

Proyectos de generación eléctrica

Acciones para la consulta y participación ciudadana

RAQUEL SALAZAR BEJARANO
OCTUBRE DE 2015

- En los últimos años, han venido aumentando la oposición a los proyectos de generación eléctrica y la conflictividad socio-ambiental, principalmente a los proyectos hidroeléctricos.
- Del Diálogo Nacional de Energía Eléctrica 2014 se identificó que las comunidades reclaman falta de acceso a la información relevante, así como que las reglas de consulta de los proyectos no les permiten tener una participación efectiva y que la evaluación social y ambiental de los proyectos de generación es incompleta o insuficiente.
- De ahí surge la necesidad de elaborar lineamientos para la consulta y la participación ciudadana en el desarrollo de proyectos de generación eléctrica, con el objetivo de que los proyectos de generación eléctrica evalúen e incorporen las necesidades, preocupaciones de la ciudadanía y derechos de las poblaciones afectadas desde fases tempranas, las cuales simultáneamente faciliten la gestión de los proyectos.
- El objetivo de este trabajo es plantear una ruta de acción para mejorar los procesos de consulta y participación en la valoración y gestión de los proyectos de generación eléctrica. Las acciones concretas que integran dicha ruta, contrastan el “deber ser” y el “ser”, es decir, se analizó el marco jurídico vigente que regula los procesos de consulta y participación, contra la realidad actual, así como los problemas, conflictos, omisiones y necesidades que surgen en la aplicación de dicho marco jurídico.





Tabla de contenido

■ Premisas del análisis.....	4
Necesidad de expandir la capacidad de generación eléctrica renovable	4
La participación es un derecho y se debe garantizar y promover su ejercicio ...	4
Los proyectos de generación eléctrica en contextos sociales de conflictividad	4
Lo legal como puente para contribuir a procesar y resolver los conflictos	5
■ Aclaraciones metodológicas y precisiones del análisis.....	5
■ Contexto legal e institucional del derecho a la participación ciudadana.....	6
Legislación.....	6
Jurisprudencia de la Sala Constitucional.....	8
Beneficios compartidos.....	9
■ Contexto socio-político: la matriz de producción eléctrica.....	10
■ Derecho de participación de los pueblos indígenas	15
Contexto legal e institucional del derecho de participación de los pueblos indígenas	15
<i>Contexto socio-político y la participación de los pueblos indígenas</i>	<i>17</i>
■ Principales hallazgos y conclusiones del análisis	19
■ Ruta de acciones y recomendaciones.....	21
Mejorar los mecanismos de participación formal.....	21
Recomendaciones para promover los procesos de diálogo participativos.....	26
Beneficios compartidos.....	27
Recomendaciones para regular la consulta indígena	28
Etapas de un proceso de consulta indígena	31
■ Bibliografía	33
■ Abreviaturas	34





Premisas del análisis

La presente propuesta tiene como objetivo brindar recomendaciones para mejorar los procesos de consulta y participación en la valoración y gestión de los proyectos de generación eléctrica. Tiene un enfoque práctico y parte de cuatro premisas:

Necesidad de expandir la capacidad de generación eléctrica renovable

Sin entrar a discutir el ritmo en que se debe aumentar la capacidad de generación, e independientemente de la pertinencia de implementar acciones de manejo de demanda eléctrica; se reconoce que la demanda eléctrica aumenta de forma constante y paulatina, por lo cual el país, en menor o mayor grado, siempre va a necesitar ampliar la capacidad de generación.

La participación es un derecho y se debe garantizar y promover su ejercicio

La participación pública es un derecho fundamental propio de nuestro sistema democrático de derecho. El reconocimiento de la participación pública como un derecho constitucional es un cambio sustancial en el diseño de la democracia que vino a modificar sustancialmente la forma de ejercer el poder.¹ Actualmente el Estado tiene un imperativo categórico de abrir canales efectivos para que la ciudadanía pueda participar en la gestión y manejo de los asuntos públicos².

Adicionalmente, el derecho de participación pública tiene una estrecha relación con otros derechos fundamentales, por ejemplo, es una herramienta indispensable para hacer efectivo el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.³ La misma Sala Constitucional ha reconocido la ineficacia de confiar únicamente al Estado la preservación y protección del medio ambiente, en ese sentido ha

señalado *“la violación más frecuente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para protegerlos...”*⁴

Por consiguiente, se presume que es absolutamente necesario que el Estado garantice a los interesados las herramientas y los procedimientos formales necesarios, para que puedan ejercer de forma efectiva el derecho de intervenir en la valoración y gestión de los proyectos de generación eléctrica.

Los proyectos de generación eléctrica en contextos sociales de conflictividad

Los proyectos de generación eléctrica están inmersos en contextos sociales dinámicos que inciden directamente en el desarrollo del proyecto, a tal grado que con frecuencia determinan su éxito o su fracaso (Mesén, 2010). Dicho contexto varía según el proyecto y puede ser más o menos conflictivo, de acuerdo a las características e intereses de las comunidades que se encuentren en su zona de influencia.

La presión por el uso de recursos naturales frente a las demandas de desarrollo facilita el surgimiento de conflictos (Gutiérrez, 2014). Los conflictos ambientales son construcciones sociales y son altamente complejos, es difícil cuantificarlos, identificar sus causas y sus responsables, y precisar quiénes se benefician y perjudican con ellos. Los conflictos ambientales contemplan factores eco-sistémicos pero también intereses económicos, culturales, políticos, académicos, entre otros. Por cuanto, son problemas estructurales y tienen su origen en el modelo cultural y de desarrollo de las sociedades (Gonzaga, 2007), es decir, son inherentes a las sociedades y son constantes y cambiantes.

Con base en lo anterior, sin entrar a profundizar en la teoría del conflicto y la teoría de la complejidad y el caos, se parte de la premisa de que los conflictos sociales entorno a la generación eléctrica se deben analizar desde una visión integral compleja, es decir, se debe reconocer la interdependencia, la diversidad y la flexibilidad. Por tanto, es peligroso caer en tesis reduccionistas, simplificar los conflictos socio ambientales posiblemente llevará a soluciones poco efectivas. En este tema es esencial tener claro que la conflictividad social no se agota en las herramientas de participación ciudadana formal.

1 Sala Constitucional, resoluciones núm.: 2005-14654 de las 14:24 horas de 21 de octubre de 2005; 2007-17356 a las 15:57 horas del 28 de noviembre del 2007 y 2012-007213 a las 16:01 horas del 30 de mayo del 2012.

2 Sala Constitucional, resoluciones núm.: 8816 a las 10:50 horas del 1 de setiembre de 2011; 00964 a las 9: 05 horas del 27 de enero del 2012, 14454 a las 11:33 horas del 17 de diciembre del 2004.

3 Sala Constitucional, resolución núm. 10693 a las 18:20 horas del 3 de noviembre del 2002.

4 Sala Constitucional, resolución núm. 3705 a las 15:30 horas del tres de julio de 1993.



Lo legal como puente para contribuir a procesar y resolver los conflictos

La participación ciudadana es deseable y puede acarrear múltiples beneficios, por ejemplo, legitimar las decisiones y facilitar su ejecución, contribuir en aumentar la transparencia y reducir arbitrariedades por parte de las personas gobernantes, considerar alternativas más favorables al ambiente y las condiciones de vida de las personas involucradas, abrir espacios para descubrir y esclarecer conflictos, entre otros (Defensoría de los Habitantes, 2015; Gutiérrez, 2014).

Garantizar instancias formales de participación ciudadana a través de instrumentos legales no necesariamente resuelve un conflicto socio ambiental. De hecho, lo legal puede ser un catalizador del conflicto, si el sistema está diseñado para evaluar proyectos, sin considerar otros aspectos (social, cultural, territorial) que son importantes para las comunidades, la tensión por las demandas insatisfechas terminará convirtiéndose en un generador de conflictos (Gutiérrez, 2014).

Sin embargo, los procesos de participación ciudadana también pueden ser una de las herramientas útiles para resolver conflictos ambientales. Existen experiencias, nacionales e internacionales, en las cuales los procesos de participación ciudadana, con sus debilidades e imperfecciones han constituido un aporte significativo y decisivo a la solución de la conflictiva (Gutiérrez, 2014; Alfaro et al, 2010).⁵

Con base en los cuatro puntos supra mencionados, el objetivo propuesto se desarrollará en cuatro secciones: i) descripción del marco legal, ii) descripción del contexto sociopolítico, iii) conclusiones, iv) recomendaciones.

⁵ Por ejemplo, el Proyecto Hidroeléctrico Reventazón inició los estudios técnicos en el año 2002 y finalizó en el año 2007. Durante ese período se trabajó con comunidades, a junio del 2010, las comunidades que se mostraron opuestas al proyecto no tienen la misma posición. El proceso de diálogo logró convertir actores opositores en aliados o neutros (Alfaro et al, 2010).

Aclaraciones metodológicas y precisiones del análisis

- Se evitó caer en construcciones teóricas, la propuesta tiene como objetivo emitir recomendaciones puntuales para mejorar los mecanismos de consulta y participación ciudadana, con base en la realidad social, política y legal del subsector electricidad.
- La descripción del marco legal (deber ser) y el contexto socio político (el ser) es esencial, porque evidencian los conflictos y necesidades sobre los cuales se van a proponer las recomendaciones.
- Las recomendaciones están orientadas a mejorar los procesos de consulta y participación de los proyectos de generación eléctrica. Sin embargo, es necesario resaltar que muchos de los problemas de participación pública en la consulta de proyectos de generación son los mismos para otros proyectos de infraestructura. En ese sentido, algunas de las acciones para mejorar la participación pública en los proyectos de generación eléctrica requieren de reformas más profundas y de un tratamiento más integral apoyado por otras instancias de la Administración.
- Las políticas públicas en cuanto a la constitución y expansión de la matriz eléctrica están fuera del alcance de la presente investigación. No se cuestionó, analizó ni calificó qué tan apropiado o perjudicial es promover o desincentivar alguna u otra de las tecnologías de generación.
- La consulta previa a pueblos indígenas es un tema de participación ciudadana que no se puede obviar. Debido a que tiene su propia problemática social y marco legal, se analizó de forma separada.

Contexto legal e institucional del derecho a la participación ciudadana

Legislación

El derecho de participación ciudadana está consolidado como derecho fundamental, tanto por nuestra



Constitución Política⁶ como por instrumentos de derecho internacional.⁷

La operativización de dicho derecho se ha materializado en distintas leyes. Respecto al tema bajo análisis, la participación pública (PP), principalmente, se encuentra regulada por la Ley Orgánica del Ambiente (LOA), la Ley 7543, y el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), así como por una amplia línea jurisprudencial de la Sala Constitucional, según se explica a continuación.

LOA

De conformidad con el artículo 6 de la Ley, el Estado debe fomentar la participación de los habitantes en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente. Por su parte, los artículos 22 y 23 establecen que toda persona interesada tiene derecho a revisar el expediente administrativo y a ser escuchado(a) por la Secretaría Técnica Ambiental (Setena) en cualquier etapa del proceso de EIA, así como en la fase de ejecución de las obras aprobadas.

Adicionalmente, la Setena tiene la obligación de comunicar un extracto de las EIA sometidas a su conocimiento a las distintas municipalidades en un plazo de cinco días hábiles posterior a la fecha de recepción. Asimismo, tiene la obligación de divulgar ampliamente en medios de comunicación las EIA sometidas a su consideración (artículo 22).

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)

Uno de los requisitos finales para que un proyecto

6 En el 2003 se modificó el artículo 9 de la Constitución Política para incorporar de manera expresa el principio de participación ciudadana, con lo cual el derecho de los y las ciudadanos(as) de participar en los asuntos públicos que les afecten adquirió rango de derecho fundamental. Este derecho también se resguarda mediante otros artículos constitucionales 24, 27, 30 y 46 relativos al derecho de petición y de recibir información adecuada, veraz y oportuna.

7 Sin ser exhaustivos(as) se pueden mencionar: Declaración de Río (Principio 17), Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 1), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 13), Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 33), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23.1.a) y la Carta Democrática Interamericana (artículo 6).

privado de generación eléctrica entre en operación, es contar con una concesión de servicio público para generación eléctrica emitida por la Aresep.

El artículo 36 de la Ley establece la obligación para la Aresep de someter a audiencia pública las solicitudes de concesión de servicio público de generación de los proyectos de generación eléctrica. Quien tenga interés legítimo podrá participar en la audiencia y presentar su oposición o coadyuvancia, por escrito o en forma oral, el cual debe estar basado en criterios técnicos para que sea tomado en cuenta por la Aresep. La Aresep podrá denegar la concesión si quien se opone demuestra un perjuicio grave sobre los recursos naturales y cuenta con el criterio previo del Ministerio de Ambiente y Energía (Minae).

El desarrollo de la audiencia pública se encuentra regulado en los artículos 44 al 61, Reglamento a la Ley ARESEP, del Decreto Ejecutivo núm. 29732-MP.

Código Municipal

Los gobiernos locales tienen la obligación de promover la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del gobierno local (artículo 5).

Ley de Biodiversidad

Reconoce la obligatoriedad de que se den procesos participativos para determinar la naturaleza y alcances de los derechos intelectuales comunitarios *sui generis* y que mediante este proceso se determinen las formas en que el derecho intelectual comunitario *sui generis* sea utilizado (artículo 83). También promueve la participación de la comunidad en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica mediante asistencia técnica y los incentivos señalados en la Ley y Reglamento (artículo 101).

Reglamento de EIA

El proceso de EIA tiene por objeto identificar, predecir, interpretar, y comunicar a las personas interesadas preventivamente, el efecto de un proyecto sobre el medio ambiente, para desarrollar dicho objetivo se incluyen una serie de fases de consulta y participación pública. El procedimiento de EIA no es un mecanismo de participación ciudadana *per se*, pero sí un espacio que permite la participación.

El Reglamento establece tres mecanismos formales de participación en el procedimiento de EIA (artículo 55):



- ◇ Comunicación escrita presentada en las oficinas de la Setena, todas las observaciones escritas presentadas serán parte del expediente y deben ser consideradas en el proceso de revisión del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) (artículo 42).
- ◇ Audiencias privadas con la Comisión Plenaria de la Setena o con cualquiera de sus departamentos técnicos, que deberá celebrarse dentro del plazo de quince días naturales luego de ser solicitada.
- ◇ Audiencia pública que deberá fijarse dentro de los tres meses siguientes a la solicitud (artículo 56 y 95).

Asimismo, existen otros mecanismos informales de participación, entre ellos: apersonamientos al expediente, libre acceso al expediente, talleres públicos, reuniones, presentaciones, denuncias, asesoría de grupos profesionales, involucramiento de ONGs, inspecciones ambientales. Aunque en estas últimas, en la práctica la participación se limita a los funcionarios de la Setena, el desarrollador y su equipo consultor, excepcionalmente se permite la participación de personas apersonadas al expediente.

En cuanto a las obligaciones que le impone el Reglamento al desarrollador en respeto del derecho de participación ciudadana se pueden mencionar:

- La elaboración del EsIA, requiere un proceso de comunicación con la sociedad civil y las autoridades locales, que implica: i) presentar el proyecto dentro de un procedimiento de interacción con la comunidad y las autoridades locales, ii) realizar una encuesta o sondeo de opinión a las comunidades que se localicen dentro del área de influencia directa del proyecto (artículo 33). El Manual Técnico EIA, Parte IV, establece mayores especificaciones para la elaboración del capítulo social del EsIA (artículo 9.7):
- El EsIA debe indicar cuál es la percepción, posición, actitudes, preocupaciones y necesidades de información de los y las habitantes del área de influencia. También identificar y caracterizar los posibles conflictos sociales que se puedan derivar de la ejecución.
- Señala que para ello se pueden utilizar tres herramientas: estudios cualitativos (reuniones, entrevistas, grupos focales), estudios cuantitativos

(encuestas), o procesos participativos interactivos, cuando esté involucrada población indígena o “en proyectos que tengan probabilidad de generar un alto nivel de conflicto social en los grupos o comunidades (el nivel de conflicto se puede prever ya sea por conocimiento histórico o manifestaciones directas)”. El desarrollador tiene la potestad de elegir cuál procedimiento usar.

- Comunicar en un diario de circulación nacional que el EsIA de su proyecto está disponible a la consulta pública (artículo 41)
- Realizar ajustes al diseño del proyecto dependiendo de los resultados mismos del proceso de interacción con las comunidades cercanas al área (artículo 34)
- El Reglamento también obliga a la Setena a emitir copia del EsIA a las Áreas del Sistema Nacional de Conservación (Sinac), cuando se trate de actividades, obras o proyectos que afecten la vida silvestre, áreas protegidas, recursos forestales y recursos hídricos, y cuando lo considere necesario a la municipalidad(es) del cantón(es) donde este se localiza, con el fin de que se pronuncien al respecto (artículo 35). La Setena cumple esta obligación corroborando que todos los EsIA presentados tengan el sello de recibido por parte de la municipalidad y del área de conservación correspondiente.

La audiencia pública se encuentra regulada en los artículos 55 al 61 del Reglamento, destacan las siguientes disposiciones:

- La Setena tiene discrecionalidad para decidir si llevar a cabo o no la audiencia, lo cual deberá razonar con base en criterios técnicos (artículo 56).
- El fin de las audiencias es el de informar a la sociedad civil, sobre el proyecto y sus impactos, es decir, los resultados de la audiencia no son vinculantes para la decisión final
- La audiencia pública es para proyectos de Categoría A (artículo 3)
- La audiencia la puede solicitar cualquier persona particular interesada o la Setena la puede convocar de oficio



- La audiencia se convocará únicamente una vez que se haya presentado el EsIA
- Los términos de la convocatoria están regulados de forma específica en el artículo 56, y se debe realizar al menos una vez en un medio de circulación nacional y otro local al menos 10 días antes de la celebración de la audiencia
- Se debe convocar como mínimo a las municipalidades, asociaciones de desarrollo y personas interesadas de la zona afectada, incluyendo a representantes del sector productivo.
- Al menos cuatro miembros de la Comisión Plenaria de la Setena deben estar presentes en la audiencia y uno de ellos liderar su desarrollo (artículo 58)
- El desarrollador debe correr con los costos de la audiencia

Los mecanismos de participación ciudadana en la fase de ejecución establecidos en el Reglamento son:

- Consulta de informes ambientales: la Setena puede exigir al desarrollador que presente informes ambientales, éstos son de consulta pública (artículo 47) y también deben ser presentados a las municipalidades y oficinas regionales del Minae (artículo 3, inciso 47).
- Comisiones asesoras mixtas: podrán crear para proyectos Categoría A con EsIA aprobado y podrán estar conformados por representantes del sector público y del sector privado, quienes prestarán sus cargos *ad honorem* y actuarán según los términos y condiciones para los cuáles fueron llamados a participar (artículo 3.24 y 120).

Jurisprudencia de la Sala Constitucional

La Sala Constitucional ha desarrollado el contenido del derecho de PP y ha señalado que abarca tres componentes fundamentales:⁸

- Derecho de acceso a la información en materia ambiental

⁸ Sala Constitucional, resolución núm. 16450 a las 19:49 horas del 30 de octubre del 2008. En sentido similar, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, resolución núm. 0133 a las 10:00 horas del 4 de noviembre del 2013.

Es un mecanismo de control para los(as) administrados(as), puesto que les permite ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito, eficacia y eficiencia de la función administrativa.⁹ Algunos criterios que lo definen según la Sala Constitucional son:

- ◊ Contempla un aspecto activo y otro pasivo. El primero se refiere al derecho a recibir información concerniente al ambiente sin tener que demostrar algún interés específico excepto alegar un interés difuso, así como a recibir dicha información lo más pronto posible, ii) aspecto pasivo, la correlativa obligación de la Administración de informar sobre la actividad propuesta, la estructura del procedimiento, la indicación de cuáles serían los órganos para recibir las opiniones o cuestionamientos, entre otros.¹⁰
- ◊ Contempla tres facultades esenciales: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir la información.¹¹
- ◊ La población debe estar informada para formar y expresar su opinión y poder ejercer una participación responsable.¹²
- ◊ Se deben dar facilidades a los(as) administrados(as) para informarse sobre los criterios técnicos y demás circunstancias que sustentan determinado proyecto, la cual se debe garantizar bajo un esquema de igualdad¹³

- **Derecho a la participación pública per se**

Se entiende como la oportunidad y posibilidad de que las personas que puedan verse afectadas o que tengan interés sobre una decisión referente al ambiente, manifiesten sus criterios, opiniones, puntos de vista o cuestionamientos sobre la misma, sin que

⁹ Sala Constitucional, resolución núm. 2120-2003 a las 13:30 horas del 14 de marzo del 2003.

¹⁰ Sala Constitucional, resolución núm. 10693 a las 18:20 horas del 7 de noviembre de 2002.

¹¹ Sala Constitucional, resolución núm. 11880 a las 13:00 horas del 13 de diciembre del 2002.

¹² Sala Constitucional, resolución núm. 7632 a las 9:05 horas del 8 de junio de 2012 y 03074 a las 15:24 horas 2 de abril de 2002.

¹³ Sala Constitucional, resolución núm. 8816 a las 10:50 horas del 1 de julio del 2011 y 2010 – 004894 a las 09:55 horas de 12 de marzo de 2010.



se les someta a formalidades específicas para llegar a ser tomadas en cuenta. Ello implica que el Estado debe garantizar que:

- ◇ Cualquiera puede participar en el procedimiento de EIA haciendo uso de los intereses difusos del acceso a la participación¹⁴
 - ◇ Personas afectadas puedan manifestar desde temprano sus criterios, opiniones, cuestionamientos sin tener que someterse a formalidades específicas para llegar a ser tomados(as) en cuenta¹⁵
 - ◇ Un alto grado de publicidad en el procedimiento EIA, es decir que cualquier acto que tenga un efecto significativo sobre el resultado del procedimiento debe ser de alcance general para todas las personas interesadas¹⁶
 - ◇ La población pueda defender el ambiente “la cuna hasta la tumba”, es decir, desde el inicio del proyecto hasta el fin de su vida útil. Por consiguiente, la participación no se puede limitar a una etapa procesal (e.g. la audiencia pública). Los(as) interesados(as) tienen derecho a ejercer sus opiniones en cualquier momento y no ser encasillados(as) a un momento procesal determinado¹⁷
- **Derecho de acceso a la justicia en materia ambiental**

Supone una amplia legitimación activa para solicitar la revisión de las medidas tomadas en relación con el ambiente. También implica que el derecho de participación ciudadana en las cuestiones ambientales se mantiene a lo largo de la implementación y ejecución del proyecto.¹⁸

Beneficios compartidos

14 Sala Constitucional, resolución núm. 2331-96.

15 Sala Constitucional, resolución núm. 10693 a las 18:20 horas del 7 de noviembre de 2002.

16 Sala Constitucional, resolución núm. 2002-10693 a las 18:20 horas del 07 de noviembre del 2002.

17 Sala Constitucional, resolución núm. 2002-10693 a las 18:20 horas del 07 de noviembre del 2002.

18 Sala Constitucional, resolución núm. 16450 a las 19:49 horas del 30 de octubre del 2008. En sentido similar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, resolución núm. 0133 a las 10:00 horas del 4 noviembre del 2013.

En cuanto a los beneficios compartidos, no están regulados expresamente. Sin embargo, el Decreto Ejecutivo núm. 32868-MINAE, Canon por Concepto de Aprovechamiento de Aguas, contiene un cobro que se podría visualizar como un beneficio compartido. Este canon carga un monto de 0.12 m³ anual de agua en concesión a los proyectos de fuerza hidráulica mayores a 2000kw de potencia instalada.¹⁹ De conformidad con el artículo 14 de dicho Decreto, el 50% de los recursos recaudados se debe invertir en la cuenca que los genera en conservación, mantenimiento y recuperación de ecosistemas, tanto en áreas privadas como en áreas protegidas.

También, es importante mencionar que en la corriente legislativa se encuentra el proyecto “Ley que grava a las organizaciones públicas y privadas productoras de electricidad con fines comerciales, con un canon de un centavo por kw hora producido vendido, en los cantones en donde se asienten las plantas y represas”, Expediente núm. 19.119. Éste básicamente propone que en todos aquellos cantones en donde se produce energía eléctrica, se pagará un canon de un centavo por kilowatts producido y vendido (artículo 1), la suma obtenida por el canon se gire a las comunidades donde está ubicado el proyecto (artículo 2), los cuales deben ser utilizados para mantenimiento, reparación y reconstrucción de la red vial cantonal, desarrollo de programas de mejoramiento y preservación del medio ambiente y obras de infraestructura al igual que en la promoción de programas sociales (artículo 3).

Contexto socio-político: la matriz de producción eléctrica

En Costa Rica, la matriz de producción eléctrica está constituida principalmente por fuentes renovables, en la cual predomina la hidroelectricidad. Según el Plan de Expansión de la Generación Eléctrica 2014-2035 (PEG), elaborado por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), del potencial de generación identificado para la hidroelectricidad solo se está utilizando un 25%, en cuanto a la geotermia se aprovecha un 22%, el potencial eólico en uso es de un 16%, mientras que el solar solo es de 1%.

Según el PEG, la demanda eléctrica se satisface en

19 Para los proyectos con una potencia instalada menor a 2000kw se establecen un cobro menor con el fin de “promover e incentivar la producción de energía limpia a partir del uso de recursos renovables”



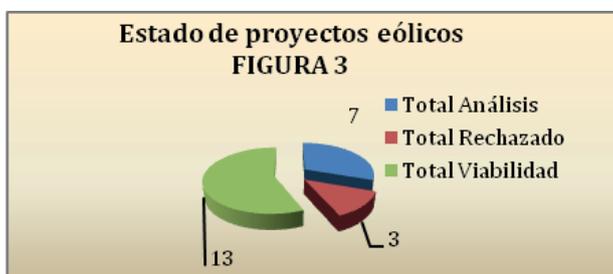
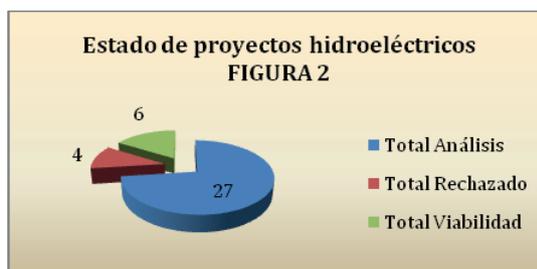
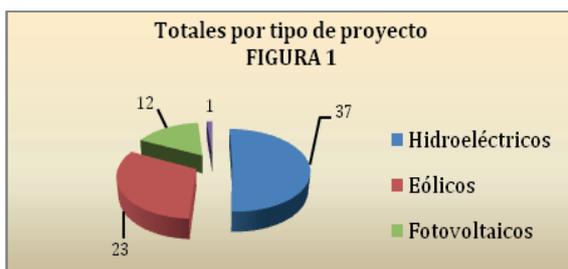
un 76% con plantas propias del ICE, un 13% con plantas contratadas a generadores privados independientes y 11% de plantas propiedad de las empresas distribuidoras.

El PEG proyecta que la potencia a instalar entre el 2013 y 2017 es de 677 MW de proyectos hidroeléctricos y 220 MW de plantas eólicas.²⁰ La capacidad para incorporar más generación privada es poca, aproximadamente 70 MW, pues se está cerca del límite legal del 15% establecido por la Ley núm. 7200. El PEG contempla suplir esa capacidad predominantemente con hidroeléctricas y eólicas, más una pequeña capacidad solar y de biomasa.

En el registro de elegibilidades del ICE hay cerca de 1 250 MW de nuevos proyectos, de los cuales 930 MW tienen elegibilidades vigentes, lo cual evi-

nas o parques nacionales, por lo que se reconoce que la oposición social puede limitar significativamente las opciones factibles del desarrollo hidroeléctrico y que el potencial restante por desarrollar sería muy limitado.

Las estadísticas de la Setena son consecuentes con dicha realidad. De los 73 proyectos de generación eléctrica presentados desde el mes de mayo del 2011 a la fecha, 37 son hidroeléctricos, 23 son eólicos, 12 son fotovoltaicos, 1 es geotérmico (Figura 1). En el caso de los proyectos hidroeléctricos, 27 de ellos continúan en análisis, 4 se han rechazado y 6 han obtenido la viabilidad ambiental según se observa en la Figura 2. Respecto a los 23 proyectos eólicos la mayoría han obtenido la viabilidad ambiental, solo 3 proyectos han sido rechazados (Figura 3). Los 12 proyectos fotovoltaicos se encuentran en análisis.²¹



dencia un alto interés de los privados por generar electricidad (ICE, 2014). Sin embargo, los desarrolladores se enfrentan cada vez más a comunidades muy sensibilizadas sobre su medio ambiente y su calidad de vida, que demandan más participación cuando sienten afectación por un proyecto.

Especialmente existe una alta conflictividad social en torno al desarrollo de la hidroelectricidad, problemática que es muy evidente y está ampliamente reconocida y documentada. Por ejemplo, el PEG (2014-2035) señala que una parte significativa del potencial hidroeléctrico se ubica en reservas indíge-

Según Bermúdez (2015), la demora y los rechazos de proyectos se deben principalmente a acciones de oposición social. En promedio, el tiempo transcurrido en la gestión de proyectos hidroeléctricos es de 724 días. Ninguno de los proyectos hidroeléctricos propuestos en la zona sur tienen viabilidad ambiental, todos tienen oposición y la mayoría han sido rechazados.

²⁰ Este dato no incluye todos los proyectos que están impulsando las empresas distribuidoras, solamente aquellos que están en construcción.

²¹ Esta información fue facilitada por Pablo Bermúdez, Analista Ambiental del Departamento de Evaluación Ambiental Estratégica, Ex coordinador del Departamento de Evaluación Ambiental, la cual se obtuvo de la base de datos generada por el sistema de expediente digital de Setena (EDI), mediante una búsqueda por nombres y tipos de proyectos y luego un filtrado de información para obtener estos resultados al día 19 de junio de 2015.



Seguidamente, se resumen las percepciones de personas participantes en las mesas de diálogo del “Eje Socio-ambiental” los días 2 y 9 de diciembre de 2014, las cuales ilustran el contexto social/político en el cual se encuentran inmersos el desarrollo de

proyectos de generación eléctrica. Es relevante mencionar que la mayoría de percepciones se relaciona con la generación hidroeléctrica, que por décadas ha sido la fuente más explotada en el país.

Tema	Percepciones de actores del Diálogo Nacional de Energía 2014
Oposición a la generación con fuentes hídricas	<p>Ahora no hay diálogo hay resistencia</p> <p>Posición de movimientos comunales es “los proyectos hidroeléctricos no van del todo, no se negocian” “No hay una posición de apertura al menos en los proyectos a filo de agua, se deben analizar otras alternativas.”</p> <p>Otros grupos señalan que existe una percepción social negativa de la hidroelectricidad, que se convierte en conflictividad debido a que no se toman en consideración. Proponen que si se van a desarrollar proyectos hidroeléctricos se deben hacer desde una plataforma consultiva y participativa</p> <p>La utilización de energía hidroeléctrica se debe desestimar desde una perspectiva social y de cambio climático</p> <p>Atomización de proyectos hidroeléctricos a filo de agua tiene muchos impactos, el caudal ecológico es insuficiente para mitigarlos</p> <p>Proyectos a filo de agua no son sostenibles y no se analizan impactos acumulativos.</p>
Otras fuentes renovables	<p>No hay justificaciones técnicas para generar geotermia en parques nacionales</p> <p>Se debe promover una mayor integración de energía eólica y solar</p> <p>Energía solar muy beneficiosa desde un punto de vista social, pues genera empleos y con un bajo impacto ambiental</p>
Actuación del ICE	<p>Percepción de que el enfoque del ICE es muy asistencialista y saca provecho de las necesidades de las comunidades</p> <p>Existe una percepción de que las propuestas de desarrollo en lo social implementadas por el ICE terminan siendo falsas</p> <p>Percepción de que el ICE llega a las comunidades ofreciendo oportunidades y no les informan sobre el proyecto propiamente</p> <p>Existe una percepción de que el ICE no facilita toda la información</p>
Actitud de los generadores privados	<p>Existe una percepción de que esconden o manipulan información en su favor</p> <p>Las comunidades han perdido confianza en las empresas desarrolladoras</p> <p>La actitud de los desarrolladores es intimidar a las comunidades</p> <p>Se percibe que los empresarios privados ven el tema de la consulta y la PP como “un atraso”</p>
Actuación de la Setena	<p>Setena no ejerce adecuadamente su papel de fiscalizador. Se falla en control y monitoreo de proyectos</p> <p>Se debe fortalecer a Setena en temas de control y estudios. Urge desarrollar más capacidad en Setena.</p>



<p>Sobre la participación de las comunidades</p>	<p>Las comunidades se sienten excluidas en la evaluación de los proyectos La participación en los proyectos es tardía Comunidades deben tener posibilidades reales de acceso al conocimiento Las comunidades sienten una gran asimetría en términos de información, recursos económicos y técnicos frente a las empresas desarrolladoras. Consideran que se debe trabajar en reducir la falta de equidad. Existe una necesidad de garantizar no solo una consulta social, pero también técnica Se debería fortalecer el músculo social, es necesario desarrollar mecanismos de gobernanza energética La participación social también debe darse en torno a la fiscalización de los proyectos, no solamente en el espacio de EIA. Se debe dar herramientas a las comunidades para la fiscalización de la operación de los proyectos.</p>
<p>Proceso de consulta</p>	<p>Existe una percepción de que no hay una consulta real del proyecto “las supuestas consultas del ICE son talleres de información” El marco normativo no es claro, cada quien lo interpreta a su conveniencia y genera más conflictos Si no se cambian los mecanismos de evaluación de los proyectos, no los van a poder desarrollar. Se requiere cambio de normativa, que permita una negociación transparente y debate informado desde una visión más integral Existe un consenso en que la falta de reglas claras es una de las principales problemáticas en los procesos de participación pública y que es necesario regular el proceso de consulta. ¿Quiénes participan, en qué fase y en qué nivel? La consulta se ha entendido como un estudio de un momento único, pero debe entenderse como un proceso Se debe buscar una evolución entre la palabra consulta a proceso de mediación Los mecanismos formales de consulta no son efectivos. No hay mecanismos apropiados que garanticen la PP en la elaboración de los EsIA. Las audiencias públicas y talleres participativos han demostrado tener sesgos Es un problema que la audiencia pública no sea obligatoria para los proyectos de generación eléctrica Existe una gran necesidad de procesos más transparentes que proporcionen más información a la población.</p>
<p>Distribución de beneficios</p>	<p>La riqueza de los proyectos no se refleja en las comunidades. Existe disparidad entre las ganancias que obtienen las empresas y las comunidades. No hay un proceso de transferencia a las comunidades Los beneficios compartidos no validan necesariamente el modelo de desarrollo Los beneficios compartidos no necesariamente resuelve la inacción del Estado Se debe avanzar en una adecuada valoración de los servicios ambientales para poder implementar los beneficios compartidos Los beneficios compartidos no deben generar dependencia y deben promover el beneficio de la comunidad a largo plazo Los proyectos ya pagan impuestos, si se implementan deben ser reconocidos por Aresep lo cual va a impactar las tarifas Se deben buscar prioritariamente beneficios que no afecten los costos como dar trabajo a personas de la comunidad.</p>



Adicionalmente, de la revisión de jurisprudencia constitucional, entrevistas con actores clave y otras fuentes bibliográficas, en los siguientes puntos se amplía el contexto social e institucional en la valoración y desarrollo de proyectos de generación eléctrica:

- Costa Rica es un país pequeño, la gente está muy interconectada, las comunidades tienen una percepción muy clara de sus necesidades reales y una percepción muy fuerte de propiedad de los recursos naturales locales (Alfaro, 2015).
- De acuerdo con el ordenamiento jurídico cualquiera tiene derecho a manifestarse en las etapas iniciales, intermedias o finales del proceso de EIA. Sin embargo, es difícil participar en las etapas iniciales o intermedias debido a que se informa al público del proyecto hasta la finalización del EsIA (Barquero & Chacón, 2009).
- En las etapas iniciales del proyecto (previo al proceso EIA) hay interacción con comunidades, sin embargo, existe la percepción de que no se les informa adecuadamente (Bermúdez, 2015). Por lo tanto, muchas veces antes de llegar a las etapas formales de participación ya hay conflicto (Alfaro, 2015; Bermúdez, 2015).
- Existe una percepción generalizada que la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones a nivel de proyectos es tardía. Se percibe que la participación ciudadana básicamente se limita a una validación del EsIA (Barquero & Chacón 2009). La participación tardía genera conflictos, atrasos y deslegítima resultados (Alfaro, 2015; Bermúdez, 2015).
- Las comunidades utilizan recursos de gestión administrativa para entorpecer el proceso, por ejemplo, denuncias, solicitud de reuniones, solicitud de información, preguntas o apersonamientos masivos al expediente. Estas acciones aumentan considerablemente los tiempos de respuesta de la Setena y en ocasiones logran que se archiven los expedientes (Bermúdez, 2015).

* Desarrolladores abordan lo social desde un paradigma reactivo (Mesén 2010). Muchas veces se subestima la capacidad de las comunidades de organizarse y detener proyectos (Alfaro, 2015). Los desarrolladores privados suelen implementar los mecanismos formales de participación

requeridos en el procedimiento de EIA de forma somera y rápida, lo ven como un cumplimiento de la normativa (Bermúdez, 2015).

- La omisión de invertir en construir viabilidad social genera costos económicos altos, por atrasos debidos a la paralización de obras o a medidas cautelares por procesos judiciales que no permiten el avance de las obras (Mesén 2010; CFI, 1998).
- Existe la percepción para todos esos proyectos que se debe realizar una audiencia pública. Sin embargo, históricamente solo se convoca para rellenos sanitarios o megaproyectos e.g. caso en el Caribe de APM Terminals (Esquivel, 2007; Bermúdez, 2015). Pocas veces se realizan audiencias públicas para la discusión de proyectos de generación eléctrica. La potestad de la Setena para valorar la pertinencia de la celebración de la audiencia pública en la evaluación de los proyectos hidroeléctricos genera incertidumbre y conflictos. La Sala Constitucional declaró constitucional la discrecionalidad de la Setena para valorar la procedencia de las audiencias públicas.²² Sin embargo, también ha dicho que el derecho de audiencia hace parte del debido proceso sustantivo, que es una forma de expresión de la democracia participativa²³ y que la omisión injustificada de realizar una audiencia violenta el derecho de participación.²⁴
- Audiencias públicas son caras, toman tiempo y pocas veces genera los resultados esperados. Históricamente, las audiencias se han manipulado, el manejo de información no ha sido apropiado. Así, hay una percepción de que las audiencias públicas son inefectivas y constituyen un mecanismo dilatorio (Bermúdez, 2015).²⁵ Por consiguiente, se evitan.

22 Sala Constitucional, resolución núm. 012645-2012 a las 14:30 horas del 12 de setiembre de 2012.

23 Sala Constitucional, resoluciones núm. 4423-93 a las 12:00 horas 7 de setiembre de 1993; 2331-96 a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996; 3521-95 a las 16:03 del 10 de julio de 1996.

24 Sala Constitucional, resolución núm. 08816 a las 10:50 horas del 01 de julio del 2011.

25 También en Colombia existen registros de esta situación “De otra parte, se ha convertido en precedente aceptado que el contenido de las audiencias públicas no tenga ningún tipo de injerencia, salvo contadas excepciones, en la toma definitiva de decisiones por parte de las autoridades ambientales, siendo nula en la mayoría de casos la participación que se propicia en torno suyo” (Velásquez, 2013)



- * En cuanto a los talleres participativos, grupos focales, encuestas u otros mecanismos que se pueden utilizar para interactuar con la comunidad afectada, se critica que no se hacen o que los implementan mal. Estas actividades se realizan sin presencia de la Setena, por ello la Setena solo revisa la información, pero no puede fiscalizar la aplicación y veracidad de esas actividades (Bermúdez, 2015).
- * Se ha caído en el error de considerar que la audiencia pública demuestra un proceso de participación ciudadana, cuando la audiencia es sólo un mecanismo de participación, en muchas ocasiones las audiencias se limitan a brindar información (Esquivel, 2007). Algunas personas tienen la mala percepción de que los resultados de la audiencia se utilizan a modo de plebiscito, es decir, que pueden determinar directamente el futuro del proyecto en este evento, lo cual es incorrecto. La audiencia tiene el fin de informar y recolectar opiniones por parte de personas interesadas (Bermúdez, 2015).
- * Los proyectos hidroeléctricos se desarrollan en función de objetivos y no de procesos, por lo que no se comprende que el proceso social genera los insumos necesarios para la construcción del proyecto (Mesén 2010).
- * La viabilidad ambiental no ayuda a manejar las relaciones sociales (Alfaro, 2015). Si el proyecto cuenta con viabilidad ambiental, pero carece de viabilidad social difícilmente se va a implementar, e.g el Proyecto de Modernización de la Planta Cachí en fase de ejecución se tuvo que devolver al diálogo con las comunidades para poder avanzar (Mesén 2010).
- * En ocasiones sucede que los EsIA que se aprueban no necesariamente fueron los que se consultaron, pues posterior a la consulta se le realizaron modificaciones, algunas veces son sustanciales y significativas, otras veces no. La posición de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en cuanto a este aspecto es casuística, en algunas ocasiones ha señalado que la omisión de consultar modificaciones al EsIA no violenta el derecho de participación de las comunidades.²⁶ No obstante, lo que sí es evidente es que esas acciones generan desconfianza en las comunidades y conflictos.
- * Experiencias pasadas o antecedentes de otros proyectos de generación eléctrica condicionan negativamente la percepción de las comunidades (Mesén, 2010).
- * Falta de capacidad técnica y presupuestaria de las estructuras organizativas tales como las asociaciones de desarrollo, consejos locales, entre otras, las cuales en muchas de las ocasiones carecen de regímenes jurídicos que aclaren las competencias para un mejor tratamiento de la temática ambiental (Esquivel, 2007).
- * La Setena tiene un problema en la fiscalización, es usual que los entes desarrolladores propongan las medidas de mitigación necesarias para obtener la viabilidad ambiental, pero luego no las ejecutan y la Setena no tiene la capacidad para supervisar. Ello no solo genera malas experiencias sino que también aumenta la oposición a los proyectos (Bermúdez, 2015).²⁷
- * La aproximación del ICE a la cuestión ha evolucionado con los años. ICE es consciente de que ya no tiene proyectos fáciles, lo cual lo hizo variar su enfoque. Se reconoce que la viabilidad social es un tema crítico y que requiere de una estrategia para manejarlo (Alfaro, 2015; Mesén, 2010, Alfaro et al. 2010).
- * Los mecanismos formales de participación actual no incorporan el uso de recursos digitales (Bermúdez, 2015).
- * En las acciones judiciales interpuestas en relación a los proyectos hidroeléctricos, se

²⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, resolución núm. 0133 de las 10:00 horas del 4 de noviembre del 2013.

²⁷ No es un problema nuevo, la Contraloría General de la República (CGR) en su estudio núm. 04- PFA, "Fiscalización sobre la Evaluación de Impacto Ambiental del 2000", concluyó: "...esa entidad no está siendo eficiente y efectiva en la gestión que realiza en los procesos de evaluación ambiental preliminar, monitoreo y seguimiento, por cuanto está distraendo sus recursos en la valoración de muchos proyectos con escaso impacto ambiental..."



identificó que la mayoría de pretensiones se relacionan con violaciones al derecho de acceso a la información administrativa, en un segundo lugar los reclamos basados en la falta de consulta a las comunidades en las áreas de influencia y/o posibles afectaciones al ambiente (Esquivel, 2007).

* El proyecto de ley discutido en el Expediente núm.19.119, que busca implementar un mecanismo de beneficios compartidos para la comunidades donde se produzca generación hidroeléctrica tiene poca viabilidad según la diputada del Partido Acción Ciudadana (PAC), Epsy Campbell. Tanto el señor Carlos Obregón, Presidente Ejecutivo del ICE, como el representante de la Cámara de Industrias de Costa Rica (CICR) se oponen al proyecto. Por su parte, el Regulador General, manifestó que no necesariamente se opone al proyecto, pero si aseguró que el canon se vería reflejado en la factura de los consumidores (Arrieta, 2015).

* El Reglamento de Canon por Concepto de Aprovechamiento de Aguas obliga al Sinac a invertir los dineros recaudados por el canon en la cuenca que los genera. Dicho dinero se podría ver como un beneficio compartido. Sin embargo, a la fecha no hay registros de cómo ha invertido el Sinac ese dinero y si se ha utilizado para realizar acciones de protección del recurso hídrico dentro de la cuenca donde se ubica la toma de agua del proyecto. Situación que le impide a la sociedad civil visualizar el efecto que el dinero pagado ha tenido sobre la protección del recurso hídrico en el espacio territorial donde se sitúa el proyecto (Alfaro, 2015).

Derecho de participación de los pueblos indígenas

Contexto legal e institucional del derecho de participación de los pueblos indígenas

El derecho de participación de los pueblos indígenas está ampliamente consolidado en múltiples convenios internacionales²⁸, los cuales forman parte del bloque de legalidad interno y con base en ellos se puede afirmar que Costa Rica está obligada a garantizar a los pueblos indígenas lo siguiente:

- * El derecho a definir sus propias prioridades en lo que atañe al desarrollo, así como el derecho de participación de los pueblos indígenas en la determinación de medidas que les afecten
- * Derecho a la libre autodeterminación
- * El reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido
- * El derecho de consulta de los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles
- * Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas
- * Realizar las consultas de buena fe, en forma oportuna sistemática, transparente y adecuadamente sobre el alcance y las implicaciones de las actividades de exploración y explotación
- * Obtener consentimiento previo, libre e informado

En la legislación nacional, la consulta indígena está amparada por el bloque constitucional de los artículos 9, 33, 50, 74 y 76, así como por la Ley de Biodiversidad y en el Manual Técnico EIA, Parte IV.

²⁸ Sin ser exhaustivos(as) se mencionan: Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros.



Sobre el particular, la Sala Constitucional ha manifestado:

- * El Estado tiene el deber de dotar a los pueblos indígenas de instrumentos adecuados que les garanticen su derecho a participar en la toma de decisiones que les atañen. El legislador debe diseñar mecanismos jurídicos que les permitan ejercer plenamente ese derecho.²⁹
- * Cualquier aprovechamiento de recursos naturales en Reservas Indígenas debe contar con el consentimiento de los pueblos indígenas³⁰
- * Organismos legitimados para representar los intereses de los pueblos tanto Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) como a las Asociaciones de Desarrollo existentes en cada comunidad³¹

La Defensoría de los Habitantes (DHR), mediante el oficio núm. 5271-2015-DHR, del 3 de junio del 2015, emitió un informe con el objetivo de contribuir de manera constructiva en la clarificación del alcance del derecho a la consulta, sus elementos constitutivos y otros, que resultan esenciales para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y por tanto el respeto al marco de legalidad. Ello considerando que el derecho de consulta se incorporó al ordenamiento jurídico costarricense con la ratificación del Convenio núm. 169, mediante la Ley 7316 del 3 de noviembre del 1992, y que en el país no existe más legislación que desarrolle este derecho.

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IDH) presentan ideas básicas relativas al derecho de consulta, y sobre la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos, los cuales se resumen a continuación (Bolaños & Segura, 2011):

- * Con el objetivo de garantizar una participación efectiva de los pueblos indígenas en los planes estatales de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene

²⁹ Sala Constitucional, resolución núm. 8019 10:18 horas del 8 de setiembre del 2000.

³⁰ Sala Constitucional, resolución núm. 9931 de las 11:05 horas del 3 de setiembre de 2004.

³¹ Sala Constitucional, resolución núm. 10108 a las 8:55 horas 11 de junio del 2010

el deber de consultar con la comunidad afectada, según “sus costumbres y tradiciones.” (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam)

- * El deber de consulta implica un deber del Estado de brindar información y mantenerse en comunicación constante con la comunidad afectada (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam)
- * Se debe consultar a los pueblos indígenas en las primeras etapas del plan y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad” (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam)
- * Los gobiernos están en la obligación de asegurarse que las personas de las comunidades afectadas tengan conocimiento de los posibles riesgos con la implementación del proyecto. Dentro de la información dirigida a los pueblos indígenas corresponde incluir los riesgos ambientales (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam)
- * El Estado tiene la obligación, no solo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades indígenas (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam)
- * El “consentimiento pleno e informado requiere como mínimo, que todos(as) los y las integrantes de la comunidad estén plenamente enterados(as) de la naturaleza y consecuencia del proceso que estén provistos(as) de una manera efectiva para participar de manera individual o colectiva” (CIDH, 2004, Caso de las Comunidades Indígenas Maya en el Distrito De Toledo vs. Belice)
- * Es necesario un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con la participación de los pueblos indígenas afectados (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam)
- * La participación razonable de los pueblos indígenas en los beneficios (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam)

Adicionalmente, el Relator Especial, Anaya (2009), enumera ciertos principios básicos aplicables al derecho de consulta, a saber:



- **La consulta debe realizarse con carácter previo*: es decir con anterioridad de adoptar la medida administrativa o legislativa, y lo antes posible
- **La consulta no se agota con la mera información*: las reuniones de mera información no son apropiadas debe existir un verdadero diálogo
- **La consulta debe ser de buena fe*: responde a la exigencia de cumplir con el objeto último de dicha obligación, es decir, establecer un diálogo entre las partes con miras en alcanzar un consenso
- **La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas*: debe cumplirse teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones
- **La consulta debe ser sistemática y transparente*: debe desarrollarse a la luz de procedimientos replicables y transparentes, ello implica informar de los impactos positivos como negativos.

Contexto socio-político y la participación de los pueblos indígenas

El contexto socio político de los pueblos indígenas en cuanto a la participación en la evaluación de proyectos de generación eléctrica, básicamente, se ilustra con la tramitación del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís (PHED). Bolaños & Segura (2011) analizaron la interacción del ICE con las comunidades basados en los documentos entregados por el ICE a la Sala Constitucional en la audiencia otorgada por acción de inconstitucionalidad núm. 08-009215-0007-CO y concluyeron lo siguiente:

- * La dinámica en las reuniones entre los órganos, asociaciones y personas y el ICE, básicamente consistía en la exposición de las necesidades inmediatas de la comunidad ante los funcionarios del ICE, y ocasionalmente el compromiso de éstos por satisfacerlas.
- * Se realizaban diferentes reuniones con distintos actores y acuerdos variados, lo cual

imposibilita la ejecución de un proceso unitario de consulta y negociación. Además, la diversificación de los acuerdos debilita la transparencia.

- * El proceso participativo promovido por el ICE no intentó eliminar las limitaciones de la comunidades sobre los conocimientos técnicos necesarios para la interpretación de datos técnicos del proyecto. No se le facilitó a las comunidades recursos para realizar sus propias investigaciones o un asesor técnico independiente para analizar la información suministrada por el ICE.

El Relator Especial de la ONU, visitó Costa Rica en abril de 2011, y emitió el informe “*La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*”, del cual se pueden extraer una serie de puntos que ilustran de forma objetiva el proceso de consulta que realizó el ICE con la comunidad Térraba:

- * La consulta debió iniciarse antes de comenzar los estudios técnicos
- * Existe un claro desequilibrio entre las partes en términos de acceso a información sobre el proyecto, y en cuanto a la capacidad técnica para evaluar la información y para elaborar y responder a propuestas en el contexto de una negociación sobre temas complejos
- * El ICE debe asegurar el acceso de los pueblos indígenas a una información completa y transparente sobre el proyecto y sus posibles impactos durante todas las fases de la elaboración de esta información
- * La participación de los pueblos indígenas en las consultas debe ajustarse a sus propias formas de representatividad y organización relativas a la toma de decisiones
- * No le corresponde al Estado definir las modalidades de representación de los pueblos indígenas que vayan a ser consultados sobre el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís. Los elementos específicos del procedimiento de consulta deben ser definidos en consulta con los pueblos indígenas afectados por el proyecto



Adicionalmente, se identifican tres puntos de conflicto entre las comunidades indígenas y el Estado:

- * Problema de representación: el Estado considera que las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígena (ADII) son los entes representativos de los pueblos indígenas, las comunidades indígenas sienten que las ADII son estructuras foráneas que no toman en cuenta las costumbres y tradiciones. En particular, el pueblo Térraba no acepta la legitimación de la ADII, de hecho estructuras internas de la comunidad se oponen al proceso judicial presentado por la ADII por las actuaciones del ICE para el desarrollo del PHD, expediente judicial 11-001691-1027-A-7. Además, algunos de sus representantes interpusieron una petición ante la Comisión IDH y uno de los puntos de la petitoria es la violación a su derecho de autogobierno.
- * Vacío legal: existe un evidente vacío legal, los instrumentos jurídicos nacionales resultan insuficientes para crear un proceso de consulta realmente informativo, participativo y respetuoso de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (Bolaños & Segura, 2011, Defensoría de los Habitantes, 2015). De hecho, Alfaro (2015) manifiesta que de seguir la legislación nacional en cuanto a la consulta indígena, según el marco normativo vigente al respecto, puede inducir a error.
- * La concepción del ICE de la consulta indígena es insuficiente: la posición del ICE se resume en lo siguiente: i) la consulta está íntimamente ligada al proceso de elaboración del EsIA, ii) lo que se debe consultar son las acciones del proyecto que podrían generar impactos sobre los territorios y modos de vida de las poblaciones indígenas, no la construcción del proyecto en sí (Bolaños & Segura, 2011).³²

Siguiendo a Bolaños & Segura (2011), las etapas de participación en el EIA no permiten un proceso participativo pleno para obtener el consentimiento

libre e informado de las comunidades indígenas, por lo siguiente:

- * Ámbito temporal de ambas consultas: En el procedimiento de EIA la legislación no especifica el momento preciso para la participación. El proceso de consulta es previo, es decir se ha de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades. Además, la consulta indígena debe ser un proceso, y por lo tanto, imposible de agotar en un único acto aislado, como lo es la audiencia pública.
- * El acceso a la información: a diferencia de los procesos de EIA, en el proceso de consulta la información relativa al proyecto no solo debe ser accesible, sino que debe ser ampliamente difundida. El desarrollador, tiene incluso el deber de financiar un grupo asesor técnico e independiente para los pueblos indígenas.
- * La metodología: en el procedimiento de EIA se obliga al desarrollador a realizar un proceso participativo de interacción con la comunidad indígena, debe contratar a un equipo consultor que decide y dirige el proceso. En la consulta indígena, la metodología debe definirse de forma conjunta. Además, la materia a consultar en el proceso de consulta indígena excede la de los impactos ambientales, materia en la cual se concentra el procedimiento de EIA.
- * El fin de los procesos participativos: los EIA parece estar dirigida a la difusión de la información para la sociedad civil y la recepción de opiniones. El fin de la consulta es llegar a un consentimiento libre e informado.

Principales hallazgos y conclusiones del análisis

- Independientemente de la magnitud del proyecto, si es hidroeléctrico hay conflicto. La mayoría de quejas, críticas y problemas consignados en este documento se refieren a proyectos hidroeléctricos.
- Según el ordenamiento jurídico costarricense

³² Se extrajo de la consulta presentada por el Partido Acción Ciudadana al ICE con el objetivo de investigar cuál es el cronograma organizativo para la implementación de la consulta a los pueblos indígenas afectados por el PHED.



existen tres instancias formales para ejercer el derecho de participación ciudadana en la tramitación de proyectos de generación eléctrica: proceso de EIA ante la Setena, audiencia pública para concesión del servicio público por parte Aresep, y las instancias judiciales:

- * El procedimiento de EIA es inefectivo para manejar la conflictividad social. Los espacios de participación dentro del procedimiento son insuficientes para proyectos conflictivos, e.i. los proyectos hidroeléctricos o eventualmente proyectos geotérmicos. Las audiencias públicas casi nunca se realizan y existen quejas por parte de las comunidades sobre la forma de implementación de los procesos de diálogo participativo que sugiere realizar el Manual Técnico de EIA, Parte IV, durante la elaboración del EsIA, cuando se puede prever un nivel alto de conflicto.
- * Audiencia pública ante la Aresep: es muy formalista, es un costo en dinero y tiempo, tanto para la institución como para el desarrollador y altamente inefectiva para la comunidad, pues no les otorga una oportunidad real de participación ya que difícilmente se va a denegar una concesión de servicio público por tema social o ambiental. En ese sentido, se deberían de fortalecer los procedimientos de participación antes, durante y después del procedimiento de EIA y eliminar esta audiencia.
- * Instancias judiciales: acudir a las instancias judiciales es parte del derecho de participación, pero lo óptimo sería minimizar la necesidad de acudir a un juez. El sistema está bastante colapsado y los tiempos de respuesta son largos.
- En el procedimiento de EIA las comunidades utilizan principalmente los mecanismos informales de participación con el objetivo de frenar el proceso. Estos son más efectivos en cuanto logran entorpecer y archivar proyectos.
- Los mecanismos formales del EIA aunque son insuficientes para reducir los conflictos generados por la generación hidroeléctrica, se deben regular mejor para que cumplan con los mandatos de la Sala Constitucional en temas de participación y dejen de ser fuente de conflictos per se.
- Existe el mandato legal de permitir la participación en cualquier momento del procedimiento de EIA. Sin embargo, no es efectivo y no se implementa porque no está regulado de forma específica. Por ello, en la mayoría de los casos la participación es tardía. En todo caso, para minimizar conflictos sería conveniente regular la interacción desde antes del procedimiento EIA, cuando inicia la interacción social en la etapa de pre-factibilidad del proyecto.
- No se puede reducir la participación a las audiencias públicas, pero si se realizan, el procedimiento para realizarlas debe estar claro. Las audiencias públicas no se pueden eliminar aunque se consideren inefectivas, es un mandato de la Sala Constitucional. Se deben regular para que tengan reglas claras y sean lo más efectivas posibles o en algunos casos se podría promover la alternativa de implementar procesos de diálogo participativo.
- Para los proyectos hidroeléctricos y otros proyectos conflictivos, el Estado debería facilitar herramientas que puedan guiar al desarrollador acerca de la mejor forma de procesar y resolver el conflicto social. Los procesos sociales no tienen receta, pero sí sería aconsejable establecer un marco de referencia para la atención de la relación social.
- La inequidad social es origen del conflicto ambiental. El Estado y los desarrolladores deben estar conscientes de que si no reducen asimetrías de información, los conflictos van a seguir creciendo.
- La LOA trata de involucrar a municipalidades y áreas de conservación. Las acciones que se realizan actualmente no son suficientes, por lo tanto se deben buscar nuevas acciones para fortalecer dichas entidades locales como espacios de participación activa.
- Los(as) investigadores(as) sociales que analizan los procesos de consulta realizados por el ICE reconocen el progreso y el aprendizaje alcanzado. Sin embargo, es claro que las comunidades siguen teniendo una percepción negativa
- Los beneficios compartidos no necesariamente son la solución para darle viabilidad a los pro-



yectos hidroeléctricos. Por ejemplo, el Proyecto Hidrosur, ha realizado una propuesta social interesante específicamente: inversión en caminos, mano de obra, contratación de servicio, además de donar a la comunidad el 3% de los beneficios y el pago del canon de aguas y actividades de reforestación, entre otros. Además, cuenta con una página web en la cual se puede encontrar el Código de Ética, breve explicación del proceso de diálogo social implementado por la empresa. Sin embargo, el proyecto cuenta con una oposición social importante. El proceso de EIA inició en junio de 2013 y todavía está en fase de análisis.

- Los beneficios compartidos podrían ser parte de la solución, pero se debe analizar más y avanzar en temas como implementación de procesos participativos que permitan procesar los intereses, las preocupaciones y las potencialidades de desarrollo de las comunidades en forma amplia y transparente, valoración de servicios ambientales, formas de instrumentalización y de manejo de fondos eficientemente.
- Para implementar beneficios compartidos de forma obligatoria para los proyectos de generación eléctrica se debe considerar y resolver lo siguientes elementos:
 - * Las comunidades no necesariamente lo ven como una solución integral y satisfactoria
 - * Desarrolladores opuestos porque incrementa el costo de sus proyectos
 - * Puede repercutir en un aumento de tarifas que va contra la meta actual del Gobierno de bajar las tarifas al máximo
- Jurídicamente es improcedente limitar la consulta previa al proceso de diálogo participativo que los desarrolladores deben realizar dentro del EsIA según la legislación, pues como se explicó anteriormente el proceso de diálogo participativo y la consulta previa, tienen diferentes fines, alcance temporal distinto, una forma distinta de definir la metodología, entre otros aspectos.
- Si no se resuelve el problema de la representación legal de los pueblos indígenas, difícilmente se van a poder implementar procesos de consulta previa con el objetivo de desarrollar proyectos de generación eléctrica en reservas indígenas.

- Es urgente regular el procedimiento de consulta indígena con base en los estándares y principios desarrollados internacionalmente, para proteger de forma adecuada el derecho de los pueblos indígenas de definir sus prioridades de desarrollo, así como guiar al desarrollador del proyecto.
- En general es necesario fortalecer la institucionalidad y la capacidad para el abordaje de la conflictividad ambiental y mejorar la fiscalización de los proyectos.
- La Setena tiene la potestad de conformar comisiones o comités asesores con representantes del sector público y privado, para fiscalizar los proyectos. Son muy pocos casos en los que se han conformado a pesar de que las experiencias aparentemente han sido positivas.

Con base en lo anterior, se brindan recomendaciones puntuales para mejorar los procesos de participación y consulta en la valoración de proyectos de generación eléctrica, así como los instrumentos legales que se podrían utilizar para implementarlas y sus contenidos básicos, en cuatro grandes líneas:

- Mejorar los mecanismos de participación formal para que respeten el derecho de participación según lo definido por la Sala Constitucional
- Promover los procesos de diálogo participativos como mecanismo para reducir la conflictividad social
- Análisis para la implementación de beneficios compartidos
- Regular la consulta indígena

Ruta de acciones y recomendaciones

Mejorar los mecanismos de participación formal

A corto plazo se recomiendan tres acciones para proteger el derecho de participación: i) elaboración de un decreto ejecutivo para mejorar la participación pública en la valoración y gestión de los proyectos de generación eléctrica, ii) elaboración de una guía ambiental para proyectos hidroeléctricos, iii) fortalecimiento de instancias locales como espacios de participación activa.



Elaboración de decreto ejecutivo para mejorar la participación pública en la valoración y gestión de los proyectos de generación eléctrica

El objetivo del decreto sería solucionar problemas de participación tardía, falta de reglas claras, ineffectividad de los mecanismos formales de participación, dificultad de acceso a información, débil fiscalización de proyectos en el procedimiento EIA, percepción de procesos poco transparentes.

Se recomienda crear una comisión multisectorial para la elaboración del presente decreto. Seguidamente, se explican ocho aspectos básicos de contenido que se sugiere desarrollar en dicho decreto (puntos del a al h):

a. Establecer claramente a partir de qué momento el desarrollador tiene la obligación de comunicar al público en general la existencia del proyecto

Se sugiere que esa obligación se dé a partir de la fase de pre-factibilidad, pues en esta fase se inician las incursiones en campo, por ejemplo, es común realizar visitas de reconocimiento y estudios exploratorios en campo, no necesariamente vinculados a la generación de insumos para la EIA o el EsIA, pero que suelen generar interés, dudas, expectativas y necesidades de información en la población. Por tanto, es en este momento que inicia el contacto con la comunidad y la interacción social con propietarios de inmuebles o con dirigentes comunales, ya sea para obtener permisos de ingreso a fincas o para recabar información de fuente primaria.

Otra opción sería establecer explícitamente que el proceso de comunicación con la sociedad civil debe empezar al inicio del procedimiento EIA, tal y como se encuentra establecido en Perú, Guatemala, Chile, Panamá, Europa (Convenio Aarhus).

Para ello, se puede solicitar como requisito para la presentación de los documentos necesarios al iniciar el procedimiento de EIA en la Setena la presentación del original y la copia de la publicación de un edicto y en un periódico de circulación nacional y otro local, en el cual se indiquen las intenciones del desarrollador y el proyecto que propone para su evaluación ante Setena.

Adicionalmente, abrir, por un plazo establecido, un período de consulta del formulario y demás requisitos presentados por el desarrollador, para que los(as) interesados(as) los puedan revisar y emitir sus opiniones. Una vez concluido ese período de vista al público, la Setena debe considerar los insumos presentados y emitir o denegar la tramitación del expediente. En este sentido, el artículo 78 del Acuerdo Gubernativo núm. 431-2007 del 17 de setiembre del 2007, Guatemala, establece:

“Ponderación de la Participación Pública. En la resolución final del instrumento de evaluación ambiental, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN), considerará las observaciones, opiniones u oposiciones que hayan sido presentadas dentro de los veinte días del proceso de participación pública, siempre y cuando cuenten con un fundamento técnico, científico o jurídico que respalde su opinión o criterio, notificándose de los resultados de las que se hubieren considerado, para determinar la solución o diligenciamiento a las mismas.”

La desventaja de esta opción es que el marco normativo vigente le permite al desarrollador aportar el diseño acompañado directamente del EsIA para el caso de los proyectos en que el aporte del EsIA es obligatorio. Esta situación da lugar a que el proceso de preparación del EsIA pueda darse sin necesidad de haber suscitado aún la Evaluación Ambiental Inicial. Bajo dicho supuesto, si la comunicación con la sociedad civil iniciase hasta que se inicie formalmente el proceso de EIA (i.e. apertura del expediente administrativo en la Setena), se podría perjudicar la participación ciudadana desde etapas tempranas de gestión del proyecto.

b. Obligaciones del desarrollador

El objetivo sería el regular de forma objetiva cuál es la información que debe facilitar el desarrollador a las comunidades según la etapa de desarrollo del proyecto. Así, las comunidades pueden tener claro cuál información pueden esperar y exigir, y correlativamente el desarrollador tenga claro cuál información está obligado a suministrar. La información que se provea en cada fase, no puede ser otra que la que objetivamente se pueda generar en dicha fase de acuerdo al objetivo de la misma. La comunicación debería ser gradual, incremental y la información que se solicite proveer sea acorde con el objetivo de cada fase.



Se sugieren establecer requerimientos de información en las siguientes fases:

- Obligaciones previo al inicio del procedimiento EIA

Este momento se referiría a la etapa de pre-factibilidad del proyecto, se sugiere enlistar la información objetiva con la que el desarrollador cuenta en esta etapa. Además, solicitar al desarrollador facilitar un calendario, línea de tiempo o plan de trabajo sobre el desarrollo del proyecto.

- Obligaciones en la etapa inicial del procedimiento EIA

- » Publicar edicto para informar el inicio del trámite de EIA del proyecto, con especificación de la dirección web donde podrá encontrarse la información básica del proyecto.

- » Establecer una lista de contenido mínimo de información del proyecto que se debe facilitar en esta etapa.

- » Solicitar al desarrollador que proponga por escrito los medios que piensa utilizar para facilitar la difusión de información a las comunidades afectadas. Por ejemplo, el artículo 75 del Acuerdo Gubernativo núm. 431-2007 del 17 de setiembre del 2007, Guatemala, Información al Público Durante el Proceso de Revisión de los Instrumentos de Evaluación Ambiental establece “La información al público deberá difundirse a través de los medios de comunicación que el proponente y el -MARN- acuerden conjuntamente conforme los términos de referencia aprobados para la evaluación ambiental correspondiente.”

- Obligaciones durante la elaboración del EsIA

- » Aplicar los mecanismos de participación ciudadana. Se recomienda incluir una lista abierta con los mecanismos más usuales que se podrían aplicar.

- » Mantener un canal de comunicación abierto, constante y único, una vocería para evitar distorsión

- » Comunicar el horizonte temporal mediante un cronograma o línea de acción, explicar las fases del proyecto, la fase en la que se encuentran, entre otros

- » Mantener actualizada la información que se encuentra en línea

- Posterior a la elaboración del EsIA

- » Consultar el EsIA con las comunidades

- » Actualizar la base de datos en línea del proyecto

- Obligaciones en la fase de ejecución

Promover y permitir la participación de la sociedad civil en la fiscalización del proyecto

Poner en línea los informes ambientales, así como facilitarlos a las instancias locales involucradas en el procedimiento EIA

c) Obligaciones de la Setena

- » Deber de facilitar información lo más pronto posible

- » Deber de promover el acceso a la información en forma digital

- » Obligatoriedad de realizar una audiencia pública para todos los proyectos hidroeléctricos Categoría A y otros altamente conflictivos

- » Deber de comunicar a los(as) participantes la forma en que sus opiniones fueron consideradas o afectaron la decisión final

d) Especificar los temas que se deben consultar durante la elaboración del EsIA, pues actualmente la norma dice “proyecto y sus implicaciones”, lo cual es vago y se presta para interpretaciones



e) Proceso participativo de diálogo durante la elaboración del EsIA

Se pueden discutir dos opciones:

La primera sería mantener la discrecionalidad para el desarrollador de implementar o no un proceso participativo, pero recomendar explícitamente la implementación de procesos participativos de diálogo cuando se prevea una alta probabilidad de conflicto, sugiriendo la utilización de lineamientos para implementar procesos de diálogo participativos, los cuales guíen al desarrollador sobre manejar mejor la interacción social con las comunidades.

La segunda obligar a los desarrolladores a realizar un proceso de diálogo participativo cuando se trate de proyectos hidroeléctricos u otros altamente conflictivos. Si se apoya este supuesto, se debe establecer claramente en el decreto la obligación y el procedimiento a seguir. La regulación de Perú y Guatemala son interesantes y se pueden utilizar como un punto de partida para la discusión.

• La experiencia de participación ciudadana en el Perú

En Perú existen dos instrumentos específicos que regulan la participación ciudadana en los proyectos energéticos:

- » Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales (Resolución Ministerial 535-2004-MEM-DM)
- » Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades Eléctricas (Resolución Ministerial 223-2010-MEM/DM)

El solicitante debe presentar los Términos de Referencia del EIA y un Plan de Participación Ciudadana (PPC), los que deben ser aprobados por la Dirección General de Asuntos Ambientales de Energía (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas. El Plan de Participación Ciudadana es el documento mediante el cual la empresa solicitante describe las acciones y mecanismos que utilizará para recoger los aportes y preocupaciones de la población.

El desarrollador está obligado a realizar tres talleres:

- » Antes del EsIA: en donde informa a los(as) interesados(as) sobre sus deberes y derechos, les presenta la información básica del proyecto y explica cómo se realizará el EIA y al responsable de elaborar el EsIA
- » Durante el EsIA: recolectar insumos para construir la línea base y recoger observaciones y opiniones del proyecto
- » Después del EsIA: discutir sobre la línea base, identificación de impactos, medidas para evitar, mitigar y/o compensar los impactos

Luego se debe realizar una audiencia pública, que es el acto público en el que se presenta el contenido del EsIA preparado por la empresa. Busca recoger las observaciones y sugerencias de la población para incluirlas en la evaluación del EsIA.

Posteriormente, el desarrollador debe presentar un segundo Plan de Participación Ciudadana para la etapa de ejecución del proyecto. Éste será aprobado con el EsIA. El Plan debe incluir la creación de un Comité de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana y/o una Oficina de Información y Participación Ciudadana, de acuerdo a las particularidades del proyecto. El Comité funcionará por todo el plazo de funcionamiento del proyecto y de acuerdo a su reglamento interno, que elaborará la empresa en coordinación con la población.

La obligación de elaborar todos los instrumentos antes descritos varía según la intensidad y magnitud del proyecto.

• La experiencia de participación pública en Guatemala

El artículo 74 del Acuerdo Gubernativo núm. 431-2007 del 17 de setiembre del 2007, Guatemala, establece:

“Participación Pública Durante el Proceso de Elaboración de los Instrumentos de Evaluación Ambiental.

Durante la elaboración de los instrumentos de evaluación ambiental requeridos posteriormente a la evaluación ambiental inicial, en caso de ser necesario, por medio de consultor, quien pro-



pone deberá elaborar y ejecutar un plan de participación pública, considerando los siguientes aspectos:

- a) Forma de incentivar la participación pública durante la elaboración del instrumento.
- b) Forma de participación de la comunidad (entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y/o reuniones de trabajo); describiendo la forma de solicitud de información y demostrando la respuesta si las hubiere.
- c) Forma de resolución de conflictos potenciales. Este plan de participación pública deberá ser acordado entre el proponente de la obra, industria, o actividad y el MARN, aprobado en los términos de referencia de acuerdo a la necesidad de cada caso.”
- f) Audiencia pública

Se debe dejar claro en el texto del decreto cuándo se requiere implementar una audiencia pública. Además, se deben regular los requisitos para desarrollar la audiencia pública, los cuales deben cumplir con lo establecido por la Sala Constitucional.

Según la Sala Constitucional, las acciones de la Setena deben garantizar que los actores interesados tengan una posibilidad material, real y efectiva de intervenir en la audiencia. La audiencia no puede otorgarse en condiciones tales que se convierta en una simple formalidad que no alcanza a proteger el derecho o interés de los y las participantes.³³ En otras palabras, no se deben realizar acciones que limiten o eliminen la oportunidad real de las personas de presentar sus alegatos e intervenir en las audiencias públicas.

En ese sentido, se recomienda regular las audiencias para que respeten los siguientes criterios:

- ◇ El lugar debe ser de fácil acceso para las personas, el lugar, el horario y el día de la audiencia deben garantizar la asistencia de la mayor cantidad de personas afectadas³⁴
- ◇ Se debe dar un plazo razonable entre la publicación de la audiencia y la realización de la audiencia, este plazo debe permitir un adecuado intercambio de información, para las

audiencias públicas de la Aresep se exige un plazo de 20 días hábiles.

- ◇ Los mecanismos de divulgación de la audiencia deben ser amplios, de carácter nacional y deben respetar la Ley 7600³⁵
- ◇ La información debe ser impartida de manera que cualquier persona pueda entenderla, resúmenes no técnicos que permita a las personas comprender la magnitud de la discusión. Asimismo, la comunicación de la información debe ser clara, sin problemas técnicos de sonido por ejemplo.³⁶
- ◇ La posibilidad de intervención y participación de las y los participantes en las audiencias no puede obstaculizar o impedir una oportuna resolución de la gestión en estudio³⁷

También se recomienda que se regulen los siguientes puntos:

- ◇ La información mínima que debe contener la convocatoria a la audiencia pública
- ◇ Los aspectos del proyecto que se deben consultar
- ◇ El alcance de las audiencias, se recomienda aclarar explícitamente que durante el procedimiento de la audiencia no se adoptarán decisiones ni se decide si se aprueba o deniega un proyecto
- ◇ El desarrollo de las audiencias, es decir, quién la preside y la metodología
- ◇ La incorporación de tecnologías digitales para facilitar las audiencias y la participación, ver resoluciones 380-2014-SETENA y 318-

³⁵ Resolución núm. 2008-17093 del 14 de noviembre del 2008 a las 10:18 horas, y resolución núm. 2009-018223 del 27 de noviembre del 2009 a las 12:30 horas, resolución 11620 del 30 de agosto del 2011 a las 13:11 horas, sentencia 10708 del 18 de junio del 2010 a las 9:52 horas. sentencia número 10466-2000, de las diez horas diecisiete minutos del veinticuatro de noviembre del dos mil, Resolución núm. 6488 – 2012 del 18 de mayo del 2012 a las 10:30 horas.

³⁶ 1853 del 2 de diciembre del 2009 a las 14:31 horas

³⁷ Resoluciones número: 2007-17356 del 28 de noviembre del 2007 a las 15:57 horas, 2005-10938 del 19 de agosto del 2005 a las 12:48 horas, 1318-98 del 27 de febrero de 1998 a las 10:15 horas, y 8125-08 del 13 de mayo del 2008 a las 18:22 horas.

³³ Resolución núm. 2007-02515 del 23 de febrero del 2007 a las 10:05 horas, y resolución núm. 2006-015635 del 27 de octubre de 2006 a las de 10:52 horas.

³⁴ 18223 del 27 de noviembre del 2009 a las 12:34 horas



2014, ambas del 27 de febrero del 2014, de la Setena sobre la audiencia pública para el caso APM Terminals.

- ◊ Los supuestos bajo los cuales una modificación de fondo un proyecto o EsIA ya consultado, se debe consultar a las comunidades nuevamente.

Para fortalecer la participación informada en las audiencias, se podría analizar la posibilidad de celebrar una “reunión informativa”. El artículo 9, del Decreto Reglamentario 330 de 2007 emitido por Colombia regula las reuniones informativas de la siguiente forma:

- La reunión informativa en la experiencia de Colombia

“La reunión informativa a que se refiere el numeral 8 del artículo 7 del presente decreto, tiene como objeto brindar a las comunidades por parte de la autoridad ambiental, mayor información sobre el alcance y las reglas bajo las cuales pueden participar en la audiencia pública y además, presentar por parte del(a) interesado(a) en la licencia o permiso ambiental el proyecto, los impactos ambientales y las medidas de manejo de la propuesta, de manera tal que se fortalezca la participación ciudadana durante la audiencia pública. Esta reunión deberá realizarse por lo menos diez días hábiles de la celebración de la audiencia pública y podrá asistir cualquier persona que así lo desee.

La reunión informativa será convocada a través de medios de comunicación radial y local en carteleras que se fijarán en lugares públicos de la respectiva institución”

- g) Brindar oportunidad de participar en fase de ejecución y operación del proyecto mediante la fiscalización a través de comisiones mixtas o auditorías ambientales.

El objetivo sería fortalecer la auditoría social. Para los proyectos hidroeléctricos y otros altamente conflictivos obligar a constituir comisiones asesoras mixtas, que operen como un comité de monitoreo o vigilancia, tal y como sucede en Perú. Adicionalmente, se recomienda desarrollar lineamientos generales básicos para el funcionamiento de las comisiones, que establezca una guía para que dichas comisiones desarrollen su propio reglamento de acción.

- h) Establecer procedimientos sancionatorios para las personas responsables del suministro de datos falsos en EIA.

Elaboración de guía ambiental para proyectos hidroeléctricos según el Decreto Ejecutivo núm. 34522-MINAE

Promover un proceso para desarrollar una guía ambiental bajo el Decreto Ejecutivo núm. 34522-MINAE, la cual desarrolle mecanismos de autorregulación voluntaria de sistemas de mejoramiento ambiental y participación ciudadana para proyectos hidroeléctricos entre el sector energético y la sociedad civil.

Fortalecimiento de instancias locales como espacios de participación activa

Investigar con los Consejos Regionales Ambientales (CRA) cómo podrían apoyar el procedimiento de EIA de proyectos hidroeléctricos u otros proyectos altamente conflictivos, especialmente, en cuanto a difundir información, supervisión de los procedimientos de consulta durante la elaboración del EsIA y fiscalización de los proyectos. Si para facilitar o promover esa participación se deben establecer nuevas obligaciones, incluirlas como obligaciones del desarrollador en el decreto ejecutivo antes mencionado.

Trabajar con consejos locales, municipalidades, consejos regionales ambientales, asociaciones de desarrollo, entre otros, para capacitar sobre los instrumentos para promover la participación en los proyectos.

A mediano y largo plazo se proponen las siguientes acciones:

- Reformar el artículo 36 de la Ley 7593 para eliminar el inciso b), el cual establece la obligatoriedad de consultar en audiencia pública la concesión de un proyecto de generación eléctrica. Se propone eliminarla ya que es una audiencia muy formalista, que implica un gran gasto de tiempo y recursos para el Estado y el desarrollador y es muy poco efectiva, pues no permite a la comunidad una participación real. Esta audiencia se da al final del proceso una vez otorgados la viabilidad de aguas y la concesión de aguas (en



caso de ser necesaria), por consiguiente, aunque las comunidades participen sus oposiciones no van a ser tomadas en consideración para emitir la decisión final si no logran demostrar con pruebas técnicas y de forma certera que la viabilidad o la concesión de aguas son ilegales. Situación que nunca ha ocurrido. Por tanto, se propone eliminar esta audiencia formalista, pero fortalecer ampliamente todo el proceso de participación antes de ésta.

- Trabajar en desarrollar un mecanismo para reducir la asimetría de información y capacidad técnica entre el desarrollador y las comunidades
- Desarrollar una plataforma digital en la Setena para facilitar el acceso a la información y la participación en el procedimiento de EIA. Por ejemplo, una base de datos electrónica con una copia los expedientes en línea, por ejemplo Aresep, y que informe sobre la etapa en la que se encuentra el proyecto
- Asignarle a la Dirección de Gestión y Calidad Ambiental (DIGECA) la obligación de incluir a la sociedad civil en el sistema de coordinación interinstitucional para la protección ambiental que tiene la obligación de diseñar y poner en funcionamiento según el Decreto Ejecutivo 3007-MINAE
- Fortalecer la capacidad humana y económica de la Setena para que tenga una responsabilidad más activa en los procesos de fiscalización y no actúe solamente como receptor de informes
- Fortalecer el rol de la Defensoría de los Habitantes, principalmente en la etapa de seguimiento de sus recomendaciones

Recomendaciones para promover los procesos de diálogo participativos

Con esta acción se pretende minimizar los siguientes problemas: la EIA no es una plataforma consultiva y participativa, percepción de enfoque asistencialista, pérdida de confianza en los desarrolladores.

A corto plazo se propone crear una comisión con representantes del sector privado, representantes de la sociedad civil, así como expertos(as) en el tema energético y solución de conflictos, para elaborar una guía o lineamientos que oriente al desarrollador a realizar procesos de diálogo participativo.

Existen múltiples guías que se pueden utilizar como punto de partida o referencia para iniciar un proceso de elaboración de estos lineamientos para Costa Rica, por ejemplo: la Guía de comunicación para la participación en la gestión ambiental del Grupo de Trabajo “Medio Ambiente y la Industria Eléctrica de la Comisión de Integración Energética Regional y los “*Lineamientos para la participación ciudadana en las actividades eléctricas*” establecida por la legislación de Perú, los cuales se resumen a continuación:

Capítulo Primero

Se aborda el tema del impacto social dentro del EsIA. Se proponen las formas de abordar el análisis de la situación social previa al proyecto y de los impactos que se esperan en las diversas fases de la actividad. Se enlista y explican los métodos más usados en las Ciencias Sociales para el estudio de sociedades. Los(as) investigadores(as) pueden escoger el método más adecuado de acuerdo a los recursos con los que dispongan y el tipo de población que deban analizar.

Capítulo Segundo

Se propone el esquema de un Plan de Relaciones Comunitarias, que tiene como objetivo regular las relaciones entre poblaciones y empresas. Asimismo, ayudar a gestionar, por un lado, los problemas que enfrenta el sector con las comunidades asentadas en sus áreas de influencia, y por otro lado, los problemas que enfrentan las comunidades afectadas por la influencia del sector. El Plan de Relaciones Comunitarias conlleva la elaboración de:

- » Código de Conducta,
- » Plan de Consulta con la población
- » Política de Responsabilidad Social

Capítulo Tercero

Se detalla el tema de la Consulta. La Consulta es un proceso de información y diálogo entre empresas, comunidades y Estado acerca de las actividades en una localidad, el marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posibles impactos sociales y ambientales del proyecto. El objetivo de la Consulta es optimizar la información que el desarrollador incluye en su proceso de toma de decisiones para así potenciar los impactos socio



económicos positivos inherentes al proyecto (beneficiando a la mayor cantidad de gente de la localidad) y mitigar los impactos negativos.

La Consulta es de doble dirección: por un lado, la empresa informa a la población de todos los aspectos del proyecto que tienen un impacto socio económico, y por otro lado, recibe las preocupaciones de la comunidad y otros agentes y las toma en cuenta para el diseño del proyecto. La Consulta no implica un derecho a veto de las comunidades sobre el proyecto pero si implica el compromiso de la empresa de potenciar los impactos positivos y cargar con los impactos negativos.

El Plan de Consulta consiste en una serie de actividades que permiten a los diversos grupos de interés recibir información actualizada sobre el proyecto, expresar sus preocupaciones y opiniones para participar de un diálogo constructor de acuerdos.

Capítulo Cuarto

Se desarrollan los componentes de una Política de Responsabilidad Social.

A mediano y largo plazo se sugieren las siguientes acciones:

- » Fortalecer el Vice ministerio de Paz del Ministerio de Justicia para que pueda apoyar la ejecución de procesos de diálogo y negociación transparentes e integrales
- » Fortalecer el conocimiento asociado y las capacidades de participación de la sociedad civil en el tema energético para que pueda afrontar y entender integralmente los proyectos de generación eléctrica

Beneficios compartidos

A corto plazo se proponen tres acciones:

- Asegurar la efectiva distribución y ejecución de los montos recaudados por el Canon de Aprovechamiento de Aguas, según lo establece el Decreto Ejecutivo núm. 32868-MINAE:
 - » Investigar si los dineros están llegando a las Áreas de Conservación y en qué se están invirtiendo.

- » Si los dineros generados por el Canon no se están invirtiendo en acciones de protección en la cuenca que los genera, el Minae, como rector, podría emitir una directriz para ordenarle al Sinac lo siguiente: i) tomar las acciones necesarias para que el dinero del Canon por Aprovechamiento de Aguas se invierta en acciones de protección en la cuenca donde se generó el dinero tal y como se establece en el artículo 14 del Decreto Ejecutivo núm. 32868, ii) promover procesos de participación pública para determinar en cuáles acciones se va a invertir el dinero del Canon, iii) que reporte cuánto dinero recibió, cuánto ejecutó y en cuáles acciones.

◇ Promover los procesos transparentes de diálogo participativo y negociación efectiva en las comunidades, para realmente conocer, procesar y atender sus necesidades, preocupaciones, intereses y potencialidades

◇ Analizar la posibilidad de elaborar una guía o lineamientos para promover la implementación de beneficios compartidos de forma voluntaria u obligatoria para proyectos hidroeléctricos. Sin embargo, antes de decidir si se impulsan esquemas de beneficios compartidos se recomienda analizar a profundidad en un proceso participativo con los actores relevantes, lo siguiente:

- * Cuáles son los mecanismos de implementación más apropiados
- * Cómo se van a aplicar a las diferentes tecnologías
- * Cuál sería el impacto en las tarifas eléctricas
- * Cómo han sido las experiencias en otros países
- * Criterios a emplear para diferenciarlos de los beneficios derivados de: i) los impactos positivos que resulten inherentes al desarrollo del proyecto (v.g. el empleo); ii) la aplicación de medidas correctoras de tipo “compensatorio” que se planteen en razón



de impactos negativos significativos de carácter inevitable.

* Cómo se van a cuantificar los servicios ambientales sobre los cuáles se van a cobrar los beneficios compartidos.

Recomendaciones para regular la consulta indígena

Se recomiendan dos acciones a corto plazo:

- Derogar el Decreto Ejecutivo núm. 13568-C-G “Representación legal de las comunidades indígenas por las asociaciones de desarrollo y como gobierno local” y modificar los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento a la Ley Indígena, Decreto Ejecutivo núm. 8487-G, para quitarle la representación legal a las asociaciones de desarrollo integral (ADI) y se le permita a los pueblos indígenas registrarse por sus “estructuras comunitarias tradicionales” según lo establece la Ley Indígena, Ley 6172, así como el Convenio 169 y otros instrumentos de derecho internacional. Con dichas acciones, se podría resolver el tema de la representación de los pueblos indígenas:

* La Ley Indígena, Ley núm. 6172, vigente desde 1977, en sus artículos 2 y 4 establece que las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase y que las reservas serán regidas “por los(as) indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales”.

* El Reglamento a la Ley Indígena, Decreto Ejecutivo núm. 8487-G, vigente desde 1978, en sus artículos 3 y 5 establece que las comunidades indígenas “adoptarán” la organización prevista en la Ley 3859 y su reglamento, así como que las asociaciones de desarrollo una vez inscritas legalmente “representarán judicial y extrajudicialmente a dichas Comunidades”.

* El Decreto Ejecutivo núm. 13568-C-G “Representación legal de las comunidades indígenas por las asociaciones de desarrollo y como gobierno local”, vigente desde 1982, en el artículo 1 establece “Las Asociaciones de Desarrollo Integral (ADI) tie-

nen la representación legal de las Comunidades Indígenas y actúan como gobierno local de ésta”

* Los Decretos Ejecutivos supra mencionados contravienen el derecho otorgado a las comunidades indígenas en los artículos 2 y 4 de la Ley Indígena, así como las normas supra constitucionales como lo son el Convenio 169 y la Convención Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dichos decretos son inconstitucionales y si se derogan se aplicaría únicamente lo establecido en los artículos 2 y 4 de la Ley Indígena con lo cual los pueblos indígenas podrían ejercer su representación a través de sus estructuras comunitarias tradicionales.

* Esta propuesta fue discutida y analizada por nueve meses en la subcomisión de Derechos de Humanos de la Asamblea Legislativa, que se creó para abordar la temática. Dicha Subcomisión la aprobó y le recomendó a la Comisión de Derechos Humanos implementarla. Adicionalmente, esta propuesta se comunicó en agosto/ setiembre 2014 a todos los pueblos originarios en un Foro Indígena Nacional y tuvo una gran aceptación por todos los(as) asistentes.

* Iniciar un proceso para que el gobierno en conjunto con las comunidades indígenas, elabore un decreto ejecutivo que establezca la obligación de realizar la consulta indígena y los estándares mínimos para realizarla. Como punto inicial de discusión se sugiere considerar los siguientes aspectos de contenido.

En términos generales, se sugiere que el protocolo para la consulta indígena incluya al menos los siguientes puntos: el fin o el alcance de la consulta, los principios, que informan los procesos, el acceso a la información, la definición de la metodología, las personas participantes, los(as) responsables de la toma de la decisión.

Principios de la Ley del Derecho a la Consulta Previa de la República del Perú

En cuanto a los principios, la Ley del Derecho a la Consulta Previa de la República del Perú (artículo



4, establece principios básicos que deben orientar los procesos de consulta:

- ◇ **Oportunidad.** “El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.” Como se ha señalado, el proceso de consulta debe ser implementado desde la formulación del acto o medida que se pretenda llevar a cabo. Debe existir un acercamiento a las comunidades afectadas desde las primeras etapas del proceso, con el fin de promover la participación y dar la posibilidad de tener una verdadera injerencia en las decisiones atinentes.
- ◇ **Interculturalidad.** El proceso de consulta debe desarrollarse en un ámbito de reconocimiento y respeto, así como adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas. Esto último, se refiere al reconocimiento necesario de las diferentes concepciones en torno al territorio, recursos naturales. Por lo tanto, corresponde a los Estados advertir, respetar y reconocer las diferentes formas de organización y de representación, por lo que representatividad legítima ante los gobiernos solamente es aquella conforme a su propia elección.
- ◇ **Buena fe.** El Estado y los representantes de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, promoviendo un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. La buena fe supone la eliminación de todo acto encaminado a manipular el resultado del proceso, y la disposición de parte del Estado de respetar los lineamientos plasmados en los instrumentos estudiados. Asimismo, la buena fe implica una total transparencia en las actuaciones y decisiones de las partes, pues la metodología del proceso debe ser una decisión conjunta.
- ◇ **Flexibilidad.** La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos afectados.
- ◇ **Plazo razonable.** “El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables, que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre las medidas legislativas o administrativas objeto de consulta.”

- ◇ **Ausencia de coacción o condicionamiento.** La participación de los pueblos indígenas debe ser realizada sin coacción o condicionamiento.

- ◇ **Información oportuna.** “Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre las medidas (...) a ser consultadas.” El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio y con la debida anticipación.

Protocolo de Consulta Indígena de la República de Paraguay

Paraguay tiene un Protocolo de Consulta Indígena, que establece los presupuestos mínimos para garantizar una consulta y negociación de buena fe y la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. Además, establece tres criterios interesantes de interpretación del protocolo:

- ◇ Al entender que cada comunidad miembro de un pueblo indígena es diferente de otra, con sus propias normas, costumbres y valores, se debe tomar en cuenta que cada proyecto, además, tenga sus particularidades, cumpliendo los requisitos y estándares mínimos articulados en este protocolo, y a las garantías constitucionales e internacionales; las partes adicionalmente puedan acordar cómo adecuar su proceso de consulta y consentimiento para acomodar mejor sus necesidades y objetivos propios.
- ◇ Nada de lo contenido en las cláusulas desarrolladas en este documento se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.
- ◇ Las disposiciones enunciadas en este protocolo se interpretarán con arreglo a los principios de justicia, democracia, respeto de los Derechos Humanos, igualdad, no discriminación, buena administración pública y buena fe, y la intención primordial de respetar y hacer efectiva la posesión y propiedad comunitaria indígena

Mediante oficio núm. 5271-2015-DHR, del 3 de



junio del 2015, la Defensoría de los Habitantes propuso los alcances jurídicos del derecho de consulta de los pueblos indígenas y las condiciones que se deben garantizar para su efectividad plena, así como las etapas que puede tener un proceso de consulta. Dichas propuestas coinciden con criterios establecidos internacionalmente por la jurisprudencia y doctrina, y pueden ser un buen punto de partida para iniciar a discutir el contenido del decreto ejecutivo que regule la consulta previa.

Alcances jurídicos del derecho de consulta de los pueblos indígenas y las condiciones para su efectividad plena

¿Qué es la Consulta Previa, Libre e Informada?

Previo: se refiere a que el pueblo indígena pueda enterarse con suficiente antelación para analizar la medida, emitir criterio y poder influir en la decisión final.

Libre: implica que no debe ser afectada por cualquier tipo de presión a las organizaciones o representatividad indígena que provoque conflictos.

Informada es, en esencia, la obligación de proporcionarle a los pueblos indígenas información oportuna, adecuada y comprensible; es decir, que debe diseñarse y presentarse conforme a las necesidades y costumbres de los pueblos indígenas.

¿Qué se consulta?

Se consulta la **medida administrativa o legislativa** en aquellos aspectos que podrían afectar los intereses o derechos colectivos de la comunidad para poder identificar y evaluar los impactos sobre sus derechos.

Los pueblos indígenas deben disponer de toda la información necesaria para tomar la mejor decisión. La parte proponente de la medida debe atender las demandas de información que realicen los pueblos indígenas y así evitar desmeritar datos que para la parte indígena sean esenciales.

Por su parte, el pueblo indígena debe saber exactamente cuál es el objetivo de la actividad o proyecto, cuánto durará la actividad, dónde exactamente se ejecutarán todas las demás actividades relacionadas, cómo se gestionarán las actividades, quién tomará las decisiones, quiénes participarán en las activida-

des, cuáles son las potenciales consecuencias de la actividad y cuáles serán los beneficios, entre otros.

¿Cómo se realiza la consulta previa?

No existe un procedimiento único ni rígido para el ejercicio de la consulta previa. El procedimiento para realizarla debe ser resultado de un acuerdo entre las partes, donde se determinen etapas, plazos y formas de participación, entre otros.

¿Cuál es su finalidad?

Su finalidad es la de alcanzar, a través de un genuino diálogo intercultural, un acuerdo o consentimiento entre el Gobierno y los pueblos indígenas respecto a la medida legislativa o administrativa propuesta. El diálogo debe caracterizarse por la comunicación, el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo.

¿Quién realiza la consulta previa?

Es una responsabilidad exclusiva del Estado por medio de la institución o entidad que va a emitir la medida (gobierno central, asamblea legislativa, municipalidades, instituciones autónomas o instituciones a nivel regional o local). No la realizan empresas, organizaciones, ni la población. No obstante, en algunos casos el Gobierno puede delegar la aplicación práctica del proceso de consulta a otras entidades, pero aun así, debe siempre garantizar que se realice de acuerdo con lo estipulado en el Convenio y la Declaración.

¿Quién financia la consulta previa?

Las instituciones estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas. Sin embargo, cuando los proyectos fueren propuestos por desarrolladores privados, éstos debieran de suplir los costos de la celebración de esa consulta, por ejemplo, proveyendo: transporte, materiales, alquiler de mobiliario y sitios de reunión (cuando no estén disponibles o en condiciones óptimas), alimentación, reproducción de documentos, contratación de especialistas técnicos para brindar asesoría a la contraparte indígena cuando se evidencie tal nivel de asimetría que justifique este tipo de apoyo, entre otros tipos de gastos que demandan usualmente este tipo de procesos.



¿Qué condiciones deben existir?

Debe contarse con un ambiente de confianza mutua. La consulta debe realizarse de buena fe en un tiempo razonable. Debe garantizarse que los pueblos indígenas cuenten con el tiempo suficiente para sus propios procesos, sin que ello impida que se realice el proceso en un tiempo razonable. En los casos que corresponda, deben proveerse los recursos necesarios para que los pueblos indígenas cuenten con información en su propio idioma. Debe haber flexibilidad para las condiciones particulares que plantee cada pueblo indígena. Y debe haber condiciones equitativas para las partes en el proceso de diálogo.

Etapas de un proceso de consulta

◇ *Identificación de la medida objeto de la consulta:* la institución proponente debe verificar si el acto administrativo o legislativo que prevé emitir afecta o podría afectar a uno o varios pueblos indígenas.

◇ *Identificación de los pueblos indígenas a ser consultados:* la institución competente debe identificar a los pueblos indígenas afectados y a las organizaciones

◇ *Publicidad de la medida objeto de la consulta:* La institución competente debe publicar la propuesta y notificarla a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultados. La comunicación debe incluir todos los documentos que explican el proyecto que se pretende implementar y la forma en la que se propone llevar a cabo la consulta.

En cuanto al acceso a la información la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que debería de abarcar por lo menos los siguientes aspectos:

- » La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto
- » La razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad
- » La duración del proyecto o la actividad

» La ubicación de las áreas que se verán afectadas

» Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución justa y equitativa de beneficios en un contexto que respete el principio de precaución

» El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, funcionarios(as) gubernamentales y demás personas)

» Los procedimientos que puede entrañar el proyecto

◇ *Información sobre la medida:* Debe facilitarse toda la información que se tenga y se solicite sobre la medida (objetivo, contenido, impactos, consecuencias, etc.) La información debe ser comprensible y adecuada a las necesidades y costumbres de los pueblos indígenas.

◇ *Valoración interna de la medida:* Las organizaciones indígenas representativas realizarán con su pueblo, la valoración interna correspondiente. Deben contar con un plazo razonable y los recursos necesarios para llevar a cabo el proceso interno.

◇ *Proceso de diálogo:* se constituye en un espacio de diálogo que debe estar caracterizado por la buena fe, la transparencia, la apertura y el respeto mutuo, entre los(as) representantes del Estado (institución que propone la medida) y los(as) representantes indígenas (elegidos por el pueblo indígena bajo sus propios procedimientos) que tiene como finalidad llegar a un acuerdo o consenso entre las partes.

◇ *Decisión/acuerdo:* La decisión sobre la implementación de la medida administrativa o legislativa corresponde a la institución pública. El derecho a la consulta no incluye un derecho al veto, porque no es sobre la medida en sí misma que se realiza la consulta sino sobre las condiciones, impactos o resultados que



generará esa medida, por ello, el proceso de consulta tampoco es la determinación de un sí o un no a la medida.

Bolaños & Segura (2011). Citando a Gómez Magdalena (2006) hacen una recopilación de las pautas expuestas por la OIT con respecto a la interpretación del derecho de consulta plasmado en el Convenio, y extrae los siguientes criterios que indican, en alguna medida, los alcances máximos de la Convención en este tema:

- ◇ El Convenio no impone una forma única de unidad representativa debido a la variedad de poblaciones y sus diversidades culturales, pero sí llama la atención a que son las mismas poblaciones las que deben determinarlas mediante un proceso propio.
- ◇ Atendiendo al principio de representatividad es importante que la consulta se lleve a cabo ante los entes verdaderamente representativos de las comunidades afectadas, de no ser así, no se cumpliría con los requisitos del Convenio.
- ◇ La consulta no implica necesariamente que se llegue a un acuerdo en los términos que las comunidades indígenas lo prefieran. Si bien la consulta debe ir encaminada a buscar un consentimiento, según el mismo criterio de la OIT, no se puede decir que esta práctica sea exigida por el Convenio, aunque sea de esta forma que se aplicaría de pleno los principios del artículo 6.
- ◇ “Es circunstancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua”
- ◇ Recomienda a los Estados que en la elaboración de consultas se aplique plenamente el artículo 6, y establece 1. Siente criterios de representatividad. 2. Tome en cuenta —en la medida de lo posible— las propuestas de los reclamantes en cuanto a las características que ha de tener una consulta para ser efectiva; 3. Determine un mecanismo de consulta que se adecue en el método utilizado con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente de que esto se logre o no.
- ◇ Tenga en cuenta, al determinar los mecanismos de consulta, los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso for-

ma de concebir la consulta de los pueblos indígenas.

- ◇ Debido a las críticas sobre la imprecisión del Convenio y los criterios sobre su alcance, la OIT ha buscado conciliar intereses en el sentido de, (...) conciliar el interés indígena con el del Estado postulando criterios como el de que una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas, de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales, pues de lo contrario será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación (documento GB.282/14/3, párrafo 79) (Gómez Magdalena, 2006, p. 149)

Bibliografía

- Alfaro M., et al. (2010). “La gestión socio-ambiental en los proyectos hidroeléctricos Cariblanco, Toro 3 y Reventazón del Instituto Costarricense de Electricidad. Una sistematización de experiencias. Período 2004- 2009” memoria de seminario de graduación para optar por el grado de licenciatura en planificación económica y social
- Arriaza S., (2012). “El Desafío de la participación ciudadana en el Estado democrático de derecho: Avances y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los Estados centroamericanos”, FLACSO, San José, Costa Rica.
- Arrieta C., (2015) Cámara de Industrias propone cambios al proyecto de canon para empresas hidroeléctricas. El País.cr [http://www.elpais.cr/2015/06/24/camara-de-industrias-propone-cambios-al-proyecto-de-canon-para-empresas-hidroelectricas/]
- Anaya J., (2009). “Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Díquis en Costa Rica”.
- CFI. Corporación Financiera Internacional, Banco Mundial, (1998). “La divulgación y la consulta pública: un instrumento eficaz para la actividad



- empresarial. Manual de prácticas”. Virginia Lithograph Inc., Arlington, Virginia.
- Bolaños N., & Segura E., (2011). “Análisis de la participación ciudadana en la implementación de proyectos de impacto ambiental como derecho fundamental de los pueblos indígenas: caso del proyecto hidroeléctrico El Diquís”. Trabajo final de graduación para optar por Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.
- Bustamante, G., (2011). “Los enfoques de « beneficios compartidos » en la relación entre Centrales Hidroeléctricas y Pueblos Indígenas.” Recuperado el 16 junio 2015, [www.mapuexpress.net](http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=4825): <http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=4825>.
- Barquero V., & Chacón C., (2009). “Análisis y propuestas para la optimización de la participación pública en los procesos de evaluación de impacto ambiental”. Trabajo final de graduación para optar por la Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Céspedes M. (2003). “Participación ciudadana para el fortalecimiento de la democracia: propuesta y materiales de formación”. San José, Costa Rica: Centro de Estudios y Publicaciones Alforja. .
- Defensoría de los Habitantes, (2015). “Informe Anual de Labores 2014-2015”, San José Costa Rica.
- Esquivel M., (2007). “Análisis legal de los mecanismos y procesos de participación ciudadana a lo largo del ciclo de vida de los proyectos generadores de energía hidroeléctrica” Trabajo de graduación final para optar por la Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Gutiérrez M., (2014). “Conflictos ambientales y participación ciudadana en el ámbito de infraestructura vial urbana”. Trabajo de graduación final para optar por Licenciatura en Trabajo Social. Santiago, Chile.
- Gonzaga J., (2007). “Conflictos ambientales: praxis, participación, resistencias ciudadanas y pensamiento ambiental”. Revista Luna Azul (2007-06-20), Manizales, Colombia,
- ICE. Instituto Costarricense de Electricidad (2014). Plan de Expansión de la Generación Eléctrica 2014-2035
- Mesén V., (2010). “Propuesta para la construcción de viabilidad social en la fase de ejecución del Proyecto Modernización y Ampliación de la Planta Hidroeléctrica Cachí del Instituto Costarricense de Electricidad en el año 2010”. Trabajo final de graduación para optar por Maestría en Gerencia de Proyectos de Desarrollo, Instituto Centroamericano de Administración Pública.
- Montero, M. & Obando, M. (2009). “Mecanismos de Beneficios Compartidos entre la población de territorios indígenas y el desarrollo de proyectos hidroeléctricos del ICE”.
- Velásquez C., (2013). “Participación ambiental mecanismos establecidos por los Estados español y colombiano para la defensa del medio ambiente y los recursos naturales”. Revista de Derecho, Universidad del Norte, 20:135-197.
- Velásquez. (2011). “Análisis de la creación de valor compartido y la inclusión de los pueblos indígenas en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos en Guatemala”. Recuperado el 14 de junio de 2015, de Zamorano: <http://bdigital.zamorano.edu/bitstream/11036/444/1/T3170.pdf>

ENTREVISTAS

Alfaro (2015). Coordinador de Evaluación de Impacto Ambiental del ICE. Entrevista realizada el 9 de junio del 2015.

Bermúdez (2015). Analista Ambiental del Departamento de Evaluación Ambiental Estratégica de la Setena, entrevista realizada el 12 de junio del 2015.



Abreviaturas

ADII: Asociación de Desarrollo Integral Indígena	Ley ARESEP: Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593
ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos	Ley de Biodiversidad: Ley de Biodiversidad, Ley 7788
Comisión IDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos	LGAP: Ley General de Administración Pública, Ley núm. 6227
Convenio de Aarhus: Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente	LOA: Ley Orgánica del Ambiente, Ley núm. 7554
Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos	Manual Técnico EIA, Parte IV: Manual de Procedimientos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental Parte IV. Guía General para la elaboración de instrumentos de Evaluación de Impacto Ambiental Decreto Ejecutivo No. 32966.
DIGECA: Dirección de Gestión y Calidad Ambiental	MINAE: Ministerio de Ambiente y Energía
DSE: Dirección Sectorial de Energía	PEG o Plan Expansión 2014-2015: Plan de Expansión de la Generación Eléctrica 2014-2035 elaborado por el ICE
EIA: Evaluación de Impacto Ambiental	PP: participación pública
EsIA: Estudio de Impacto Ambiental	Reglamento EIA: Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Ejecutivo núm. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC
ICE: Instituto Costarricense de Electricidad	SETENA: Secretaría Técnica Nacional Ambiental
Ley 7200: Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma y Paralela, Ley 7200	SINAC: Sistema Nacional de Áreas de Conservación



Autor

Raquel Salazar Bejarano

Es M.Sc. en Ciencias Ambientales, Política y Gestión Ambiental (MESPOM) del Consorcio de universidades: Lund (Suecia), Manchester (Reino Unido), Aegean (Grecia), y Central European (Hungría). Su especialización en políticas públicas y gestión ambiental del Instituto Internacional de Industria, Ambiente y Economía (IIIEE), Lund University. Tesis: Manejo de demanda eléctrica en Costa Rica: Explorando medidas regulatorias para su implementación. Además tiene una Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Tesis: Análisis del régimen jurídico que regula los humedales de Costa Rica con base en el concepto de uso racional de la Convención Ramsar. Desde enero 2007 es abogada asociada en Batalla Abogados y se dedica a la asesoría legal en temas de ambiente, energía y sostenibilidad.

Pié de Imprenta

Fundación Friedrich Ebert
San José | Costa Rica

Hansjörg Lanz
Representante Fundación Friedrich Ebert
para Costa Rica, Nicaragua y Panamá
E-Mail: costarica@fesamericacentral.org
Tel.: +506 2296 0736
<http://www.fesamericacentral.org>

En 1965 la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES, Fundación Friedrich Ebert) abre en Costa Rica su primera oficina en la región centroamericana. El 23 de julio de 1965 se firma el Convenio de Cooperación entre el Gobierno de Alemania y el Gobierno de Costa Rica. El 1° de setiembre de 1980 se aprueba la Ley no. 6454 que lo ratifica.

Por más de 45 años la Fundación Friedrich Ebert en Costa Rica ha desarrollado sus actividades como plataforma de diálogo, análisis político y de asesoría política. La participación de múltiples actores y el fortalecimiento de la democracia social son bases de la cooperación realizada con instituciones sociales y políticas costarricenses.

En la actualidad, la Fundación Friedrich Ebert, a través de su oficina en Costa Rica, desarrolla los ocho campos de trabajo regional de la FES en América Central. El concepto de planificación en red de las seis oficinas centroamericanas consiste del trabajo nacional con intercambio regional y seguimiento nacional.

Las actividades permiten una cooperación con múltiples actores progresistas en los seis países centroamericanos y en los campos de la justicia social, la democracia, el cambio climático, la economía sostenible y la seguridad. Destaca además, en lo nacional y lo regional el trabajo sindical, de género y con jóvenes - agentes de cambio.

El uso comercial de todos los materiales editados y publicados por la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) está prohibido sin previa autorización escrita de la FES.

Las opiniones expresadas en esta publicación no representan necesariamente las de la Friedrich-Ebert-Stiftung.