



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

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., 2018

Autora

Jay Hartling (Canadá)

Editores responsables

Georg Dufner

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

Guía de buenas prácticas para la Consulta Previa en las Américas

Tiraje: 300 ejemplares

Primera edición: setiembre de 2017

Primera reimpresión: octubre de 2018

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-16786

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (KAS)

Av. Larco 109, 2° piso, Lima 18 - Perú

E-mail: kasperu@kas.de

URL: www.kas.de/peru/es

Tel.: +51 1 416 6100

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/pppi

Impreso en Perú con autorización de la Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina

Diseño de portada

Ximena Docarmo

Impreso por

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156-164, Breña - Teléfono: 424-8104

tareagrafica@tareagrafica.com

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 (2014-2017)
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); 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, porqué 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 I69 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 consentimiento^{II}) 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 requieran 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 Ejemplo 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.

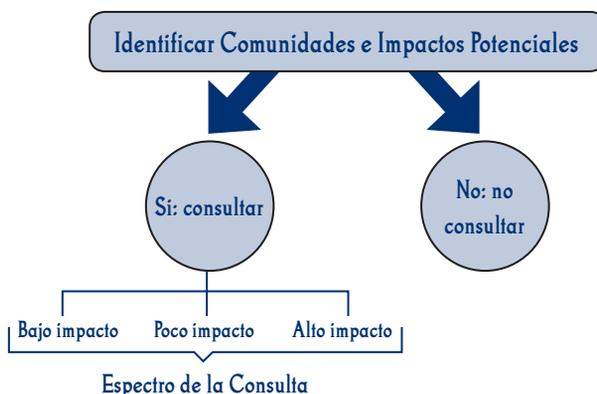
En forma similar a los principios rectores de consulta, los pasos concretos del proceso de consulta que debieran conducir hacia el acuerdo/consentimiento son similares en una cantidad de países y a través de numerosas directrices que han sido desarrolladas por agencias, gobiernos, organizaciones gubernamentales 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 (Kweso'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 inundara 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

