resolution to ensure neutrality.

BEST PRACTICES IN CONSULTATION: CASE STUDIES

It is important to consider and learn from successful examples of consultation already underway in different countries. As previously stated, even where contexts are quite different, consultation principles and the process should be consistent.

There are no examples of perfection anywhere – everyone makes mistakes. The most important thing is to demonstrate good faith by learning from and improving on those processes. The right to prior consultation exists regardless of whether conditions are exact for its implementation. A joint commitment to meaningful consultation and an understanding of what that entails can contribute to the construction of good faith consultation over time.

It should be noted that the following examples are from very different contexts (legal, economic, cultural and historical, etc.). However, all of them provide very good ideas and ways of considering challenges that the reader may find helpful.

The following criteria were used to determine whether or not the case was a good fit to provide lessons learned:

General:

- The presence of an established normative structure: ILO 169, UNDRIP, recognition of Indigenous peoples in the constitution, a body of jurisprudence regarding consultation, laws and regulations, policies and practices.
- State-driven consultation with the involvement of the private sector.
- Willing participants.

Process:

- Follows general principles of prior consultation (free, prior, informed, good faith, meaningful)
- Follows generally-accepted consultation process (see the previous section).

Outcome:

- Results of the process are clear – disagreement, partial agreement, full agreement/consent.

Case Study #1.: Energy Consultation in Nova Scotia, Canada

This case study describes the consultation process regarding energy matters between the Government of Nova Scotia and the Mi'kmaq of Nova Scotia.

Canada's 1.5 million Indigenous peoples (approximately 4% of the total population) are comprised of First Nations, Inuit, Metis, and those that do not have official "status" under the single most significant piece of legislation regarding Indigenous peoples in Canada – *The Indian Act*. There are more than 500 First Nations communities in Canada. For the purposes of this case study, the Indigenous group is the Mi'kmaq of Nova Scotia – comprised of 13 communities. Nova Scotia is geographically the same size as Costa Rica. Many indigenous groups in Canada signed historical

treaties with the British Crown that surrendered their land. The Mi'kmaq signed Peace and Friendship Treaties with the British Crown – those did not include the surrender of territory.

Prior to the adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in 2010, Canadian law related to the right to prior consultation – referred to in Canada as the "duty to consult" – was already well established. Canadian courts continue to provide guidance on consultation through court rulings at many levels, and that has led to clarity and substantial improvements implementing consultation across the country. In fact, Canadian courts have been much clearer regarding consultation than UNDRIP or ILO 169. They also provide a direct avenue for redress on consultation-related issues.

Canada is a federal parliamentary democracy made up of ten provinces, three territories and the federal government – all with different responsibilities, and for the most part – different Indigenous rights contexts. As a result, the development and implementation of Indigenous consultation policy and practice vary slightly from province to province.

Canadian common law emanating from the Supreme Court of Canada directs all governments to consult with Indigenous peoples when decisions they are making have the potential to adversely impact Indigenous rights. In Canada, Indigenous rights are recognized in the Constitution. Because Indigenous consultation is already established in the law, there is no need to create specific legislation or regulations around consultation. Instead, governments have opted for policies, guidelines and protocols to implement the duty to consult.

The Government of Nova Scotia, the Mi'kmaq of Nova Scotia (represented by the Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs) and the Government of Canada entered into a consultation arrangement in 2007. A consultation protocol¹⁴ was developed jointly by all three parties that lay out how consultation will function for all government decisions that have the potential to impact rights. Therefore, there is no need to develop consultation protocols or processes on a case-by-case, decision-by-decision basis. This was the first agreement of its kind in Canada.

All three governments – federal, provincial and Mi'kmaq – have a consultation office staffed by experts in the field with annual operating budgets. As consultation has progressed, sector specific consultation guidelines have also been developed (i.e. in the areas of forestry, Crown land, energy, mining, highways, bridges and other infrastructure projects, and aquaculture).

The Nova Scotia Department of Energy leads consultation on energy issues, coordinated with the Office of Aboriginal Affairs. To facilitate dialogue on energy-related issues, a Consultation Table on Energy Matters meets at least twice per year to discuss high-level issues. "Table" participants include the Deputy-Minister of Energy and ministerial officials, the Office of Aboriginal Affairs, and the Mi'kmaq of Nova Scotia – led by a Chief who holds the energy portfolio – supported by consultation office staff. Discussions at these meetings may include sharing information on available hydrocarbon exploration blocks, proposed legislation, economic development opportunities, or project-specific initiatives.

When specific energy projects arise, the three parties follow the consultation process outlined in the protocol (similar to the process described in the previous section of this document). In 2010, the Government of Nova Scotia decided to develop a renewable energy plan. During discussions at the Energy Consultation Table, it was determined that the Mi'kmaq of Nova Scotia had a substantial interest in clean energy and energy efficiency

14 http://novascotia.ca/abor/docs/April%202015_GNS%20Mi'kmaq%20Consultation%20Policy%20and%20Guidelines%20FINAL.pdf

and had concerns, regarding the potential impacts of the construction and operation of wind farms and other renewable energy projects could have on their rights. A consultation process was initiated using the Consultation protocol.

Typically, the consultation process is practiced in the following manner:

- The "measure" or decision that has the potential to impact rights is identified by the responsible authority.
- Impacted Indigenous peoples are identified by the Office of Aboriginal Affairs (OAA).
- A letter is sent to the Mi'kmaq of Nova Scotia from the government outlining the decision that is under consideration, providing initial information (including proponent information, if relevant), and offering consultation.
- The Mi'kmaq of Nova Scotia respond to the request for consultation (positive or negative, but experience shows that Indigenous peoples in Nova Scotia rarely reject a request for consultation).
- All information pertinent to the decision is provided to the Mi'kmaq Consultation Office. This may be an ongoing process as more information becomes available, and is often provided by the project proponent as well as government.
- The government contacts the proponent and provides direction on engagement with the Mi'kmaq.¹⁵ While the responsibility or obligation to consult belongs to the government, proponents/companies can play an important role in the consultation process.
- Mi'kmaq hold internal deliberations regarding the proposed decision or measure.
- Bilateral meetings are held to discuss concerns and identify impacts, including mutually-satisfactory accommodations. The accommodations will outline any avoidance, mitigation or compensation measures to be taken by the government or the proponent.
- A decision is made by the government, and this decision is communicated to the Mi'kmaq, including any relevant accommodation measures.

In the case of the Department of Energy's development of a Renewable Energy Plan, aside from meetings with the Mi'kmaq of Nova Scotia to discuss potential impacts, the process was augmented with the following:

- The creation of a Mi'kmaq Advisor/Liaison position within the Department of Energy to support indigenous participation in business opportunities associated with energy projects;
- Inclusion of Mi'kmaq participants in technical advice and scientific studies;
- Funding for research to develop a Mi'kmaq Renewable Energy Plan that included Mi'kmaq community energy production and energy consumption (see below).

The agreement was then reached with the Mi'kmaq of Nova Scotia on the proposed legislation.¹⁶ Accommodation of Indigenous concerns and impacts included the following:

- Changes to the draft legislation to include and recognize the Mi'kmaq of Nova Scotia;

15 <http://novascotia.ca/abor/docs/Proponents%20Guide%20November%202011%20ecopy.pdf>

16 It is important to note that Canadian law has been clear that there is no requirement to reach an agreement in consultation. This is where Canadian law differs slightly from UNDRIP. Regardless, reaching agreement is always sought in consultation.

- Funding and development of a Mi'kmaq Renewable Energy Plan (Kweso'tm'ukw) that includes:
 - ◆ 20 megawatts of available power to Mi'kmaq community projects;
 - ◆ 13 community wind turbines (one for each community), although this was put on hold to pursue industrial opportunities;
 - ◆ Partnership in two industrial wind farms:
 - 51-100% Mi'kmaq investment
 - Transfer of technology
 - Gross income of \$8M/year – includes all renewable projects
 - Benefits Plan: capacity-building, employment, preferential contracts, scholarships
 - ◆ Mi'kmaq Energy Authority (collective ownership) to finance and manage renewable energy projects
 - ◆ Energy Efficiency Program for Indigenous communities
 - ◆ Development of pilot electrical car charging station in one community
 - ◆ Environmental and cultural protections.

Case Study #2. National Forestry and Wildlife Law - Regulations, Peru

Peru ratified ILO Convention 169 in 1995 and the UNDRIP in 2007. In 2011 the national government passed the Law of the Right to Prior Consultation for Indigenous Peoples (No. 29785), associated regulations, and established a consultation office within the Ministry of Culture. Over the next few years, the state established an institutional framework, based on a centralized advisory model much like the example above in Nova Scotia, Canada. As with most new consultation systems, they have experienced some frustration and growing pains in the process. Regardless, the government continued with its commitment to implementation and has now coordinated at least 21 consultations with Indigenous peoples on a variety of issues and projects. Moreover, a body of jurisprudence related to prior consultation with indigenous peoples is emerging that reinforces the right to prior consultation, and further shapes how consultation will be practiced in the future.

In 2011, the Peruvian Congress passed a new Forestry and Wildlife Law (No. 29763) after a lengthy public consultation process. In 2012, the Forestry Service of Peru (SERFOR) introduced a set of associated draft regulations. The regulations are focused on territorial comprehensive management, reforestation and community forestry management. A first step in the development of the regulations was to design a consultation process with Indigenous peoples, given the obvious potential implications the Forestry Law and Regulations would have for indigenous peoples and the practice of their rights in traditional territories. The Vice-ministry of Interculturality (VMI) of the Ministry of Culture coordinated consultation efforts with the decision-maker – SERFOR. The VMI provides technical assistance and support to the consultation process both to government entities and indigenous peoples and communities.

The process followed by SERFOR is described in Peru's Prior Consultation Law:

Step 1: Identification of the Measure

In this case, the measure to be consulted on is the draft regulations.

Step 2: Identification of Impacted Indigenous Peoples

Using the state's database of Indigenous peoples, the VMI identified 52 indigenous groups (48 in the Amazon and 4 in the Andean Region), and seven national indigenous organizations.

Step 3: Promote the Measure and Develop a Consultation Plan

On October 13, 2014, the seven national indigenous organizations met with SERFOR to review the introduction of the measure,¹⁷ and the draft consultation plan. In total, four meetings were held to discuss the content of the plan. The draft consultation plan included the following:

- The general content of, and information associated with the approved Forestry and Wildlife Law and draft Regulations;
- Proposed number of workshops/meetings, dates, locations on a national scale;
- Timeframe for internal dialogue in indigenous communities;
- Description of intercultural dialogue phase (government-to-government);
- Roles and responsibilities and numbers of participants/representatives, including advisors, facilitators and interpreters.

It is important to note that at the same time, the VMI conducted a number of informational workshops on prior consultation for both state entities and indigenous communities. This was an important preparatory component to the discussions on the draft regulations, given the lack of capacity and practice of consultation in Peru in general.

Step 4: Provide Information

During the information phase of the consultation process, SERFOR/VMI held eleven workshops throughout the country. The process outlined in the Prior Consultation Law was followed over a three-year period and resulted in an agreement (which, in this case, signified consent) with the seven principal national indigenous organizations in March 2015. The consultation process included:

- State collaboration between various ministries and state entities involved in forestry;
- The promotion of the process through various media, workshops, radio interviews, flyers and posters;
- Workshops on the draft regulations with national indigenous organizations, such as AIDSESP, CONAP and UNCA – to provide technical subject-matter assistance.
- Eight workshops in seven regions of the country. These included the participation of 296 indigenous leaders – 28% female and 72% male.

Step 5: Internal Dialogue and Evaluation of the Proposed Measure by Indigenous Peoples

According to international standards, Indigenous peoples must be given sufficient time and support to hold internal discussions within their communities on the proposed measure.

The VMI developed an evaluation methodology for indigenous peoples to use during their internal discussions. The internal evaluation timeframe was initially one week, however, this had to be extended to two weeks, given the

17 <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/ACTA-PUBLICIDAD.pdf>

complex nature of the regulations. Interestingly, the internal dialogue phase was divided into three phases – and as each phase progressed, representation numbers decreased (on purpose) to allow for consensus.

Indigenous organizations presented SERFOR with comments on the 55 articles of the regulations that were initially provided by the state entity, plus an additional 97 articles that outlined impacts on rights.

Step 6: State-Indigenous Peoples Dialogue

Prior to initiating the government-to-government (Intercultural) dialogue, the representatives of the participating state entities met to develop a dialogue methodology. This dialogue methodology – which is principally a debate style methodology – proposes that a proposal is presented by an indigenous representative, followed by a round of debate, and then closing remarks by the indigenous representative. If agreement or understanding is not reached in this round, it is repeated.

The final dialogue stage concluded in the following manner:

- Over a period of approximately 1.5 months, representatives of national indigenous organizations met to discuss their proposals with SERFOR and other government entities.
- Participation was limited to two accredited representatives from each national organization (and their alternates), and two advisors. It is important to note that only accredited indigenous organization representatives are spokespersons and decision-makers. The advisors have a restricted role of providing technical advice or clarification at the request of one of the indigenous representatives.
- During the entire consultation process, the Ombudsman's Office of Peru (Defensoría del Pueblo) was an impartial observer.
- On March 16, 2015, all participants met to sign the final Consultation Record (Acta de Consulta).¹⁸ The consultation record is a substantial document that contains all participants names and social security numbers, all input provided to the process by indigenous peoples, the dialogue methodology, and all agreements and disagreements. Part of the introduction of the Consultation Record publicly acknowledges the quality of the consultation as viewed and experienced by the participants. The process is described in the following way:
 - ◆ The process was carried out by the state in good faith
 - ◆ Sustained and respectful dialogue
 - ◆ Focus on intercultural dialogue and gender participation equity
 - ◆ Mutual learning
 - ◆ Indigenous views were respected and valued

Step 7: Decision

On September 15, 2015, the regulations were brought into effect by an act of Congress.

18 <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Acta-Consulta-RLFFS-FIRMADA.pdf>

Case Study #3: Consultation Course Correction in Panama¹⁹

The following case study examines a "consultation course correction" in Panama regarding two controversial hydroelectric projects known colloquially as Chan I and Chan II on the Changuinola River in western Panama. A series of hydroelectric projects were strategically developed by the Panamanian government to increase energy sovereignty, focus on green energy, and sustainable economic growth. The case demonstrates how lessons learned through inappropriate consultation can be instructive and contribute to improvements in consultation overall, even in the absence of any normative or institutionalized consultation framework. Although consultation on Chan II is still a work in progress and required the intervention of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) to activate an appropriate consultation process that respects Indigenous rights, the case demonstrates how mistakes with consultation can be corrected in good faith if all parties are willing to participate.

There are seven indigenous groups in Panama occupying thirteen territories. According to 2010 census figures, there are more than 400,000 self-identified indigenous peoples in Panama (approximately 12% of the total population). There are five legally-recognized territories (Comarcas) of indigenous peoples which cover 35% of national territory. Although the Government of Panama does recognize Indigenous peoples and has made some advances in the areas of land titles and cultural recognition, Panama has not ratified ILO Convention 169, and currently has no specific provisions for prior consultation in legislation or regulation. However, some legislation does make reference to the need for consultation as part of a broader permitting process.

The story of Chan I is not unusual – there are many examples of hydroelectric and other large development projects all over the world that have been built with no consultation or free, prior and informed consent, and characterized by violence, oppression and in many cases - tragedy.

The government approved a concession for more than 6,000 hectares of land in traditional Ngöbe Bugle territory to US-based AES for the construction of a hydroelectric project. To further complicate matters, the project site is located in a protected forest and an internationally recognized biosphere reserve. The project impacts approximately 5000 Ngöbe, and required the company to flood four communities with 1000 Ngöbe residents. Article 10 of the UNDRIP states: "Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return." In the case of Chan I, consent would be required, and a new location would have to be of equal or better quality. Without prior consultation or consent, the company began bulldozing communities and removing community members by force. A perimeter was built around the project, police were sent in to protect the area, and the Ngöbe were prohibited from accessing their lands. Potential impacts of the project were obvious:

- Flooding and forced relocation of Ngöbe communities
- Destruction of transportation routes
- Complete restriction of access to agricultural lands relied on by the Ngöbe for sustenance
- Impacts on fishing
- Environmental impacts to the biosphere and species at risk

■
19 Thank you to Josue Ospino Chung for information and analysis related to this case study.

AES and the Panamanian government conducted a public consultation process that did not engage the affected Indigenous communities and made no attempt to provide a separate process for those communities. They also negotiated agreements with whoever would sign them – which caused community divisions. This would have long-lasting impacts.

In 2008, the Ngöbe, with the assistance of several international NGOs, petitioned the Inter-American *Commission on Human Rights* and the commission provided precautionary measures (an injunction) to the Panamanian government in 2009 ordering the government to suspend construction and other activities. The IACHR gave the Panamanian government 20 days to respond with their compliance measures. Instead of complying, the government and AES stepped up construction and informed the commission that they had no intention of stopping construction. Then, in 2010 the Inter-American *Court of Human Rights* ruled on the case, and that forced the Panamanian government into dispute resolution. A Tripartite Dialogue Table was set up that included the company, the state and affected communities – led by Panama's Minister of External Relations. Over the last three years, some advances have been made in mitigation and compensation. Regardless of the court ruling, Chan I is now in operation.

Chan II (upstream from Chan I) followed closely on the heels of the Chan I process. Chan II is a strategic partnership between the state, EGESA (state-owned) and Odebrecht (Brazilian) – called Bocas del Toro Energy. The impacts on Ngöbe communities are the same as those listed above in the description of Chan I. Prior to the beginning of the environmental assessment process, the company started a process of consultation in Ngöbe communities – setting up consultative councils and a community relations process far in advance of permitting. The company hired a local consulting firm that specializes in community and Indigenous relations. This helped the company set up a continuing dialogue regarding the project with local communities.

The Chan II indigenous consultation process included the following best practices:

- The company began to establish relations with affected Ngöbe communities long before any government decision-making processes began (with the exception of the concession).
- The relationship was characterized by transparency, with free access to information and meetings held in impacted communities.
- Communities elected their representatives and those representatives were recognized and respected by the state and the company.
- A joint consultation plan was developed that established an Agreements Table. The plan included dates and locations for meetings and created a dialogue process.
- The Agreements Table focused on addressing impacts on Indigenous rights (mitigation, benefits and compensation), including relocation. The new community location was agreed upon, and housing designs discussed in collaboration with community representatives.

What makes any of this case study a "best practice"? First, the intervention of courts and tribunals to strengthen the right to prior consultation has been successful in many countries – most notably Canada, Colombia, Chile and more recently Peru. For example, in Canada – there have been dozens of court cases over the last 20 years related to the consultation that has solidified the right to consultation, forced governments to respect Indigenous rights – including the right to prior consultation - and given very clear direction to governments and proponents. The same is true for Colombia, Chile and Peru – this is helping to advance the implementation of the right to prior consultation.

Although the first attempts at reaching out to the community in Chan I were a disaster, the government has shown leadership by participating in a conflict resolution process and setting up a tripartite commission involving the state, the company and affected communities. The process outlined above follows established international norms for Indigenous consultation – this demonstrates how mistakes with consultation can be corrected; and how establishing respectful, mutually-beneficial dialogue processes can change the future of indigenous communities for the better.

However, there are lingering effects of Chan I that have permeated the Chan II process:

- Some indigenous community members negotiated agreements/compensation directly with the company during Chan I – this has created a level of expectation and distorted the current process to a mere "cash grab" that does not have broad-reaching benefits for all members of the community. This continues to divide Ngöbe communities.
- Outside organizations, such as international NGOs and other indigenous communities not impacted by the project have advised the Ngöbe NOT to participate in the consultation. Of course, Indigenous peoples always have a choice whether or not to participate in the consultation. However, this advice equates to asking Indigenous peoples not to defend their rights.
- Indigenous representatives, although willing to participate in dialogue, have also tried to slow down the process by agreeing to and then canceling meetings. This will have a direct impact on the project's bottom line – which could eventually impact the level of benefits received by the community.
- The process has been slowed down because of outstanding land issues between the Ngöbe and the state – these issues need to be resolved.

Case Study #4: Creating a New Ministry of Culture in Chile

Indigenous peoples in Chile are not formally recognized by the Chilean constitution. They are, however, recognized in Indigenous Law (1993) and de facto through Chile's ratification of ILO Convention 169 (2009). There are nine indigenous nations in Chile recognized by Indigenous Law 19,253 (1993): Aymara, Quechua, Atacameño, Colla, Diaguita, Rapa Nui, Mapuche, Yagán and Kawésqar. According to Chile's 2012 Census, the total indigenous population equates to approximately 10% of the total population. Of the total indigenous population, approximately 90% are Mapuche, who are primarily located in the south and in urban areas. The Indigenous Law created the National Corporation for Indigenous Development (CONADI) in 1993.

In 2014, the Chilean government passed a Regulation on Prior Consultation (Decree #66), although there are criticisms that the regulations were developed without the support of all indigenous groups. Regardless, the regulations were brought into force in June 2014 – making Chile the second country in Latin America to do so. The regulations follow a similar process described in the case studies above – designed in accordance with international norms.

Two very important consultation processes took place in 2014-15 – one to create a Ministry of Indigenous Affairs, a Council of Indigenous Peoples and nine regional councils; and, one to create a new Ministry of Culture. This case study examines the consultation process undertaken by the National Council for Arts and Culture (NCAC) to create the Ministry of Culture. It should be noted that the Chilean government elected to undertake both of these very complex consultation processes on a national scale during the same timeframe. Repercussions of this decision are discussed in conclusion.

The idea to create a new Ministry of Culture took form under the former government, but was revived with the current government. Chile's current government has given considerable focus and priority to addressing indigenous rights issues. Despite the criticisms of Decree #66, the consultation process followed the steps outlined in the regulations:

6. Planning:

- The consultation was led by the national assembly's National Council of Arts and Culture.
- The National Institute of Human Rights was designated as independent process observer, although they were only able to cover 5% of the total meetings held nationwide.
- Sixteen specialist teams were created to undertake the consultation process, which included 30 intercultural facilitators.
- A number of capacity workshops were held to train the specialist teams.

7. Dissemination of the Consultation Process and Provision of Initial Information:

- Information on the subject was translated into five indigenous languages.
- All information was posted on a public website for easy access
- The process was publicized in national newspapers, radio (in three different languages), the government gazette process, written letters of invitation and personal communications.

8. Internal Deliberation by Indigenous Peoples:

- An appropriate timeframe was provided for indigenous groups and organizations to consider the information provided by the NCAC. It is unclear how this process proceeded, given the regional and national indigenous councils had not yet been created.

9. Dialogue (Nation-to-Nation):

- 510 meetings were held in 15 regions over a seven month period.
- All regional meetings reached agreement on a number of recommendations.
- Each region assigned delegates to the final national meeting (212 in total). These delegates were responsible for presenting their regional agreements.
- More than 11,000 Indigenous people participated in regional sessions. A gender breakdown was not provided.

10. Decision and Results of Consultation:

- A number of agreements were reached at the final national meeting, including:
 - ◆ Name change for the new Ministry to the Ministry of Culture, Arts and Heritage.
 - ◆ Creation of an Indigenous Peoples Council within the new ministry
 - ◆ Incorporation of the principles of recognition, respect and promotion of the existing pluricultural nature of the country in all work associated with the new ministry.
 - ◆ Inclusion of the concept Indigenous Cultural Heritage

As discussed above, for its first consultation process using Decree #66, the Chilean government chose to run two extremely complex and important consultation processes at once. Since the consultation process and associated representative structures had not been tested previously, this was probably not a good idea – given representatives would have to choose their preferred issue. According to the observation report by the National Institute of Human Rights, the two government entities running the two separate consultations did not coordinate their processes, and attendance at some meetings was low.

The use of a third party independent observer was helpful. The NIHR report describes the process as sound and followed the principles of indigenous consultation set out in ILO 169. The recommendations in the NIHR report allow the government to examine the process and make improvements.

Because the adoption of Decree #66 was so controversial, there was skepticism and non-acceptance of the process by some Indigenous communities. However, this dissipated by the time the process concluded and Indigenous groups had concrete proof that consultation can work.

A number of indigenous rights issues were brought to the table as demands for a resolution that were not directly related to the subject matter. Until such time that these issues are resolved (for example, constitutional recognition of Indigenous peoples), they will continue to resurface at every opportunity.

In conclusion, the following chart compares the normative and institutional contexts for Indigenous consultation in the four countries discussed above:

Country	ILO 169 and/or UNDRIP?	Constitutional recognition?	Consultation Legislation?	Jurisprudence on indigenous consultation?	Institutional Framework?	Active Consultations?	Agreements? ²⁰
Canada	UNDRIP	✓	X	✓	✓	✓	✓
Panama	UNDRIP	✓	X	✓	X	✓	✓
Chile	Both	X	✓	✓	✓	✓	✓
Peru	Both	X	✓	✓	✓	✓	✓

20 "Does consultation ever result in agreement?" – This does not assess the frequency or quality of agreements - only that agreements are occasionally reached through consultation.

REFERENCES

National Institute for Human Rights. Observers Report on the Process of Prior Consultation on the Draft Law to Create the Ministry of Culture, Art and Heritage (Chile). August 2015.

Glossary of Acronyms

- **CIDH** - Corte/Comisión Interamericana de Derechos Humanos / **IACHR** - Inter-American Court/Commission of Human Rights
- **CLPI** - Consentimiento Libre, Previo e Informado / **FPIC** - Free, Prior, and Informed Consent
- **CNAC (Chile)** - Consejo Nacional de Arte y Cultura / *National Council for Arts and Culture*
- **CONADI (Chile)** - Corporación Nacional de Desarrollo Indígena / *National Corporation for Indigenous Development*
- **ICP** - / Consulta Informada y Participativa / *Informed Consultation and Participation*
- **OAA (Canadá)** - Oficina de Asuntos Aborígenes / *Office of Aboriginal Affairs*
- **OIT** - Organización Internacional del Trabajo / **ITO** - *International Labour Organization*
- **SERFOR (Perú)** - Servicio Forestal del Perú / *Forestry Service of Peru*
- **NIHR** - Instituto Nacional de Derechos Humanos / *National Institute of Human Rights*
- **UNDRIP** - Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas / *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*
- **VMI (Perú)** - Vice-Ministerio de Interculturalidad / *Vice-ministry of Interculturality*

