

Universidad de Costa Rica
Sede Rodrigo Facio
Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

“El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos”

Bachiller Yasmin Granados Torres
A92834

San José, Costa Rica
2018



08 de octubre de 2018

FD-2835-2018

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Yasmín Granados Torres, carné A92834 Denominado: "El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: Análisis de casos". fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Luis Diego Brenes Villalobos
Presidente	MSc. Jorge Cabrera Medaglia
Secretario	Lic. Esp. Frank Álvarez Hernández
Miembro	MSc. Rubén Chacón Castro
Miembro	Dr. Andrei Cambronero Torres

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **29 de octubre del 2018**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director

RSP/lcv

Cc: arch. expediente



San José, 27 de setiembre de 2018

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Área de Investigación

Comisión de Trabajos Finales de Graduación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Me es grato informar que en mi condición de Director del Comité Asesor de la investigación de la estudiante Yasmin Granados Torres, carné A92834, he impartido mi aprobación al Trabajo Final de Graduación titulado: *“El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: Análisis de casos”*.

La investigación cumple con los requisitos formales y sustantivos que exige la normativa universitaria para su defensa oral y pública, pero además muestra rigurosidad en su planteamiento y desarrollo. La investigación es consecuente con los avances periódicos previamente presentados y que me permitieron constatar el proceso de elaboración de la tesis, a partir del momento en que fui designado como Director de esta.

Si bien la investigación se enmarca en la tradición de análisis de casos, el abordaje genera una importante sistematización doctrinaria y jurisprudencial en torno al derecho a la consulta de los pueblos indígenas, destacándose los estándares propios del derecho internacional de los derechos humanos, los resultados de un análisis comparado a los casos colombiano y peruano y, finalmente, la traducción de lo anterior en una importante valoración crítica al caso costarricense que evidencia estudio riguroso y la experiencia de la autora en la materia.

Sin reserva alguna, mucho agradezco que se realicen los trámites administrativos correspondientes para que la estudiante Granados Torres concrete la presentación de su trabajo ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Atentamente,



Dr. Luis Diego Brenes Villalobos

Director del Comité Asesor

CC: Archivo LDBV

San José, Costa Rica. 1 de octubre 2018.

Dr. Ricardo Salas.

Director. Área de Investigación.

Facultad de Derecho.

Sede Rodrigo Facio. Universidad de Costa Rica.

Estimado señor:

Quien suscribe, Lic. Rubén Chacón Castro, en mi calidad de lector del Trabajo Final de la bachiller Yasmin Granados Torres, carné A92834, titulado: ***“El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: Análisis de casos”***. Hago de su conocimiento que dicha investigación es aprobada por mi persona, previo a la realización de las observaciones y correcciones pertinentes. Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rubén Chacón Castro', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

Lic. Rubén Chacón Castro.

Lector Trabajo Final de Graduación

27 de setiembre de 2018

Dotor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

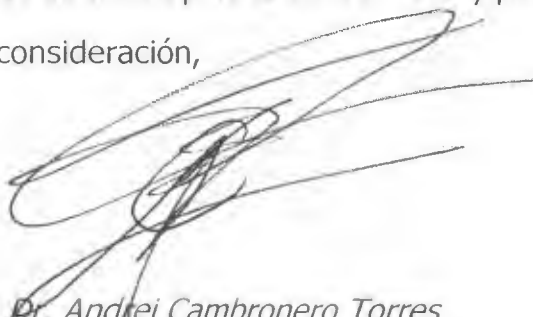
Estimado profesor Salas:

Después de un cordial saludo, me sirvo indicar lo siguiente: como es de su conocimiento formo parte del Comité Asesor del trabajo final de graduación (modalidad tesis) titulado "EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COSTA RICA: ANÁLISIS DE CASOS", que sustenta la egresada Yasmín Granados Torres, carné A92834.

Por ello, en mi condición de Lector de la investigación he revisado avances periódicos y dado una lectura integral final al documento aportado por la postulante Granados Torres; de esa suerte, según mi criterio, la tesis cumple a cabalidad con los requisitos de forma y fondo exigidos por la normativa universitaria.

De acuerdo con lo anterior, otorgo mi aprobación al trabajo académico anejo y, respetuosamente, solicito su admisión para la defensa oral y pública.

Con mis muestras de consideración,



Prof. Dr. Andrei Cambroner Torres
Línea curricular de Teoría y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho

San José, 01 de octubre de 2018

Señores(as)
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Presente


Estimados señores(as):

Sirva la presente para saludarles y expresar que Yasmin Sugeidy Granados Torres me entregó para efectos de la revisión filológica el trabajo de investigación denominado *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos*, el cual ha elaborado para optar por el título de Licenciatura en Derecho con mención en Derechos Humanos.

He revisado los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y los vicios de dicción que se trasladan al escrito, además del ordenamiento correcto de ideas para una óptima coherencia y cohesión.

Por consiguiente, doy fe de que se han realizado todas las correcciones pertinentes. Así, este trabajo se encuentra listo para ser presentado oficialmente a la Universidad de Costa Rica para los fines que Yasmin Sugeidy Granados Torres considere necesarios.

Atentamente,


Lic. Karolina Calvo Morales
Filóloga Española
Cedula identidad #1-1220-0176
Colegiada # 56247, Colypro
Carné #125, Asociación Costarricense de Filólogos



C.c.: Archivo

Dedicatoria

A Dios, por darme fortaleza y sabiduría.

A mi mamá, María Lupe Torres, por su amor incondicional y su ejemplo de solidaridad.

A mi papá, Oscar Mendoza, por ser un ejemplo de humildad, lucha y responsabilidad.

A mis hermanas, Dinia y Hazel, por apoyarme desde niña a cumplir mis sueños.

A mis sobrinas, Marian, Génesis, Nazareth e Isabella, por darle alegría a mi vida.

A Eduardo, mi hermano, a quien perdí en este camino.

Gracias por acompañarme, donde estés, te llene de orgullo mi esfuerzo.

Yasmin

Agradecimientos

A mi comité asesor, Dr. Luis Diego Brenes, Dr. Andrei Cambronero y M.Sc. Rubén Chacón, por su orientación y sus valiosos aportes.

A mis amigas y futuras colegas, Teresa Aguado, Gilda Jiménez, Magnolia Huertas, Ana Belem García y Emily Yozell, por sus consejos profesionales y sobre todo su amistad.

A mis amigos, Hernán Esquivel, Tracy Barahona y David Vélez, por su compañía y apoyo incondicional en estos años de estudio.

Al equipo del Instituto de Democracia y Derechos Humanos y del Instituto Internacional sobre Derecho y Sociedad, por su apoyo durante mi estadía de investigación en Perú.

A los compañeros y amigos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por compartir conmigo sus experiencias y conocimientos.

A las comunidades indígenas de Coto Brus y Talamanca, por cultivar en mí el lado humano del derecho. En especial a doña Dominga, doña María y don José Ángel por sus enseñanzas.

A todas las personas que me extendieron una mano amiga para concluir esta meta, de todo corazón:

¡Gracias!

Yasmin

Índice general

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos.....	ii
Índice de ilustraciones y tablas.....	vii
Siglas y acrónimos.....	viii
Resumen.....	ix
Introducción.....	1
TÍTULO I. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico costarricense.....	6
Capítulo I. El derecho fundamental a la consulta de los pueblos indígenas en el contexto de un Estado democrático, multiétnico y pluricultural.....	8
Sección A. El derecho internacional de los derechos humanos como fundamento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.....	10
A. 1. La libre determinación de los pueblos indígenas como fundamento del derecho de consulta.....	10
A.2. La vinculación entre los derechos de participación, consulta y consentimiento... 17	
A. 3. La obligación de los Estados en la implementación de procedimientos de consulta a los pueblos indígenas.....	23
A. 4. El deber de reparación de los Estados ante la violación del derecho de consulta 37	
Sección B. Los principios jurídicos mínimos para la implementación de un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas.....	42
B. 1. El principio de igualdad o no discriminación.....	43
B. 2. El principio de autoidentificación de los pueblos indígenas.....	47
C. 3. El principio de buena fe.....	49
B. 4. El principio de representatividad indígena.....	50
B. 5. El principio de acceso a la información previa.....	54
B. 6. Principio de reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas.....	55
Capítulo II. Estándares jurídicos mínimos para la implementación de un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas.....	57

Sección A. Análisis de casos sujetos a la realización de un procedimiento de consulta por parte del Estado a los pueblos indígenas según su nivel de afectación	58
A. 1. La aplicación del procedimiento de consulta en los casos en que se requiere el consentimiento previo de los pueblos indígenas	59
A. 1. 1. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala cuya afectación ponga en riesgo las condiciones de subsistencia de los pueblos indígenas	59
A. 1. 2. El desplazamiento forzoso.....	63
A. 1. 3. El almacenamiento de materiales peligrosos en territorios indígenas	65
A. 2. La aplicación del procedimiento de consulta en los casos en que se requiere llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas	67
A.2.1. Las medidas legislativas y administrativas	67
TÍTULO II. La implementación de un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas en América Latina: Colombia, Perú y Costa Rica.....	69
Capítulo III. Análisis comparativo de los procedimientos de consulta establecidos en Colombia, Perú y Costa Rica.....	70
Sección A. La implementación de un procedimiento de consulta con un enfoque sectorial en la República de Colombia	72
A.1. El procedimiento de consulta establecido en la “ <i>Guía de consulta previa a comunidades indígenas y negras</i> ” para la ejecución de proyectos, obras y actividades en territorios indígena	73
A.2. El criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho de consulta previa a las comunidades étnicas	77
Sección B. La implementación de un procedimiento de consulta por órganos descentralizados en el caso de la República del Perú	79
B.1. La regulación del procedimiento de consulta en la Ley N.º 29785 Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y su reglamento	81
B. 2. La interpretación del Tribunal Constitucional del Perú sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios	85
Sección C. La consulta sobre la consulta: el enfoque participativo de la consulta previa en Costa Rica	88
C.1. El proceso de consulta regulado en el Decreto N.º 40932-MP-MJP Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas.....	90
C.2. El criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional sobre la construcción y la implementación del Decreto N.º 40932-MP-MJP Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas.....	98

TÍTULO III. La implementación de un procedimiento de consulta eficaz a los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos	103
Capítulo IV. Análisis de la implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en relación con el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y el trámite legislativo del Expediente 14352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas.....	104
Sección A. La discusión jurídica sobre la violación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas de Térraba y China Kichá en el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís por el Instituto Costarricense de Electricidad	106
A.1. Análisis de los principales argumentos jurídicos discutidos sobre la violación del derecho de consulta del Pueblo Indígena Térraba y China Kichá en la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís ante la Sala Constitucional durante el período 2008-2011	111
A.2. Análisis crítico del caso: ¿La ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís por el Instituto Costarricense de electricidad es violatorio del derecho a la consulta previa de los pueblos de Térraba y China Kichá?.....	129
Sección B. La eficacia del procedimiento de consulta aplicado en el trámite del Proyecto Legislativo N.º 14.352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.....	145
B.1. El procedimiento de consulta implementado en relación con el Proyecto Legislativo 14352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas	149
B.2. Análisis de la consulta facultativa de constitucionalidad sobre el Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígena (Proyecto de Ley N°14.352) presentada por la Asamblea Legislativa ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia	153
B.3. Análisis crítico del caso: ¿Se ajusta el procedimiento de consulta aplicado en relación con el expediente legislativo 14352 a los estándares en materia de consulta desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos?	157
Sección C. Propuesta de una metodología de consulta previa a los pueblos indígenas de Costa Rica	169
B.1. Etapa I. La preparación previa.....	171
B.1.1. La identificación de la medida administrativa o legislativa que requiere ser consultada.....	171
B.1.2. La identificación de los sujetos a ser consultados	175
B.1.3. La identificación del sujeto(s) consultante(s).....	178
B.2. Etapa II. El desarrollo de la consulta.....	180

B.2.1. La publicidad e información sobre la medida sujeta a consulta, sus alcances y aplicaciones	180
B.2.2. La evaluación interna por parte de los pueblos indígenas involucrados	182
B.2.3. El establecimiento de una metodología de consulta culturalmente acondicionada	182
B.2.4. La adopción de la medida que corresponda.....	182
B.3. Etapa III. El seguimiento en el cumplimiento de la medida por el órgano correspondiente	183
Conclusiones.....	185
Conclusiones por capítulo.....	185
Capítulo I.....	185
Capítulo II	186
Capítulo III	187
Capítulo IV	189
Conclusiones generales	192
Recomendaciones	193
Bibliografía	194
Anexos.....	231
Anexo 1. Resumen de las entrevistas realizadas a actores claves.....	231
Anexo 2: Mapas de los territorios indígenas en Costa Rica.	234
Anexo 3: Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales.	235
Anexo 4: Observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre el derecho de consulta previa.....	239
Anexo 5: Observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en relación con los derechos indígenas y el derecho de consulta.....	248
Anexo 6: Resumen del Proyecto de ley 17 150: Reforma constitucional del artículo 1 para establecer el carácter multiétnico y pluricultural de Costa Rica.....	253

Índice de ilustraciones y tablas

ILUSTRACIONES

Ilustración 1. Proceso de consulta en Colombia.....	74
Ilustración 2. Proceso de consulta de Perú.	82
Ilustración 3. Distribución de la población según territorio indígena por autoidentificación étnica, año 2011.....	88
Ilustración 4. Proceso de consulta en Costa Rica..	94
Ilustración 5. Territorio indígena Teribe.	109
Ilustración 6. Calendarización de actividades del proceso de consulta sobre la Ley de Autonomía Indígena.	150

TABLAS

Tabla 1. Instrumentos jurídicos sobre el derecho de consulta.....	70
Tabla 2. Medidas administrativas sujetas a consulta.....	90
Tabla 3. Funciones de la UTCI y la ITCI.....	93
Tabla 4. Comparativo de los procesos de consulta en Costa Rica, Perú y Chile	101

Siglas y acrónimos

ADI: Asociación de Desarrollo Integral.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CorteIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CONAI: Comisión Nacional Indígena.

CACR: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

CERD: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

DANE: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

DNUPT: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas y Tribales.

EIA: Estudio de Impacto Ambiental.

ICE: Instituto Costarricense de Electricidad.

MINAE: Ministerio de Ambiente y Energía.

OIT: Organización Internacional de Trabajo.

ONIC: Organización Nacional Indígena de Colombia.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

PHD: Proyecto Hidroeléctrico El Diquís.

PGR: Procuraduría General de la República.

SETENA: Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

UTCI: Unidad Técnica de Consulta Indígena.

Resumen

El derecho a la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas que garantiza su supervivencia cultural y el ejercicio real de su autonomía. En Costa Rica, se han dado avances y retrocesos. En 2015, se reconoció constitucionalmente el carácter multiétnico y pluricultural de la República y en 2016, inició el proceso de construcción de un mecanismo de consulta, que concluyó en 2018. Sin embargo, aún prevalecen escenarios de conflictividad, pobreza y exclusión de los pueblos indígenas en la toma de decisiones.

De la revisión de los antecedentes del tema se identificó que existe una carencia en estudios específicos sobre la implementación del derecho de consulta. Por lo que es necesario un desarrollo doctrinario que cuestione a la luz de los nuevos avances jurídicos la interpretación de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de consulta. Asimismo, se necesita desarrollar doctrina que no solo abarque aspectos jurídicos teóricos, si no que reflexione sobre la eficacia de esas normas y el verdadero acceso a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En este sentido, el estudio constituye una herramienta para los pueblos indígenas, las autoridades públicas, las empresas y la sociedad civil en general, en la comprensión del derecho de consulta en sus aspectos teóricos como procedimentales. Esto con el fin de que todas aquellas acciones que afecten directamente a los pueblos indígenas sean consultadas de manera efectiva y adecuada, en respeto al marco del derecho internacional de los derechos humanos.

La hipótesis sustentada por la autora es que en los casos analizados como fueron el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y el trámite del Proyecto de Ley de Autonomía Indígena, el Estado de Costa Rica violó el derecho de consulta de los pueblos indígenas y no cumplió con la implementación de los estándares internacionales establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, el objetivo general de la investigación consiste en analizar si existió una violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas por parte del Estado de Costa Rica en dos casos específicos, tomando como parámetro los presupuestos del derecho

internacional de los derechos humanos y la normativa interna. La metodología aplicada en la investigación, se basó en una recopilación documental de información que determinó el estado actual del tema a nivel de doctrina y jurisprudencia. Posteriormente, se realizaron entrevistas a líderes de diferentes pueblos indígenas y expertos nacionales e internacionales en derecho indígena. Por último, con el fin de conocer las dinámicas a lo interno de las comunidades indígenas, se realizaron visitas a los territorios indígenas nagbe en Coto Brus y bribri en Talamanca.

Dentro de las principales conclusiones podemos mencionar que existe un marco jurídico lo suficientemente sólido que reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Costa Rica, tanto en su parte sustantiva como procedimental. Sin embargo, al analizar casos concretos se identifica que su implementación es deficiente o no cumple del todo con dichos estándares. En relación a la revisión de las metodologías de consulta de los Estados de Colombia, Perú y Costa Rica; es interesante determinar que independientemente del tipo de instrumento que regula la consulta (sea una ley, reglamento o directriz) se falla en los mismos aspectos medulares como por ejemplo, omitir su carácter previo o que no sea lo suficientemente participativa.

Otro aspecto importante de resaltar en el análisis de la violación del derecho a la consulta, es que depende en gran medida del control de convencionalidad que realicen los tribunales constitucionales latinoamericanos. En los Casos de Costa Rica y Colombia, se denota la adopción de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Mientras en Perú, se sigue interpretando de una manera restrictiva.

Por último, del análisis realizado al Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y el Proyecto de Ley de Autonomía Indígena se determina que ambas medidas promovidas por el Estado de Costa Rica, no cumplen con los estándares internacionales y nacionales en materia de consulta previa. Cabe aclarar que los dos casos se dieron en momentos históricos distintos y es comprensible que hoy en día exista una mayor movilización de los indígenas y no indígenas por el reconocimiento de sus derechos.

Ficha bibliográfica.

Granados Torres, Yasmin. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2018.

Director: Dr. Luis Diego Brenes Villalobos.

Palabras claves: consulta, consentimiento, derecho indígena, derechos fundamentales, autonomía, multiculturalidad, recursos naturales.

Introducción

En la última década, una serie de transformaciones sociales en América Latina han impulsado el estudio del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas. La convergencia de diferentes intereses en la región, principalmente sobre la explotación de recursos naturales, ha generado conflictos entre los pueblos indígenas, las empresas y el Estado. Son los pueblos indígenas quienes demandan que los Estados cumplan con los compromisos adquiridos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada en el caso de la planificación de medidas susceptibles a afectar a estos pueblos directamente.¹

La violación del derecho a la consulta guarda una estrecha relación con la discriminación étnica-racial de los pueblos indígenas. La negación de los derechos colectivos se ha justificado a partir de diferentes argumentos, algunos consideran que fomenta la desagregación social, la cual puede dar lugar a una espiral de competencias mutuas y enfrentamientos entre distintas “eticidades”. Sin embargo, existen evidencias de que, por el contrario, el reconocimiento de autogobierno a las minorías nacionales contribuye a la estabilidad y cohesión de los Estados.²

Es precisamente la integridad territorial la principal preocupación de los Estados en cuanto al reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Asimismo, algunos Estados consideran que el reconocimiento de los derechos de los indígenas, incluyendo el de la libre determinación, deben estar subordinados al marco constitucional vigente en cada uno de los Estados. Sin embargo, este postulado está en contradicción con las aspiraciones de los pueblos indígenas que quieren precisamente el reconocimiento de sus derechos, aún sin definir y limitar por parte de los Estados donde viven.³

¹ Fundación Konrad Adenauer, *El derecho de consulta indígena en América Latina* (Perú: 2013). Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-1-30.pdf?130411230553

² Alberto Cimadamore y otros, *Pueblos indígenas y pobreza* (Buenos Aires: CLACSO, 2006), 29. Recuperado de: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/clacso-crop/20100620065831/pueblos.pdf>

³ Marie Léger, *El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: ¿Amenaza o ventaja?* (Nueva York: Seminario Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas, 2002), 5 y 6. Recuperado de: <http://www.ops.org.bo/textocompleto/ley31780.pdf>

La resistencia histórica de los pueblos indígenas al establecimiento de políticas públicas y normas consolidantes del estado de exclusión, diseñado en los estados-nación con una fuerte tradición colonial, ha permitido la emergencia de luchas sociales que buscan enterrar el pasado de exclusión y racismo frente a la diversidad cultural inminente. El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas ha consentido un posicionamiento diferente de estos grupos sociales frente a los conflictos socioambientales que giran alrededor del uso de los recursos, los cuales les permite exigir de los Estados el respeto a su autodeterminación y gobernanza de sus territorios.⁴

Los Estados tradicionalmente han sustentado su economía sobre la base de la extracción de recursos naturales que, por lo general, son parte del territorio ancestral de los pueblos y comunidades indígenas. De allí el surgimiento de conflictos sociales y ambientales entre el Estado y estos colectivos por la búsqueda del control de los recursos, por un lado, y el respeto de los derechos colectivos y las formas tradicionales de vida, por otro.⁵ En este contexto, surge la necesidad de analizar el alcance de la consulta previa, libre e informada, como una herramienta de diálogo ante la emisión de normas y políticas públicas, las cuales afectan los derechos de los pueblos indígenas de Costa Rica.

La problemática de la presente investigación se puede plantear en los siguientes términos: antes de abril de 2018, en Costa Rica no existía ningún instrumento jurídico con el fin de establecer un mecanismo de consulta a los pueblos indígenas y proporcionar una guía al Estado para su aplicación. Esta situación generó una práctica empírica que en varias oportunidades ha sido objeto del control convencional y constitucional por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Es evidente la existencia de una contradicción, tanto teórica como práctica, entre los compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica y la vigencia real de los derechos humanos, en este caso de los pueblos indígenas.⁶

⁴ Patricia Carrión, *Consulta previa: Legislación y aplicación* (Quito, 2012), 7. Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712

⁵ *Ibíd.* 7.

⁶ Como aclaración importante, al inicio de esta investigación en 2014 no existía ningún instrumento jurídico sobre consulta previa en Costa Rica. En ese mismo año, con el cambio de gobierno, el Estado inició un proceso de construcción de un mecanismo de consulta indígena, publicado el 05 de abril de 2018. Tal como se expondrá más adelante, este instrumento actualmente no se aplica pues durante el proceso hubo irregularidades que la Sala Constitucional ordenó al Estado a subsanar.

En este sentido, la hipótesis sustentada por la autora es que en los casos analizados el Estado de Costa Rica violó el derecho de consulta de los pueblos indígenas y no cumplió con la implementación de los estándares internacionales establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, el objetivo general de la investigación consiste en analizar si existió una violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas por parte del Estado de Costa Rica en dos casos específicos, tomando como parámetro los presupuestos del derecho internacional de los derechos humanos y la normativa interna. Este objetivo general se desarrollará a través de cuatro objetivos específicos. A saber:

1. Analizar el fundamento jurídico del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el contexto de un Estado multiétnico y pluricultural.
2. Establecer los parámetros mínimos para la ejecución de un procedimiento de consulta por parte del Estado.
3. Evaluar comparativamente tres instrumentos jurídicos que regulan el mecanismo de consulta en Colombia, Perú y Costa Rica.
4. Determinar si en el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y el trámite del proyecto legislativo 14352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas se violó el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Costa Rica.

La metodología aplicada en la investigación, en primer término, se basó en una recopilación documental de información que determinó el estado actual del tema a nivel de doctrina y jurisprudencia. Este marco teórico permitió realizar una evaluación de los casos seleccionados, comprobar la hipótesis planteada y generar alternativas de solución a la problemática. En segundo término, se realizaron entrevistas a líderes de diferentes pueblos indígenas y expertos nacionales e internacionales en derecho indígena. Por último, con el fin de conocer las dinámicas a lo interno de las comunidades indígenas, se realizaron visitas a los territorios indígenas nagbe en Coto Brus y bribri en Talamanca.

De conformidad con lo anterior, la investigación está estructurada en tres títulos y cuatro capítulos. De la siguiente manera:

El **Título I** lo conforman dos capítulos en los cuales se analiza el contenido del derecho fundamental a la consulta previa, según los estándares jurídicos desarrollados por el derecho

internacional de los derechos humanos, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de diferentes tribunales constitucionales de América Latina. El **capítulo I**, se divide en dos secciones. La sección A, analiza la validez formal-material del derecho de consulta, es decir, su pertenencia al orden normativo y su relación con la Constitución Política. Seguidamente, la sección B lo evalúa desde su eficacia, es decir, el cumplimiento de principios jurídicos mínimos en un procedimiento de consulta para constatar que la norma es efectivamente aplicado.

En ambas secciones, se plantean los problemas jurídicos más relevantes discutidos por diferentes instancias (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) a nivel nacional e internacional. Posteriormente, el **capítulo II** hace énfasis en determinar cuáles son los estándares jurídicos mínimos para implementar un procedimiento de consulta poseedor de legitimidad y efectividad. La sección A, desarrolla los supuestos en específico que requieren un procedimiento de consulta tanto para llegar a un acuerdo o al consentimiento de los pueblos indígenas y cómo se debe proceder en los diseños de los procedimientos de consulta.

El **Título II** consta de un capítulo y se enfoca en el análisis de tres procedimientos de consulta implementados en la normativa nacional de Colombia, Perú y Costa Rica. La selección de estos tres países se hizo posterior a un análisis de normativa y jurisprudencia sobre consulta previa, siendo estos los que muestran avances significativos. A manera de aclaración relevante, el mecanismo de consulta de Costa Rica fue el último en integrarse a la investigación, pues fue promulgado el 5 de abril de 2018 y está en proceso de subsanación ordenado por la Sala Constitucional. El **capítulo III** realiza un análisis comparativo de los tres instrumentos normativos de los países mencionados y se enfoca en identificar los actores, las etapas y la participación indígena en el proceso. Se divide en tres secciones: la sección A estudia el procedimiento de consulta establecido en la *Guía de consulta previa a comunidades indígenas y negras* en Colombia; la sección B, la *Ley N° 29785 Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y su reglamento* en Perú; y la sección C, el *Decreto N° 40932-MP-MJP Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas* en Costa Rica. En cada caso se realizó una revisión del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Por último, el **Título III** (a partir de los análisis realizados en los apartados anteriores) evalúa dos casos concretos en la República de Costa Rica para determinar si cumplieron con los estándares internacionales y nacionales sobre consulta previa. En el **capítulo IV**, se analiza en la sección A el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís en los territorios indígenas de Térraba y China Kichá. En la sección B, el Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas. En la sección C, a partir de las experiencias analizadas y atendiendo a los estándares desarrollados, se realiza una propuesta para el desarrollo de un mecanismo de consulta a los pueblos indígenas en Costa Rica.

TÍTULO I. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico costarricense

La historia de los derechos humanos en Costa Rica muestra una característica muy particular. Mucho antes de haberse promulgado la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, en nuestro país ya se daban pasos en su búsqueda. Desde el siglo XIX, aunque fuera de manera informal, se empezaron a hacer sentir organizaciones y distintas formas de expresión a través de las cuales denunciar las malas condiciones de vida de algunos colectivos.⁷ Sin duda, el mayor avance fue la creación de la Sala Constitucional en 1989, un órgano especializado en velar por el respeto no solo de las normas constitucionales, sino sus principios, sus valores y los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes.⁸

En relación con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, el Estado de Costa Rica ratificó de manera voluntaria los principales instrumentos internacionales, los cuales en criterio de la Sala Constitucional una vez ratificados integran el parámetro de control de constitucionalidad,⁹ es decir, las normas de cualquier naturaleza y los actos sujetos al Derecho Público no pueden contravenirlos.¹⁰ Estos instrumentos son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. También, aunque no en términos tan explícitos, varios tratados fundamentan el derecho de consulta, tal como ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos y los órganos de tratado de la ONU en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional en Contra de Todas las Formas de Discriminación Racial.¹¹

⁷ Idalia Alpízar Jiménez, *Derechos humanos en Costa Rica* (San José: Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 22, 2011), 21. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/4147-8943-1-SM.pdf>

⁸ Luis Fernando Solano, A veinte años de la Sala Constitucional (San José:)280 Recuperado de: http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/info15cap7.pdf

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución de Recurso de Amparo 2006-007247 de las catorce horas y treinta y uno minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

¹⁰ Gustavo González Solano, *El control constitucional en Costa Rica. Sobre incoherencias, paradojas e inconstitucionalidades de nuestro control de constitucionalidad* (San José: Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2000), 177. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/13400-22601-1-SM.pdf>

¹¹ El Convenio 169 de la OIT fue ratificado mediante ley 7316 el 4 de diciembre de 1992, publicado en la Gaceta 234. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por Costa Rica en Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007. La Convención Americana de Derecho Humanos fue ratificada mediante ley 4532 el 23 de febrero de 1970 y publicada en la Gaceta 52. El Pacto Internacional

El Título I de esta investigación analiza el contenido del derecho fundamental a la consulta previa, según los estándares jurídicos desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de diferentes tribunales constitucionales de América Latina. El capítulo I, se divide en dos secciones, la sección A analiza la validez formal-material del derecho de consulta, es decir, su pertenencia al orden normativo y su relación con la Constitución Política. Seguidamente, la sección B lo evalúa desde su eficacia, es decir, el cumplimiento de principios jurídicos mínimos en un procedimiento de consulta para constatar que la norma es aplicada efectivamente. En ambas secciones, se plantean los problemas jurídicos más relevantes discutidos por diferentes instancias (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) a nivel nacional e internacional.

Posteriormente, el capítulo II hace énfasis en determinar cuáles son los estándares jurídicos mínimos para implementar un procedimiento de consulta que goce de legitimidad y efectividad sea que la medida requiera un acuerdo o el consentimiento. La sección A, desarrolla los supuestos requeridos de consulta o consentimiento de los pueblos indígenas.

de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado mediante ley 4229 el 11 de diciembre de 1986 y publicado en la Gaceta 288 y la Convención Internacional en Contra de Todas las Formas de Discriminación Racial fue aprobada mediante ley 3844 el 5 de enero de 1967 y publicado en la Gaceta 65. Para consultar todos los instrumentos internacionales por Costa Rica, ver: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Archivo/Lists/Convenios/AllItems.aspx

Capítulo I. El derecho fundamental a la consulta de los pueblos indígenas en el contexto de un Estado democrático, multiétnico y pluricultural

La construcción de los Estados modernos se basó en el sentido de pertenencia de la sociedad a una identidad particularizada. Esta asimilación cultural se trasladó del plano cultural al jurídico, en normas excluyentes que no reconocieron derechos a los pueblos -diferentes-, definiéndolos como minorías.¹² Sin embargo, persistió a lo largo de la historia en algunos pueblos indígenas una identidad de resistencia colectiva contra la opresión, los cuales derivaron los primeros movimientos indígenas en el continente americano.¹³

A finales de la década de los ochenta, con el restablecimiento de regímenes democráticos en la mayoría de los países de América Latina, estos movimientos comenzaron a demandar reformas fundamentales en las constituciones nacionales para crear un marco legislativo e institucional que reconociera sociedades verdaderamente multiétnicas, multilingüísticas y pluriculturales. Simultáneamente, los movimientos indígenas comenzaron a participar más activamente en la política regional e internacional, captando la atención pública sobre los obstáculos enfrentados en la lucha por la protección de sus tierras, culturas y comunidades.¹⁴

En los siglos XIX y hasta el último cuarto del siglo XX, el constitucionalismo latinoamericano no hizo referencia a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, en las últimas tres décadas dicha tendencia ha sido modificada y cada vez es más frecuente el reconocimiento expreso de los pueblos indígenas en las cartas fundamentales de la mayoría de los países de América Latina.¹⁵ La incorporación de la diversidad cultural como principio

¹² Patricia Carrión, *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador* (Quito: CENTRO ECUATORIANO DE DERECHO AMBIENTAL (CEDA), p.5, 2012) Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712

¹³ Fidel Molina Duque, Educación, *Multiculturalismo e Identidad* (España: Facultad de Ciencias de la Educación, sin fecha), párr. 3. Recuperado de: <http://www.oei.es/valores2/molina.htm>

¹⁴ Otilia Lux de Cojti, *Pueblos Indígenas, Democracia y Participación Política* (Georgetown: 2008), párr. 3. Recuperado de: http://pdba.georgetown.edu/IndigenousPeoples/introduction_s.html

¹⁵ En América Latina algunas constituciones han avanzado hacia una mayor aceptación de la diversidad cultural en cuanto elemento estructurador del sistema político-social. Así, Bolivia se define como un país «plurinacional e intercultural», en el cual se fomenta el diálogo intercultural, intercultural y plurilingüe y se reconoce el derecho a la identidad cultural de las naciones y pueblos indígenas (cf. arts. 1º, 9º N.º 2 y 3, 30.II.2, 100.I y 100.III de la Constitución boliviana). El Estado de Colombia, por su parte, reconoce y protege la «diversidad étnica y cultural» de la nación colombiana (art. 7º). El art. 1º de la Constitución de Ecuador señala que «el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico» (énfasis agregado). A pesar de que la constitución mexicana sostiene que la

fundamental y rasgo definitorio de un país contribuye a canalizar y compatibilizar las demandas de pluralidad étnico-cultural con la aspiración de integración política al interior del territorio estatal.¹⁶

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas exige cada vez más a los Estados adoptar medidas especiales para erradicar la discriminación étnica. Dentro de esa posibilidad de medidas, la consulta previa constituye una herramienta para promover el respeto a la diversidad cultural, a nivel legal y político. En Costa Rica, a través de la reforma al artículo 1 de la Constitución Política en 2015, se reconoció constitucionalmente el carácter multiétnico y pluricultural de la República¹⁷ lo que deriva en la toma de medidas legales y de política para hacer valer los derechos de los colectivos culturalmente diversos.

El presente capítulo tiene como objetivo analizar los fundamentos jurídicos del derecho de consulta, la obligación jurídica que representa y la eventual reparación por su violación. En la sección A, se analiza el derecho de consulta previa en su carácter de derecho fundamental desde una perspectiva multicultural del Estado. Asimismo, el fundamento jurídico e histórico

nación de dicho país es única e indivisible, admite que su composición es «pluricultural» y que se sustenta originalmente en sus pueblos indígenas (art. 2°). El pueblo de Nicaragua, por su parte, se define como «plural y multiétnico» (cf. arts. 5°, sobre los principios de la nación nicaragüense, y 8°). Paraguay se declara a sí mismo como país pluricultural y bilingüe, debiendo su Estado respetar las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas (art. 4). El contenido del art. 1° de la Constitución de Ecuador es confirmado en su art. 6°, inc. 2°, sobre la nacionalidad ecuatoriana, al referirse a la noción de “Ecuador plurinacional”. 4 140, en relación con el art. 66). En la constitución del Perú se consagra que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural, debiendo el Estado reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación (art. 2° 19). La constitución de Venezuela reconoce y respeta la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas (art. 100) y consagra el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su identidad, étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto (art. 121). De la revisión de las demás constituciones latinoamericanas, es posible colegir que existe un reconocimiento tácito de la diversidad cultural en cuanto principio institucional orientador —aunque con una relevancia jurídica menor que en los países recién mencionados— en Argentina (arts. 75 N.° 17 y 19), Guatemala (arts. 58, 66-70), Honduras (art. 173) y Panamá (art. 86).

¹⁶ Gonzalo Aguilar et al. , *Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina*, publicado en (New York: Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N.° 2, 2010), 3 y 4. Recuperado de: [http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis Comparado del Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indigenas en Ame%CC%81rica Latina%20 Dec%20202010 CPPF Briefing Paper f.p df](http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis%20Comparado%20del%20Reconocimiento%20Constitucional%20de%20los%20Pueblos%20Indigenas%20en%20América%20Latina%20Dec%20202010%20CPPF%20Briefing%20Paper%20.pdf)

¹⁷ Proyecto de ley 17 150: Reforma constitucional del artículo 1 para establecer el carácter multiétnico y pluricultural de Costa Rica de 26 de octubre de 2011. “**ARTÍCULO 1°.-** *Costa Rica es una República democrática, libre , independiente., multiétnica y pluricultural*”

de la libre determinación de los pueblos indígenas y cómo se logra su ejercicio a través de los derechos de participación, consulta y consentimiento.

Por último, se explica que en caso de incumpliendo de un Estado de esta obligación se debe garantizar una reparación adecuada al pueblo o pueblos indígenas involucrados. En la sección B, partiendo del supuesto de no existir un procedimiento único de consulta, se analizan los principios jurídicos mínimos desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos como guía de su implementación. A su vez, analiza cuales han sido los principales cuestionamientos y como han resuelto diferentes casos los tribunales constitucionales de América Latina y los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Sección A. El derecho internacional de los derechos humanos como fundamento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas

A. 1. La libre determinación de los pueblos indígenas como fundamento del derecho de consulta

En sus inicios, el derecho a la libre determinación se configuró como un derecho de los pueblos sometidos a una dominación colonial y extranjera¹⁸, sin incluir los pueblos ya organizados bajo una forma estatal.¹⁹ En su evolución posterior, se reconocen los derechos de minorías, es decir, el deber de los gobiernos de representar a toda la población sin distinción alguna por motivos de raza, color, ascendencia o nacionalidad u origen étnico.²⁰ Sin embargo, ninguna de las concepciones anteriores incluía los derechos de los pueblos indígenas tal como se conciben en la actualidad.

¹⁸En su regulación por la Organización de Naciones Unidas está consagrado en el Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁹ Hector Gros Espiell, *El derecho a la libre determinación de los pueblos y los derechos humanos* (1985), 208. Recuperado de:

²⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación general N.º 21 relativa al derecho a la libre determinación* (48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 245, 1996), párr. 4 y 5. Recuperado de: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgencom21.html>

El reconocimiento del derecho de minorías se dio en 1992, con la adopción de la Declaración sobre los derechos de las personas que pertenecen a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Este instrumento adoptó la definición propuesta por el jurista Francesco Capotorti, considerando una minoría como: “*Un grupo de ciudadanos de un Estado, en minoría numérica y en posición no dominante en ese Estado, dotados de características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población, solidarios los unos de los otros, animados, aunque sea implícitamente, de una voluntad colectiva de supervivencia y que tienden a la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría*”.²¹

El autor López Bárcenas señala debilidades de esta definición al considerar que los titulares de los derechos seguían siendo los individuos en lo particular y no como grupo, es decir, los derechos protegidos son individuales y no colectivos. Se modifica la forma de ejercer ese derecho y se expresa en una protección frente a las mayorías, para lo cual el Estado debe garantizar que el ejercicio se realice respetando la identidad cultural de las minorías. Si bien la Declaración constituyó un paso importante en la lucha por la vigencia de los derechos humanos, fue insuficiente para la comprensión de los derechos de los pueblos indígenas.²²

Para Clavero, la diferencia fundamental entre pueblos y minorías radica en que estas, al contrario de los pueblos, no tienen derechos colectivos internacionalmente reconocidos. El autor critica la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso de Ángela Poma Poma, líder indígena aymara, quien demandó al Estado de Perú por la degradación ecológica de sus tierras causada por la minería. Clavero considera que en esta resolución el Comité se refiere en términos más generales al derecho “de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría”. Es decir, el derecho de cada individuo de una comunidad cuya condición jurídica es la de minoría y no como parte de un pueblo indígena.²³

²¹ Organización de las Naciones Unidas, *Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación* (New York: 2010), 3. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf

²² Francisco López Bárcenas, *Autonomía y derechos indígenas en México* (2008), parr. 13 y 14. Recuperado de: <http://www.lopezbarcenas.org/sites/www.lopezbarcenas.org/files/Autonom%C3%ADas%20y%20Derechos%20Ind%C3%ADgenas%20en%20M%C3%A9xico.pdf>

²³ Bartolomé Clavero, *Los Pueblos Indígenas siguen siendo Minorías Étnicas* (España: 2009) párr. 1 y 7. Recuperado de: <http://www.alainet.org/es/active/32935>

En conformidad con esta interpretación, el Comité para la cualificación del derecho de Ángela Poma establece: “*En el presente caso resulta indiscutible que la autora es miembro de una minoría étnica y que la cría de camélidos constituye un elemento esencial de la cultura de la comunidad aymara, siendo ésta una forma de subsistencia y una práctica ancestral que se ha transmitido de padres a hijos*”.²⁴ Esta resolución únicamente se refiere al derecho de la persona “miembro de una minoría étnica” y a la obligación del Estado de respetar el Pacto respecto a que “todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”. El fallo omite indicar al Estado peruano su obligación de contar con “el consentimiento libre, previo e informado” de parte indígena con lo cual el Comité de Derechos Humanos contraviene el derecho internacional de derechos humanos al que se debe.

Otros autores, como Rodolfo Stavenhagen, dan una interpretación más fuerte al principio de la libre determinación, considerándolo como un proceso de reivindicación y reconocimiento de los derechos, a través de una renegociación política entre los Estados y los pueblos indígenas.²⁵ Dichas negociaciones se han plasmado en las últimas décadas en un marco de derechos fundamentado principalmente en dos instrumentos: el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, el cual reconoce por primera vez sus derechos colectivos, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que plantea el derecho de dichos pueblos a la libre determinación. Este reconocimiento supone la existencia y el ejercicio de derechos colectivos, así como el respeto a las instituciones y sistemas de autogobierno de los pueblos indígenas.²⁶

El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas ha generado desconfianza en los Estados al considerarlo como un intento de secesión que puede

²⁴ Comité de Derechos Humanos, Dictamen Comunicación N.º 1457/2006. Ángela Poma Poma contra Perú (New York: 2009), párrs. 7.2, 7.3 y 10. Recuperado de: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/01/2009.04.24_No.1457.2006_%C3%81ngela-Poma-Poma-v.-Per%C3%BA_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf

²⁵ Rodolfo Stavenhagen, *Los pueblos indígenas y sus derechos* (México: 1992), 99. Recuperado de: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>

²⁶ Comisión Económica para América Latina, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos* (Santiago: Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población, 2014), 15. Recuperado de: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/S1420783_es.pdf?sequence=4

poner en riesgo su estabilidad política. Sin embargo, tal como expone Tafur, no debe entenderse que este derecho implique la búsqueda de independencia del territorio del Estado en el cual se encuentra ubicado el pueblo indígena, sino que precisamente ese Estado les garantice el libre ejercicio de su autonomía.²⁷ Esta, como expresión de la libre determinación, les permite adoptar decisiones e instituir prácticas propias relacionadas con la cosmovisión, territorio, tierra, recursos naturales, organización sociopolítica, administración de justicia, educación, idiomas, salud, medicina y cultura de los pueblos indígenas.²⁸

A nivel práctico, una de las razones más poderosas del escepticismo estatal para negar los derechos de los pueblos indígenas es no renunciar al control territorial de zonas ricas en recursos naturales y biodiversidad, especialmente en un momento de insuficiencia de recursos energéticos.²⁹ Es claro que un pueblo indígena no puede conseguir la libre determinación ejerciendo su autonomía si está separado de su territorio ancestral o si no tiene verdadera decisión sobre la disposición de su territorio.

Este argumento fue defendido en el *Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas* en 1990, donde pueblos y organizaciones indígenas manifestaron: “...la autonomía implica el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el manejo de todos los recursos naturales del suelo, subsuelo y espacio aéreo. Por otra parte, la autonomía significa que los pueblos indios manejaremos nuestros propios asuntos, para lo cual constituiremos democráticamente nuestros propios gobiernos (autogobiernos)”.³⁰

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, distintos Comités de las Naciones Unidas se han pronunciado sobre diversos casos de vulneración de los derechos de los pueblos indígenas. En su primer caso de 1992, “*Länsman y otros vs. Finlandia*”, el

²⁷ Carolina Holguín Tafur, *Autodeterminación de pueblos indígenas desde el constitucionalismo colombiano*, *Journal Of International Law* (Bogotá: 2012), 71. Recuperado de: <http://publicaciones.eaft.edu.co/index.php/ejil/article/view/1092/984>

²⁸ Comisión Económica para América Latina, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, 19.

²⁹ Manuel Aparicio Wilhelmi, *Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas "500 años de resistencia indígena, negra y popular"* (Quito: Conaie-Ecuadorunari-CDDH, Comisión de Prensa, 1990), párr. 20, Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/124/art/art1.htm>

³⁰ Cumbre Continental Indígena, *Declaración de Quito, Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios* (Quito: Cumbre Continental Indígena, sección II, 1990), párr. 2. Recuperado de: http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php

Comité de Derechos Humanos señalaba que si bien era permitido a los Estados desarrollar actividades económicas que implicaran una limitación a los derechos de una minoría cultural, esas limitaciones no podían conllevar que se extinga por completo el modo de vida de un pueblo indígena.³¹ Posteriormente, en el caso “*Apirana Mahuika et al vs. Nueva Zelanda*” de 1993 se presentó una reclamación por violación al derecho de libre determinación. Lo trascendente de este fallo es que el Comité consideró que no hay objeción a que un grupo de individuos que alegue estar colectivamente afectado pueda reclamar por violaciones de sus derechos. Esta decisión del Comité, a pesar de determinar en el caso concreto no procedía el reclamo, admite que pueden reclamar no solo los individuos, sino también los grupos a título colectivo.³²

En América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CorteIDH), en relación con el tema de la libre autodeterminación en sus sentencias, se ha amparado en una interpretación amplia del artículo 21 sobre el derecho de propiedad de la Convención Americana de Derechos Humanos, al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el respeto a la relación espiritual con el territorio usado y ocupado tradicionalmente, el reconocimiento del control de los recursos naturales y ser consultados sobre las medidas que les afecten.³³

En 2007, en el caso *Saramaka vs. Surinam*, la CorteIDH reconoció que la relación de los indígenas con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Esta relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del cual deben gozar plenamente para preservar su legado cultural y transmitirlo

³¹ Organización de las Naciones Unidas, *Caso “Länsman y otros vs. Finlandia”* (New York: Comité de Derechos Humanos, 1992), 170. Recuperado de: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/CCPR-511-1992-Lansman-v-Finland2.pdf>

³² Comité de Derechos Humanos, *Organización de las Naciones Unidas, Caso “Apirana Mahuika et al vs. Nueva Zelanda”* (New York: Comité de Derechos Humanos, 2000), párr. 9.2. Recuperado de: <https://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/547-1993.html>

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (New York: resolución OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009), 2. Recuperado de: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

a las generaciones futuras.³⁴ En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha reiterado el pronunciamiento de la Corte reforzando el criterio de la existencia de una relación directa entre la libre determinación y los derechos sobre la tierra y los recursos naturales, enfatizando que es la falta de acceso al territorio ancestral la que impide el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la libre determinación.³⁵

Los criterios de la Corte IDH representan una herramienta de gran utilidad en atención al “control de convencionalidad” a los cuales se encuentran obligados otros operadores jurídicos nacionales en el análisis de casos en sus jurisdicciones.³⁶ En este sentido, la jurisprudencia constitucional de los países latinoamericanos en su análisis del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas tiene diferentes matices.

En criterio de la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-693/11 de 2011 se considera que el derecho de libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a “(...) *determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines*”.³⁷ Señala en el mismo párrafo que uno de los ámbitos de protección de este derecho se encuentra la consulta previa a las comunidades:

“En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan. Ese reconocimiento supone que,

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, 22. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Ver otros casos como: Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012, p.39 y 40), caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010, p.44), Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006, p.69 y 70) Caso Yatama vs. Nicaragua (2005, párr. 21) Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay (2005, p.77), Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (2005, p. 57), Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001, p. 78).

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (New York: resolución OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009), 72. Recuperado de: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

³⁶ Del Toro, M. (2009) Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, p. 24. Recuperado de: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro_Spanish.pdf

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-693/11* (2011: expediente T-2.291.201), punto 4.3. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-693-11.htm>

en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. (...).”³⁸

En México, en la controversia constitucional 32/2012 promovida por el Municipio de Cherán (Estado de Michoacán) bajo el examen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se reconoce que las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad. Rescata como elemento esencial de la consulta la diversidad cultural al considerar que tiene como fin asegurar una acción de acuerdo con las características diferenciadas de los diversos pueblos indígenas y evitar la imposición de políticas y programas uniformadores, deberá garantizarse su participación en todas las fases de la acción pública, incluyendo su concepción, planeación y evaluación.³⁹

Por último, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en su voto 1786-93 consideró: “...el hecho de que una o varias poblaciones autóctonas fueran conquistadas y colonizadas por los españoles y luego de la independencia se mantuvieran en condiciones deprimidas, no ha podido crear ningún derecho de las poblaciones dominantes, para desconocer los inherentes a la dignidad humana de los indígenas...”⁴⁰

En síntesis, la libre determinación es fundamental para hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas a través de mecanismos de consulta en las decisiones que puedan afectarlos directamente. Por un lado, implica que los pueblos indígenas tienen el derecho a tomar decisiones independientes mediante las cuales puedan determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural. Por otro, debe entenderse como un proceso continuo que asegure que los pueblos indígenas participen permanentemente en los procesos de decisión que los afecten.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Controversia constitucional 32/2012* (México: 2012), párr. VII y IX. Recuperado de: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5361089&fecha=23/09/2014

⁴⁰ Sala Constitucional de Costa Rica, Voto N.º 1786-93 de las dieciséis horas veintiún minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres.

A.2. La vinculación entre los derechos de participación, consulta y consentimiento

En el ejercicio de la autonomía de los pueblos indígenas, un debate que persiste es la relación entre los derechos de participación, consulta y consentimiento. Sobre este tema, la jurisprudencia de la CorteIDH ha dado grandes aportes a la comprensión del ejercicio de estos derechos y la obligación de los Estados en su implementación. En 2005, en el caso *Yatama vs. Nicaragua* la Corte reconoció el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la vida pública general del Estado, donde también se incluye un elemento colectivo que exige a los Estados adoptar medidas especiales (tales como la implementación de la consulta o el consentimiento previo) para garantizar la participación efectiva, basada en los usos y costumbres de los pueblos indígenas, dentro de las estructuras políticas e instituciones del Estado.⁴¹

En 2007, la CorteIDH en el caso *Saramaka vs. Surinam* reconoce el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas conforme al artículo 21 de la Convención Americana. Sin embargo, en la misma sentencia dispone que dichos derechos a la propiedad están sujetos a ciertos límites y restricciones: “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. La CorteIDH establece que un Estado puede restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que: a) hayan sido previamente establecidas por ley, b) sean necesarias, c) proporcionales y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Para el caso objeto de su análisis la Corte determinó: “...*el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio, siempre y cuando realice un procedimiento de consulta o en dado caso se obtenga el consentimiento*”.⁴²

En relación con los casos específicos en los cuales debe aplicarse, ya sea el derecho de participación, consulta o consentimiento, la CorteIDH establece -en el caso de la consulta y siguiendo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT)-, que este cabe ante medidas concretas, ya sea administrativas o legislativas que vayan a afectar directamente a los pueblos indígenas. Por el contrario, el derecho de participación tiene un

⁴¹ CorteIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, p. 95, párr. 225.

⁴² CorteIDH, *Saramaka vs. Surinam*, p.40, párr. 127.

tratamiento más amplio: no solo es previo a una medida, también se da en todos los momentos del ciclo de políticas, proyectos, programas de desarrollo, incluyendo la elaboración o planeamiento, la ejecución y la evaluación.⁴³

Tal como señala la autora Raquel Yrigoyen, el derecho de participación se diferencia de la consulta en que este se vincula a un poder de decisión. En el caso de la consulta, el Estado está obligado a hacerla porque este va a tomar la decisión respecto de una medida legislativa o administrativa. En cambio, en el caso del derecho de participación, son los propios pueblos indígenas quienes hacen parte de la “adopción de decisiones” (art. 6, 1, b). En el mismo sentido, en el artículo 7 del Convenio 169 se garantiza el derecho de los pueblos de “decidir” sus prioridades de desarrollo y, en consecuencia, a “participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. En síntesis, el derecho de participación se vincula directamente a la capacidad de intervenir en mecanismos de toma de decisiones y no solo en mecanismos consultivos, donde deciden otros.⁴⁴

La distinción entre consulta y consentimiento realizada por la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs. Surinam* se centra en el nivel de afectación de la medida o proyecto. Considerando para casos como los planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto en el pueblo indígena, no solo existe el deber de consulta sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.⁴⁵ Su fundamento principal para reconocer el derecho del pueblo de oponerse a un proyecto es que ponga en riesgo su existencia misma. A pesar de no haber un reconocimiento expreso, esta interpretación hace suponer que si el Estado no obtiene el consentimiento no podría ejecutarse el proyecto en cuestión, lo cual representaría un derecho de veto a los pueblos indígenas.

Al analizar la diferencia entre "consulta" y "consentimiento", la CorteIDH utiliza como referencia el criterio del autor Rodolfo Stavenhagen, quien señala: “[e]s esencial el

⁴³ CorteIDH, *Saramaka vs. Surinam*, p.40, párr. 127.

⁴⁴ Raquel Yrigoyen Fajardo, “*Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta y consentimiento*”, (Madrid: publicado como el Capítulo 15 del libro: Álvarez, Natalia et al, eds. (2009) *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Madrid: Los Libros de la Catarata, Serie ensayos UNESCO, 2009), 2. Recuperado: http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/01_ryf_consulta.pdf

⁴⁵ CorteIDH, *Caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 134.

consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo". Sin embargo, en el texto original el relator establece "*...ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado*".⁴⁶ Sin mencionar en su exposición que el consentimiento previo implica un derecho de veto de los pueblos indígenas o que las decisiones del Estado deben supeditarse en determinados casos a consideración de los pueblos indígenas.

Respecto al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante CERD), la CorteIDH citó en su análisis: "*En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas*". La CorteIDH también omitió citar la frase siguiente donde la CERD contempla: "*El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación*".⁴⁷ De este criterio tampoco se desprende un reconocimiento expreso de la existencia de un derecho de veto de los pueblos indígenas.

El segundo caso de relevancia para el presente análisis es el pueblo indígena *Sarayaku vs. Ecuador* de 2012. En este fallo, respecto a la consulta previa, la CorteIDH reitera los postulados del Convenio 169 sobre un procedimiento de consulta realizado de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y que deben tener como fin llegar a un acuerdo.⁴⁸ En su criterio, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal; al contrario, debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al

⁴⁶ Rodolfo Stavenhagen, *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 30.

⁴⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre países de América Latina y el Caribe, *Compilación de observaciones finales (1970-2006)* (New York: CERD/C/62/CO/2, 2003), párr. 16. Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD-concluding-obs.pdf>

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N.º 245, párr. 177. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.⁴⁹ En relación con la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, remite al estándar de la sentencia de Saramaka, sin desarrollar aspectos de fondo, lo cual fue considerado como un retroceso en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Posterior a la emisión del fallo, en el caso *Saramaka vs. Surinam* surgió en la doctrina un debate respecto a si el estándar establecido por la CorteIDH constituía un derecho de veto a los pueblos indígenas, lo cual generó la férrea oposición de los Estados respecto a esta interpretación, por las posibles implicaciones posteriormente. Al respecto, en 2009 el exrelator James Anaya fue enfático en considerar que ni la Declaración ni el Convenio 169 establecen un derecho de veto considerando:

*“Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). En todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. Como se ha afirmado, esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un "poder de veto" sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas”.*⁵⁰

El criterio de James Anaya mencionado anteriormente es contradictorio. Por un lado, reconoce que la finalidad de la consulta es obtener el consentimiento, por otro lado, considera que estos no poseen un derecho de veto sobre las decisiones. Al respecto, el autor Rubén Chacón interpreta que de la lectura del numeral 6.2 del Convenio 169 de la

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 186.

⁵⁰ James Anaya, *Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* (New York: 2009), p. 18. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>

OIT la finalidad de la consulta está restringida a dos posibilidades “... llegar a un acuerdo...”, o “... lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas...”. Considera que esta redacción ha dado pie para sostener, en algunos ámbitos, que si no se logra alguna de estas finalidades, la consulta es infructuosa y, por consiguiente, se tiene como no realizada; lo cual equivale a decir, que en estos casos, el resultado de la consulta es vinculante.⁵¹

La jurisprudencia de los tribunales constitucionales de América Latina representa avances y retrocesos en relación con la interpretación jurídica entre el derecho de consulta y consentimiento. Al respecto, el Tribunal Constitucional de Bolivia -en la sentencia constitucional 0045/2006 sobre la constitucionalidad del artículo 115 de la Ley de Hidrocarburos acerca de la consulta previa- considera:

*“...en la medida en que la ley establece que el objeto de la consulta es –además de determinar la afectación de los intereses de las comunidades y pueblos indígenas lograr su consentimiento, aquella excede lo previsto por el bloque de constitucionalidad, ya que –de acuerdo con el Tribunal Constitucional– el artículo 15.2 del convenio núm. 169 no tiene ese sentido. De acuerdo con esta interpretación, las comunidades o pueblos indígenas no tendrían un derecho a vetar la explotación de hidrocarburos. La ley garantiza, no obstante, el pago de una indemnización equitativa –de modo que los intereses de las comunidades o pueblos no quedan desprotegidos”.*⁵²

Diferente ha sido la interpretación de la Corte Constitucional de Colombia, pues en su sentencia T376-2012 reafirmó que en determinados casos se requiere el consentimiento del pueblo indígena, de lo contrario no puede ejecutarse la medida o proyecto. Reconoce que la regla del consentimiento genera cierta “resistencia”. Al respecto considera:

“...al parecer, esa resistencia obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma”. (2012, párr. 32). La Corte colombiana considera que esa objeción merece una respuesta constitucional, la cual puede construirse con base en una premisa adicional, que suele pasarse por alto: “...si la consulta es un proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades; pero de igual manera excluye la imposición

⁵¹ Rubén Chacón, *Datos sobre los pueblos indígenas de Costa Rica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (San José, 2012), p. 16.

⁵² Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 0045/2006.

como forma de gobierno, aspecto implícito en el concepto de diálogo, en la subregla que establece que la participación debe ser efectiva (literalmente, que tenga efectos), y en la subregla que prohíbe decisiones irrazonables o desproporcionadas en ausencia de acuerdo”. (2012, párr. 33).

Por último, la Corte Constitucional de Colombia en su análisis considera que cualquier medida a adoptar en el Estado Constitucional de Derecho es legítima únicamente si respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Es decir, una medida que afecta gravemente intereses y derechos protegidos de las comunidades originarias y se pretende implantar sin la aceptación expresa y libre del pueblo interesado, resulta abiertamente irrazonable, pues afectaría desproporcionadamente derechos y principios constitucionales y puede, por lo tanto, ser objeto de control judicial de carácter constitucional.⁵³

La doctrina también ha aportado diferentes alternativas para analizar la relación entre consulta y consentimiento. Para Ruíz y Donoso, tomando como base la interpretación de la CorteIDH en el caso *Gelman vs. Uruguay* que “*en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías*”, podría decirse que en casos de severas afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la medida o el proyecto propuesto por el Estado, aun cuando busque el bien común, no podría llevarse a cabo, pues la mayoría no podría beneficiarse legítimamente de un sacrificio desproporcionado de una minoría.⁵⁴

Según el autor, sea cual sea la medida a implementarse (proyectos de inversión a gran o pequeña escala, concesiones, incursiones en territorios indígenas, apropiación de conocimientos tradicionales, etc.), si los indígenas no dan su consentimiento, las autoridades públicas deben realizar un ejercicio de ponderación en el cual no se exija a los pueblos indígenas sacrificios desproporcionados que tengan un impacto directo en su vida y territorios. En caso de concluirse que la afectación a los indígenas no es proporcional y aceptable en una sociedad democrática, la medida impulsada por el Estado no debería llevarse a cabo.⁵⁵

⁵³ *Ibíd.* párr. 33.

⁵⁴ Ruíz O. y Donoso G., *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones* (Madrid: 2012), 72. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

⁵⁵ *Ibíd.* 72.

Por último, para Clavero el consentimiento libre, previo e informado se puede considerar como un derecho “finalidad” de un proceso de consulta, o como un derecho “requisito” para que el Estado tome una decisión. El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión. En cambio, hay otras situaciones en las cuales el consentimiento no es solo el horizonte o finalidad de un procedimiento, al contrario, dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión. Este es el caso de situaciones en las cuales se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, por ejemplo en los traslados poblacionales o casos afines.⁵⁶

Según el criterio de Clavero, podríamos inferir que el derecho de consulta podría ser visto como un mecanismo que, en sí mismo, no genera un derecho a veto, lo cual exige al Estado la obtención del consentimiento del pueblo antes de ejecutar un proyecto de desarrollo de alto impacto, es el derecho de dicho pueblo a su existencia e integridad física y cultural, de acuerdo con sus costumbres y modo de vida, en tanto dicha integridad es la que se puede poner en riesgo con un megaproyecto de alto impacto. Ello supone que el Estado debe estar en capacidad de garantizar no solo la información y participación de los pueblos indígenas y tribales en el proceso de definición de megaproyectos, sino también, y fundamentalmente, la integridad y subsistencia física y cultural de tales pueblos.

A. 3. La obligación de los Estados en la implementación de procedimientos de consulta a los pueblos indígenas

Los principales instrumentos jurídicos del derecho internacional que reconocen de manera explícita los derechos de participación, consulta y consentimiento son el Convenio 169 y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El Convenio 169 y su predecesor, el Convenio 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, son los únicos instrumentos

⁵⁶ Bartolomé Clavero, *Consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del derecho internacional*, (Madrid: 2012), punto 2. Recuperado de: <http://servindi.org/actualidad/69682>

que se ocupan en particular de los derechos de los pueblos indígenas. Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI) el 13 de septiembre de 2007 por 144 votos a favor, 11 abstenciones y 4 votos en contra (los de Australia, el Canadá, los Estados Unidos de América y Nueva Zelandia).^{57 58}

La adopción de ambos instrumentos respondió a contextos históricos distintos, tal como se refleja en el enfoque de protección de sus normas. El Convenio 169 se centra fundamentalmente en la no discriminación y el derecho de los pueblos indígenas de mayor control sobre su manera de vivir y sus instituciones. Por su parte, muchos de los derechos consagrados en la Declaración exigen nuevos enfoques con respecto a las cuestiones mundiales, como el desarrollo, la descentralización y la democracia multicultural. Sin duda constituye el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y las políticas internacionales, configurando normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos. Sin embargo, no se aplica de forma uniforme o con la misma fuerza por los países.

⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas* (Nueva York: Folleto informativo N.º 9/Rev.2, 2013), 4 y 10. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf

⁵⁸ Las razones que llevaron a tales países a votar en contra de la declaración, muestran que la discusión sobre el estatus de los pueblos indígenas sigue vigente. Estados Unidos criticó la regulación del derecho a la libre determinación y la figura jurídica de derechos colectivos, la que consideró incompatible con el concepto de derechos humanos. Nueva Zelanda y Canadá estimaron que la regulación sobre recursos naturales, territorios y consentimiento previo, libre e informado creaba dos clases de ciudadanos, discriminando a los no indígenas. Otros explican que la postura de estos países tiene que ver con que tales estados cuentan con un sistema doméstico que regula la materia, bastante más completo, para algunos, que el de otros países, y con decisiones de sus Tribunales y acuerdos reparatorios que responden a su propia visión de los derechos de los indígenas y de sus pueblos.

De previo a abordar la discusión sobre los efectos jurídicos de ambos instrumentos, es necesario realizar una comparación de sus normas en relación con los derechos de participación, consulta y consentimiento. Al respecto establecen:

Tabla 1. Regulaciones de Convenio 169 y la Declaración de Pueblos Indígenas sobre participación, consulta y consentimiento. Fuente: elaboración propia.

Convenio 169 de 1989.	Declaración de los Pueblos Indígenas de 2007
Derecho a la participación	
<p>Participación en general “Los Estados al adoptar medidas para proteger los derechos de los pueblos indígenas deben hacerlo “con la participación de los pueblos interesados.” (Artículo 2.1).</p> <p>Participación en la toma de decisiones Los Estados deben “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.” (Artículo 6.b).</p> <p>Desarrollo de las instituciones de los pueblos indígenas Los Estados deben “establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.” (Artículo 6.c).</p> <p>Participación en los planes y programas de desarrollo “dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” (Artículo 7.1).</p> <p>Participación en la utilización de recursos naturales “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus erras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de</p>	<p>Derecho a participar en general “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” (Artículo 5).</p> <p>Participación en la toma de decisiones “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.” (Artículo 18).</p> <p>Participación en los planes y programas de desarrollo “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.” (Artículo 23).</p>

<p>esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.” (Artículo 15.1).</p> <p>Participación en la decisión de traslado o reubicación “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su pleno conocimiento de causa. Cuando no puede obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.” (Artículo 16.2).</p>	
Derecho a la consulta	
<p>Consulta en general Los Estados al aplicar las disposiciones del Convenio “Deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” (Artículo 6.1.a). “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Artículo 6.2).</p> <p>Consulta en el caso de explotación del subsuelo “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización</p>	<p>Consulta en general “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 19).</p> <p>Consulta para utilizar tierras para actividades militares Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares (Artículo 30.2).</p> <p>Consulta en caso de utilización de tierras y territorios para proyectos de exploración y explotación de minerales “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.” (Artículo 32.2).</p>

<p>equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” (Artículo 15.2).</p> <p>Consulta en la enajenación de tierras</p> <p>“Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.” (Artículo 17.2).</p> <p>Consulta en planes educativos</p> <p>“Siempre que sea viable deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.” (Artículo 28.1).</p>	<p>Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual. (Artículo 32. 3)</p> <p>Consulta en el ámbito del combate a la discriminación</p> <p>“Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta con los pueblos indígenas para eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad”</p> <p>Consulta en relación con la protección de los niños indígenas</p> <p>“Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para ser</p> <p>Consulta en relación con pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales</p> <p>Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho de los pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales a mantener y desarrollar contactos a través</p> <p>Consulta en adopción de medidas para alcanzar los fines de la Declaración “Los Estados, en consulta y cooperación de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas presente Declaración”.</p>
<p>Derecho al consentimiento previo, libre e informado</p>	
<p>Medidas no deben contrariar deseos libremente expresado por los pueblos indígenas.</p>	<p>Consentimiento en caso de traslado o reubicación</p> <p>“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a</p>

<p>Las medidas que el Estado adopte para salvaguardar “las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”, “no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.” (Artículo 4.2).</p> <p>Consentimiento en el caso de traslado o reubicación</p> <p>“Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.” (Artículo 16.2).</p>	<p>ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.” (Artículo 10).</p> <p>Consentimiento libre, previo e informado</p> <p>“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 19).</p> <p>Consentimiento en cuanto a utilización de tierras y territorios</p> <p>“Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 29.2).</p> <p>Medidas de restitución</p> <p>“Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.” (Artículo 11.2).</p> <p>Derecho a la reparación</p> <p>Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras,</p>
--	---

	<p>territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada. (Artículo 28).</p> <p>Proyectos que afectan tierras o territorios</p> <p>Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (Artículo 32.2).</p>
--	--

Las disposiciones de la Declaración y del Convenio 169 se complementan mutuamente. Sin embargo, la Declaración aborda otros temas que no fueron incluidos en el Convenio 169, tales como la militarización de las tierras indígenas y la protección de los conocimientos tradicionales.⁵⁹ La Declaración afirma explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación respondiendo, seguramente, a la principal crítica de la cual es objeto el Convenio 169 por la salvaguarda introducida a propósito de la utilización del concepto “pueblos”, el cual pretendía, precisamente, evitar cualquier conexión con tal derecho que, a la fecha de adopción del convenio, recogían otros instrumentos internacionales.⁶⁰

El autor Clavero agrega que se trata del reconocimiento del derecho a la libre determinación en pie de igualdad, es decir, los pueblos indígenas gozan del mismo derecho detentado por los otros pueblos.⁶¹ Sin embargo, la principal diferencia entre ambos instrumentos radica en su introducción en el ordenamiento jurídico, pues de ello depende el nivel de exigibilidad ante los tribunales nacionales. Para Zalaquett, subsiste una tendencia en los tribunales constitucionales latinoamericano a manejar el “problema indígena”

⁵⁹ Organización Internacional del Trabajo, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2013), 10. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

⁶⁰ Lucía A. Gaete Uribe, *El Convenio 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa* (Chile: Revista Ius et Praxis, Año 18, N.º 2, 2012), 91. Recuperado de: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art04.pdf>

⁶¹ Clavero, Bartolomé, *Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas* (México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), Recuperado de: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2482/17.pdf>

principalmente a partir de una ponderación de los planes, leyes y medidas de carácter interno, según el grado en que estas se ajusten a las obligaciones estipuladas por estos instrumentos.⁶²

Sobre la exigibilidad de la DNUDPI, James Anaya señala que debe ser considerada «como un imperativo político, moral y jurídico» y su condición jurídica debe ser evaluada de acuerdo con su alto grado de legitimidad y por fundamentarse en principios como la libre determinación, la no discriminación y la integridad cultural, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, los cuales forman parte del derecho consuetudinario internacional.⁶³ Si bien una declaración de Naciones Unidas estrictamente carece de fuerza vinculante, habitualmente da impulso a un proceso que culmina en una convención internacional vinculante. Más aún, independientemente de su carácter jurídico de *soft law*, contribuyen al desarrollo de opiniones doctrinarias y, por esa y otras vías, influyen en los razonamientos y decisiones de tribunales nacionales y de las cortes u otros órganos de protección de los derechos humanos, sean internacionales o regionales.⁶⁴

En igual sentido, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas sostiene la línea de James Anaya, pues señala, entre otros argumentos, que la Declaración tiene efectos jurídicos vinculantes por los efectos que produce su aprobación, los cuales -al tratarse de un instrumento general de derechos humanos- deben aplicarse así, independientemente de cómo haya votado cada Estado en la Asamblea General durante su aprobación o la posición adoptada por el Estado posteriormente; atendido el hecho de que varios de los artículos de la Declaración “se basan en los pactos de derechos humanos y otras convenciones, o pueden tener ya la calidad de derecho consuetudinario en virtud de las políticas que se aplican en jurisdicciones nacionales. Como expresiones del derecho consuetudinario internacional, deben aplicarse cualquiera que sea el carácter del documento en el que se declaren o aprueben”.⁶⁵

⁶² José Zalaquett, *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, Anuario de Derechos Humanos (Santiago: Universidad de Chile: 2008), 144. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/13508-34831-1-PB.pdf>

⁶³ James Anaya, Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas (New York: resolución 21/24 del Consejo de Derechos Humanos, 2013), 19. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/593/Reporte%20anual%202013?sequence=1>

⁶⁴ José Zalaquett, *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, 142.

⁶⁵ Lucía Gaete, *El Convenio 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa* (Chile: 2012).

De manera contraria a esta tesis, el autor Merimeskaya estima prematuro sostener que la Declaración es expresión del derecho consuetudinario internacional, considerando que ella no tiene carácter vinculante al tratarse de un tipo de resolución que incorpora algunos derechos no reconocidos aún como parte del Derecho Internacional, lo cual ha generado cierto rechazo en algunos actores de este y que, aparentemente, no existe intención de los estados por transformar su contenido en norma interna; por ello, el Convenio 169 -en tal escenario- sería el único instrumento internacional vinculante que regula los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁶ A su vez, Zalaquett agrega que resulta dudoso que la declaración dé inicio a un proceso de generación normativa que se consolide, más tarde, en un instrumento internacional vinculante, como ocurrió con la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁶⁷

Por su parte, Montt y Matta añaden que los tratados internacionales tienen un efecto expansivo manifestado, entre otros, en el deber de los estados de interpretarlos conforme al derecho internacional (en este caso derecho internacional indígena) y al derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo los textos aprobados con posterioridad a este, de acuerdo con la regla general contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, particularmente la regla 3(c), que ordena considerar “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.⁶⁸ En opinión de estos autores, si bien las declaraciones de la ONU no son vinculantes, es evidente que el Estado Chileno suscribió la declaración y no puede sustraerse de la fuerza de su contenido.

Asimismo, la obligación de los Estados de cumplir con las disposiciones del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, dimana de la obligación de cumplir con los tratados adoptados voluntariamente, tal como dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este instrumento establece el principio *pacta sunt servanda*, por el cual los Estados que forman parte de un tratado están

⁶⁶ Elina Mereminskaya, *El Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (Chile: Revista de Estudios Públicos N.º 121, 2011), 227 y 228. Recuperado de: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/autor_2077.html

⁶⁷ José Zalaquett, *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, 141.

⁶⁸ Santiago Montt Oyarzún y Manuel Matta Aylwin, *Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile* (Chile: Revista de Estudios Públicos N.º 121, 2011), 148 y 149. Recuperado de: www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4767.html

obligados a cumplirlos con buena fe. También, establece la prohibición de los Estados de alegar disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento.⁶⁹

Para Valdivia, la afirmación anterior no es tan sencilla, pues el derecho de los tratados no ha previsto mecanismos tendientes a incorporar mecánicamente los tratados al derecho interno de cada Estado parte. Ni la Convención de Viena ni otro texto supranacional contienen reglas que confieran de modo genérico carácter autoejecutable a disposiciones contenidas en tratados. Rescata que la utilidad de esta regla recae en el ámbito de la responsabilidad y no en el plano de la eficacia normativa del tratado. Según el autor, de la lectura del Convenio se aprecia que sus disposiciones no fueron diseñadas para aplicarse directamente (“las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio”, art. 34), sostener lo contrario significaría -además de defraudar las propias expectativas del Convenio- entregar a los jueces la facultad de decidir el modo de concreción de sus disposiciones, despojando de fuerza normativa a los valores que intentaron resguardarse. Si la observancia del Convenio queda supeditada a los avatares de un pleito, entonces habrá tantas maneras de aplicarlo como jueces sean llamados a conocer de estos asuntos, sin contar los casos cuando un mismo tribunal cambie de parecer de un juicio a otro.⁷⁰

En las jurisdicciones de América Latina existen diferentes aproximaciones en la integración de tratados internacionales sobre derechos humanos en la normativa nacional. En el caso de Costa Rica, según el artículo 7 de la Constitución Política, los convenios internacionales tienen una jerarquía denominada supralegal o subconstitucional de primer grado,⁷¹ sin embargo, la Sala Constitucional realizó una salvedad tratándose de instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país.

En los votos 2313-95, 3435-92 y 5759-93, consideró que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, pues el 48 tiene una norma especial para los que se refieren a instrumentos de derechos humanos. Este les otorga una fuerza normativa del propio nivel constitucional, y tratándose de aquellos que otorguen mayores derechos o garantías a

⁶⁹ Amelia Alva, *El derecho de consulta previa a los pueblos indígenas en el derecho internacional* (Bilbao: 2014), 83. Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho76.pdf>

⁷⁰ Valdivia, *Alcances jurídicos del Convenio 169*, 52.

⁷¹ Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del convenio núm. 169 de de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales de América Latina* (New York: 2009), 11. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

las personas, priman por sobre la Constitución. La Sala Constitucional aclaró que la referencia a los “instrumentos internacionales” significa no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite (Sentencia 9685-00). De modo que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuanto los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo son aplicables en nuestro país en cuanto forman parte del Derecho de la Constitución, sino que en la medida en que brindan mayor cobertura o protección de los derechos aludidos, priman por sobre la Norma Fundamental (Sentencias 1682-07, 4276-07).

Es relevante mencionar dos cuestiones: a) el control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales gozan del “margen de apreciación nacional”, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales (Sentencia 4491-13). Según el autor Henderson, los efectos del carácter supralegal de los tratados serían los siguientes:

- *Un tratado podría ser reputado inconstitucional, en caso de oponerse a la constitución nacional.*
- *Los tratados deben interpretarse de conformidad con las reglas constitucionales.*
- *La ley nacional no puede derogar o modificar un tratado ratificado; aun siendo posterior, adolecería de inmediata invalidez, dada la jerarquía prevalente del tratado. De aceptarse el principio pro homine, una ley posterior, aun con una jerarquía inferior a un tratado, se puede aplicar con prevalencia, en tanto establezca o consagre protecciones más favorables a las personas que las consignadas en el tratado internacional más favorable, no deroga formalmente al tratado internacional, pero podría hacerlo inaplicable en razón de su carácter más protector, independientemente de su jerarquía inferior.*

- *La ley nacional debe interpretarse de acuerdo con los tratados de derechos humanos ratificados. Debe existir armonización entre la ley y las líneas ideológicas y normativas del tratado.*⁷²

El sistema interamericano de derechos humanos también ha reforzado la implementación del derecho a la consulta previa. En opinión de la Comisión Interamericana, los artículos 2 y 6 del Convenio 169 establecen que los gobiernos son los responsables de efectuar las consultas. En particular, el artículo 6 establece el deber de los Estados de consultar mediante procedimientos apropiados.⁷³ En igual sentido, la Corte Interamericana ha resuelto situaciones en las cuales los Estados han violado el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, basándose en otras normas de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos especialmente bajo el amparo del artículo 1 (inciso 1). Según el criterio de la Corte, los Estados deben aprobar e implementar todas las reformas institucionales y las medidas normativas legales y administrativas necesarias para cumplir con este deber, lo cual también incluye el deber de omitir cualquier acto que obstaculice el ejercicio de la consulta previa, así como la derogación de normas contrarias al goce de este derecho. Asimismo, considera que la obligación de celebrar consultas de los Estados es un principio general del derecho internacional que no deriva exclusivamente del Convenio 169.⁷⁴

En Latinoamérica, varios tribunales constitucionales han reconocido el deber de consulta por los Estados, por ejemplo la Sala Constitucional de Costa Rica en el voto 3003-92 sobre una consulta facultativa de constitucionalidad realizada sobre el Convenio 169 consideró:

“El convenio plasma un instrumento internacional, una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales tendente no solo a fortalecer la dignidad y atributos esenciales a los indígenas como seres humanos, también a promover medios específicos para que su condición se realice plenamente a la vista de la situación deprimida, a veces explotada y maltratada en que viven los aborígenes de muchos países. Costa Rica ha suscrito gran número de instrumentos internacionales que directa o indirectamente protegen los derechos de las minorías en general y en especial los de los pueblos indígenas. De la misma forma, la Ley Indígena, 6172 de 29 de noviembre de 1977, desarrolló, y en algunos aspectos superó las obligaciones internacionales contraídas por Costa Rica; pues reservó importantes porciones de

⁷² Humberto Henderson, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine* (2004, 79 y 80) Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 108.

⁷⁴ Corte IDH, *Sarayaku vs. Ecuador*, párr. 164.

*su territorio para los indígenas, tratando de evitar que se inscribieran como propiedad privada de otros. Otorgó plena personería y capacidad jurídica a sus comunidades para dirigir sus actividades y decidir sobre sus bienes; les permitió explotar las reservas naturales dentro de sus territorios y prohibió la extracción de objetos arqueológicos de sus cementerios. En el articulado del Convenio no parece hacer nada que, correctamente interpretado y aplicado, puede contravenir el Derecho de la Constitución. La Sala estima que, lejos de contener enfrentamientos con la Constitución de nuestro país, el Convenio refleja los más caros valores de nuestra nacionalidad democrática, desarrollando los derechos humanos de los indígenas costarricenses”.*⁷⁵

En el mismo voto, la Sala Constitucional avaló la constitucionalidad del convenio y resaltó su vital importancia en la protección de los pueblos indígenas, al considerar:

*“En el articulado del Convenio no parece hacer nada que, correctamente interpretado y aplicado, puede contravenir el Derecho de la Constitución. En este sentido merecen algún comentario las disposiciones de los artículos 6.1.a), 16 y 25.2, como únicos que pudiesen suscitar alguna duda: a) En cuanto al artículo 6.1. a) entenderse que la obligación de "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente", lo mismo que las siguientes de establecer canales de participación, desarrollo e iniciativa de esos pueblos, aquí únicamente se señalan objetivos que coinciden por cierto, con los principios y valores democráticos correctamente entendidos, los cuales implican el ejercicio permanente del poder por el pueblo o, dicho de otra manera, su permanente participación en la toma de las decisiones que les atañen; b) En lo que se refiere al artículo 16, que prevé el traslado no voluntario de poblaciones indígenas, es necesario recalcar que esta disposición no atenta o amenaza atentar contra normas o principios constitucionales, porque la Sala consideran que, al remitirse expresamente a los procedimientos apropiados establecidos por la legislación nacional, elimina la posibilidad de cualquier limitación en tal sentido. C) En lo que se refiere al artículo 25.2. la Sala entiende que el Convenio, al dar vigencia a los "métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales" de los indígenas, lo hacen en un contexto paralelo o complementario de los procedimientos o medios curativos impuestos por normas de orden público en materia de salud”.*⁷⁶

En relación con la eficacia de los instrumentos internacionales no suscritos o aprobados por el procedimiento constitucional, en el voto 09685-2000 en relación con la Consulta preceptiva de Constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa,

⁷⁵ Sala Constitucional de Costa Rica en el voto 3003-92 considerandos 8 y 9.

⁷⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Los pueblos indígenas en sus propias voces* (New York: 2012). Recuperado de: http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf

sobre el proyecto de ley de aprobación del «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», la Sala Constitucional determinó: “En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los «instrumentos internacionales», significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”.⁷⁷

Este criterio es importante tomando en cuenta que, en 2007, Costa Rica fue parte del grupo de países que aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Y aunque generalmente las declaraciones de la Organización de Naciones Unidas no tienen fuerza jurídica obligatoria, sí representan la elaboración dinámica de normas jurídicas internacionales y reflejan el compromiso de los Estados de avanzar en una cierta dirección y de respetar determinados principios. En este sentido, la Declaración tiene un efecto vinculante para la promoción, el respeto y el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo.⁷⁸

El principal argumento identificado en diferentes casos que han llegado a los tribunales constitucionales es la falta de desarrollo infra constitucional del derecho de consulta previa contemplado en el Convenio 169 que determine la forma y el procedimiento de consulta. Por ejemplo, en 2009 el Tribunal Constitucional de Perú, en un caso sobre la concesión petrolera de las empresas Occidental Petrolera del Perú; reconoció que el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas formaba parte de los derechos fundamentales del sistema jurídico peruano, por medio de integración del Convenio 169 de la OIT y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero no declaró su violación por no existir un procedimiento establecido a nivel infralegal.⁷⁹

La ausencia de normativa y de un verdadero control de convencionalidad ha dado pie en algunos casos que el Estado delegue la obligación de la consulta en las empresas, lo cual

⁷⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución de consulta preceptiva de constitucionalidad 09685-2000 de las diez horas del 1 de noviembre de 2000.

⁷⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Los pueblos indígenas en sus propias voces* (New York: Foro permanente para las cuestiones de los pueblos indígenas, 2008). Recuperado de: http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf

⁷⁹ Tribunal Constitucional del Perú, expediente N.º 03343-2007-PA/TC de los 19 días del mes de febrero de 2009.

constituye una acción ilegal y, por ende, genera responsabilidad internacional. Primero, porque según el derecho internacional los Estados son quienes tienen la obligación de proteger los derechos humanos; mientras las empresas buscan principalmente maximizar sus ganancias, a través de la viabilidad del proyecto. Segundo, porque se excede la capacidad de las empresas, quienes en su mayoría realizan procesos consultivos meramente formales, sin una metodología que atienda las particularidades de las poblaciones indígenas. Estos criterios se aplican de igual manera a las empresas estatales, pues al gestionar determinados intereses específicos (aunque estatales) no se puede garantizar su imparcialidad.⁸⁰

A. 4. El deber de reparación de los Estados ante la violación del derecho de consulta

El deber de reparación nace cuando se vulnera un derecho y se afecta un individuo, a una comunidad o un pueblo indígena.⁸¹ Se ha establecido que cuando se vulneran o afectan los derechos de un grupo o comunidad que tiene una cosmología e identidad comunal, es necesario realizar una reparación teniendo en cuenta esta particularidad, en el sentido de entender su comportamiento como un grupo humano, con derechos colectivos distintos de los derechos de las demás personas.⁸²

El respeto al derecho a la consulta previa no solo implica su realización, sino también que los pueblos indígenas sean indemnizados por los daños sociales, culturales, territoriales y ambientales generados por la decisión o por los proyectos que se autoricen sin haber garantizado el derecho a la consulta misma. Para Molleda (2012, párr. 21) la mejor manera de reparar este derecho es precisamente consultando los actos administrativos inconsultos, aunque estos se encuentren en etapa de exploración y explotación. Estas consultas pueden

⁸⁰ Amelia Alva, *El derecho de consulta previa a los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 85.

⁸¹ Amparo Rodríguez, *De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia* (Bogotá: 2014), 168. Recuperado de: https://www.nmbu.no/sites/default/files/pdffattachments/consulta-previa-al-consentimiento-previo-colombia-gloriaar_0.pdf

⁸² Carlos Mauricio López, *Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2009), párr. 23. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792009000200012&script=sci_arttext

ayudar a que no se realicen proyectos o se implementen medidas cuando no se respetaron los derechos fundamentales a la consulta y al consentimiento libre, previo informado.⁸³

Las medidas de reparación a los pueblos indígenas pueden ser determinantes para su supervivencia. Es vital analizar este derecho en consonancia con dos aspectos fundamentales contemplados por el Convenio 169 de la OIT: el respeto a la identidad cultural y el principio de flexibilidad. Sobre el primer punto, es fundamental que los daños se reparen respetando los derechos a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado. En 2005, la Corte Interamericana en el caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* estableció que el pago de una justa indemnización no queda sujeta a criterios meramente discrecional del Estado, sino que debe ser conforme a una interpretación integral del Convenio 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.⁸⁴ Asimismo, los daños se deben reparar a partir de un análisis profundo de cada situación y la identidad cultural del pueblo indígena, por lo cual no debe haber un mismo modelo o forma de reparación para todos los pueblos indígenas o comunidades indígenas.⁸⁵

En materia de reparaciones la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido pionera en actualizar la concepción del derecho de reparación. En 2005, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en su análisis del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre reparación estableció que “Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de este, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación”. También, consigna que las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial al pueblo indígena.⁸⁶

⁸³Juan Carlos Molleda, *Perú: Las reparaciones a los pueblos indígenas en serio* (Lima: 2012), párr. 21. Recuperado: <http://www.flacsoandes.edu.ec/observatoriodiscriminacion/index.php/notas/350-peru-las-reparaciones-a-los-pueblos-indigenas-en-serio>

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, p. 151. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

⁸⁵ Andrés Hernández y Christian De La Piedra, *Implementación y evolución de los derechos contenido en el Convenio 169* (2011), 73. Recuperado de: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4766_2888/rev121_AFernandez_CDelaPiedra.pdf

⁸⁶ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, párr. 231.

Posteriormente, en el caso Saramaka vs. Surinam, es muy importante el criterio adoptado en 2007 por la Corte en cuanto a la naturaleza colectiva de la reparación, sin limitar el derecho individual de cada miembro del pueblo indígena:

*“El Tribunal ha sostenido, anteriormente, que en los casos contenciosos ante la Corte, la parte interesada debe nombrar individualmente a los beneficiarios de las posibles reparaciones. Sin embargo, dado el tamaño y la diversidad geográfica del pueblo Saramaka y, en especial, la naturaleza colectiva de las reparaciones que se ordenarán en el presente caso, la Corte entiende que no es necesario nombrar individualmente, en este caso, a los miembros del pueblo Saramaka a fin de reconocerlos como parte lesionada.”*⁸⁷

Del párrafo anterior se puede interpretar que el estándar de la Corte permite que las reparaciones se destinen a beneficiarios considerados en abstracto, en este caso el pueblo Saramaka, aun cuando en los precedentes casos de la Corte se exigía la individualización. Tal como explica Garrido, hay una notable valoración de la ley consuetudinaria Saramaka, pues la Corte acepta que dicha ley permite identificar individualmente a los miembros de la comunidad. En varias de las medidas de reparación dispuestas por la Corte en este caso, se encuentra de forma transversal la consideración de las costumbres y usos tribales del pueblo Saramaka, pues se ordena que el Estado debe tomar medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter para reconocer la personalidad jurídica de este pueblo, se dispone que también deben tomarse esta clase de medidas para la organización de consultas, de acuerdo con sus procedimientos tradicionales, previas e informadas sobre proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, entre otras.⁸⁸

En relación con la forma en que la Corte Interamericana ha discutido el tema de las reparaciones a pueblos indígenas, y la diversidad de criterios de diversidad en las medidas destinadas a estos sujetos, el autor Rafael José Garrido asume como premisa que en materia de reparaciones “No es adecuado utilizar los mismos criterios para un pueblo indígena, que para una comunidad no indígena, pues en cada caso, de acuerdo con el contexto, circunstancias y desarrollo sociohistórico, se demanda un reconocimiento diferente, se han

⁸⁷ Corte IDH, Saramaka vs. Surinam, párr.188.

⁸⁸ Juan Garrido, *Análisis de la Aplicación de Criterios de Diversidad en las Reparaciones a Pueblos Indígenas, Dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2008), 60. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/337/1/T705-MDH-GarridoAn%C3%A1lisis%20de%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20criterios%20de%20diversidad%20en%20las%20reparaciones....pdf>

vivido situaciones de dominación, subordinación, desigualdad y exclusión que condicionan su relación con la sociedad y, por lo tanto, requieren de una satisfacción distinta cuando han sufrido violaciones de derechos humanos”.⁸⁹

Para el autor, tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el derecho interno de los Estados, se ha visto la insuficiencia de las reparaciones individuales como medio único para la restitución y resarcimiento de los derechos vulnerados a las víctimas, sobre todo en casos de violencia generalizada, violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, las cuales no solo afectan a individuos identificados, sino a pueblos y comunidades enteras que han visto alteradas sus relaciones, sus modos de vida y medios de subsistencia en una dimensión colectiva.

Según Díaz, citada por Rivera, a la definición mencionada de las comunidades, grupos o colectivos como víctimas, se suman dos elementos más: el primero de ellos tiene que ver con el hecho de que en realidad se trate o no de un grupo con identidad colectiva; y el segundo, con la existencia del grupo como tal, al momento de ocurrir la violación que dio lugar a los daños colectivos que se pretende reparar. Dando respuesta al primero de los elementos, la reparación colectiva que intente ser legítima y efectiva, debe pensarse como una forma de reparar a sujetos colectivos víctimas por los daños colectivos sufridos o por los daños de grupo.⁹⁰

Otro autor citado por Rivera, Carlos Martín Beristain, respecto a la reparación colectiva, sostiene que “además de la consideración del número de víctimas y de sus graves efectos colectivos, existen diferencias entre la valoración jurídica del tipo de derechos violados en estos casos, ya sea porque se estimen como suma de violaciones individuales, o bien como violaciones al colectivo.”⁹¹ Para el autor, el número y tipo de víctimas, la valoración de los efectos y la conceptualización jurídica de las violaciones, forman el contexto de la discusión sobre estas reparaciones.

⁸⁹ *Ibíd.* 4.

⁹⁰ Ginna Marcela Rivera, *Reparación a pueblos indígenas. Debates, aprendizajes y perspectivas* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011), 15. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/6221/1/905098.2011.pdf>

⁹¹ *Ibíd.* 16 y 17.

Con base en estos elementos, identifica distintas posibilidades para la reparación colectiva, como las que siguen:

- a) *El carácter de las violaciones como individuales o colectivas. Puede tratarse de un grupo afectado por violaciones similares pero que no constituye un colectivo definido, o un colectivo que sufre violación a sus derechos. La conceptualización jurídica del tipo de derecho violado, también le da un carácter individual o colectivo: por ejemplo, si se trata del derecho a la vida de diferentes personas o la violación de la capacidad de reproducción del grupo. Otro ejemplo es si se considera un derecho individual lesionado de muchas personas, o si se trata de derechos de carácter colectivo (como los casos de problemas de tierra en el caso Awas Tingni).*
- b) *La prevención o garantías para otros colectivos. La reparación colectiva puede referirse a un grupo específico pero también, como extensión de la misma, a otros colectivos afectados por las mismas violaciones; en este sentido, las garantías de no repetición pueden considerarse como una forma de reparación colectiva.*
- c) *El tipo de efectos. El impacto de una masacre puede valorarse como una suma de efectos individuales, pero también puede tener fuertes efectos colectivos de desestructuración del tejido social, pérdida de símbolos o de elementos de identidad comunitaria, como la relación con un territorio o la cultura (como en el caso Plan de Sánchez).*
- d) *La identidad colectiva: El tipo de identidad colectiva guarda relación con la violación y con el tipo de efectos, y tiene implicaciones para la reparación. Puede ser un colectivo con una identidad cultural diferencial (afrodescendiente o indígena, como Moiwana o Awas Tingni), con una definición territorial (comunitaria, como Pueblo Bello o Mapiripán), cuya dimensión colectiva sea el régimen de coexistencia de vida (como la cárcel en el caso Panchito López), una identidad ideológica (movimiento político, como la UP) o un elemento circunstancial ligado a una actividad profesional o social (La Cantuta, ó comerciantes). Cada una de estas situaciones, o la conjunción de varias de ellas en un caso, conlleva desafíos diferentes en términos de reparación colectiva.*

Los estándares internacionales en materia de reparaciones, específicamente sobre el derecho de consulta, han sido adoptados por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en su aplicación a casos concretos. En 1993, el Tribunal Constitucional de Colombia en la sentencia T-380 resolvió una acción de tutela interpuesta por la Organización Indígena de Antioquia contra la Compañía de Maderas del Darién, argumentando la realización de un proyecto de explotación maderera sin realizarse el procedimiento de consulta, lo cual tuvo como consecuencia un impacto significativo en la degradación de los recursos naturales primarios de la economía de subsistencia de las comunidades étnicas, afectándoles su vínculo con el entorno y la naturaleza. En este caso, la Corte ordenó a la autoridad estatal demandada la restauración de los recursos naturales afectados por el

aprovechamiento forestal ilícito e iniciar las acciones judiciales dirigidas a exigir las medidas de reparación de los daños sufridos por el resguardo indígena.⁹²

Otro caso en el cual intervino la Corte Constitucional de Colombia fue la sentencia T-693/11 sobre la construcción de un oleoducto por la empresa Meta Petroleum Limited en el territorio del Cabildo Indígena Resguardo Turpial - La Victoria. A grandes rasgos, la controversia se centra en la omisión del procedimiento de consulta, al presentar una “Certificación de no presencia étnica” en el área de influencia directa y, por ende, generó una serie de daños en el territorio indígena y a sus habitantes. El Tribunal determinó que dichos daños debían ser evaluados integralmente, reconociendo:

*“se le negó e impidió, de hecho, a la Comunidad Achagua-Piapoco ser informada con antelación sobre las posibles incidencias positivas o negativas, para su supervivencia e integridad como pueblo, derivadas de la instalación del oleoducto y las ocasionadas por las actividades básicas de su fase constructiva. Las afectaciones causadas por la realización de dicho proyecto deben ser objeto de una evaluación cuidadosa que permitan determinar de manera justa las compensaciones económicas y las formas de reparación cultural más apropiada para esta comunidad. Valoración que requiere, de una parte, del diseño y aplicación de metodologías especiales, de otra ser realizada conjuntamente por la comunidad y por profesionales con experiencia en dicho campo y capacitados para tal fin”.*⁹³

Sin duda, el desarrollo del derecho de reparación debe partir del origen de cada pueblo, para lograr un verdadero resarcimiento del daño y dictar una medida adecuada para los pueblos indígenas; se debe indagar sobre sus tradiciones, considerar integralmente los usos y costumbres.

Sección B. Los principios jurídicos mínimos para la implementación de un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas

Los principios que desarrolla el derecho internacional de los derechos humanos sirven para guiar los procesos de consulta y limitar la discrecionalidad que tienen los Estados en su realización, a pesar de que los principios, en sentido general, son un conjunto de estándares que no son normas y no poseen obligatoriedad jurídica en su cumplimiento,⁹⁴ es indiscutible

⁹² Tribunal Constitucional de Colombia en la sentencia T-380-93, punto resolutivo primero.

⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693/11 2011, punto 3.2.10.

⁹⁴ Roberto Islas, *Principios jurídicos, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo: 2011), 401 y 402. Recuperado de:

que sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho.⁹⁵

La jurisprudencia interamericana y la práctica internacional han desarrollado una serie de principios jurídicos mínimos que sirven de guía al procedimiento de consulta; bajo el entendido de que no existe una fórmula única aplicable en todos los países para cumplir con este deber de consultar, lo cual es acorde con el principio de flexibilidad establecido en el artículo 34 del Convenio 169, al establecer que la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten deben determinarse teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, tanto culturales como normativas.⁹⁶

En la implementación de la consulta previa (sin ser una lista taxativa) los principios más relevantes son: no discriminación, autoidentificación de los pueblos indígenas, buena fe, representatividad indígena, información previa y reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas.

B. 1. El principio de igualdad o no discriminación

Históricamente, los pueblos indígenas han sido víctimas de discriminación étnica y exclusión social, limitando su desarrollo como pueblos e individuos. En 1969, a partir de la emisión de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se proscribió la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y todas aquellas acciones u omisiones que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.⁹⁷

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf><http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf>

⁹⁵ Roosevelt Jair Ospina Sepúlveda, *Principio de la buena fe y responsabilidad en la administración pública* (Bogotá: 2011), 197 Recuperado de: [file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/8634-25472-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/8634-25472-1-PB%20(2).pdf)

⁹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 301.

⁹⁷ Organización Internacional del Trabajo, *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación Guía sobre el Convenio núm. 111 de la OIT* (2007), 11. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100512.pdf

En relación con este tema, la Organización Internacional del Trabajo distingue entre la discriminación directa y la indirecta. La primera, se refiere a normas, políticas o prácticas que excluyen o desfavorecen a ciertos individuos porque pertenecen a un grupo particular o porque poseen ciertas características (por ejemplo: origen indígena, sexo, religión, etc.). Esta forma de discriminación es generalmente más fácil de identificar. Lo contrario sucede con la segunda, la cual se produce cuando medidas aparentemente neutras (normas, políticas o prácticas) tienen un efecto desproporcionadamente adverso sobre un grupo en particular; incluso medidas con buenas intenciones pueden ser discriminatorias.⁹⁸ Por ejemplo, es muy común que se señalen los beneficios económicos de los proyectos extractivos para el desarrollo de un país y en sí del pueblo indígena, pero en la realidad la experiencia muestra que en la mayoría de los casos aceleran los ciclos de pobreza, hay destrucción de recursos, desplazamientos forzados, salarios mal remunerados, etc.

La aplicación de la consulta previa está bajo la lógica de que no todas las medidas que tienen un efecto negativo sobre los pueblos indígenas son en sí discriminatorias. Tales medidas se pueden permitir si son necesarias y razonables para alcanzar un objetivo legítimo. Por ello, para que una medida específica no se considere como discriminación indirecta, se debería mostrar que el objetivo de la medida tiene en cuenta los derechos y la dignidad de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a ser consultados acerca de asuntos que les conciernen. El posible impacto y los efectos de las medidas planeadas sobre los pueblos indígenas y tribales deberían ser evaluados consultando a las comunidades en cuestión.⁹⁹

Es muy interesante conocer el razonamiento que tuvo la CorteIDH en el caso *Saramaka vs. Surinam*, respondiendo al argumento del Estado respecto a que la legislación a favor de los pueblos indígenas y tribales puede ser percibida como una actitud discriminatoria hacia el resto de la población. La Corte consideró improcedente el argumento, reconociendo que es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones diferentes no necesariamente constituye discriminación no permitida. Es decir, que la legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, la Corte

⁹⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación Guía sobre el Convenio núm. 111 de la OIT* (2007), 11. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100512.pdf

⁹⁹ *Ibíd.* 12.

reafirma la necesidad de adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres.¹⁰⁰

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos apela a la implementación de medidas especiales para equiparar las desigualdades de los pueblos indígenas y garantizar su supervivencia física y cultural. Dentro de esa gama de medidas resalta el derecho de consulta previa como un mecanismo de participación a través del cual pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente en los temas que les afecten y puedan incidir en su supervivencia.¹⁰¹

El Convenio 169, en su artículo 3, establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Asimismo, el artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica de 1949 establece que “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. La norma constitucional consagra la dimensión autónoma del principio de no discriminación, es decir, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido.¹⁰²

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional costarricense ha reconocido la no discriminación como un principio jurídico fundamental. En la sentencia 8724-11, la Sala Constitucional reconoce como principio jurídico fundamental el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad.¹⁰³ Asimismo, en sus precedentes jurisprudenciales reconoce la necesidad de reconocer a los indígenas, además de la plenitud de sus derechos y libertades como seres humanos, otras condiciones jurídicamente garantizadas, mediante las

¹⁰⁰ CorteIDH, *Caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 103)

¹⁰¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 96)

¹⁰² Anne Bayefsky, *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional* (EEUU: publicado en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N.º 1, 1990. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>)

Nota: A manera de ejemplo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), establece que: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de...*”.

¹⁰³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 8724-11.

cuales se logren compensar la desigualdad y discriminación a las cuales están sometidos, con el propósito de garantizar su real y efectiva igualdad en todos los aspectos de la vida social.¹⁰⁴

Integrando a su análisis el concepto de discriminación positiva en relación con el artículo 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el voto 2253-96 consideró que debe darse un mismo trato a los iguales y un trato diferente a los desiguales; debido a que las diferencias existentes entre los sujetos, justifican dar un trato diverso. Estas diferencias o situaciones particulares constituyen "elementos objetivos de diferenciación" que justifican y ameritan un trato diferente, conocido en la doctrina constitucional como "discriminación positiva", que consiste en dar un tratamiento especial a aquellas personas o grupos que se encuentren en una situación de desventaja con respecto a los demás.

Este tratamiento diferenciado busca compensar esa situación de desigualdad original y se orienta al logro de una "igualdad real" entre los sujetos. Debe resaltarse que, esa diferencia de trato no quebranta el principio de igualdad; más bien, resulta de su aplicación y de una adecuada interpretación del Derecho de la Constitución.¹⁰⁵ Sin embargo, la igualdad legal no ha sido garantía del respeto al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Costa Rica. Así lo estableció la Sala Constitucional en el voto 000177-14, donde recaló la estrecha relación entre el principio de no discriminación y el derecho a la consulta:

“...nuestro país como Estado Democrático de Derecho debe garantizar la participación popular activa y plena de sus ciudadanos rechazando cualquier forma de discriminación irrazonable o ilegítima. Especial relevancia presenta el caso de los pueblos indígenas, donde el Estado ha asumido la obligación internacional de resguardar su organización y la participación en la toma de decisiones que les afecte, a participar en la elección de las personas que ocuparán esos cargos, así como, el derecho a elegir y a ser electo. De manera que el Estado debe dotar a los pueblos indígenas de instrumentos a través de los cuales puedan participar libremente y consultar a los grupos indígenas, cada vez que se discuta la emisión de medidas legislativas o administrativas que puedan repercutirles...”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 3002-92.

¹⁰⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2253-96. Ver otras sentencias: sentencia N.º 337-91 de las 14:56 horas del 8 de febrero de 1991.

¹⁰⁶ Para ampliar los criterios de la Sala Constitucional se puede consultar los siguientes votos: 1785-90, 1372-92, 500-95, 5694-081652-12, 4524-12, 135-13 y 3090-13.

B. 2. El principio de autoidentificación de los pueblos indígenas

Entre los argumentos más comunes de los Estados para negar el derecho de consulta está alegar que ciertos grupos no cumplen con los criterios de identificación establecidos en el artículo 1 del Convenio 169. Uno de los motivos más cuestionados es la aculturación. Tal como sostiene el autor Jesús Adanez, la aculturación degenera en la disolución de la cultura dominada en la dominante al aceptar aquella, de forma voluntaria o no, elementos culturales que progresivamente conllevan a la pérdida de identidad.¹⁰⁷ Es esa pérdida de identidad la que generaría un elemento de exclusión en la aplicación del derecho de consulta, lo cual es complejo considerando que estudios antropológicos apuntan a la reetnización de formas lingüísticas y culturales que parecían condenadas a la desaparición.¹⁰⁸

A nivel convencional, el Convenio 169 en su artículo 1.1.b identifica a los pueblos considerados indígenas por “el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, recalcando como criterio fundamental la conciencia de su identidad indígena o tribal (artículo 1.2).

Según los estudios del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, el concepto de auto identificación se refiere al ejercicio del derecho de autodefinirse como perteneciente a un pueblo, al desarrollo de la conciencia individual de pertenencia a este y a la aceptación de esta pertenencia por parte del mismo pueblo. Además, señala que el ejercicio del derecho a ser consultados sobre este aspecto en particular puede evitar definiciones externas de autoidentificación que puedan incurrir en errores por desconocimiento o conveniencia.¹⁰⁹

En Costa Rica, a pesar de ser un país pionero en la defensa de los derechos humanos, fue hasta en el censo 2000 cuando por primera vez se integró el criterio de la autoidentificación

¹⁰⁷ Julio Oliva Muñoz, Organizaciones indígenas ecuatorianas (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010), 67. Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/11076/1/T32206.pdf>

¹⁰⁸ Miguel Alberto Bartolomé, *Gente de costumbre y gente de razón: las identidades étnicas en México* (México: 1997), 5.

¹⁰⁹ Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, *Los Censos 2010 y la inclusión de pueblos indígenas y poblaciones afrodescendientes: Recomendaciones del CELADE* (Santiago: 2009), 3. Recuperado de: http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/0/37790/CELADE_recomendaciones_indigenas.pdf

de las poblaciones indígenas o pertenecientes a otras etnias al censo poblacional, cuando se incluye en la boleta censal una pregunta sobre etnicidad para toda la población y un grupo de preguntas sobre pertenencia a pueblo indígena, lengua hablada y lengua materna en la boleta utilizada en territorios indígenas.¹¹⁰

Un avance importante se dio en el censo de 2011, al integrar tres variables al criterio de autoidentificación cultural, estos son: pueblo de pertenencia, idioma que habla e idioma o lengua en que aprendió a hablar. Es posible establecer que los criterios implementados en nuestro país -de la identificación de la pertenencia étnica de la población- se han basado en el autoreconocimiento o autoadscripción a un grupo étnico (la persona manifiesta su pertenencia al grupo), la lengua hablada (la persona habla la lengua del grupo étnico), la ubicación geográfica (la persona se clasifica en un grupo étnico de acuerdo con el lugar donde reside), por los rasgos fenotípicos (se clasifica a la persona de acuerdo con su raza o color) y la ascendencia étnica de los ancestros de la persona.¹¹¹

La Sala Constitucional de Costa Rica, en la sentencia N° 1786-93 al interpretar este principio, considera que “...son las mismas comunidades autóctonas las que deben definir quiénes son sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que sigue la legislación para el resto de los ciudadanos. Señala que deben respetarse esos criterios y procedimientos para estimar a una persona como miembro de una comunidad indígena”. En este sentido, el autor Ordoñez Cifuentes señala: “La condición indígena no se determina por contenidos biológicos ni tampoco culturales fijos, sino que la cultura y el fenotipo varían entre los pueblos indios, y lo fundamental es la auto identificación y la conciencia de una continuidad histórica con el pasado.”¹¹²

¹¹⁰ Elizabeth Solano, *La población indígena en Costa Rica según el censo 2000, publicado por el Instituto Nacional de Censos y Estadísticas* (San José: 2001), 342. Recuperado de: <http://ccp.ucr.ac.cr/noticias/simposio/pdf/solano.pdf>

¹¹¹ *Ibíd.* 343.

Nota: En el censo 2000, se decidió incluir una pregunta que permitiera conocer la pertenencia por autoadscripción de la población a los más significativos grupos étnicos que conforman la diversidad cultural del país. La pregunta se formulaba para todas las personas, nacionales y extranjeras, y en general fue respondida por un informante del hogar, quedando expresada de la siguiente forma: ¿Pertenece (...) a la cultura indígena, afrocostarricense o negra, china? El término “cultura”, al igual que el de “etnia”, se utiliza con un sentido inclusivo de tradiciones, prácticas y valores asociados a la identidad de los grupos étnicos indígenas, afrocostarricenses y chinos; y no de acuerdo con la apariencia física, color de piel o lugar de residencia o procedencia.

¹¹² Ordoñez Cifuentes (1994, p. 63 y 64)

C. 3. El principio de buena fe

El postulado de la buena fe es un principio general de derecho y su validez en todo el ámbito jurídico es incuestionable. El principio general de la buena fe ha entrañado desde sus orígenes más remotos una misma significación: ideas de lealtad y de confianza (*fides o bona fides*), entendiendo por tales nociones en las relaciones interpersonales, aquella actitud enderezada a realizar lo que se dice, o quien actúa conforme a lo ofrecido; en otros términos, dicha noción implica la necesaria correlación entre la lealtad que la persona guarda por la palabra empeñada y la confianza de la que goza en el medio social en el cual se desenvuelve.¹¹³

Al respecto, el tratadista Jesús Gonzales manifiesta que dicho principio es exigible en la expedición de actos jurídicos, en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de las obligaciones. Por esa razón, precisa que, a pesar de su consagración en una norma legal, ello no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido el carácter de principio; pues esta categoría jurídica, por su propia naturaleza, existe con independencia de su regulación en una norma en forma de regla. Esta última circunstancia se constituirá en una herramienta más de su pleno reconocimiento, pero no en el elemento determinante.¹¹⁴

El Convenio 169 de la OIT (artículo 6) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 19) establecen que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. En este sentido, la buena fe en el desarrollo de la consulta previa implica el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, el cual debe estar caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la voluntad de llegar a un acuerdo común.

En la Guía de aplicación del Convenio 169 de la OIT se resalta que en aras del principio de buena fe, los Estados deben cumplir y fomentar una serie de acciones, como: (a)

¹¹³ Roosevelt Jair Ospina Sepúlveda, *Principio de la buena fe y responsabilidad en la administración pública*, 191 y 192.

¹¹⁴ Jesús González, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, (Madrid: Editorial Civitas Madrid, 1983), 35. Recuperado de: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/discursos/D32.pdf>

proporcionar a los pueblos indígenas información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente y (b) no consultar a cualquiera que declare representar a las comunidades afectadas porque estas deben emprenderse con las organizaciones instituciones genuinamente representativas que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades.¹¹⁵ Sin embargo, la igualdad legal no ha sido garantía del respeto al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Costa Rica. Así lo estableció la Sala Constitucional en el voto 000177-14, donde recalcó la estrecha relación entre el principio de no discriminación y el derecho a la consulta:

“...nuestro país como Estado Democrático de Derecho debe garantizar la participación popular activa y plena de sus ciudadanos rechazando cualquier forma de discriminación irrazonable o ilegítima. Especial relevancia presenta el caso de los pueblos indígenas, donde el Estado ha asumido la obligación internacional de resguardar su organización y la participación en la toma de decisiones que les afecte, a participar en la elección de las personas que ocuparán esos cargos, así como, el derecho a elegir y a ser electo. De manera que el Estado debe dotar a los pueblos indígenas de instrumentos a través de los cuales puedan participar libremente y consultar a los grupos indígenas, cada vez que se discuta la emisión de medidas legislativas o administrativas que puedan repercutirles...”¹¹⁶.

B. 4. El principio de representatividad indígena

Dentro de las condiciones para la realización efectiva de una consulta previa se encuentra la identificación de las instituciones representativas del pueblo indígena. En la mayoría de casos, las instituciones representativas de los pueblos indígenas son establecidas por el Estado, a través de creaciones legales sin tomar en cuenta la realidad cultural de la comunidad. Por ende, si no se desarrolla un proceso de consulta apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales que son verdaderamente representativas de esos pueblos, entonces la consulta no cumpliría con este requisito.

El derecho de los pueblos indígenas a retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas es un derecho fundamental bajo la legislación internacional de los derechos humanos. La existencia de tales instituciones es también un

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 49.

¹¹⁶ Para ampliar los criterios de la Sala Constitucional se puede consultar los siguientes votos: 1785-90, 1372-92, 500-95, 5694-081652-12, 4524-12, 135-13 y 3090-13.

elemento central en la descripción de los pueblos indígenas. El artículo 1(1) del Convenio núm. 169 identifica a los pueblos indígenas como aquellos que han retenido todas o algunas de sus instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, independientemente de su condición legal (ver apartado 1.1). La existencia de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conforma una parte integral de lo que significa ser un pueblo indígena y es en gran medida lo que distingue a los pueblos indígenas de otros sectores de la población nacional. Las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, por tanto, incluyen la promoción y protección del derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener, controlar y desarrollar sus instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, incluyendo sus prácticas, costumbres, derecho consuetudinario y sistemas legales. Tales instituciones también son vitales para garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones que los afectan.¹¹⁷

Es interesante la interpretación de la OIT respecto a las disposiciones del Convenio 169 donde recalca que las mismas no deberían entenderse como que están restringidas únicamente a las instituciones tradicionales, sino que se aplican a las prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas. En otras palabras, las adaptaciones culturales y el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas no deberían

¹¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 49.

Nota: El respeto por las instituciones de los pueblos indígenas se ha reconocido como parte integral del Convenio 169, tal como queda estipulado en una serie de disposiciones: “Artículo 2(1) “[La acción de los gobiernos deberá incluir medidas]: (b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”, artículo 4(1) “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”, artículo 5 “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: (a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; (b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”, artículo 6(1) “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin” ; y artículo 8(2) “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales [...]”.

reducir o impedir la aplicabilidad de estas disposiciones.¹¹⁸ Esto también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 reconoce la interrelación inherente entre las costumbres, tradiciones y las instituciones de los pueblos indígenas, considerando de urgencia “respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales”. Asimismo, en su artículo 5 establece que los pueblos indígenas tienen “derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales...”.¹¹⁹

En Costa Rica, la representación indígena “oficial” de los pueblos indígenas se establece en la Ley Indígena N.º 6.172 de 1978, la cual tiene una regulación ambigua de este principio. Si bien reconoce a los pueblos indígenas capacidad jurídica plena (artículo 2), reafirma en su artículo 4 que estas podrán regirse mediante sus estructuras comunitarias tradicionales “...bajo la coordinación y asesoría de CONAI”. La reglamentación de esta ley (Decreto Ejecutivo #8487-G) establece que para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones las Comunidades Indígenas adoptarán la organización prevista en la Ley N° 3859 de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y su Reglamento (artículo 3). En su artículo 5, establece una contradicción por un lado reconoce que las mientras que, en sus estructuras comunitarias tradicionales, operarán en el interior de las respectivas Comunidades; y las Asociaciones de Desarrollo, una vez inscritas legalmente, representarán judicial y extra judicialmente a dichas Comunidades (artículo 5º).

Ante la Sala Constitucional se ha cuestionado en varias oportunidades la legitimidad tanto de la Comisión Nacional Indígena y las Asociaciones de Desarrollo (ADIS). En la sentencia 2253-96, la Sala reconoce que la CONAI no ejerce una representación ecuaníme de los

¹¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 50.

¹¹⁹ Otras normas relacionadas con la reivindicación de este principio son su artículo 18: “Los pueblos indígenas tienen derecho a [...] mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”, artículo 20: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales...”, artículo 34: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

pueblos indígenas: “...resulta contrario al Derecho de la Constitución, por quebrantar los artículos 6, 7, 8, 12 y 33 del Convenio N° 169 de OIT, al tenor de lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política, ya que la participación de un número indefinido de Asociaciones Pro-indígenas en la Asamblea General de CONAI, hace imposible que los pueblos indígenas tengan una representación que permita que su voluntad sea la que determine el rumbo de las decisiones que les atañen, como lo exige el Convenio 169 de la OIT”.¹²⁰

Sobre la legitimidad de representación de las ADIS, la Sala Constitucional en el voto 2623-02 consideró que lo dispuesto en el artículo 3° del Reglamento Ejecutivo número 8487-G del 26 de abril de 1978, no es contrario al Derecho de la Constitución, en tanto la referida norma no obliga a quienes pertenecen a las comunidades indígenas a formar parte de la Asociación de Desarrollo; son los Estatutos correspondientes los que se encargan de regular el ingreso y el egreso a las mismas y resulta nula toda regulación que establezca una pertenencia obligatoria. Tampoco impide ese cuerpo normativo a los indígenas nacionales formar parte de cualquier organización jurídica de su interés, el alejamiento de este tipo de organización solo conlleva la lógica pérdida de participación en la toma de las decisiones comunales relacionadas con la reserva.¹²¹

En síntesis, a pesar de que los pueblos indígenas han tenido formas propias de organización y representación, las políticas generales y las políticas indigenistas del Estado no las han entendido y propiciado de manera adecuada. La experiencia ha demostrado que las formas de organización y representación impuestas por el Estado no han favorecido el desarrollo de las comunidades indígenas y más bien han provocado divisionismo y enfrentamientos entre sectores de dichas comunidades y entre estas e instituciones públicas y privadas.¹²² Sin embargo, es importante mencionar que en los últimos años hay casos en que las comunidades indígenas de algunos territorios se han apropiado de esta figura y han sabido mantener igualmente, sus estructuras tradicionales como es el caso de la Asociación de Desarrollo Indígena del Territorio Bribri de Talamanca.

¹²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2253-96.

¹²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2623-02.

¹²² Marcos Guevara Berger, *Perfil de los pueblos indígenas de Costa Rica* (San José: 2000) , párr. 12. Recuperado: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_online/perfil%20costa%20rica.htm

B. 5. El principio de acceso a la información previa

El acceso a la información funge como garantía para la toma de decisiones razonadas y dialogadas dentro de un procedimiento de consulta. Tal como dispone el artículo 16 de la Declaración sobre los pueblos indígenas, tanto el tipo de información como los canales por los cuales se difunde deben respetar los sistemas tradicionales de comunicación, sus propios idiomas y los tiempos adecuados para el estudio de dicha información.

En la sentencia *Saramaka vs. Surinam* de 2007, la Corte Interamericana estableció que el deber de consultar requiere que el Estado acepte y brinde información, lo cual implica una comunicación constante entre las partes. También señala que las comunidades deben tener conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto. En consecuencia, al Estado le corresponde brindar la información y propiciar los espacios de diálogo para resolver inquietudes sobre la misma, para que, al llegar a la consulta previa, la comunidad cuente con elementos adecuados para discutir sobre la medida que se proyecta tomar.¹²³

La información suministrada por los Estados debe ser información accesible, suficiente y oportuna como condición de una adecuada consulta previa y en el caso de proyectos esta debe versar sobre dos aspectos: “la naturaleza y el impacto de la intervención externa sobre bienes o recursos de su propiedad; y el proceso de consulta que se va a adelantar y las razones que lo justifican”. Por lo tanto, es indispensable que se brinde a las comunidades indígenas todos los datos relativos al proyecto en cuestión que contribuyan a que sus integrantes adopten una decisión debidamente informada, se incumple este deber cuando se niega o se oculta a las comunidades la información que se encuentra o debería encontrarse en poder del Estado o cuando el procedimiento se reduce a un mero trámite formal.¹²⁴

En Costa Rica, según el criterio de la Sala Constitucional en el voto 880-90 el derecho a la información pública (consagrado en artículo 30 de la Constitución Política) solo puede restringirse estrictamente por dos únicas limitaciones: a) que el asunto sobre el que se

¹²³ Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam*, párr. 17)

¹²⁴ Celeste S. Novelli y Pablo D. Colmegna, *¿Qué tan previa deber ser la consulta previa? Reflexiones en torno al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y la consulta previa* (Madrid: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VII, Número 11, 2013), 135 y 136. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0011A007_0008_investigacion.pdf

requiera información sea de interés público y b) que no se trate de un secreto de Estado.¹²⁵ Asimismo, en el voto 17432-14 afirma que la determinación de si existe un interés público debe ser realizada caso por caso y, siempre, haciendo una ponderación de los intereses en juego. En particular, el derecho de acceso a la información pública debe conjugarse adecuadamente con el derecho a la intimidad que asiste a las personas.¹²⁶

Tal como sostiene la jurisprudencia constitucional de Colombia el acceso a la información es un poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva de derechos colectivos en procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, sean personas o comunidades. Destaca que toda la información debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Así también, reconoce que las autoridades estatales deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes.¹²⁷

B. 6. Principio de reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas

La reforma al artículo 1 de la Constitución Política de Costa Rica aprobada el 24 de agosto de 2015 reconoce el carácter multiétnico y pluricultural de la Nación, dando lugar a la adopción del principio fundamental de respeto a la diversidad étnica y cultural. En ese escenario, el Estado costarricense ha reconocido la importancia y la necesidad de garantizar la existencia de comunidades culturales diversas, reconociendo los derechos que tienen las personas y los grupos humanos diversos culturalmente.

En el contexto multicultural mencionado, el principio de igualdad ante la Ley (artículo 33 Constitución Política) comporta una transformación significativa a partir del reconocimiento del derecho a la diferencia, y en particular, en relación con la adopción del derecho de todos los costarricenses a la diferenciación positiva, el relativismo cultural y del pluralismo

¹²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 880-90.

¹²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 17432-14.

¹²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto C-891-02.

jurídico. En otras palabras, el respeto a la diversidad étnica y cultural implica la coexistencia, en un mismo cuerpo normativo, de dos realidades complementarias: los derechos fundamentales de la persona, y los derechos fundamentales de las colectividades a ser diferentes.

En relación con el reconocimiento de la diversidad cultural en la implementación del procedimiento de consulta, si bien el Convenio 169 y la Declaración de los Pueblos Indígenas simplemente ordenan que la consulta sea a través de “procedimientos apropiados”, la importancia de respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas en el desarrollo de las consultas ha sido reconocida y desarrollada por la CEACR en sus observaciones individuales a Colombia en el 2004 y a México en el 2005. En la primera observación, la CEACR afirmó que la consulta, para que realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos. En el caso de México, la CEACR recomendó al Estado que determinara “un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas”.¹²⁸

La CEACR sostiene que la consulta, para que realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos. Adicionalmente, recomienda determinar un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo, los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso, las formas que tienen los pueblos indígenas de concebir el derecho a la consulta previa. También señala que una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisiones y puedan participar efectivamente, de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales.¹²⁹

En conclusión, los procedimientos de consulta deben ser culturalmente apropiados y según las costumbres y tradiciones de las comunidades. Esta afirmación implica que se tengan en cuenta las particularidades y las dinámicas de los pueblos indígenas, que siempre son diversas porque dependen de sus autoridades, procesos organizativos y de toma de decisiones.

¹²⁸ Organización Internacional del Trabajo , “*Observación (CEACR) sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Costa Rica*” (New York: publicado en 103ª reunión CIT , 2014), 3. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3142869

¹²⁹ Ibid.

Capítulo II. Estándares jurídicos mínimos para la implementación de un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas

La realización efectiva de un procedimiento de consulta tiene una marcada interdependencia con la vigencia de otros derechos esenciales. Para Clavero, el carácter procedimental del derecho a la consulta varía según el grado de reconocimiento de otros derechos indígenas y a su vez se ve afectado por la precariedad de otros derechos sustantivos. Por ejemplo, en Estados que no reconozcan eficazmente el derecho a la propiedad colectiva será difícil el reconocimiento pleno del derecho a la consulta; mientras que, por el contrario, en Estados que hayan logrado la delimitación, la demarcación y la titulación será mucho más fácil determinar el contenido del derecho a la consulta.¹³⁰

Los estándares del derecho internacional dan un margen de amplitud a los Estados para que regulen a lo interno de su legislación el procedimiento de consulta más adecuado a sus condiciones, de suerte que logre recabar la opinión de los pueblos indígenas, independientemente de que esta sea positiva o negativa. Al respecto, el Convenio 169 en su artículo 6 establece que es deber del Estado la implementación de un “procedimiento adecuado”. Sin embargo, este artículo no delimita su contenido, y hace énfasis en que “deberá tener en cuenta las circunstancias del caso y ser realizado bajo el principio de buena fe”. Por su parte, la Declaración reconoce en su artículo 38 que “las medidas concretas para lograr los fines de dicho instrumento se deben realizar en consulta y cooperación con los pueblos indígenas”, por lo cual es imprescindible que los pueblos indígenas participen en la elaboración de los lineamientos del procedimiento de consulta.

De las normas anteriores es posible inferir que no existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas que se aplique a todos los países en todas las circunstancias. Más allá de la estructura formal de un proceso de consulta, lo principal será la manera como se realiza este proceso. Ello se debe a que una consulta mal realizada, que no tenga como fin alcanzar un acuerdo o el consentimiento, aun cuando otorgue toda la información necesaria

¹³⁰ Bartolomé Clavero, *La consulta desde el derecho internacional* (Perú: Exposición realizada en el seminario «Aspectos críticos para la implementación del derecho a la consulta previa en el Perú: mejorando la democracia y el desarrollo», 2012), 10.

y lo haga mediante mecanismos interculturales, pasaría a ser una simple reunión informativa.¹³¹

El cumplimiento de la obligación del Estado de Costa Rica de realizar consultas eficaces a los pueblos indígenas, amerita analizar en el presente capítulo los estándares del derecho internacional que deben respetarse en la implementación de un procedimiento de consulta. En este sentido, la sección A analiza una serie de supuestos establecidos por el derecho internacional que requieren como fin del procedimiento de consulta lograr un acuerdo u obtener el consentimiento del pueblo indígena, dependiendo del nivel de afectación que eventualmente pueda ocasionarles.

Sección A. Análisis de casos sujetos a la realización de un procedimiento de consulta por parte del Estado a los pueblos indígenas según su nivel de afectación

El deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos eficaces no se aplica literalmente siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, pues prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas, al igual que al resto de la población. Para James Anaya, la consulta es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Esta incidencia diferenciada se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas.¹³²

El objeto del procedimiento de consulta también está determinado por la naturaleza del derecho o el interés que esté en juego para los pueblos indígenas de que se trate. A partir del Convenio 169 y la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas, se ha desarrollado una distinción entre los procedimientos de consultas dirigidos a lograr un acuerdo o el consentimiento según el nivel de afectación de la medida. La Declaración dispone que las

¹³¹ Elizabeth Salmon y otros, *La consulta previa libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos* (Lima: Instituto Interamericano de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012), 49 y 50. Recuperado de: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/10/La-consulta-previa-VERSI%C3%93N-FINAL-INTEGRADO-28-08-2012-1.pdf>

¹³² James Anaya, *Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* (New York: Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, resolución A/HRC/12/34, 2009), 16. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>

consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse "... a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19). Mientras que, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que las consultas deberán celebrarse "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"(art. 6, párr. 2).

Según los estándares de la Corte Interamericana, el requerimiento del consentimiento o el acuerdo variará según la importancia, índole y repercusión que pueda tener la medida sobre los derechos y supervivencia de los pueblos indígenas. Tal como lo estableció en el caso *Saramaka vs. Surinam*, el consentimiento como requisito para que el Estado pueda tomar una decisión, únicamente está previsto en casos muy específicos, cuando la materia en cuestión está referida a hechos que puedan afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas y pongan en riesgo su integridad.¹³³

A continuación se realiza un breve análisis sobre los tres supuestos identificados explícitamente por el derecho internacional en los cuales se deberá obtener el consentimiento de los pueblos consultados: a) en caso de desplazamiento forzoso (16.2 Convenio 169), b) en caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas (artículo 29.2, Declaración de la ONU), y c) en los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala (Corte Interamericana, *Caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 134). De igual manera, se describe los dos supuestos en los que se requerirá llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas como son de manera genérica las medidas legislativas y administrativas (artículo 6, Convenio 169).

A. 1. La aplicación del procedimiento de consulta en los casos en que se requiere el consentimiento previo de los pueblos indígenas

A. 1. 1. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala cuya afectación ponga en riesgo las condiciones de subsistencia de los pueblos indígenas

¹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. (San José: Serie C N.º , 2007.), 43. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Este supuesto no se encuentra recogido en ningún instrumento internacional, sino que ha sido una construcción jurisprudencial. Fue la Corte Interamericana en la sentencia *Saramaka vs. Surinam* la primera en pronunciarse sobre estas circunstancias cuando señaló: “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.”¹³⁴

Los proyectos a gran escala principalmente los extractivos tienen una grave incidencia en el ambiente y en la vida de las personas. Es por ello que, en virtud del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la participación, las personas y los pueblos indígenas pueden oponerse y expresar activamente su oposición a los proyectos extractivos, tanto en el contexto de la adopción de medidas sobre los proyectos por el Estado como en otras situaciones, entre otras cosas organizando actos pacíficos de protesta y participando en ellos.¹³⁵

En opinión de James Anaya, cuando los Estados deben llevar a cabo procedimientos de consulta sobre determinados proyectos y los pueblos indígenas interesados se oponen inequívocamente a los proyectos propuestos y declinan participar en las consultas, la obligación de consultar de los Estados deja de existir. En esos casos, ni los Estados ni las empresas necesitan ni deberían insistir en las consultas, mientras que, al mismo tiempo, deben entender que los pueblos indígenas han denegado expresamente su consentimiento.¹³⁶

La cuestión radica entonces en qué consecuencias se derivan de la oposición de los indígenas y su denegación de consentimiento. Tal como se señaló en el capítulo I, el estándar creado por la Corte Interamericana generó una alerta a los Estados considerando que el consentimiento constituía un derecho de veto. Esta afirmación fue negada categóricamente, y posteriormente el estándar se desarrolló de una manera distinta a la concebida en el caso *Saramaka*. En 2013, en el informe presentado al Comité de Derechos Humanos sobre industrias extractivas y pueblos indígenas, el exrelator James Anaya sostuvo que la

¹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka. s. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. (San José: 2007.), 43. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

¹³⁵ James Anaya, *Informe sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas* (New York: Consejo de Derechos Humanos 24º período de sesiones, resolución A/HRC/24/41, 2013), 7. Recuperado de: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>

¹³⁶ James Anaya, *Informe sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, 8 y 9.

obligación general de obtención del consentimiento de los indígenas puede estar sujeta a algunas excepciones, pero solo con arreglo a parámetros rigurosamente definidos. En primer lugar, el consentimiento puede no ser necesario en el caso de las actividades extractivas realizadas dentro de territorios indígenas cuando pueda determinarse de manera concluyente que las actividades no afectarán sustancialmente a los pueblos indígenas en el ejercicio de cualquiera de sus derechos sustantivos en relación con las tierras y los recursos de sus territorios o cuando se pueda determinar que la actividad extractiva solo impondría a los derechos sustantivos de los pueblos indígenas limitaciones permitidas, con sujeción a estrictas condiciones, por el derecho internacional de los derechos humanos.¹³⁷

Otro aspecto relevante es que las consultas con los pueblos indígenas sobre un proyecto extractivo deben tener lugar antes que el Estado autorice o una empresa realice cualquier actividad relacionada con el proyecto dentro de un territorio indígena o en zonas utilizadas, exclusivamente o no, por los indígenas. El exrelator James Anaya manifiesta que, en muchos casos, se llevan a cabo actividades de exploración para una eventual extracción dentro de los territorios indígenas, y las empresas y los Estados sostienen que no están obligados a celebrar consultas para la fase de exploración y que no necesitan obtener el consentimiento, en todo caso, hasta que se otorgue una licencia para la extracción de los recursos. A su juicio esa postura es sencillamente incompatible con el principio del consentimiento libre, previo e informado, habida cuenta de los efectos reales o potenciales en esos derechos cuando se realicen las actividades extractivas.¹³⁸

Por último, el estándar establecido por la Corte Interamericana sobre el derecho al consentimiento en el caso de proyecto a gran escala, se ha aplicado de diferentes maneras por la jurisprudencia constitucional latinoamericana. La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-769/09 aplicó el estándar en un caso de exploración y explotación minera en los Departamentos de Antioquia y Chocó, que involucraba la afectación de más de once comunidades indígenas, la Corte amparó la acción de tutela porque el procedimiento no informó ni consultó a todas las comunidades directamente afectadas, señalando:

“(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y

¹³⁷ *Ibíd.* 10.

¹³⁸ *Ibíd.* 18 y 19.

*previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.*¹³⁹

En Perú, la interpretación del Tribunal Constitucional ha sido más restrictiva. En la sentencia del caso Tuanama I de 2009, sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, consideró que el derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas considerando:

*“De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.”*¹⁴⁰

A manera de conclusión, se prevé a corto plazo que persista la tendencia a la expansión de las industrias extractivas y con ello a la afectación de los territorios de las comunidades indígenas y de su derecho a la autodeterminación. Asimismo, es posible considerar que esta situación se refleje en un incremento de la conflictividad social si continúan las explotaciones sin el cumplimiento del procedimiento de consulta.¹⁴¹

¹³⁹ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-769/09* (Bogotá: 2011), párr. 24. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-769-09.htm>

¹⁴⁰ Tribunal Constitucional de Perú, *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos* (Lima: Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, 2009), párr. 24. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

¹⁴¹ Asociación de Ambiente y Sociedad, *Impacto de las Industrias Extractivas en los Derechos Colectivos sobre Territorios y Bosques de los Pueblos y las Comunidades* (Bogotá: Iniciativa para los Derechos y Recursos (RRI), 2013), 79. Recuperado: http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_5914.pdf

A. 1. 2. El desplazamiento forzoso

La apropiación de las tierras indígenas y recursos naturales a lo largo del período colonial, se produjo como consecuencia de las guerras de conquista impulsadas por los europeos en contra de los indígenas, lo que resultó en una drástica disminución de la población originaria y en el desplazamiento de la población sobreviviente hacia otras tierras.¹⁴² Actualmente, los desplazamientos forzosos se encuentran inmersos en una nueva fase del imperialismo capitalista, que diversos analistas denominan acumulación por desposesión. De acuerdo con esta tesis, una vertiente importante del capital se está enfocando en despojar a los pueblos de sus riquezas naturales. Aguas, bosques, minas, recursos naturales y los saberes ancestrales y conocimientos asociados a su uso común están perdiendo el carácter de bienes comunes que por siglos han mantenido para beneficio de la humanidad, convirtiéndose en propiedad privada y, por lo mismo, en mercancía.¹⁴³

El supuesto del desplazamiento forzado está en el artículo 16(2) del Convenio 169. Sin embargo, en dicho instrumento, si bien se exige en principio el consentimiento de los pueblos indígenas, también se regula la posibilidad de que se los desplace sin que lo hayan otorgado, bajo la salvaguarda de un acuerdo previo de indemnización justa y equitativa y la opción del regreso, siempre que sea posible. Por su parte, la Declaración eleva el estándar al señalar, sin excepción, en su artículo 10: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

Inicialmente, el Convenio 169 de la OIT exigía que el traslado poblacional indígena únicamente pudiera darse de modo excepcional, bajo dos posibilidades alternativas: a) con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo indígena o, b) al término de un procedimiento legal donde dicho pueblo hubiese estado suficientemente representado. Posteriormente, la Declaración restringió estas condiciones, exclusivamente cuando hubiese

¹⁴² José Aylwin, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales* (Chile: Universidad de la Frontera, 2002), p. 4. Recuperado de: http://www.cepes.org.pe/pdf/observatorio_tierras/derecho_pueblos_indigenas_tierra.pdf

¹⁴³ Francisco López Bárcenas, *Pueblos indígenas y megaproyectos: las nuevas rutas del despojo* (México: 2012), párr. 1. Recuperado de: <http://contralinea.com.mx/archivo-revista/index.php/2012/10/21/pueblos-indigenas-megaproyectos-las-nuevas-rutas-del-despojo/>

consentimiento previo, libre e informado.¹⁴⁴ Este criterio fue retomado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Saramaka vs. Surinam*, en el cual estableció que en caso de mega proyectos que pudieran significar traslados poblacionales u otros riesgos para la subsistencia o modo de vida de los pueblos, el Estado requería no solo la consulta sino el consentimiento de dichos pueblos.¹⁴⁵

En la actualidad, los desplazamientos poblacionales derivados de la intervención de los Estados, se han incrementado como consecuencia de la realización de ambiciosas obras de infraestructura y en especial por las grandes represas. Por ejemplo, en el Paraguay la represa Itaipú (Brasil-Paraguay) expulsó de sus ancestrales territorios étnicos a cientos de familias guaraníes de la parcialidad avá-katú-eté, también llamados avá-chiripa. Las indemnizaciones recibidas por parte de la empresa Itaipú Binacional, no fueron suficientes ni para comprar una hectárea, puesto que se argumentó que los afectados no podían ser pagados por tierras de las cuales carecían de títulos de propiedad. Hacia 1981, diversas instituciones indigenistas del país, intentaron desarrollar un plan de reasentamientos que solo se pudo cumplir en forma parcial, pues en la constitución de la Entidad Binacional figuraba únicamente la obligación de indemnizar, pero no de relocalizar a los afectados.¹⁴⁶

También en el Paraguay, la represa Yacyretá (Argentina-Paraguay) obligó a migrar a numerosas familias guaraníes, de la conservativa parcialidad mbya, que habitaban la isla de Mba'epu Yacyretá y la tierra firme cercana; lugares que en el pasado fueran el ámbito de un asentamiento ahora sacralizado en la memoria colectiva. Solamente unos pocos aceptaron ser relocalizados, pues aún antes de ser obligados a ello, abandonaron la isla por considerar que estaban siendo violadas las sagradas normas del estilo de vida que constituye el rasgo fundamental de su identificación étnica.¹⁴⁷

Tal como expone el autor Bartolomé, para las culturas indígenas la tierra no es solo un espacio donde hacer sino un lugar que permite ser; la identidad colectiva tiene en el ámbito residencial una de sus fundamentaciones históricas e ideológicas. Los territorios indígenas

¹⁴⁴ Raquel Yrigoyen Fajardo, *¿En qué casos se requiere el consentimiento previo, libre e informado? Parte I* (Lima: Revista Ius 360, 2012), párr. 6. Recuperado de: <http://www.ius360.com/publico/constitucional/en-que-casos-se-requiere-el-consentimiento-previo-libre-e-informado-parte-i/>

¹⁴⁵ Corte Interamericana, sentencia *Saramaka vs. Surinam*, párr. 134.

¹⁴⁶ Miguel Alberto Bartolomé, *Presas y relocalizaciones de indígenas en América Latina* (México: Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 2, núm. 4, 1992), 19. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/747/74711363002.pdf>

¹⁴⁷ *Ibid.*

no pueden ser tratados, en los procesos de relocalización obligada, desde un punto de vista estrictamente agrario, cuando se ha tratado de restituir superficies por superficies similares. Las tierras no son equivalentes aunque sean de la misma calidad y es por ello lo traumático de la suplantación. Independientemente de su aceptación formal por las distintas legislaciones estatales, es fundamental aceptar el concepto de territorio étnico, que supera y engloba al de propiedad colectiva. La relación con un territorio propio presupone no solo la posibilidad de movilizar recursos económicos, sino también la capacidad para movilizar recursos simbólicos, los que proporcionan fundamento a la identidad social y un sentido posible a la misma reproducción de la cultura.¹⁴⁸

A. 1. 3. El almacenamiento de materiales peligrosos en territorios indígenas

El caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas, también se encuentra en la Declaración (artículo 29.2). Dicho instrumento establece: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”. Este supuesto se enmarca en la protección de sus territorios y del medio ambiente, pues el territorio y los recursos que existen en ellos son esenciales para la vida digna de los pueblos indígenas.

En América del Sur, por ejemplo, son recurrentes los sucesos de derrames de petróleo en territorios indígenas con lo cual se pone en evidencia la falta de controles y medidas de mitigación de las empresas, y sobre el deber de vigilancia y monitorio de las entidades estatales en las fases de ejecución de proyectos en territorios indígenas. En 2014, en el Perú se constató que la empresa estatal Petroperú había derramado miles de cilindros de petróleo crudo sobre el territorio del pueblo Kukamas Kukamiria del río Marañón, en la Amazonía peruana. Este derrame ocurrió por el mal estado del Oleoducto Norperuano, el cual tiene una edad de casi 40 años. De igual manera, en marzo de 2015, la comunidad achuar Pampa Hermosa, denunciaron un derrame de petróleo ocasionado por PLUSPETROL a pocos minutos de su lugar de asentamiento en el Lote 1AB. Según el monitor ambiental, la

¹⁴⁸ *Ibíd.* 23.

extensión del impacto alcanzaba los 1474 metros cuadrados, y el petróleo en la fuente de agua alcanzaba los 25 centímetros de espesor.¹⁴⁹

Esta salvaguarda se ha establecido en las legislaciones nacionales sobre el manejo de residuos peligrosos en territorios indígenas. Por ejemplo, en Guatemala en la Iniciativa de Ley sobre Protección y desechos peligrosos en su artículo 38 establece:

*“La ubicación de centros para realizar operaciones de almacenamiento, tratamiento, incineración y disposición final de desechos peligrosos estará sujeta al cumplimiento de las disposiciones legales sobre evaluaciones de instrumentos ambientales que procuren no degradar el ambiente. La ubicación de estos centros será fuera de cualquier casco urbano, cumpliendo con las normas regulatorias establecidas en los Planes de Ordenamiento Territorial POT, de cada municipio. Así mismo, en las territorios de los pueblos indígenas, serán aplicables los convenios firmados y ratificados en el tema de pueblos indígenas”.*¹⁵⁰

En igual sentido, la Ley sobre sustancia materiales y desechos peligrosos de Venezuela en su artículo 44 contempla:

*“La ubicación de centros para realizar operaciones de almacenamiento, tratamiento, incineración y disposición final de desechos peligrosos estará sujeta al cumplimiento de las disposiciones legales sobre evaluaciones ambientales de actividades susceptibles de degradar el ambiente. La ubicación de estos centros será fuera de cualquier poligonal urbana, cumpliendo con las normas regulatorias del ordenamiento territorial. Así mismo en los hábitat y tierras de los pueblos indígenas, la ubicación de estos centros deberá ser sometida a consulta y aprobación por parte de aquellos pueblos y comunidades que pudieran resultar afectados directa o indirectamente”.*¹⁵¹

Los tres supuestos antes mencionados no son un número cerrado ni excluyente uno de otro, por lo que en el futuro podrían aparecer supuestos nuevos. Sin embargo, es importante señalar que hasta la actualidad son los tres supuestos que tienen mayor consenso en la doctrina y sustento en instrumentos internacionales o jurisprudencia.

¹⁴⁹ Observatorio Petrolero de la Amazonía Norte, *Nuevo derrame de petrolero en territorio Achuar a puertas del fin del contrato de pluspetrol en el lote IAB* (Brasil: 2015), 3. Recuperado de: <http://observatoriopetrolero.org/derrame-de-petroleo-en-territorio-de-la-comunidad-pampa-hermosa-en-el-rio-corrientes/>

¹⁵⁰ Congreso de la República de Guatemala, *Iniciativa de Ley sobre Protección y desechos peligrosos* (Ciudad de Guatemala: 2013), 20. Recuperado de: <http://www.congreso.gob.gt/manager/images/3847DF55-D11E-5E40-B7DB-76B82FD9CDC3.PDF>

¹⁵¹ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, *Ley sobre sustancia materiales y desechos peligrosos* (Caracas: 2001). Recuperado de: http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ley_sus_%20mat_%20des_%20pel.pdf

A. 2. La aplicación del procedimiento de consulta en los casos en que se requiere llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas

A.2.1. Las medidas legislativas y administrativas

La implementación del procedimiento de consulta se activa cuando el Estado debe tomar una decisión administrativa o legislativa (artículo 6 Convenio 169 y 19 de la Declaración) que pueda generar una afectación directa al pueblo indígena y no en todas las circunstancias. La obligación del Estado se centra en garantizar que sea llevado procedimiento de buena fe para la obtención de un acuerdo. Sin embargo, en caso de no llegar a un acuerdo el Estado podría adoptar, motivadamente, decisiones distintas a lo expresado por los pueblos, aunque nunca tendría atribuciones para poner en riesgo la existencia e integridad física y cultural de estos.¹⁵²

La enunciación general de los artículos 6 y 19 encierra un proceso complejo. Para el caso de las medidas legislativas, el Congreso u otra entidad que tenga la posibilidad de emitir normas con rango de ley, tiene la obligación de establecer, con la participación de los representantes de los pueblos indígenas, mecanismos de consulta para cada etapa del procedimiento legislativo, de acuerdo con su propio diseño institucional. En el caso del Congreso, deberá realizarse desde la formulación del proyecto de ley, continuar en el debate del grupo especializado hasta la consideración final del proyecto en la sesión plenaria¹⁵³. Asimismo, esta obligación se extiende a los supuestos en los que se busca aprobar una norma que regule su proceso (consulta sobre consulta), así que cualquier propuesta legislativa que pretenda regular los mecanismos consultivos debe ser previamente negociada con los pueblos indígenas.

En el mismo sentido, la consulta sobre medidas administrativas según dispone el artículo 6(b) del Convenio 169, debe ser convocada por los organismos administrativos responsables de políticas y programas que conciernan a los pueblos indígenas. La consulta previa no debe

¹⁵² Raquel Yrigoyen Fajardo, *Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta y consentimiento* (Lima: publicado como el Capítulo 15 del libro: Álvarez, Natalia et al, Los Libros de la Catarata, Serie ensayos UNESCO, 2009), 11. Recuperado: http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/01_ryf_consulta.pdf

¹⁵³ Amelia Alva, *El derecho de consulta previa a los pueblos indígenas en el derecho internacional* (Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos Núm. 76, 2014), 64 y 65. Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho76.pdf>

ser entendida como una intrusión en las labores administrativas de los funcionarios o servidores públicos, sino como una acción positiva dirigida a eliminar las desigualdades existentes contra grupos históricamente discriminados y compensar las desventajas existentes.¹⁵⁴

En criterio de la Comisión Interamericana, cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena. Considera:

*“los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.*¹⁵⁵

A manera de conclusión de esta sección, pese a la distinción que se realiza entre los casos en que se requiere lograr un acuerdo o el consentimiento, no tiene ninguna trascendencia si el Estado tiene la facultad de actuar aun en contra de la voluntad del pueblo indígena, si sustenta su decisión en motivos objetivos, razonables y proporcionales. Lo cual no es una garantía que esa restricción de derechos sea válida y responda a un objetivo y fin legítimo. En este sentido, cuando el Estado considere necesario adoptar una decisión que impacte el disfrute de derechos de un pueblo indígena, el órgano jurisdiccional respectivo deberá aplicar este test de validez a esa restricción, a efectos de determinar si esa afectación a los derechos indígenas es una restricción válida o si, por el contrario, es una violación de derechos.

¹⁵⁴ *Ibíd.* 65.

¹⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Washington: Resolución OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009), párr. 277. Recuperado de: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

TÍTULO II. La implementación de un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas en América Latina: Colombia, Perú y Costa Rica

La inaplicación de los estándares jurídicos sobre el derecho a la consulta, establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la principal causa de denuncias de los pueblos indígenas. Los casos que se han discutido en las cortes constitucionales versan sobre la no ejecución de la consulta o sobre violaciones en la ejecución del proceso. Es el diseño de las metodologías de consulta en que no existe un verdadero consenso entre los pueblos indígenas y los Estados.

El presente título desarrolla el Capítulo 3, en el cual se analizan tres procedimientos de consulta regulados a través de diferentes instrumentos jurídicos. Los Estados seleccionados fueron Colombia, Perú y el más reciente caso de regulación interna, Costa Rica. La idoneidad de estos se estableció previo un análisis de varios países. En el caso del Perú, es el único país latinoamericano en legislar la consulta, en Colombia por el sólido aporte de la Corte Constitucional en aplicar el control de convencionalidad en relación con la consulta; y por último, Costa Rica debido a que la reciente reforma fue en respuesta a uno de los casos de estudio de esta investigación, el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís.

En este sentido, el análisis comparativo de procedimientos y su interpretación por la justicia constitucional latinoamericana puede dar elementos importantes para comprender cuales son las principales fallas en la aplicación del derecho a la consulta y los retos a los que se enfrentan los pueblos indígenas de la región en la protección de sus territorios y recursos naturales.

Capítulo III. Análisis comparativo de los procedimientos de consulta establecidos en Colombia, Perú y Costa Rica

La institucionalización estatal de un marco de consulta con los pueblos indígenas es un fenómeno reciente, países como Colombia, Perú y Costa Rica han tenido avances significativos. Otros Estados están recién en la etapa de desarrollo de legislación o de políticas, y otros carecen de un enfoque consolidado. En el continente americano la implementación de la consulta no es un proceso uniforme y responde, principalmente al contexto del país. También, es diferente el tipo de instrumento legal que se utiliza que para efectos jurídicos es muy relevante principalmente al exigir su aplicación. Otro aspecto relevante es el control de convencionalidad que realizan los tribunales constitucionales de los instrumentos de derechos humanos y de los estándares jurisprudenciales de la CorteIDH. En algunos casos se refuerza la protección de los derechos de los pueblos indígenas, mientras en otros se desconoce su aplicación a nivel interno. A continuación, se hace una breve reseña de los instrumentos que regulan la consulta en nuestro continente:

Tabla 2. Instrumentos jurídicos sobre el derecho de consulta. Fuente: elaboración propia.

Región	País	Tipo de instrumento	Órgano emisor	Fecha de aprobación
América del Norte	Canadá	Jurisprudencia: Haida Nation vs. British Columbia, Taku River Tlingit First Nation vs. British Columbia, Mikisew Cree First Nation vs. Canada.	Corte Suprema de Canadá.	2004-2005
	México	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Congreso Constituyente de México.	1917 (último reforma 2017)
América Central	Guatemala	Protocolo de principios para la realización de la consulta previa, informada y sincera con los Pueblos Indígenas de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT.	Comisión Presidencial de Derechos Humanos (COPREDEH).	2012-2015.
	Honduras	Convenio 169	OIT	1989
	El Salvador	Convenio 169	OIT	1989

	Panamá	Convenio 107 Constitución de la República de Panamá. Leyes Comarcales y Cartas Orgánicas de las Comarcas.	OIT Asamblea Nacional de Panamá.	1959 2004 1983, 1996, 1997, 1998, 2000.
	Costa Rica	Decreto Ejecutivo	Ministerio de la Presidencia.	2017
América del Sur	Perú	Ley	Asamblea Nacional	2013
	Colombia	Decreto presidencial	Presidente de la República de Colombia.	1998
	Chile	Decreto Supremo N° 66 - Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena.	Ministerio de Desarrollo Social.	2013.

El procedimiento de consulta no posee una fórmula única; estas responden a un contexto socio histórico particular y, sobre todo, a la organización de los pueblos indígenas para exigir sus derechos. Sin embargo, resulta de utilidad estudiar las experiencias de diferentes países con el objetivo de identificar aspectos positivos y negativos en su implementación. Evidentemente, el estudio de experiencias no implica la simple importación de soluciones ni la imposición de figuras externas, si no aporta al estudio de la idoneidad de instituciones a las necesidades o problemas nacionales.¹⁵⁶

El presente capítulo analiza tres instrumentos jurídicos que regulan el procedimiento de consulta en Colombia, Perú y Costa Rica. Los principales cuestionamientos en su implementación y la interpretación de las cortes constitucionales en casos específicos. La selección de esas tres experiencias radica en dos aspectos esenciales como son las reformas normativas que las respaldan y su interpretación en la justicia constitucional.

¹⁵⁶ Adrián Mancera Cota, *Consideraciones durante el proceso comparativo* (México, 2008). Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/121/art/art7.htm>

Sección A. La implementación de un procedimiento de consulta con un enfoque sectorial en la República de Colombia

La población indígena en la República de Colombia, según el censo nacional de 2005 es de 1,4 millones de habitantes, que representa el 3,43% de la nacional. En 2007, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística registró 87 pueblos distintos y 64 lenguas. Sin embargo, pese a su enorme variedad lingüística y cultural y de su dispersión geográfica, han ido desarrollado desde los años setenta un movimiento político y organizativo nacional. Estas han defendido de manera constante que los principios del movimiento indígena son unidad, autonomía, cultura y territorio; la combinación de las primeras dos se traduce en que las reivindicaciones indígenas se presentan hacia fuera de forma unida, pero en el respeto, hacia adentro, de cada pueblo y de sus autoridades tradicionales.¹⁵⁷

La regulación del derecho a la consulta en Colombia tiene diferentes normas según el tema que se trate. El *Decreto 1320* de 1998 regula la consulta en relación con la explotación de recursos naturales dentro de los territorios indígenas. Por su parte, el *Código de Procedimiento Administrativo* cita la consulta obligatoria cuando la Constitución o la ley ordenen su realización previa a la adopción de una decisión administrativa. El *Decreto 4633* de 2011, establece que las medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas del conflicto armado pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas requieren de consulta previa. Por último, el instrumento más reciente es la *Directiva Presidencial N.º 10* de 2013, que guía los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para el desarrollo de proyectos, obras o actividades en sus territorios.¹⁵⁸

La Corte Constitucional de Colombia a través de sus criterios jurisprudenciales ha fortalecido la aplicación del procedimiento de consulta a los pueblos indígenas desde una perspectiva pluricultural. Considera que los procesos de consulta no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas y en todos los casos.

¹⁵⁷ Natalia Orduz, *La consulta previa en Colombia* (Santiago: Documento de trabajo ICSO – N.º 3, 2014), 3. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/121/art/art7.htm>

¹⁵⁸ Gloria Amparo Rodríguez, *De la consulta al consentimiento previo, libre e informado a pueblos indígenas en Colombia* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2014), 55, 56 y 57. Recuperado de: https://www.nmbu.no/sites/default/files/pdfattachments/consulta-previa-al-consentimiento-previo-colombia-gloriaar_0.pdf

Además, estableció los pueblos indígenas deben participar en la elaboración de la metodología de consulta cuando las autoridades requieran tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo.¹⁵⁹

En el presente apartado se realiza un breve análisis de la estructura del procedimiento de consulta previa a las comunidades étnicas en el supuesto de desarrollo de proyectos, obras o actividades según la Directiva Presidencial N.º 10 de 2013 y cuál ha sido la línea de interpretación de la Corte Constitucional en relación con el tema.

A.1. El procedimiento de consulta establecido en la “*Guía de consulta previa a comunidades indígenas y negras*” para la ejecución de proyectos, obras y actividades en territorios indígena

En 2013 fue emitida por la presidencia de la República de Colombia, la *Directiva Presidencial N.º 10* que establece la “*Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas*”. Su ámbito de aplicación se dirige a los ministros de despacho y directores de departamento administrativo del Poder Ejecutivo y establece como principal responsable al Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa.¹⁶⁰ El procedimiento de consulta establecido en la Directiva Presidencial N.º 10 se estructura en cinco fases: 1) certificación de la presencia de comunidades étnicas, 2) coordinación y preparación, 3) preconsulta, 4) consulta previa y 5) seguimiento de acuerdos.

¹⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-737/05 (Bogotá: 2005). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-737-05.htm>

¹⁶⁰ Presidencia de la República de Colombia, *Directiva Presidencial N.º 10 "Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas"* (Bogotá: 2010). Recuperado de: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Directivas/Documents/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%20N%C2%B0%2010%20DEL%2007%20DE%20NOVIEMBRE%202013.pdf>

Tal como se muestra en la siguiente figura:

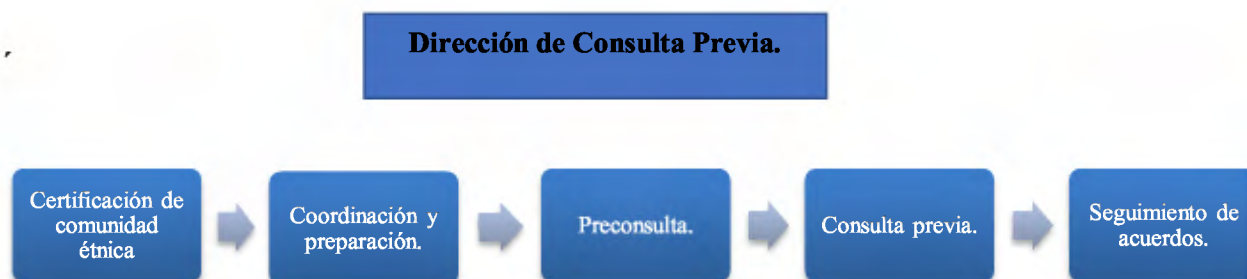


Ilustración 1. Proceso de consulta en Colombia. Fuente: Elaboración propia.

A continuación, se realiza una breve explicación de cada una de las etapas señaladas:

- a) Etapa 1. La solicitud de certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa.

En esta etapa el interesado en la ejecución de un proyecto, obra u actividad (que puede ser una empresa privada o estatal) realiza una solicitud a la Dirección de Consulta Previa para certificar la presencia o no de comunidades étnicas según sus bases de datos o a través de una visita de verificación en campo cuando sea necesaria. Específicamente, debe evaluarse si el proyecto se pretende realizar en: territorios titulados a comunidades étnicas de manera colectiva, territorios destinados a comunidades étnicas de manera colectiva (pero que aún no figuran como formalmente titulados) territorios baldíos donde habitan comunidades étnicas y resguardos coloniales. En caso de no tener certeza sobre los límites espaciales, colindancias y proximidad del área solicitada en relación con territorios que registren presencia de comunidades étnicas, se debe realizar una visita de verificación.¹⁶¹

- b) Etapa 2: La coordinación y preparación institucional.

En esta etapa se determina según las características del proyecto si se requiere del consentimiento previo libre informado (traslado o desplazamiento de las comunidades, almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas o que la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve

¹⁶¹ Presidencia de la República de Colombia, 2010, 3.

poner en riesgo la existencia de la misma) o llegar a un acuerdo con la comunidad indígena. Asimismo, se deberá identificar a los representantes de las comunidades étnicas y las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el proyecto, obra o actividad que se consultará.¹⁶²

c) Etapa 3: La ejecución de la pre consulta.

En esta etapa se establece un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del Proyecto, Obra o Actividad, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas. Para ello se debe presentar a las comunidades el marco jurídico de la consulta previa y garantizar que exista un espacio para que las comunidades expresen sus inquietudes frente al marco jurídico expuesto. En esta etapa participan los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, a través de todos los medios que estén a su disposición.¹⁶³

d) Etapa 4: La ejecución de la consulta previa.

Una vez establecida la metodología a seguir en el proceso de consulta, se debe convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al Ejecutor, a las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para la apertura de la consulta. Se desarrollan reuniones de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, la explicación y la información entregada por el ejecutor del proyecto a las comunidades étnicas deben ser efectuadas de manera adecuada, según la cultura de cada comunidad.¹⁶⁴

Posterior a las discusiones entre las partes se debe tratar de alcanzar acuerdos producto de la consulta previa con las medidas de manejo acordadas y los plazos para ejecutarlas. Si el proyecto no necesita la obtención del consentimiento previo libre e informado, y no es posible llegar a un acuerdo con la comunidad, las entidades competentes deberán valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto. La decisión de las autoridades competentes debe estar desprovista

¹⁶² Presidencia de la República de Colombia, 2010, 3.

¹⁶³ Presidencia de la República de Colombia, 2010, 3.

¹⁶⁴ Presidencia de la República de Colombia, 2010, 4.

de arbitrariedad; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad.¹⁶⁵

En caso que si se requiere el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, la Dirección de Consulta Previa debe asegurarse de informar a las entidades competentes del sector sobre su deber de explorar las alternativas menos nocivas para las comunidades étnicas. Si de dicho proceso resulta que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento y desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.¹⁶⁶

Por último, en las situaciones en que es necesario obtener el consentimiento previo, libre e informado, pero este no haya sido manifestado por los representantes de la comunidad, no se protocolizará ningún documento. Así constará en el Acta de Consulta Previa y se convocará a una reunión de respuesta inmediata para discutir el caso si no era necesario obtener el consentimiento, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional y si fuese posible formular acuerdos con los representantes de las comunidades, estos se protocolizarán.¹⁶⁷

e) Etapa 5: El seguimiento de los acuerdos.

Los acuerdos protocolizados en la consulta previa deben efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas. Para lo cual se debe hacer requerimientos periódicos al responsable del proyecto para verificar que se están cumpliendo los acuerdos, mediante la creación de un Comité de Seguimiento. Asimismo, debe comunicarse de manera periódica con las comunidades para verificar que sí se están cumpliendo los acuerdos.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Presidencia de la República de Colombia, 2010, 4.

¹⁶⁶ Presidencia de la República de Colombia, 2010, 4.

¹⁶⁷ Presidencia de la República de Colombia, 2010, 5.

¹⁶⁸ Presidencia de la República de Colombia, 2010, 5.

A.2. El criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho de consulta previa a las comunidades étnicas

Las críticas más frecuentes que se realizan a las consultas previas de medidas administrativas o proyectos son de carácter procedimental. Las denuncias que recibe la Organización Nacional Indígena de Colombia por parte de las comunidades étnicas señalan que las consultas no han sido previas, ni libres, ni informadas, ni se realizaron con la autoridad representativa étnica correspondiente, ni incorporaron la opinión de los pueblos es tenida en cuenta al adoptar la decisión final, ni se da seguimiento a los acuerdos.¹⁶⁹

Ante este panorama y en ausencia de una ley que regule la consulta, las comunidades étnicas de Colombia han elegido una ruta de exigibilidad del derecho basada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mientras que el Estado ha optado por reglamentar los procedimientos de consulta a través de Decretos (1320 de 1998 y 2613 de 2013) o de Directivas Presidenciales (01 de 2010 y 10 de 2013). Estos instrumentos han sido inaplicados en casos específicos por la Corte al considerarlos lesivos de los derechos fundamentales, en tanto “[esas] norma[s] de derecho blando se hacen agregaciones normativas de reserva de ley estatutaria que escapan al control de constitucionalidad y legalidad”, que terminan expropiando el contenido sustancial del derecho a la consulta.¹⁷⁰

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia consistió en un primer momento en el reconocimiento de la consulta como derecho fundamental que puede ser exigido a través de la acción de tutela. La Corte exigió el cumplimiento de la consulta como un mecanismo para escuchar las posiciones de las comunidades afectadas, pero dejando siempre por fuera de su alcance la decisión final. La Corte determinó que, en caso de no llegar a acuerdos, el gobierno debía decidir la viabilidad de la medida “sin arbitrariedad ni autoritarismo”. Estableció varios principios para la consulta previa, como por ejemplo que debe ser realmente previa a la toma de decisiones que afecten a los pueblos étnicos, de buena fe, con respeto a

¹⁶⁹ Diana Milena Murcia Riaño, *Revisión crítica del derecho a la consulta previa de proyectos y sus procedimientos* (Bogotá: Revista N.º 55/56 Conflictos ambientales y territoriales en Colombia, 2014). Recuperado de: <http://semillas.org.co/es/revista/revisi>

¹⁷⁰ *Ibíd.*

usos y costumbres de cada pueblo indígena, con sus autoridades representativas y exigibles siempre que se afecte su territorio, incluso cuando este no haya sido titulado.¹⁷¹

Un precedente relevante de la Corte Constitucional fue después de la emisión de la sentencia *Saramaka vs. Surinam*, en la cual la CorteIDH introduce la exigencia del consentimiento. En palabras de la Corte:

*“...cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.*¹⁷²

Posteriormente menciona en la *sentencia T-129/11*:

*“(...) como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.”*¹⁷³

La Corte Constitucional también ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre consulta previa de medidas legislativas. Hasta el año 2008 predominó el principio de que la consulta es obligatoria antes de que el proyecto de ley ingrese al Congreso, pero que el gobierno es flexible para determinar cómo la hace y que, en todo caso, no está obligado a llegar acuerdos. Hasta ese momento, no declaró inconstitucional ninguna norma por ausencia

¹⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-039* (Bogotá: 1997). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm> . Véanse además, las sentencias T-652 de 1998, C-891 de 2002, C-418 de 2002, SU-383 de 2003.

¹⁷² Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-769/09*, Bogotá: 2009). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-769-09.htm>

¹⁷³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-129/11* (Bogotá: de 2011. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>

de consulta previa.¹⁷⁴ En el año 2008, sin embargo, la Corte presentó lineamientos más precisos, cuando por ausencia de consulta previa comenzó a declarar inconstitucionales normas como la Ley Forestal, el Estatuto de Desarrollo Rural y la reforma al Código de Minas, aunque a esta le dio una constitucionalidad de dos años.¹⁷⁵

En estas sentencias, la Corte determinó que hay leyes de carácter general que afectan a los pueblos étnicos en cuanto tales, es decir, que pueden generar cambios positivos o negativos en su identidad cultural. En estos casos, el gobierno está obligado a consultar estas leyes y a acordar las metodologías de consulta en espacios apropiados, como la Mesa Permanente de Concertación. Como consecuencia, el Estado ha sido más cuidadoso en la expedición de leyes que requieran consulta previa y la realizó para el Plan Nacional de Desarrollo y para la normatividad sobre víctimas indígenas, afrocolombianas y gitanas. A pesar de este estándar alto, de manera paralela, la Corte revisó la constitucionalidad de varios tratados internacionales, incluidos algunos de libre comercio, en los que estableció que cuando las medidas son demasiado generales no deben consultarse. Sin embargo, la aplicación concreta de políticas, programas o proyectos que se desprendan de estos tratados y que afecten directamente a pueblos étnicos, sí tendrán que ser consultadas antes de su diseño y ejecución.¹⁷⁶

Sección B. La implementación de un procedimiento de consulta por órganos descentralizados en el caso de la República del Perú

En 2017, se realizó en Perú el XII Censo de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas y se incluyó por primera vez una pregunta de auto identificación étnica que tenía como objetivo recoger información de las personas mayores de 12 años considerando elementos como antepasados, sus costumbres, fiestas, expresiones artísticas, u

¹⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169/01(Bogotá: de 2001. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-169-14.htm>

¹⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030/ 08 (Bogotá: de 2008. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>

¹⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-715/ 08. (Bogotá: 2008). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-715-12.htm>

otros.¹⁷⁷ Los resultados aún no están a disposición de la sociedad civil, por lo que el dato más reciente sobre población indígena es del censo de 2007 en el cual se identificó 332 975 personas indígenas. Los Departamentos de Loreto (105 900), Junín (73 637), Amazonas (52 153) y Cuzco (15 230) fueron los que concentraron la mayor cantidad de población indígena.¹⁷⁸

En Latinoamérica, Perú es el único país en legislar el derecho a la consulta previa a través de una ley nacional. Sin embargo, a nivel interno existían otras normas sectoriales como el Decreto Supremo 023-2011-EM, que aprueba el *Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas emitido por el Ministerio de Energía y Minas* (actualmente derogado). Dicho reglamento fue objeto de críticas de los diversos sectores pues no respetaba los estándares internacionales y estaba más orientado a brindar información que a consultar realmente a los indígenas.¹⁷⁹

En 2011, posterior a un largo conflicto entre los pueblos indígenas peruanos y el Estado, que tuvo escenarios de violencia en varias comunidades que se oponían al desarrollo de megaproyectos mineros. Se logra emitir la *Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. En su artículo 1 dispone que dicha ley: “desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente”. Considera que también corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional (artículo 2) con el objetivo de alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios (artículo 3).¹⁸⁰

¹⁷⁷ Instituto Nacional de Estadística e informática. *Resultados de los Censos Nacionales 2017: XII de Población y VII de Vivienda* (Lima: 2018). Recuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1538/libro.pdf

¹⁷⁸ Instituto Nacional de Estadística e informática. *Resultados de los Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda* (Lima: 2008). Recuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0789/Libro.pdf

¹⁷⁹ Mirva Aranda Escalante, *Los desafíos de la implementación de la consulta en el Perú* (Lima: 2012), 202. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3511/10.pdf>

¹⁸⁰ Presidencia de la República del Perú, *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)* (Lima, 2011). Recuperado de: <http://www.presidencia.gob.pe/ley-de-consulta-previa-promulgada-hoy-en-bagua>

A continuación, se realiza una breve descripción del procedimiento de consulta establecido en la Ley de consulta previa, las críticas que ha recibido respecto a su implementación y el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional del Perú.

B.1. La regulación del procedimiento de consulta en la Ley N.º 29785 Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y su reglamento

En 2011, la Ley de Consulta Previa fue aprobada en respuesta a los enfrentamientos ocurridos en la comunidad de Bagua en rechazo a la privatización de los bosques y recursos hídricos a través de decretos inconsultos¹⁸¹. Sus contenidos más resaltantes, son la identificación de un procedimiento de consulta con etapas orientadoras y el establecimiento del acuerdo entre Estado y pueblos indígenas como vinculantes u obligatorios. No obstante, esta norma también contiene aspectos criticables: no incluye causales de consentimiento previo; no define un órgano técnico para su implementación, sino que su función recae en el Viceministerio de Interculturalidad, que no cuenta con participación indígena en su conformación; y pretende darle carácter de no revisable a las medidas administrativas y legislativas anteriores a su entrada en vigencia, entre otras.¹⁸²

En dicha ley respecto a la metodología de consulta se establecen de manera general 8 fases para la realización del procedimiento de consulta previa, las cuales son explícitamente desarrolladas en el Reglamento a la ley. Estas son: 1) identificación de medidas objeto de consulta (artículo 9), 2) identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados (artículo 10), 3) publicidad de la medida legislativa o administrativa (artículo 11 y 15), 4) información sobre la medida legislativa o administrativa (artículo 12), 5) evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios (artículo 13), 6)

¹⁸¹ La causa que originó a los indígenas a hacer una propuesta fue el rechazo a una serie de decretos dictados por el actual presidente peruano Alan García Pérez. Estos decretos fueron dichos en el 2008. Las comunidades indígenas sostienen que esas normas son “lesivas” a sus intereses y permiten la “privatización” de los bosques y recursos hídricos. Bajo esos argumentos bloquearon las carreteras, cerraron las válvulas de gasoductos y bloquearon, también, la navegación en los ríos. Véase: <http://origendeunconflicto.blogspot.com/>

¹⁸² César Gamboa y Sébastien Snoeck (Editores), *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta Previa y su reglamento* (Lima: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2012) Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31020.pdf> p.15

realización de un proceso de diálogo intercultural (artículo 14), 7) decisión final (artículo 15); y 8) etapa de seguimiento. Se describen estas etapas en la Ilustración 2:



Ilustración 2. Proceso de consulta de Perú. Fuente: elaboración propia.

De manera general cada una se desarrolla de la siguiente manera:

a. Etapa 1: La identificación de la medida a consultar.

Esta etapa consiste en la identificación que debe realizar la entidad promotora de aquellas propuestas de medidas legislativas o administrativas a su cargo, que sean susceptibles de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, a fin de realizar el respectivo proceso de consulta.

La entidad promotora es la entidad estatal responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta, en el marco establecido por la Ley de Consulta y su Reglamento. Son entidades promotoras aquellas establecidas en el artículo 3° literal g) de dicho Reglamento.¹⁸³

b. Etapa 2: La identificación de los pueblos indígenas a ser consultados y sus organizaciones representativas.

Esta etapa consiste en la identificación de los pueblos indígenas que serán consultados y sus organizaciones representativas. Para esta identificación, el/la funcionario/a estatal de la entidad promotora debe tener en cuenta el contenido de la medida, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.¹⁸⁴

¹⁸³ Presidencia de la República del Perú, 2011, 1.

¹⁸⁴ Presidencia de la República del Perú, 2011, 1.

c. Etapa 3: La publicidad de la medida.

La etapa de publicidad de la medida consiste en la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa que se consultará y del Plan de Consulta, por parte de la entidad promotora, a las organizaciones indígenas representativas de los pueblos indígenas identificados. Desde esta etapa se contabiliza el plazo del proceso de consulta previa. El/la funcionario/a estatal de la entidad promotora debe proporcionar a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, el Plan de Consulta en su versión final, el cual se recomienda elaborar a lo largo de las Reuniones Preparatorias. La entrega debe ser realizada a la persona que se encuentre incluida en la Base de Datos Oficial como representante del pueblo indígena.¹⁸⁵

Además del contenido antes señalado para el Plan de Consulta, este debe ser entregado conjuntamente con la propuesta de medida. Ambos documentos deben estar redactados en el idioma de los pueblos indígenas y ser entregados a sus representantes mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados. Una vez que los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas hayan sido identificadas, en la etapa correspondiente, el/la funcionario/a estatal de la entidad promotora también debe proceder a la acreditación de los representantes de dichos pueblos. Para ello, los pueblos indígenas nombran a sus representantes, conforme a sus propios usos y costumbres.¹⁸⁶

d. Etapa 4: La divulgación de información.

En esta etapa, el/la funcionario/a estatal debe brindar información sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida propuesta, tanto a los pueblos indígenas como a los representantes que participen del proceso de consulta. Ello tiene como finalidad que los pueblos indígenas cuenten con todos los elementos necesarios para analizar la medida y deberá efectuarse desde el inicio del proceso de consulta. El plazo de la etapa de información puede durar entre treinta (30) y sesenta (60) días calendarios, según lo que establezca la entidad promotora.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Presidencia de la República del Perú, 2011, 1.

¹⁸⁶ Presidencia de la República del Perú, 2011, 1.

¹⁸⁷ Presidencia de la República del Perú, 2011, 2.

e. Etapa 5: La evaluación interna de la medida.

La etapa de evaluación interna consiste en el análisis y valoración realizada por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y sus representantes, sobre los alcances e incidencias que tendrá la medida objeto de consulta en cuanto a la afectación directa sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, calidad de vida y desarrollo de dichos pueblos. Si bien esta etapa es exclusiva de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y sus representantes, en el marco de su autonomía, el Estado debe prestar apoyo logístico para su realización.¹⁸⁸

f. Etapa 6: El diálogo entre las partes.

En esta etapa se concreta el diálogo entre el Estado y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas a través de sus representantes, por medio del análisis y búsqueda de consensos en aquellos aspectos en los que se presentan diferencias entre la propuesta de medida y las posiciones presentadas por los pueblos indígenas. El proceso de consulta puede verse interrumpido por razones ajenas a las partes y, también, por voluntad propia de los pueblos indígenas. Para estos casos, se ha regulado las figuras de suspensión, desistimiento y abandono del proceso. Al concluir la etapa de diálogo, el/la funcionario/a estatal de la entidad promotora debe proceder a la firma de la respectiva Acta de Consulta. El contenido del Acta de Consulta comprende los acuerdos arribados, los desacuerdos y los actos u ocurrencias desarrollados durante la etapa de diálogo.¹⁸⁹

g. Etapa 7: La decisión final.

En esta etapa, la entidad promotora toma la decisión final respecto a la medida objeto de consulta y adopta las medidas que sean necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Esta decisión debe ser motivada analizando la consecuencia de la adopción de la medida respecto a los derechos colectivos reconocidos en la Constitución y en los tratados ratificados por el Estado.¹⁹⁰

h. Etapa 8: El seguimiento en la implementación de los procesos de consulta.

Culminado el proceso de consulta se deberán seguir acciones a fin de asegurar el cumplimiento de los acuerdos arribados entre la entidad promotora y los pueblos indígenas.

¹⁸⁸ Presidencia de la República del Perú, 2011,2.

¹⁸⁹ Presidencia de la República del Perú, 2011,2.

¹⁹⁰ Presidencia de la República del Perú, 2011,2.

El Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, encargado de realizar dicho seguimiento, en coordinación con la entidad promotora. En el marco de lo establecido en la Ley de Consulta y su Reglamento, el Viceministerio de Interculturalidad tiene a su cargo el registro de los resultados de las consultas realizadas, para lo cual se ha creado el libro de Registro de Resultados de los Procesos de Consulta Previa respectivo. En ese sentido, las entidades promotoras deben remitir los respectivos informes de Consulta al Viceministerio de Interculturalidad.¹⁹¹

B. 2. La interpretación del Tribunal Constitucional del Perú sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios

A nivel práctico, se han constado graves problemas en la implementación del derecho de consulta previa según los parámetros establecidos por la ley. Es posible señalar que la ley establece una restricción para identificar a los pueblos indígenas peruanos, pues en el párrafo segundo establece que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas u originarias no son pueblos indígenas, salvo que encajen en los criterios de la ley (parte de una presunción negativa y le pone a comprobar su etnicidad, problema radica en que los pueblos indígenas peruanos han utilizado históricamente las categorías campesinas y nativas en materia de titulación de tierras debido a la estigmatización de la categoría indígena).¹⁹²

Un segundo aspecto, es que el Estado reconoció el carácter previo de la consulta solo a partir de su entrada en vigencia. Establece que la obligación de consultar sería exigible noventa días después de su publicación en el diario oficial El Peruano. Omitiendo la suscripción del Estado peruano del Convenio 169 data de 1997. Además, establece que las medidas administrativas y legislativas anteriores a la vigencia de la ley no serán alteradas ni modificadas por la ley de consulta.¹⁹³

¹⁹¹ Presidencia de la República del Perú, 2011,2.

¹⁹² Juan Carlos Ruiz Molleda , *Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla* (Lima: 2015), 181. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12474/13036>

¹⁹³ *Ibid.* 182 y 183.

Los primeros antecedentes del Tribunal Constitucional Peruano sobre la consulta previa se dieron en los casos AIDSESEP II y Tuanama I, ambos de 2009. En el primer caso, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESEP) interpuso un recurso de agravio constitucional exigiendo que el Ministerio de Energía y Minas cumpliera con adecuar sus “normas”, “reglamentos” y “directivas” de conformidad con en el Convenio N.º 169 de la OIT respecto a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio, y a los recursos naturales.

En dicha sentencia el Tribunal estableció que si bien no existe una ley que haya desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería que no existe, dicha argumentación se debe desvirtuar en razón a que el Convenio N.º 169 vincula a todos los poderes públicos y no solo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N.º 169, deben ser consultadas”.¹⁹⁴

El Tribunal Constitucional continuó su análisis considerando que ninguno de los reglamentos emitidos hasta esa fecha había logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT y que limitan a habilitar “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, convirtiéndolos en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Expresando que “entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación.”¹⁹⁵

Posteriormente, se conoció la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1089 que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y

¹⁹⁴ Tribunal Constitucional del Perú, *Caso Asociación Interétnica de desarrollo de la selva peruana* (AIDSESEP) (Lima: Expediente N.º 06316-2008-PA/TC, 2008), párr. 26. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>

¹⁹⁵ *Ibíd.* párr. 62.

Titulación de Predios Rurales publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008. Los demandantes alegaron que dicha norma fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral.¹⁹⁶

En este caso el Tribunal Constitucional estableció interpretaciones interesantes, a pesar que declaró sin lugar la acción al considerar que se trataba de una norma de carácter general y que no generaba una afectación particular a los pueblos indígenas. En esta sentencia, el Tribunal rechaza categóricamente que el derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo.¹⁹⁷

El Tribunal también desarrolla cual es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta, dividiéndole en tres aspectos: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. Señala que el primer supuesto resulta incumplido si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta.¹⁹⁸ Por último, el tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Tribunal Constitucional del Perú, *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y 5000 ciudadanos* (Lima: 2009). Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

¹⁹⁷ *Ibíd.* párr. 24.

¹⁹⁸ *Ibíd.* párr. 38.

¹⁹⁹ *Ibíd.* párr. 40.

Sección C. La consulta sobre la consulta: el enfoque participativo de la consulta previa en Costa Rica

En Costa Rica según los datos del Censo Nacional del 2011, 104.143 personas se autoidentifican como indígenas (Ver Ilustración 3). El tamaño de los territorios indígenas es muy heterogéneo, tanto en términos poblacionales como geográficos. Por el número de habitantes, destacan Talamanca Bribri y Chirripó, que en conjunto alberga al 30% de los pobladores de territorios indígenas. En términos de la ubicación geográfica, con excepción de Quitirrisí y Zapatón, los territorios indígenas se encuentran fuera del Valle Central, con una riqueza natural muy amplia, algunos de difícil acceso, y la mayoría de ellos son áreas con baja densidad de población.²⁰⁰

Territorio	Se considera indígena		Total
	SI	NO	
Costa Rica	104.143	4.197.569	4.301.712
Fuera de territorio indígena	68.200	4.185.012	4.253.212
En territorio indígena	35.943	12.557	48.500
Talamanca Bribri	7.772	596	8.368
Chirripó	5.985	356	6.341
Kekoldí	1.062	2.513	3.575
Boruca	1.933	1.295	1.295
Cabagra	2.363	825	3.188
Tayni	2.641	209	2.850
Térraba	1.267	817	2.084
Quitirrisí	999	966	1.965
Conteburica	1.144	719	1.863
Salitre	1.588	219	1.807
Coto Brus	1.612	173	1.785
Matambú	1.085	600	1.685
Abrojo Montezuma	610	884	1.494
Talamanca Cabécar	1.408	27	1.435
Guatuso	498	925	1.423
Ujarrás	1.119	202	1.321
Curré	660	429	1.089
Bajo Chirripó	752	171	923
Telire	533	12	12
Nairi Awari	223	250	473
Zapatón	355	97	452
Altos de San Antonio	180	162	342
Osa	108	51	159
China Kicha	46	59	105

Ilustración 3. Distribución de la población según territorio indígena por autoidentificación étnica, año 2011.

Fuente: Observatorio de Desarrollo, Universidad de Costa Rica.

Estas características demográficas, históricas, culturales y geográficas de un territorio indígena, son elementos muy importantes a considerar la aplicación de un proceso de consulta. El último caso, discutido en la Sala Constitucional sobre violación a este derecho

²⁰⁰ Observatorio de Desarrollo, Universidad de Costa Rica. *Atlas de los pueblos indígenas de Costa Rica* (San José: 2014). Recuperado de: <http://www.pueblosindigenas.odd.ucr.ac.cr/index.php/etnias/etnias-descripcion-general>

como se verá adelante trata sobre la no inclusión de la comunidad de Alto Chirripó en un proceso de consulta por ser una de las comunidades más aisladas y de difícil acceso. Otro aspecto a considerar por ejemplo, son aquellas comunidades donde siguen utilizando su lengua y el español muy esporádicamente como son los nagbes, bribris y cabécares. En este sentido, es necesario realizar un diagnóstico previo de las condiciones de las comunidades con las cuales se dialoga y diseñar una metodología de consulta culturalmente adecuada y acorde con la realidad.

En Costa Rica, los antecedentes de los procesos de consulta datan desde 1996 con la primera consulta documentada sobre la discusión del texto de la Ley de Autonomía Indígena de los Pueblos Indígenas. Entre 2007 y 2009, el Ministerio de Educación Pública realizó una consulta que tuvo como objetivo la formulación de una Reforma al Decreto del Subsistema de Educación Indígena. En 2010, la Asociación de Desarrollo Indígena de Térraba da el visto bueno al Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados para el inicio de las obras de construcción del acueducto de Térraba. Entre 2012 y 2013, el Ministerio de Cultura y Juventud llevó a cabo un proceso de consulta con el objetivo de elaborar la Política Nacional de Derechos Culturales y la propuesta de un proyecto de Ley General de Derechos Culturales.²⁰¹

A diferencia de los casos anteriores, la realización del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís por el Instituto Costarricense de Electricidad en parte de los territorios indígenas de Térraba y China Kichá tuvo una fuerte oposición por los impactos sociales, culturales y biológicos para los pueblos indígenas y los ecosistemas. En 2011, la Sala Constitucional en la sentencia 12975 determinó que el proyecto no cumplía con el requisito del proceso de consulta previa del Convenio 169, por lo cual el proyecto no debía continuar hasta subsanar dicho incumplimiento.²⁰² En 2014, a falta de llegar un consenso se recibió la visita del exrelator para los pueblos indígenas James Anaya quien resaltó la importancia de realizar una “consulta sobre la consulta” como un elemento necesario para “lograr un clima de confianza

²⁰¹ Gobierno de la República de Costa Rica, *Consultas en Costa Rica* (San José: 2016). Recuperado de: <http://www.consultaindigena.go.cr/consultas-costa-rica/>

²⁰² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia 12975-2011* (San José: 2011).

y respeto mutuo en las consultas”, por lo que se debe procurar que “el procedimiento consultivo en sí sea resultado del consenso.”.²⁰³

En 2016, el Poder Ejecutivo emitió la “*Directriz Presidencial N.º 042-MP Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas*” y se encomendó al Ministerio de la Presidencia (a través del Viceministerio de la Presidencia en Asuntos Políticos y Diálogo Ciudadano) ser el ente responsable de guiar el proceso de consulta con los pueblos indígenas. El proceso concluyó el 05 de abril de 2018 con la emisión del Decreto N.º 40932-MP-MJP Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas en el Diario Oficial La Gaceta.

Es necesario considerar que los casos mencionados responden a contextos históricos, sociales y políticos distintos. Actualmente, es muy común alegar o interpretar por ejemplo los derechos indígenas como derechos humanos; sin embargo, es un fenómeno reciente. También, cada caso tiene sus particularidades específicas en relación con el tema que trate, la entidad pública que la promueva y la comunidad indígena que se trate.

C.1. El proceso de consulta regulado en el Decreto N.º 40932-MP-MJP Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas

En primer término, la norma establece que la consulta es exclusiva para los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por una medida administrativa (Ver Tabla 3), proyecto de ley promovido por el Poder Ejecutivo o proyecto privado. Su realización recae sobre el Gobierno de la República y no puede ser delegada en terceros o sujetos de derecho privado de ningún tipo. En caso, que el pueblo indígena exprese su negativa de participar, el gobierno deberá abrir los canales de diálogo.²⁰⁴

Tabla 3. Medidas administrativas sujetas a consulta. Fuente: Convenio 169 y DNUDPI.

Convenio 169	DNUDPI
a. Exploración o explotación de los recursos naturales dentro	a. Medidas relacionadas con la adaptación de la legislación interna a la Declaración (Art. 38 de la DNUDPI);

²⁰³ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica* (New York: 2011). Recuperado de: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/593/Reporte%20anual%202013?sequence=1>

²⁰⁴ Gobierno de la República de Costa Rica, *Decreto N.º 40932-MP-MJP Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas* (San José: 2018).

<p>de los Territorios (Art. 15 Convenio 169);</p> <p>b. Traslado o reubicación de los pueblos indígenas (Art. 16 del Convenio 169);</p> <p>c. Enajenación de tierras o transmisión de los derechos sobre las tierras fuera de la comunidad (Art. 17 del Convenio 169);</p> <p>d. Programas de formación profesional (Art. 22 del Convenio 169);</p> <p>e. Instituciones educativas y medios de educación propios (Art. 27 del Convenio 169);</p> <p>f. Enseñanza del idioma indígena (Art. 28 del Convenio 169)</p>	<p>b. Medidas relacionadas con el combate de prejuicios, eliminación de la discriminación y promoción de la tolerancia (Art. 15 de la DNUDPI)</p> <p>c. Medidas relacionadas con la explotación laboral de los niños y niñas (Art. 17 de la DNUDPI)</p> <p>d. Medidas relativas a la reparación, restitución o indemnización justa y equitativa por tierras, territorios y recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados. (Art. 28.1 de la DNUDPI)</p> <p>e. Medidas tendientes a disponer el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios indígenas. (Art. 29.2 de la DNUDPI)</p> <p>f. Medidas relacionadas con el uso de territorios para actividades militares (Art. 30 de la DNUDPI)</p> <p>g. Medidas relacionadas con la afectación de tierras o territorios y otros recursos, relacionados con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.</p> <p>h. Medidas relacionadas con los derechos de los Pueblos Indígenas transfronterizos (Art. 36 de la DNUDPI).</p>
---	---

La responsabilidad del proceso de consulta indígena recae en tres instancias: la Unidad Técnica de Consulta Indígena (UTCI), las Instancias Territoriales de Consulta Indígena y la Contraparte Interesada (Art. 15). La Unidad Técnica de Consulta Indígena tiene como función la gestión técnica y financiera y estará adscrito Ministerio de Justicia y Paz (Art. 16). Su financiamiento será a través de las partidas presupuestarias estatales, sin detrimento de los recursos humanos, logísticos, financieros y en especie que deben facilitar las instituciones públicas, empresa privada y organismos internacionales, interesadas en un proceso de Consulta Indígena específico, por medio de las normas vigentes y mecanismos legítimos para tal efecto, a la luz del principio de transparencia (Art. 18).²⁰⁵

²⁰⁵ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 2.

En relación con las instancias Territoriales de Consulta Indígena, cada territorio tendrá la facultad de elegir dicha instancia según sus propias costumbres, criterios internos y de acuerdo con sus particularidades culturales. Dicha instancia será elegida por las personas indígenas del territorio en cuestión, a través de un proceso interno de decisión comunitaria y participativo, debidamente convocado. Sus funciones podrán ser delegadas en otras instancias legalmente establecidas o culturalmente reconocidas por el mismo pueblo indígena, si así lo decide la comunidad indígena. Este proceso, debe ser consignado mediante un acta la cual deberá ser presentada con la debida documentación ante la UTCI.²⁰⁶

La contraparte interesada se considera como toda institución pública o sujeto de Derecho Privado, interesado en la realización de un proceso de Consulta a Pueblos Indígenas, por tener un proyecto o medida administrativa dentro de sus planes de trabajo, que sea susceptible de afectar los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas y de contar con la anuencia del pueblo indígena consultado (Art.24). También, se contempla la figura de las instituciones Garantes y Observadores de Consulta Indígena, en consideración de todas aquellas organizaciones públicas o privadas, nacionales o internacionales, que soliciten formar parte del proceso de consulta por tener una competencia legal o interés de observancia del cumplimiento del Mecanismo General de Consulta, así como de la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en relación con la medida administrativa, proyecto de ley promovido por el Poder Ejecutivo o proyecto privado, bajo consulta (Art. 25).²⁰⁷

²⁰⁶ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 2.

²⁰⁷ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 2.

Estancias instancias cumplen un rol fundamental al constituir un canal de diálogo y gestión dentro de la planificación y ejecución del proceso de consulta. A continuación, se señalan las principales funciones de cada una de ellas:

Tabla 4. Funciones de la UTCI y la ITCI. Fuente: Decreto N.º 40932-MP-MJP.

UTCÍ	ITCI
<p>a) Orientar sobre el procedimiento de consulta.</p> <p>b) Promover la creación de las Instancias Territoriales en cada Territorio Indígena.</p> <p>c) Capacitar de forma intercultural, a las Instancias Territoriales de Consulta Indígena, las instituciones públicas, sujetos de derecho privado y pueblos indígenas.</p> <p>d) Emitir criterio técnico sobre la debida aplicación del Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas.</p> <p>e) Brindar información técnica a las instituciones públicas, empresas privadas y pueblos indígenas sobre el Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas.</p> <p>f) Tramitar las solicitudes de inicio del proceso de consulta.</p> <p>g) Admitir o no, mediante resolución fundada, por razones de forma y de aspectos técnicos y jurídicos las solicitudes de inicio del proceso de consulta.</p> <p>h) Intervenir de forma oportuna, en los casos de solicitud de consulta en que sea inminente un daño irreparable a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Para el cumplimiento de esta atribución, podrá acudir a los mecanismos jurisdiccionales y administrativos correspondientes.</p> <p>i) Monitorear el cumplimiento de acuerdos y solicitar informes de cumplimiento de acuerdos a las partes de una consulta cuando lo estime conveniente.</p> <p>j) Identificar los puntos de controversia entre las partes y garantizar la resolución transparente, pacífica y de buena fe, de todas aquellas diferencias surgidas en el marco de una consulta, haciendo uso de los mecanismos normativos vigentes, de previo a acudir a la vía jurisdiccional. (Art. 19)</p>	<p>a) Fungir como interlocutor del territorio indígena respectivo para los efectos de Consulta Indígena.</p> <p>b) Organizar de acuerdo con las particularidades culturales de su pueblo indígena, los procesos de Consulta Indígena.</p> <p>c) Emitir resoluciones en relación con las solicitudes de consulta puestas bajo su conocimiento, de manera fundamentada y respetando lo estipulado en su reglamento interno sobre el procedimiento para la toma de decisiones.</p> <p>d) Propiciar la resolución transparente, pacífica y de buena fe, de todas aquellas diferencias surgidas en el marco de una consulta, haciendo uso de los mecanismos normativos vigentes, de previo a acudir a la vía jurisdiccional. (Art. 23)</p>

C.1.2. Las etapas del procedimiento general de consulta

El procedimiento de consulta a los pueblos indígenas consta de ocho etapas preclusivas (Art. 26), a saber: 1) solicitud de la consulta, 2) admisibilidad de la solicitud de la consulta, 3) acuerdos preparatorios para la consulta, 4) intercambio de información, 5) evaluación interna del pueblo indígena, 6) diálogo, negociación y acuerdos, 7) finalización del proceso de consulta; y 8) cumplimiento y monitoreo de los acuerdos. A continuación, se describen las principales características de cada etapa:



Ilustración 4. Proceso de consulta en Costa Rica. Fuente: elaboración propia.

1) Paso 1: Solicitud de la Consulta

Acreditación de la representación mediante poder o personería jurídica, en los casos de instituciones públicas o empresas privadas, con no más de 3 meses de emitida. En caso de solicitudes provenientes de pueblos indígenas, la solicitud puede ser presentada de forma individual o colectiva y debe incluir:

- a. Medio para notificaciones;
- b. Descripción de la medida administrativa o proyecto privado que generan la afectación (adjuntar la totalidad de la información de la medida administrativa o proyecto privado);
- c. Determinación del pueblo o pueblos indígenas afectados;
- d. Determinación del territorio o territorios indígenas afectados;
- e. Determinación de los derechos colectivos afectados;
- f. Fundamentación de los motivos de la afectación;

- g. Posibles perjuicios derivados de la implementación;
- h. Posibles beneficios derivados de la implementación;
- i. Presupuesto o estimación del costo de la consulta;
- j. Propuesta o plan de actividades de consulta;
- k. Proyección cronológica del proceso.
- l. Cualesquiera otros solicitados por la UTCI, que permitan completar la información según las características de cada solicitud.²⁰⁸

2) Paso 2: Admisibilidad de la solicitud de inicio de consulta

La UTCI verificará el cumplimiento de los requisitos y admitirá, preliminarmente, para su trámite, en el plazo de 8 días hábiles. Previo a resolver, la UTCI pondrá en conocimiento de la Instancia Territorial de Consulta Indígena respectiva la intención de iniciar un proceso de consulta. Esta, una vez notificada sobre la solicitud de apertura de proceso de consulta, podrá confirmar lo resuelto por la UTCI o no, dentro del plazo de 15 días hábiles (Art.29). La resolución que emita la UTCI deberá contemplar un análisis fundado sobre la existencia de una afectación a los derechos colectivos de uno o varios pueblos indígenas. La resolución de la UTCI debe contener (Art. 30):

- a. Determinación de la o las partes de la medida administrativa o proyecto privado que generan la afectación;
- b. Determinación del pueblo o pueblos indígenas afectados;
- c. Determinación de los derechos colectivos afectados;
- d. Fundamentación de los motivos de la afectación;
- e. Aprobación o rechazo de la realización del proceso de consulta;
- f. Fundamentación en el marco normativo vigente.²⁰⁹

3) Paso 3: Acuerdos preparatorios para la consulta

Con la resolución de inicio del proceso de consulta en firme, las partes involucradas, sostendrán una primera reunión para llegar a los acuerdos preparatorios de la consulta, que contemplarán, entre otros, aspectos de modo, tiempo, lugar, financiamiento, asesores, intérpretes, observadores, logística, formas de convocatoria, envío y características de la información, traducción de la información, espacios comunitarios para la presentación de la

²⁰⁸ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 2.

²⁰⁹ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 3.

información, plazos para el análisis de la información y sus prórrogas, así como cualquier elemento preparatorio para la consulta. Dichos acuerdos serán plasmados en el Plan de Consulta y firmados por las partes. Una vez firmado, el plan de consulta será remitido formalmente a la UTCI, la cual deberá revisar y validar, en un plazo de 8 días hábiles, que los acuerdos alcanzados cumplan con el marco normativo vigente. El plan de consulta quedará firme hasta que sea validado formalmente por la UTCI y la Instancia Territorial de Consulta (Art. 31).²¹⁰

4) Paso 4: Intercambio de información

El intercambio de información es un mecanismo recíproco entre todas las partes involucradas en un proceso de consulta determinado. El objetivo de esta etapa es que los pueblos indígenas reciban toda la información de calidad necesaria para tomar una decisión informada y que la contraparte interesada posea información sobre el pueblo indígena y su cosmovisión, en particular, sobre el tema objeto de consulta. La contraparte interesada debe brindar toda la información de calidad existente sobre la medida administrativa, proyecto de ley promovido por el Poder Ejecutivo o proyecto privado que se esté consultando. La contraparte interesada debe someter información a los pueblos indígenas de la siguiente manera (Art. 32):

- a. Totalidad de la información (en idioma español).
- b. Versión resumida de la información (en español y en el idioma del pueblo indígena).
- c. Locución de la información y otros materiales didácticos (en español y en el idioma del pueblo indígena).²¹¹

5) Paso 5: Evaluación interna del pueblo indígena

El pueblo indígena se reúne internamente, con la ayuda de asesores de su escogencia, para analizar las medidas administrativas, proyectos de ley promovidos por el Poder Ejecutivo o proyectos privados, emitiendo una posición al respecto. Esta etapa es dirigida por los pueblos indígenas, a través de la Instancia Territorial de Consulta Indígena. Comprende las convocatorias a lo interno del pueblo indígena y la coordinación de temas como la

²¹⁰ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 3.

²¹¹ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 3.

distribución de la información, el transporte interno de las personas del pueblo indígena a las diversas actividades y la coordinación de la alimentación (Art. 33).

Una vez que el pueblo indígena haya tomado la decisión respecto al tema sometido a su consulta, debe comunicar su decisión a la UTCI a través de su Instancia Territorial de Consulta Indígena. La decisión tomada por el pueblo indígena puede ser de dos tipos (Art. 33):

a. Otorgar o no el consentimiento libre, previo e informado: implica que el pueblo indígena consultado da su aprobación sobre la medida administrativa, proyecto de ley promovido por el Poder Ejecutivo o proyecto privado sometidos a consulta, o bien, puede no dar su aprobación únicamente en los casos específicos delimitados por los estándares internacionales; según lo descrito en el Artículo 8 del presente Decreto.

b. Generar acuerdos: implica que el pueblo indígena elabora una propuesta que busca adaptar de una forma apropiada medidas administrativas, proyectos de ley promovidos por el Poder Ejecutivo o proyectos privados sometidos a consulta, con miras a mitigar, compensar o prevenir la afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, según lo descrito en el artículo 9 del presente decreto.²¹²

6) Paso 6: Diálogo, negociación y acuerdos

En esta etapa las partes involucradas dialogan para que la Contraparte Interesada conozca la decisión y propuestas que el pueblo indígena elaboró en la etapa de Evaluación Interna.

Durante esta etapa, se podrán presentar las siguientes situaciones (Art.34):

a. Cuando el pueblo indígena haya dado su consentimiento libre, previo e informado sobre la medida sometida a consulta, los acuerdos se dirigirán hacia la implementación de la medida administrativa o proyecto privado.

b. Cuando el pueblo indígena no haya dado su consentimiento libre, previo e informado, pero se generan acuerdos mínimos sobre la medida administrativa, proyecto de ley promovido por el Poder Ejecutivo o proyecto privado, a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 del presente Decreto.

c. Cuando el pueblo indígena no haya dado su consentimiento libre, previo e informado y tampoco estuvo dispuesto a generar acuerdos mínimos. Ante esta situación, el Estado tiene la posibilidad de implementar la medida consultada,

²¹² Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 3.

únicamente en los casos de interés público superior, debidamente comprobados y justificados bajo fundamentos jurídicos y técnicos, en el marco de los Derechos Humanos y únicamente cuando la medida fuese necesaria y proporcional con respecto a dicho interés público superior.²¹³

7) Paso 7: Finalización del proceso de consulta indígena

Una vez tomados los acuerdos, la UTCI revisará en el plazo de 10 días hábiles, la legalidad de dichos acuerdos. La UTCI tiene la responsabilidad de señalar los vacíos jurídicos o mejoras que deben hacerse para que los acuerdos sean viables. Las partes involucradas deben subsanar los errores señalados y una vez avalado por la UTCI los acuerdos serán firmados por las partes involucradas. A este documento final se le conocerá como Pliego de Acuerdos (Art. 36).²¹⁴

8) Paso 8: Cumplimiento y monitoreo de los acuerdos

El Estado, los pueblos indígenas, la UTCI y las Instancias territoriales de Consulta Indígena, así como los observadores y garantes, monitorearán el cumplimiento de los acuerdos. Los actores del proceso deben remitir información periódica sobre el estado del cumplimiento de los convenios, de acuerdo con lo consentido durante el proceso de consulta, estos informes sobre los acuerdos alcanzados, independientemente de si se presentan avances en ellos o no. En caso de no reportarse avances, se deberá presentar informes que hagan constar la justificación para dicha situación (Art.37).²¹⁵

C.2. El criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional sobre la construcción y la implementación del Decreto N.º 40932-MP-MJP Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas

El 03 de mayo de 2017, la Asociación de Desarrollo Integral Reserva Indígena Cabécar de Chirripó interpuso un recurso de amparo contra el Viceministerio de Asuntos Políticos y Dialogo Ciudadano alegando que no hubo una convocatoria pública de amplio alcance sobre la construcción del mecanismo de consulta, al señalar que solo se realizaron encuentros

²¹³ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 3.

²¹⁴ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 4.

²¹⁵ Gobierno de la República de Costa Rica, 2018, 4.

territoriales en 5 de los 64 que comprende su territorio. Además, no se verificó la legitimación de las personas postulantes como representantes ni se utilizaron los medios adecuados para la divulgación, tampoco se tomaron en cuenta aspectos lingüísticos.²¹⁶

La Sala Constitucional, mediante la sentencia 14522 del 08 de setiembre de 2017, dio razón a los recurrentes. En la realización del proceso de “consulta sobre la consulta” consideró que en la etapa informativa y en los encuentros territoriales, los recurridos no demostraron que se le hubiera delegado a la Asociación de Desarrollo la función de convocar a todas las comunidades del territorio. Sobre el borrador del Mecanismo de Consulta elaborado y revisado en el Encuentro Territorial, este no fue puesto en conocimiento de la Asociación de Desarrollo Integral Reserva Indígena Cabécar de Chirripó y, aun si las hubiere, las observaciones no serían vinculantes. Esto fue considerado por la Sala Constitucional como una simple audiencia y no una verdadera consulta indígena.²¹⁷

En igual sentido, se reconoció la existencia de una situación de desigualdad, pues 85% de las comunidades indígenas del territorio de Alto Chirripó no fueron convocadas ni consultadas. Si bien la Sala Constitucional reconoció que el procedimiento, y por ende el texto del Mecanismo de Consulta violaron los artículos 33 de la Constitución Política y 6 del Convenio 169 que amparan los derechos de la Asociación de Desarrollo Integral Reserva Indígena Cabécar de Chirripó, únicamente solicitó subsanar el procedimiento y repetir en ese territorio en específico la etapa informativa, el primer y segundo encuentro territorial.²¹⁸

El criterio de la Sala Constitucional es reiterativo de los estándares internacionales desarrollados en sus precedentes jurisprudenciales. El Estado tiene todos los criterios de base para no realizar errores de este tipo, por lo cual preocupa que no se actúe de buena fe y se planifiquen procesos de consulta que no son inclusivos. Lo sucedido con las comunidades indígenas del territorio de Alto Chirripó es un ejemplo de la complejidad de los procesos de consulta, principalmente sobre aspectos como el aislamiento geográfico. Sin embargo, es responsabilidad del Estado plantear los procedimientos adecuados.

La intervención de la Sala Constitucional en la aplicación de los estándares internacionales sobre el derecho de consulta resulta medular en defensa de las personas y comunidades indígenas. También, situaciones de este tipo reflejan lo complejo de la realización de los

²¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia 14522* (San José: 2017).

²¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2018.

²¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2018.

procesos de consulta por los contextos de las comunidades y sus diferencias culturales, lingüísticas, de representación y aislamiento geográfico.

A manera de síntesis, al realizar un análisis comparativo de las tres metodologías de consulta expuestas, se identifican tres aspectos principales (Ver Tabla 5)²¹⁹:

- **Control de convencionalidad:** en Colombia el principal desarrollo sobre el contenido del derecho a la consulta previa y su implementación es a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Costa Rica ha seguido por la misma línea, siendo la Sala Constitucional quien aplica el control de convencionalidad motivada por acciones judiciales de personas y organizaciones indígenas. Por el contrario, en el Tribunal Constitucional de Perú prevalece una interpretación restrictiva del derecho de consulta, al considerar principalmente el Convenio 169 como una norma inferior a su Constitución Política.
- **Naturaleza de los instrumentos jurídicos y su exigibilidad:** si bien en la doctrina se ha establecido que las normas establecidas en el Convenio 169 son autoejecutables. Los Estados han optado por generar regulación sobre la consulta a nivel interno. En el caso de Perú, a pesar de contar con una ley y su respectivo reglamento con una mayor exigibilidad su nivel de efectividad es muy bajo. En caso contrario, Colombia y Costa Rica han optado por directrices presidenciales y decretos ejecutivos específicos para el Poder Ejecutivo. Sin embargo, han sido sus respectivos tribunales constitucionales los encargados en reforzar la aplicación del derecho de consulta, a través del control de convencionalidad.
- **Complejidad de los procesos y el nivel de participación e incidencia de los pueblos indígenas:** en lo relativo al desarrollo del procedimiento de consulta en los tres sistemas se constata que la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de la metodología de consulta y su integración en el proceso es de manera muy pasivo y sin mucha capacidad de incidir en la toma de decisiones. También los procedimientos son muy homogéneos, sin considerar a fondo el factor de interculturalidad, aun tratándose de países con un porcentaje de población indígena elevado y en contextos socioculturales tan complejos.

²¹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2018.

A continuación, se presenta un cuadro resumen sobre las principales características de los procesos de consulta analizados:

Tabla 5. Comparativo de los procesos de consulta en Costa Rica, Perú y Chile. Fuente: Directiva Presidencial N.º 10, Ley N.º 29785 y Decreto N.º 40932-MP-MJP.

Criterio	Colombia	Perú	Costa Rica
Población	1,4 millones	332 975	104.143
Tipo de proceso	Sectorial	Descentralizado	Participativo
Instrumento	Directiva Presidencial N.º 10 que establece la "Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas".	Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.	Decreto N.º 40932-MP-MJP Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas.
Ámbito de aplicación	Poder Ejecutivo	Poder Ejecutivo. Poder Legislativo (Pueden incidir en el Poder Judicial directa o indirectamente).	Poder Ejecutivo
Medidas sujetas a consulta	Administrativas	Legislativas y administrativas.	Medida administrativa, proyecto de ley promovido por el Poder Ejecutivo o proyecto privado.
Actores	Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa. Comité de Seguimiento. Comunidades étnicas, los organismos y entidades del Poder Ejecutivo.	Viceministerio de Interculturalidad (Ministerio de Cultura). Pueblos indígenas u originarios. Terceros interesados.	Unidad Técnica de Consulta Indígena (Ministerio de Justicia y Paz), las Instancias Territoriales de Consulta Indígena y la Contraparte Interesada.
Etapas	1) Certificación de la presencia de comunidades étnicas, 2) coordinación y preparación, 3) pre consulta, 4) consulta previa y 5) seguimiento de acuerdos.	1) Identificación de medidas objeto de consulta, 2) identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, 3) publicidad de la medida legislativa o administrativa, 4) información sobre la medida legislativa o administrativa, 5) evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios, 6) realización de un proceso de diálogo intercultural, 7) decisión final; y 8) etapa de seguimiento.	1) Solicitud de la consulta, 2) admisibilidad de la solicitud de la consulta, 3) acuerdos preparatorios para la consulta, 4) intercambio de información, 5) evaluación interna del pueblo indígena, 6) diálogo, negociación y acuerdos, 7) finalización del proceso de consulta; y 8) cumplimiento y monitoreo de los acuerdos.
Resultado	Acuerdo Consentimiento (vinculante)	Acuerdo Consentimiento (no vinculante)	Acuerdo Consentimiento (no vinculante)

En las conclusiones generales del capítulo, el hecho de considerar que un procedimiento de consulta sea respetuoso de los derechos de los pueblos indígenas debe empezar por ser un procedimiento concertado entre los pueblos indígenas y el Gobierno, no una imposición normativa de este último. Debido a la premura por dar cumplimiento al derecho de consulta, se emiten normas sin conocimiento real de la situación de los pueblos indígenas y esto genera consecuencias negativas, por ejemplo, la exclusión de grupos originarios que han innovado en sus estructuras de representación (como las rondas campesinas en Perú).

Los supuestos que contemplan los instrumentos internacionales para la aplicación de los procedimientos de consulta -sean para llegar un acuerdo o el consentimiento- son demasiado amplios, lo cual genera confusión en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas, debido a que la interpretación que hacen los gobiernos de esos supuestos la mayoría de veces es muy restrictiva. Es preocupante que el estándar sobre derecho al consentimiento creado por la Corte Interamericana, salvo casos excepcionales haya sido rechazado por los gobiernos y así se refleja en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Asimismo, resulta una alarma que la doctrina vaya en la dirección de admitir que el Estado pueda ejecutar un proyecto o medida sin el consentimiento ni el acuerdo de los pueblos indígenas, siempre y cuando fundamente dicha decisión en criterios razonables, lo cual deja a los pueblos indígenas en total indefensión.

Por último, un procedimiento de consulta eficaz debe basarse principalmente en los principios de diversidad cultural y la buena fe. El primero, porque permite adaptar el aparato estatal a las condiciones y necesidades de los pueblos indígenas, lo cual a la postre va a generar un clima de diálogo entre las partes. Se deben implementar equipos de trabajo interdisciplinarios, donde participen antropólogos, sociólogos, historiadores, peritos culturales, traductores, entre otros. El segundo principio, la buena fe, aunque parezca el menos utilizado es de vital importancia, pues si no existe voluntad de diálogo de las partes para respetar sus propias reglas y acuerdos, pese a los esfuerzos el procedimiento de consulta carece de utilidad alguna y se vuelve un simple trámite.

TÍTULO III. La implementación de un procedimiento de consulta eficaz a los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos

En la filosofía kelseniana, las normas jurídicas se consideran válidas si son obedecidas y aplicadas, o sea, si tienen eficacia. La eficacia se convierte en una condición para la validez de una norma jurídica; la validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que de verdad es obedecida y aplicada.²²⁰ El Título III tiene como objetivo establecer si el derecho a la consulta previa libre e informada se ha implementado de manera eficaz por el Estado de Costa Rica, en cumplimiento de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la normativa nacional vigente.

En el capítulo IV, se analizan dos casos representativos en los que se ha cuestionado la aplicación del derecho de consulta: el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís en los territorios indígenas de Térraba y China Kichá y el trámite legislativo del Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas. Estos casos nos permitirán identificar cuáles son los principales puntos de discusión en torno a la vigencia del derecho de consulta y el proceso de diálogo entre los diferentes actores involucrados, con el objetivo de establecer una recomendación sobre la aplicación de una metodología de consulta en Costa Rica.

El proceso de consulta, como se ha expuesto a lo largo de esta investigación, representa un derecho fundamental de los pueblos indígenas y constituye una oportunidad para establecer diálogos interculturales, de fortalecimiento de capacidades de las comunidades y una manera de prevenir los posibles conflictos que puedan generarse en el marco de las decisiones estatales.

²²⁰ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Argentina: EUDEBA, 1982), 49 y 50. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1956/10.pdf>

Capítulo IV. Análisis de la implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en relación con el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y el trámite legislativo del Expediente 14352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas

La situación de la población indígena en Costa Rica no es distinta a la de otros pueblos indígenas en América Latina. Por un lado, existe una deficiente atención por parte del Estado en cuanto acceso de servicios básicos como la salud, la alimentación, la educación, el empleo, etc. Por otro, hay una fuerte presión por el acceso y la explotación de los recursos naturales en las tierras indígenas a partir de la imposición de un modelo de “desarrollo” capitalista. Este sistema excluye la cosmovisión del pueblo indígena y sus modos de vida tradicionales, generando una “marginalidad aparente” con el resto de la sociedad.²²¹

El autor López Bárcenas considera que el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas forma parte de su derecho a la libre determinación. Si se asume que el desarrollo implica el aumento de las condiciones de bienestar de las sociedades, tenemos que preguntarnos cómo puede lograrse esto entre los pueblos indígenas, y en ese sentido, qué relación guarda con el derecho a la autonomía. El autor menciona las posturas del etnodesarrollo del antropólogo Guillermo Bonfil Batalla, quien advertía:

“[...] si por etnodesarrollo se entiende el ejercicio de la capacidad social de un pueblo para construir su futuro, aprovechando para ello las enseñanzas de su experiencia y sus recursos reales y potenciales de su cultura, de acuerdo con un proyecto que se defina según sus propios valores y aspiraciones; entonces, el proceso de etnodesarrollo exige el cumplimiento de un cierto número de condiciones o requisitos de diversa índole.”²²²

La lógica del planteamiento del autor Bonfil es que si lo que diferencia a los pueblos indígenas del resto de la sociedad es la cultura, esa diferencia cultural debe estar en la base del desarrollo. Utiliza el concepto de cultura no para oponer cultura propia a cultura ajena, sino en el sentido de control cultural, entendiendo por tal “[...] la capacidad social de decisión sobre los recursos culturales, es decir, todos aquellos componentes de una cultura que deben

²²¹ Marcos Guevara Berger, *Perfil de los pueblos indígenas de Costa Rica* (San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 2000), párr. 15. Recuperado de: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_onlinea/perfil%20costa%20rica.htm

²²² Francisco López Bárcenas, *El derecho de los pueblos indígenas al desarrollo* (México: 2007) 7 y 8. Recuperado de: <http://www.lopezbarcen.org/sites/www.lopezbarcen.org/files/El%20derecho%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20a%20desarrollo.pdf>

ponerse en juego para identificar las necesidades, los problemas y las aspiraciones de la propia sociedad, e intentar satisfacerlas, resolverlas y cumplirlas.”²²³ De acuerdo con su argumento, la noción de control cultural permite establecer una diferenciación en el seno de la totalidad cultural que no se base en criterios descriptivos (vida material diferente a vida espiritual; organización social diferente a cultura), ni en categorías cerradas cuyos contenidos están preestablecidos (relaciones de producción diferente a superestructura), sino a partir de una dimensión política (capacidad de decisión), que refiere a relaciones dinámicas y admite contenidos diversos, no predeterminados, que solamente es posible sustanciar en cada situación concreta.²²⁴

El interés tanto público como privado sobre las tierras indígenas ha sido el punto de partida de los procesos de resistencia indígena, en el cual el respeto al derecho de consulta es un instrumento clave. En nuestro caso, si bien la Sala Constitucional ha reconocido que el derecho de consulta previa se encuentra estrechamente ligada al reconocimiento de la propiedad indígena, se han dado situaciones que han menoscabado este derecho. En el voto 09805-2005, la Sala Constitucional estableció: “Los grupos de personas pertenecientes a las comunidades autóctonas tienen el derecho de vivir en las tierras donde históricamente han estado asentados, y el Estado debe garantizar plenamente el disfrute de este derecho fundamental”.²²⁵ Para afirmar lo anterior, la Sala entiende la propiedad a partir de la conexión del indígena con su tierra, la cual debe entenderse como una de las bases fundamentales para comprender su cultura, su vida espiritual, integridad y economía.

En el caso del procedimiento de consulta a implementarse junto con los pueblos indígenas, el autor Chacón Castro menciona que si bien se ha establecido a la luz de la interpretación del Convenio 169 que no es tan necesaria la existencia de una ley que instrumentalice el procedimiento de consulta, este debe seguir una serie de principios indicados en el propio Convenio y tienen que ver con la adecuación de las circunstancias, la consulta a entidades representativas y especialmente el cumplimiento de la buena fe.²²⁶ En este sentido, el

²²³ Guillermo Bonfil Batalla, “El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas políticas y de organización”, en Obras Escogidas, Tomo 2, México, INI-CIESAS-INAH-Dirección de Culturas Populares-SRA-FIFONAFE, 1995, p. 467. 13

²²⁴ Ibid. 8.

²²⁵ Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 2005-09805 de las catorce horas del 27 de julio de 2005.

²²⁶ Rubén Chacón Castro, *Reconocimiento y exigibilidad de derechos de los pueblos indígenas* (San José: Décimo octavo informe del Estado de la Nación, 2013), 83. Recuperado de:http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/018/chacon_derechos_pueblos_indigenas.pdf

objetivo del presente del capítulo consiste en evaluar dos casos que se han planteado ante la jurisdicción constitucional, en los cuales se discute si existe o no una violación al derecho de consulta.

El primero, es relacionado con la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís en los territorios indígenas Térraba y China Kichá por el Instituto Costarricense de Electricidad; y el segundo, es el procedimiento de consulta que se realizó en el trámite legislativo del Proyecto 14352 de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas. Los principales motivos para la selección, se debió en el primer caso a que es un megaproyecto hidroeléctrico ejecutado por el Estado y que generaría impactos irreversibles para las poblaciones y territorios indígenas de la zona. El segundo, a que varias personas indígenas entrevistadas manifestaron una percepción positiva respecto al proceso de consulta realizado en ese entonces, donde líderes, organizaciones y comunidades indígenas tuvieron un rol muy activo en la ejecución de la misma.

Por último, el análisis se estructura de la siguiente manera: las secciones A y B, realizan una descripción de los antecedentes y el contexto de los casos; segundo, analiza la exposición de los principales argumentos en torno a la discusión jurídica de fondo por los actores involucrados; tercero, exposición del análisis jurídico realizado por la Sala Constitucional. La sección C, en atención a los elementos identificados en los casos de análisis y los estándares desarrollados en los capítulos anteriores realiza una propuesta de metodología de consulta con los aspectos medulares que debería considerarse en su implementación.

Sección A. La discusión jurídica sobre la violación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas de Térraba y China Kichá en el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís por el Instituto Costarricense de Electricidad

Desde el año 2006, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) decidió efectuar el cierre técnico del Proyecto Hidroeléctrico Boruca que desde la década de 1960 se planeaba realizar sobre el río Grande de Térraba, una de las razones que motivó la decisión fue la oposición de comunidades indígenas como Curré, ante los eventuales perjuicios para su territorio. No obstante, desde el año 2004 el ICE había iniciado los estudios de prefactibilidad del Proyecto Hidroeléctrico Boruca opción Veraguas, que posteriormente se consolidaría

como el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís (en adelante PHED).²²⁷ Tal como señala Campregher esta tarea ha resultado difícil a tal punto que ha provocado tensiones y polémicas entre la comunidad y el PHED, principalmente por la existencia de varios grupos y fracciones en esta comunidad.²²⁸

Entre los principales argumentos en oposición al PHED está su impacto negativo en el patrimonio cultural tangible e intangible del pueblo indígena Térraba y China Kichá. Sobre este punto en particular, Guevara señala que el ICE ha reducido el análisis del impacto al patrimonio cultural enfocándose preponderantemente en los sitios arqueológicos (alrededor de 108 sitios arqueológicos identificados en la zona del embalse). Es decir, particularmente en el patrimonio cultural de base material. Sin tomar en cuenta que la región que va a quedar inundada dentro de las tierras, poseen una gran cantidad de sitios que son reconocidos y valorados en leyendas y mitos tradicionales, o son lugares de importancia histórica en la memoria de varios pueblos indígenas, por lo cual pueden ser considerados como lugares propios de su patrimonio cultural material y que, a la vez, están articulados con su patrimonio intangible o inmaterial.²²⁹

En su análisis, el autor mencionado resalta que el río Grande de Térraba es en sí mismo un bien patrimonial íntimamente ligado con la cultura de los pueblos indígenas de toda la cuenca. Destacando la relación estrecha que establecen las culturas indígenas entre el medio natural y el mundo espiritual y que estas culturas establecen una relación con el espacio geográfico de forma distinta que la de los no indígenas. El río Grande de Térraba tiene un papel muy importante porque a través de este afluente y sus recursos, estas culturas se han desarrollado desde tiempos inmemoriales; precisamente por esta razón tiene otros nombres más antiguos que el nombre que actualmente ostenta. Su nombre original en lengua brunca

²²⁷ Bohián Pérez Stéfanov, *Reflexiones sobre el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus impactos sociales en las comunidades de Térraba, Buenos Aires y Ceibo* (San José: Revista Reflexiones 90 (2): 9-25, ISSN: 1021-1209, 2011), 2. Recuperado de: <http://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/view/14493/13774>

²²⁸ Christoph Campregher, *Propuesta de acercamiento al estudio de políticas indígenas y el desarrollo: El caso Térraba/Proyecto Hidroeléctrico El Diquís* (San José: Cuadernos de Antropología N.º19, 183-196, 2009), 193. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/6881-9464-1-SM.pdf>

²²⁹ Federico Guevara Viquez, *Impactos sociales y culturales del Proyecto Hidroeléctrico Diquís hacia los pueblos indígenas de Buenos Aires* (San José: Cuadernos de Antropología N.º19, 167-181, 2009), 175. Recuperado de: <http://kerwa.ucr.ac.cr/bitstream/handle/10669/13256/6880-9462-1-SM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

es *Dív Crív* y en lengua térraba es *Dí Quës*. En ambos casos, el término significa “río grande” o “río que se agranda”.²³⁰

En relación con el origen histórico de los térrabas, algunas fuentes indican que migraron desde una región que se ubica en el Caribe panameño, emparentando de forma directa con la población nasö (Teribe) de Panamá. Así lo afirma Gisela Díaz: “La presencia Térraba en Costa Rica responde a la migración de una parte de la población indígena Teribe o naso, realizada por misioneros franciscanos y militares españoles a finales del siglo XVII. Como resultado de este traslado, se fundó el pueblo de reducción de San Francisco de Térraba, ubicado cerca del curso medio del río Grande de Térraba.”²³¹

El reconocimiento de su propiedad colectiva se otorgó a través del decreto N.º 34 del 15 de noviembre de 1956 en el cual se establece la Reserva Indígena de Boruca—Térraba, amparado al reconocimiento que da el numeral 8 de la Ley General de Terrenos Baldíos de 1939. Varias décadas después y posterior a otros decretos, se estipula en 1993 por medio del decreto N.º 22203-G el reconocimiento de tres territorios que en los cincuenta conformó un solo bloque, delimitando las fronteras territoriales entre la Reserva Indígena de Boruca, Reserva Indígena de Térraba y Reserva Indígena de Rey Curré.²³²

Actualmente, según el censo del 2011, la población indígena que habita en el territorio es de 1267 personas.²³³ Aunque la lengua tradicional es la teribe, es una lengua prácticamente en desuso, no obstante, se hacen esfuerzos por algunos sectores de la población por revitalizarla. Para Díaz, uno de los desafíos más significativos que enfrenta la comunidad en este momento, en relación con su continuidad étnica, es la construcción del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís. Algunos sectores organizados de la población indígena perciben la construcción de la represa como una amenaza que podría poner en juego la continuidad étnica y la cohesión social del pueblo térraba, pues temen que el impacto social y ambiental del PH Diquís signifique una pérdida de la cultura.²³⁴

²³⁰ Federico Guevara Viquez, *Impactos sociales y culturales del Proyecto Hidroeléctrico Diquís*, 176.

²³¹ Gisela Díaz Azofeifa, *Identidad en el pueblo indígena Térraba: un caso de revitalización* (Cuadernos de Antropología N.º19, 123-140, 2009), 127. Recuperado: [file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/6877-9456-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/6877-9456-1-SM%20(1).pdf)

²³² *Ibid.*, 127.

²³³ INEC, Censo poblacional y de vivienda 2011, 34.

²³⁴ Gisela Díaz Azofeifa, *Identidad en el pueblo indígena Térraba: un caso de revitalización*, 131 y 132.

Esta actitud, vista en perspectiva, expresa al mismo tiempo una profunda desconfianza ante cualquier iniciativa gubernamental e institucional de la población indígena, como resultado de un legado histórico marcado por la marginalización y la discriminación.²³⁵ Asimismo, la autora señala que en el transcurso de la última década se ha gestado en la comunidad indígena de Térraba una creciente revaloración y revitalización de las raíces indígenas en señal de resistencia, ante las presiones de diversa naturaleza que amenazan sigilosamente su continuidad étnica. Un número considerable de organizaciones indígenas térrabas ha realizado esfuerzos importantes para recuperar la lengua vernácula y restablecer algunas de las tradiciones, prácticas y valores culturales indígenas que habían entrado en desuso.²³⁶



Ilustración 5. Territorio indígena Teribe. Fuente: Observatorio de Desarrollo, Universidad de Costa Rica.

La otra cara del conflicto es la fuerte presión política para la realización del PH Diquís debido a la creciente demanda energética a nivel nacional. En aras de atender dicha necesidad, el Instituto Costarricense de Electricidad se ha propuesto una serie de proyectos hidroeléctricos, sin embargo, uno de los problemas identificados por la institución es la lentitud en la ejecución de los proyectos propuestos que ha incidido negativamente en la capacidad de la institución para prestar todos los servicios requeridos por la población.²³⁷ La

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ José Antonio Cordero, *El crecimiento económico y la inversión: El caso de Costa Rica* (Santiago: Proyecto “Crecimiento, empleo y equidad: América Latina en los años noventa”, 2000), 32. Recuperado de: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7533/S2000554_es.pdf?sequence=1

causa principal son las tensiones que se han generado en diversos sectores en el país por la envergadura socio ambiental de los proyectos, los cuales en su mayoría coinciden con zonas de alta importancia biológica y con territorios indígenas.

En las últimas décadas, las políticas nacionales de desarrollo han dado un fuerte impulso a la generación de energías limpias, siendo la principal fuente la hidroeléctrica. En el Plan Nacional de Desarrollo Jorge Manuel Dengo Obregón 2006-2010, por ejemplo, se identificó que dentro del potencial teórico hidroeléctrico del país 4.171 MW coinciden en 42% de zonas de reserva indígena y un 25% reservas forestales, con posibles conflictos ambientales para su ejecución.²³⁸ En 2011, en el Plan Nacional de Desarrollo “María Teresa Obregón Zamora” 2011-2014 se establece que dentro de sus líneas de acción buscan aumentar la capacidad de generación de energía limpia, “...se le dará inicio al Proyecto Hidroeléctrico Diquís. Esta iniciativa de producción de energía limpia, corresponde a un esfuerzo a largo plazo (se espera que esté operando en julio del 2018)”.²³⁹ Por último, en el Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018 Alberto Cañas Escalante, se establece que se debe promover el uso eficiente de energía para mantener y mejorar la competitividad del país con predominio de fuentes renovables y al menor costo.²⁴⁰

En igual sentido, en el Plan de Expansión de la Generación Eléctrica 2014–2035, el Instituto Costarricense de Electricidad recomienda impulsar el aprovechamiento del proyecto hidroeléctrico Diquís en el año 2025. Dentro de las complejidades del proyecto se identifica la presencia de comunidades indígenas:

“La cifra presentada del potencial identificado incluye cerca de 1 700 MW de proyectos hidroeléctricos que parcial o totalmente afectan reservas indígenas. No existe un impedimento legal para la eventual ejecución de algunos de estos proyectos; sin embargo, es previsible que las complejidades adicionales, impuestas por las negociaciones y acuerdos con comunidades indígenas, impliquen que una parte de este potencial no pueda ser aprovechado.”²⁴¹ Asimismo, en relación con la consulta se reconoce que: “Actualmente se está realizando una consulta indígena y completando los estudios de factibilidad ambiental.” Sin embargo, se ha una nota aclaratoria posterior a la publicación: “...a junio del 2014 la consulta indígena para el proyecto Diquís no se ha iniciado. A esta fecha se está realizando un proceso*

²³⁸ Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), *Plan Nacional de Desarrollo Jorge Manuel Dengo Obregón 2006-2010* (San José: 2007), 78.

²³⁹ MIDEPLAN, *Plan Nacional de Desarrollo María Teresa Obregón Zamora 2011-2014* (San José: 2010), 81 y 82.

²⁴⁰ MIDEPLAN, *Plan Nacional de Desarrollo Alberto Cañas Escalante 2015-2018* (San José: 2014), 473.

²⁴¹ Instituto Costarricense de Electricidad, *Plan de Expansión de la Generación Eléctrica 2014–2035* (San José: 2013), 38.

de análisis y discusión pública del proyecto y sus implicaciones con las comunidades no indígenas del Área de Influencia Directa y las instituciones públicas relacionadas, en el marco de preparación del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA).”²⁴²

La evidente contraposición de intereses, el desconocimiento sobre este derecho y la falta de normativa interna que regule el procedimiento de consulta han generado que el conflicto se discuta en las instancias jurisdiccionales más importantes. En este sentido, ha sido la Sala Constitucional la encargada de analizar en varias oportunidades si el PH Diquís viola derechos constitucionales o fundamentales de los pueblos indígenas de Térraba y China Kichá.

A.1. Análisis de los principales argumentos jurídicos discutidos sobre la violación del derecho de consulta del Pueblo Indígena Térraba y China Kichá en la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís ante la Sala Constitucional durante el período 2008-2011

En 2008, el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís (PH Diquís) fue declarado de conveniencia nacional por el Poder Ejecutivo pese a cuestionamientos de la sociedad civil, como no tener un estudio de impacto ambiental aprobado y que los estudios técnicos comenzaron sin previa información y consulta de los pueblos indígenas. En 2011, el Frente de Defensa de los Derechos Indígenas Térraba, junto con otras organizaciones, redactaron una petición para la visita del relator James Anaya, la cual se realizó en ese mismo año. Dentro de sus principales observaciones estuvo que no se podían comenzar los estudios técnicos del proyecto sin un proceso de consulta adecuado, por lo cual recomendó al Estado costarricense la necesidad inmediata de llevar a cabo este proceso bajo el consentimiento previo, libre e informado.²⁴³

El desarrollo del PH El Diquís se enmarca en un contexto complejo, ya que existe a lo interno de los territorios indígenas una crisis de representatividad, pues pese a que el Estado reconoce a la Asociación de Desarrollo Integral como una figura legítima, no cuenta con el apoyo total de los pobladores de Térraba y China Kichá. Además, estas zonas históricamente han estado en conflicto por tenencia de la tierra entre indígenas, no indígenas y el Estado;

²⁴² Ibid.102.

²⁴³ Environmental Justice Atlas, *Mega-proyecto Hidroeléctrico El Diquís* (San José: 2014) <https://ejatlas.org/conflict/mega-proyecto-hidroelectrico-el-diquis-costarica>

por lo tanto es necesario solucionar esto antes de pasar a tomar decisiones sobre reasentamientos o indemnización producto del PH El Diquís. Actualmente, el PH El Diquís no tiene un estudio de impacto ambiental aprobado por la Secretaría Técnica Ambiental (SETENA) y tampoco ha comenzado formalmente un proceso de consulta siguiendo los estándares internacionales y lo dispuesto en la sentencia 12975-2011 de la Sala Constitucional, por lo que el proyecto está detenido.

Las preocupaciones expresadas por representantes indígenas y varias organizaciones acerca del proyecto El Diquís, se han expuesto a través de varias denuncias hechas en los tribunales nacionales y en otros ámbitos tanto a nivel nacional como internacional. Durante el período del 2008 al 2011, la Asociación de Desarrollo Integral de Térraba presentó una serie de acciones ante la jurisdicción constitucional en contra del PH El Diquís, de las cuales ninguna prosperó y tuvieron una interpretación restrictiva, excepto en la sentencia 12975-2011 (que coincidió con la visita James Anaya) en la cual la Sala Constitucional hizo un cambio en su línea jurisprudencial a favor de los derechos de los pueblos indígenas.

La presente sección tiene como objetivo identificar debilidades y fortalezas de la jurisprudencia constitucional en la vigencia del derecho de consulta y su implementación a través de un procedimiento eficaz, lo cual permitirá establecer cuál es la interpretación constitucional de este derecho, la aplicación de los estándares internacionales y si se realiza un verdadero control de convencionalidad en la materia, si bien en relación con el PH Diquís se ha denunciado la violación de diferentes derechos por parte del Estado costarricense relacionados principalmente con derecho ambiente y derechos humanos.

A continuación, se desarrollan los principales argumentos jurídicos debatidos sobre el derecho a la consulta, como son el derecho de acceso a la información, el derecho a la propiedad colectiva y la omisión de la implementación de un procedimiento de consulta eficaz. En primer término, se analizan los argumentos expuestos por los involucrados en el caso: la Asociación de Desarrollo Integral de Térraba, el Instituto Costarricense de Electricidad, el Ministerio de Ambiente y Energía y la Procuraduría General de la República. En segundo término, se expone cual ha sido la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional en la interpretación de los argumentos y la aplicación de los estándares internacionales. En tercer y último término, se realiza una evaluación de dichos criterios a la luz de los estándares

internacionales de los derechos humanos manteniendo la hipótesis que en el caso del PH Diquís no se ha implementado de manera eficaz el derecho a la consulta previa.

A.1.1. La violación al derecho de acceso a la información pública en el desarrollo de Proyecto Hidroeléctrico El Diquís

En 2008, mediante un recurso de amparo, la Asociación de Desarrollo Integral de Térraba alegó la violación del artículo 30 de la Constitución Política por parte del Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE), al denegarles de manera injustificada información relacionada con el proyecto. Específicamente, se solicitó los nombres de las personas físicas o jurídicas a quienes se les había reconocido posesión dentro del área de influencia actual del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, información del área en hectáreas de la totalidad del proyecto y los estudios técnicos que justificaron la promulgación del Decreto Ejecutivo número 34312-MP-MINAE. Esta información era de suma relevancia pues constituye información básica para que los afectados por el proyecto dimensionen su impacto real e identifiquen a aquellas personas no indígenas que se encuentran ilegalmente en tierras indígenas.

Ante este cuestionamiento, el ICE argumentó en amparo al artículo 24 de la Constitución Política que la información solicitada no se podía suministrar porque incumpliría su deber de dar protección a la información personal de terceros.²⁴⁴ En relación con los estudios técnicos, la entidad alegó que a la fecha no existían, sino que se trabajaba en la elaboración de estudios de entorno físico requeridos como insumos para el diseño de las obras, así como en la colecta de información biótica, física y socioeconómica que se empleará como sustento técnico para hacer el Estudio de Impacto Ambiental (EIA).²⁴⁵ En estos argumentos, el ICE arbitrariamente emite criterios respecto a qué información se considera de acceso público al ciudadano, desconociendo el carácter previo de la información para un eventual proceso de consulta. Asimismo, erróneamente establece que el documento final del EIA es el único documento al cual las personas afectadas y el ciudadano en general puede tener acceso.

²⁴⁴ Sala Constitucional, Resolución de Sentencia N.º 2008-011743 de las doce horas y dieciséis minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho.

²⁴⁵ Sala Constitucional, Resolución de Sentencia N.º 2008-011743 de las doce horas y dieciséis minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho.

Ahora bien, analizando los argumentos del ICE sobre el derecho de acceso a la información en respeto al derecho de consulta es posible determinar que se alejan de lo dispuesto en el Convenio 169. Primero, la falta de acceso a información relevante del proyecto limita el derecho a la libre participación de los pueblos indígenas en las decisiones que toma el ICE como ente ejecutor del proyecto y que incide de manera directa en sus derechos como pueblos (artículo 6). Segundo, que en la medida que el PH Diquís afecte las vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera los pueblos indígenas en los territorios de Térraba y China Kichá, el gobierno debe velar porque se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos (artículo 7).

La línea de jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre la información de acceso público en relación con el PH Diquís ha tenido diferentes interpretaciones. En el voto 011743-2008, al valorar los argumentos de las partes sobre este tema, resaltó que el estudio y eventual desarrollo de un proyecto hidroeléctrico es de evidente interés público, al relacionarse su ejecución con el servicio gubernamental que presta dicha institución, el uso de fondos estatales y un sustancial impacto al medio ambiente.

Por lo anterior, se debía garantizar a todos los administrados la posibilidad de acceder libremente a la información administrativa de interés público que se relacione con el citado proyecto. Con este planteamiento, la Sala reconoció que dentro de dicha información se incluye el número y el nombre de las personas que puedan ubicarse dentro del área de influencia del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y que por tal motivo puedan verse directamente afectadas por el desarrollo del proyecto, e incluso se les reconozca una eventual indemnización a su favor, con la consecuente erogación de fondos públicos.²⁴⁶

Su análisis fue distinto en relación con la falta de entrega de los estudios técnicos que justificaron la promulgación del Decreto Ejecutivo N.º 34312-MP-MINAE. En el voto 14549-2008, la Sala le da la razón al Instituto Costarricense de Electricidad al considerar que a esa fecha no existían tales estudios, sino que se trabajaba en los insumos para el diseño de las obras, así como en la colecta de información biótica, física y socioeconómica que serviría de sustento técnico para hacer el EIA y que dicha información no forma parte del Estudio de

²⁴⁶ Ver Sentencia N.º 011743-2008

Impacto Ambiental requerido y por lo cual no había una infracción del artículo 30 de la Constitución Política.²⁴⁷ Sin embargo, cambió su criterio en el voto 12975 de 2011, al considerar que los indígenas debían tener acceso a los estudios técnicos correspondientes durante todas las fases del proceso de consulta y no solo al Estudio de Impacto Ambiental. También incluyó a su análisis un planteamiento interesante, como es el reconocimiento del conocimiento informado que supone que los pueblos indígenas no solo tengan acceso a la información, sino que dispongan de la capacidad técnica requerida para analizar la información, por lo cual deben contar con sus propios asesores expertos en las materias pertinentes.²⁴⁸

Este último criterio del voto 12975-2011 es de vital importancia para la vigencia del derecho de consulta, aunque la Sala Constitucional no ahonda las verdaderas implicaciones que puede generar a los afectados la falta de acceso a la información de los proyectos que se ejecutan en tierras indígenas. Este derecho garantiza una participación efectiva de las personas indígenas afectadas en procesos de planeación y aprobación de las represas, pues sin la información adecuada, sería imposible proponer comentarios, alternativas y acciones para mitigar, o realizar un control ciudadano sobre el proyecto. El derecho a la información incluye contar con procedimientos efectivos y abiertos para acceder a los datos sobre las licencias y concesiones, los estudios que se han realizado o las razones por las cuales no se han realizado y cualquier otro tipo de información relevante al proyecto.²⁴⁹

En el informe de 2011 del exrelator James Anaya sobre el PH Diquís, se considera aconsejable para la construcción de un clima de confianza la divulgación de los estudios de factibilidad del proyecto hidroeléctrico que fueron completados antes del inicio de la etapa actual de investigación sobre el proyecto, pues varias organizaciones habían solicitado estos estudios, pero el ICE se había rehusado entregárselos argumentando que dichos estudios contienen información incompleta o que la información podría ser mal interpretada. Además, considera aconsejable que el ICE busque una manera de divulgar aquellos estudios ya

²⁴⁷ Ver Sentencia N.º 14549-2008.

²⁴⁸ Ver Sentencia N.º 12975-2011.

²⁴⁹ *Ibid.* 33.

completados como muestra de su disponibilidad para entrar en un proceso de consulta transparente en el cual las partes indígenas puedan disponer de información comprensiva.²⁵⁰

El acceso a la información relacionada con los estudios de impacto ambiental es un requisito indispensable para un verdadero proceso de consulta, pues de ello depende su capacidad de incidir en las decisiones estatales que se tomen. Esto fue puesto en evidencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Sarayaku vs. Ecuador, en el cual se determinaron una serie de irregularidades y falta de transparencia respecto al Plan de Impacto Ambiental sobre una concesión petrolera otorgada a la Compañía General de Combustibles (CGC) en 1996 en los territorios del pueblo indígena Sarayaku. Al respecto consideró:

*“a) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo Sarayaku” (CIDH, 2012: 8). d) No existió un proceso de consulta informada pues, “no se demostró que el alegado “entendimiento” llevado a cabo por la compañía petrolera hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada “socialización” del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo”.*²⁵¹

En sus conclusiones, la Corte Interamericana estableció que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, pues uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar

²⁵⁰ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica* (New York: 2011), 5. Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/proyectoElDiquis30-5-11.pdf>

²⁵¹ Corte Interamericana, *Caso Sarayaku vs. Ecuador*, 64.

los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.²⁵²

En Colombia, en el caso del proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá desarrollado por la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. –ETESA– de Panamá, se cuestionó ante la Corte Constitucional que los estudios se habían llevado a cabo sin realizar el proceso de consulta previa y que se desconocía el resultado de los impactos sobre las comunidades étnicas de la zona. En relación con el momento cuando surge la obligación de llevar a cabo la consulta previa, la Corte Constitucional resolvió que con el fin de que el Estudio de Impacto Ambiental sirva para incorporar las epistemologías de los grupos étnicos y subalternos a la discusión misma sobre el desarrollo, al diseño de los proyectos que van a impactarlos y a la decisión sobre su ejecución, el momento de la consulta previa no debe diferirse hasta la etapa de realización de Estudios de Impacto Ambiental, sino que debe tener lugar desde el primer momento en que las entidades ajenas a las autoridades de la comunidad pisan su territorio con fines indagatorios. Lo anterior con el fin de que la consulta no se vea reducida, como hasta ahora, a un trámite para medir impactos y negociar los términos para mermarlos u obviarlos, en lugar de aspirar a construirse como un foro de interculturalidad.”²⁵³

El derecho de acceso a la información administrativa constituye para los pueblos indígenas un mecanismo de control para la ejecución de proyectos en sus tierras, pues permite ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito del proyecto en concordancia con su visión de desarrollo. Tal como expone el autor Jorge Enrique Romero-Pérez (2006), el derecho a la información pública fomenta los principios de seguridad jurídica y de legitimidad democrática del Estado de derecho, ejerce un escrutinio activo de los gobernados sobre los que ejercen funciones públicas y promueve que los gobernados y los gobernantes estén en mejores condiciones para la toma de decisiones.²⁵⁴ Lo anterior evidencia que no existe administración pública eficaz sin control ni control sin información.

A manera de conclusión, el manejo y acceso de la información en relación con el desarrollo del PH Diquís a través del Instituto Costarricense de Electricidad no cumple con

²⁵² *Ibíd.*

²⁵³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>

²⁵⁴ Jorge Enrique Romero-Pérez, *El derecho de acceso a la información pública en Costa Rica* (San Jose: 2006). Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/13/art/art3.htm>

los estándares internacionales y nacionales sobre acceso a la información como requisito esencial del derecho de consulta. Al no existir transparencia en el acceso a la información del proyecto, se ha generado un clima de desconfianza entre las comunidades indígenas afectadas y las instituciones, que sin duda afectará sus relaciones futuras. Hasta que el Estado de Costa Rica, garantice el derecho de acceso a la información de los pueblos indígenas afectados por el proyecto y esta información sea valorada exhaustivamente por estas podrá realizarse un proceso de consulta satisfactorio y llegar acuerdos entre las partes, de lo contrario no sería una decisión consciente e informada.

A.1.2. La existencia de la afectación al derecho de propiedad colectiva y el acceso a los recursos naturales de los pueblos indígenas en los territorios de Térraba y China Kichá

En 2010, mediante un recurso de amparo la ADI de Térraba manifestó que los impactos ambientales del desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, causaría una vez más la pérdida de sus tierras pues el proyecto inundaría totalmente entre 600 a 1000 hectáreas del territorio indígena de Térraba y entre 57 y 73 hectáreas del territorio indígena China Kichá, con la consecuencia que aproximadamente 1068 personas tendrían que ser reubicadas.²⁵⁵ El ICE negó este argumento al considerar que, si bien la comunidad indígena de Térraba posee a través de la Asociación de Desarrollo Indígena el título de propiedad de las tierras que están dentro de los límites de la reserva, el uso, goce y disfrute sobre las mismas no lo poseen. Señalaron además que no se violentó este derecho debido a que los trabajos correspondientes a los estudios, se realizaron en una finca, cuyo poseedor es no indígena y les presentó una carta de venta, por lo cual se procedió a solicitarle el permiso de ingreso a la finca respetando su derecho de propiedad.²⁵⁶

En el contexto de conflicto por usurpación de tierras indígenas presente en el caso, el argumento del Instituto Costarricense de Electricidad fue negligente y en total desconocimiento de la normativa nacional y la situación de la tenencia de la tierra de la zona. En primer lugar, el reconocimiento de la propiedad colectiva del pueblo de Térraba se otorgó a través del decreto N° 34 del 15 de noviembre de 1956 en el que se establece la Reserva

²⁵⁵ Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 09536-2010 de de las once horas y un minuto del veintiocho de mayo de dos mil diez.

²⁵⁶ Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 09536-2010 de de las once horas y un minuto del veintiocho de mayo de dos mil diez.

Indígena de Boruca—Térraba, amparado al reconocimiento que da el numeral 8 de la Ley General de Terrenos Baldíos de 1939. El cual décadas después por medio del decreto N° 22203-G de 1993 se dio el reconocimiento de tres territorios que formaban un solo bloque, delimitando las fronteras territoriales entre la Reserva Indígena de Boruca, Reserva Indígena de Térraba y Reserva Indígena de Rey Curré.²⁵⁷ Segundo, en el caso que existiesen conflictos por terrenos que se encuentran en posesión en territorios indígenas corresponde exclusivamente a la jurisdicción agraria la resolución de dichos los procesos.

Tal como lo demuestra un estudio realizado por el Instituto de Desarrollo Rural (llamado en ese entonces Instituto de Desarrollo Agrario), que consistió en hacer un censo de la tenencia de la tierra en las reservas indígenas localizadas en el cantón de Buenos Aires, provincia de Puntarenas, se determinó que en este cantón se encuentra el mayor problema por la usurpación de la tierra de parte de no indígenas. En el caso del territorio de la reserva indígena de Térraba se determinó que menos del 50% está en manos de no indígenas.²⁵⁸ Esta situación también fue reconocida por James Anaya en el informe de su visita a Costa Rica, al considerar que el proyecto El Diquís supondría la posibilidad de perder el 10 por ciento de su territorio para el embalse del proyecto. Por lo cual era comprensible que en este contexto el pueblo teribe perciba el proyecto como una amenaza y que, en lugar de avanzar en la recuperación de su territorio, este pueda ser aún más disminuido.²⁵⁹

La confusión sobre los derechos a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas no es exclusiva del ICE como ejecutor del proyecto. En 2011, en representación del Estado la Procuraduría emitió un informe en el cual reconoció: “...*las reservas indígenas constituyen un régimen de propiedad privada colectiva, exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan, inscritas en el Registro Público de la Propiedad Inmueble a nombre de la Asociación de Desarrollo Integral que las representa; de carácter inalienable o intransferible a los no indígenas, contra los que están protegidas en caso de invasiones; imprescriptibles y sus límites no pueden variarse disminuyendo la superficie, sino por ley expresa. A lo interno, la titularidad comunitaria la Asociación de Desarrollo Integral asigna*

²⁵⁷ *Ibíd.*, 127.

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ *Ibíd.* 6.

*la posesión o utilización individual de la tierra entre los aborígenes o grupos de familias étnicas, de acuerdo con sus necesidades.”*²⁶⁰

En este mismo informe, la Procuraduría contradice su planteamiento, pues para un mejor conocimiento del caso solicitó al Instituto Geográfico Nacional (I.G.N), al Catastro Nacional y a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), un estudio que correlacionara el área del proyecto con el área de la Reserva Indígena, conforme a la delimitación hecha por el Decreto 22203/1993, artículo 5°, para determinar si el Proyecto cubre su territorio. De los resultados se determinó que había tres puntos coincidentes entre el Proyecto y la Reserva. Sin embargo, para la Procuraduría los ríos son bienes nacionales de dominio público (artículos 1°, inc. IV, de la Ley de Aguas y 50 de la Ley Orgánica del Ambiente) y mantienen esa condición, aunque se ubiquen en áreas de las Reservas Indígenas. Es decir, si bien una Reserva Indígena materialmente puede incorporar un río en el plano jurídico este no pierde su carácter demanial.²⁶¹

El criterio de la Procuraduría General de la Republica es muy limitado y no profundiza lo que a la luz del derecho internacional representa el patrimonio indígena. En cuanto a su definición, la autora Erica-Irene A. Daes, señala:

*“Patrimonio” es todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano, como, por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos científicos y obras de arte. Incluye también el patrimonio histórico y natural, como los restos humanos, las características naturales del paisaje y las especies vegetales y animales autóctonas con las que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado.*²⁶²

Son las comunidades indígenas quienes establecen las formas en las que este va a ser compartido, pues para los indígenas no existe la idea de propiedad individual, sino que el producto de su esfuerzo y de la naturaleza es para el disfrute colectivo. Para Daes, esto significa:

“Los pueblos indígenas han tenido siempre sus propias leyes y procedimientos para proteger su patrimonio y para determinar cuándo y con quién pueden compartirlo. Normalmente, el patrimonio es un derecho de la colectividad y está vinculado a una familia, un clan, una tribu u

²⁶⁰ Ver Sentencia 2011-12975.

²⁶¹ Ver Sentencia 2011-12975.

²⁶² Daes, E. Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, Naciones Unidas, Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r912.pdf>, el 14 de abril del 2014

otro grupo de parentesco. El patrimonio sólo se puede compartir previo consentimiento de todo el grupo, que debe otorgarlo mediante un proceso concreto de adopción de decisiones, que puede variar según se trate de canciones, relatos, medicamentos u otros aspectos del patrimonio. Independientemente de la forma en que se otorgue el consentimiento, éste es siempre provisional y revocable: el patrimonio nunca puede enajenarse, entregarse ni venderse, excepto para su uso condicional."²⁶³

En Costa Rica, la legislación se ha enfocado en regular el patrimonio indígena en lo referente al ámbito territorial, sus características y titularidad. Debido a la necesidad de proteger y asegurar a los grupos indígenas la conservación de sus tierras, se crearon las reservas indígenas como territorios asignados de manera exclusiva a las comunidades indígenas. La Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) señaló la importancia de la creación de las reservas, en razón de que:

*"La reserva, termina con la acaparación incesante de tierras, y con el retroceso sin esperanza del aborígen. La reserva es un ejemplo típico de planificación territorial exitosa y reconoce que los indígenas tienen los mismos derechos nacionales que los otros ciudadanos, tales como la seguridad de la tierra. Esto, a pesar de las diferencias socio-culturales e históricas que no se pueden negar y que siempre han puesto al indio en situación de inferioridad social o desigualdad social, económica y jurídica. Por ello, los indígenas merecen un trato distinto. La reserva, como medida proteccionista y necesaria, restituye los derechos del indígena".*²⁶⁴

De esta manera se establece un régimen especial para la propiedad de las tierras indígenas, que contiene características específicas que lo limitan. Dentro de esas características se encuentran, según la Ley Indígena, que las tierras son:

- Inalienables, pues no se pueden vender, hipotecar, gravar o afectar.
- Imprescriptibles, sobre las tierras de los pueblos indígenas no cabe la prescripción positiva, es decir, no pueden adquirirse por usucapión.
- No transferibles y exclusivas, las tierras indígenas son de uso exclusivo de las comunidades indígenas, por lo que no pueden transferirse a otras personas.

Esta propiedad colectiva se inscribe registralmente a nombre de la Asociación de Desarrollo Integral (ADI), que corresponda según el territorio, pues esta es la organización establecida por el Estado para representación de las comunidades indígenas. Por lo tanto (...)

²⁶³ *Ibidem.*

²⁶⁴ CONAI, Memoria, Realizaciones y Aspiraciones, 1983 en Vargas Heriberto, Rodríguez Fredy, Moreira Enrique, La Tenencia de la Tierra en Reservas Indígenas, recuperado de <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/abra/article/download/4628/4453> el 15 de abril del 2014.

“se está ante un tipo de propiedad especial donde se habla de un derecho de propiedad colectivo y un derecho de posesión individual sobre el mismo terreno.”²⁶⁵, pues dentro del territorio que habitan, los indígenas tienen un derecho de posesión sobre una parte de la tierra, que es reconocido por los demás.

De manera que a las ADI se les adjudica la titularidad registral y los indígenas tienen un derecho de posesión a lo interno, “(...) las jurisdicciones indígenas son propiedad de la comunidad indígena que se expresa a través de las Asociaciones de Desarrollo Integral - ADI. Cada miembro de esta comunidad, tiene un derecho pleno sobre la tierra que ocupa, el cual nadie puede negar. Ese derecho del indígena sobre su parcela, es un derecho de posesión que le posibilita a reclamar sus derechos frente a alguien que lo perturbe en su disponibilidad, o a tomar como suyos –si así lo quiere- los frutos que de este brotan. Pero ese derecho de posesión no llega al extremo de permitirle enajenar su tierra, o de transmitirla a alguien que no pertenezca a su cultura, pues ello representa una especie de contrasentido cultural, pues el territorio indígena es un espacio vital para el desarrollo de la identidad indígena.”²⁶⁶

En contraposición al criterio de la Procuraduría General de la República, las tierras indígenas reconocidas legalmente por el Estado constituyen propiedad privada colectiva y no propiedad estatal, pues les pertenece a todos los miembros de la comunidad indígena. El Estado no puede hacer una disposición arbitraria de las tierras indígenas y de los recursos naturales que en ellas se encuentran, por esta misma razón es que existe el derecho de consulta para llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento en un diálogo abierto con el pueblo indígena involucrado. Este criterio fue reconocido por la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs. Surinam*, donde señaló que el derecho a la propiedad no es absoluto y, por tanto, puede ser restringido por el Estado bajo circunstancias específicas y excepcionales:

“[e]n consonancia con [el Artículo 21 de la Convención y la jurisprudencia de la Corte], el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren

²⁶⁵ Cajiao Jiménez, M. Guía legal para reconocer el derecho de los pueblos indígenas al aprovechamiento y manejo de los recursos naturales en los territorios indígenas de Costa Rica. Los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales. San José, Costa Rica, Oficina Internacional del Trabajo, 2002. Serie Guías Legales – Derechos Indígenas, N.º 2. Pág. 23

²⁶⁶ Chacón Castro, R. El derecho de los pueblos indígenas (las comunidades indígenas en el caso de Costa Rica) sobre los recursos naturales existentes dentro de sus territorios. San José, Costa Rica, Junio 2000, en Cajiao Jiménez, María Virginia, op. cit. Pág. 24

sobre o en el territorio”, al otorgar concesiones para proyectos de desarrollo e inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka.”²⁶⁷

Sobre la violación a la propiedad colectiva en el caso del PH Diquís, la Sala Constitucional en el voto 013560-2008 sostuvo que al encontrarse el proyecto en la fase de estudios de factibilidad y no de construcción, no podía alegarse lesión al derecho de propiedad colectiva por ser un hecho futuro e incierto.²⁶⁸ La Sala Constitucional concluye que no existe una violación al Convenio 169 de la OIT, ni tampoco al numeral 45 de la Constitución Política ni a lo dispuesto sobre la propiedad indígena en la Ley Indígena. Sin embargo, al establecer que el proyecto estaba en “su fase inicial”, implícitamente reconoce que el proyecto se estaba ejecutando por lo cual deja de considerarse el PH Diquís como un hecho “futuro e incierto”. Asimismo, de manera extraña a pesar que reconoce que el ICE había realizado perforaciones, construcción de galerías y las investigaciones biofísicas en territorios indígenas, considera dichas acciones como “necesarias” para determinar la viabilidad de construcción del proyecto y avala la presencia de la institución en el territorio pese a la oposición abierta de las comunidades indígenas afectadas involucradas.

En 2011, la Sala Constitucional mediante el voto 12975 modifica su criterio al reconocer que “de previo a la decisión estatal que permita el inicio de las obras del proyecto, deberá hacer efectivos a los pueblos indígenas interesados los derechos fundamentales que se derivan tanto de su derecho de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, los derechos sobre recursos naturales, el derecho a medidas de compensación o indemnizatorias, así como medidas de mitigación y el reparto de beneficios del proyecto de manera proporcionada y razonable, con observancia de lo que indican el artículo 45 de la Constitución y los compromisos del Estado costarricense adquiridos al ratificar el citado Convenio de la OIT.”²⁶⁹

Este último criterio de la Sala Constitucional pese a que es positivo en el reconocimiento del derecho de propiedad colectiva indígena, se aleja de los criterios establecidos por la Comisión y la Corte Interamericana, las cuales han reconocido de manera enfática que la sociedad indígena se estructura con base en su relación profunda con la tierra siendo un elemento indispensable para la seguridad individual y colectiva. Por esta razón, la falta de

²⁶⁷ Corte Interamericana, Caso Saramaka vs. Surinam, párr. 126.

²⁶⁸ Ver Sentencia N.º 013560-2008.

²⁶⁹ Ver Sentencia 2011-12975.

acceso a la tierra y a los recursos naturales puede afectar directamente sus condiciones de subsistencia, pues la falta de posesión y acceso a sus territorios les impide el uso y disfrute de los recursos naturales que necesitan para abastecerse de los bienes necesarios para su subsistencia, desarrollar sus actividades tradicionales de cultivo, caza, pesca o recolección, acceder a los sistemas tradicionales de salud.²⁷⁰

En esta medida, el Estado costarricense no garantiza de manera real el derecho de los pueblos indígenas de los territorios de Térraba y China Kichá a vivir en su territorio ancestral, esta omisión puede implicar someterlos a situaciones de desprotección extrema que conllevan violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños, entre otras.

A.1.3. La omisión de la realización de un proceso de consulta de previo al inicio de actividades del Instituto Costarricense de Electricidad en el territorio indígena de Térraba y China Kichá

La Asociación de Desarrollo de Térraba también alegó ante la Sala Constitucional la violación al artículo 6 del Convenio 169 al considerar que el ICE omitió realizar un procedimiento de consulta antes de la planeación y ejecución del PH El Diquís. Señalaron que la autorización de ingreso y realización de los estudios de factibilidad serían otorgados bajo la condición de suscribir un convenio entre ambas partes, en el cual se consignarían con detalle las demás condiciones bajo las cuales se autorizaba el estudio. Sin embargo, por el deterioro de las relaciones entre el ICE y la comunidad el convenio nunca se suscribió²⁷¹, y la decisión de ejecutar los actos iniciales del proyecto fueron sin valorar su opinión.²⁷²

En su defensa el ICE fundamentó que sus acciones fueron de buena fe, pues habían propiciado el diálogo no solo con los representantes de las comunidades sino con todos los grupos presentes en el territorio, señalando como ejemplo el Frente de Lucha y la Asociación Regional Aborigen del Valle de Diquís. Señaló que, en el caso específico de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de Térraba, se les brindó información

²⁷⁰ Comisión Interamericana, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales, 23.

²⁷¹ Sala Constitucional, Resolución de amparo de 2008-013560-2008 de las once horas y uno minutos del veintiocho de mayo del dos mil diez.

²⁷² Sala Constitucional, Resolución de recurso de inconstitucionalidad 12975-2011 de las catorce horas y treinta minutos del veintitrés de setiembre del dos mil once.

periódicamente sobre el avance de los compromisos asumidos por el proyecto para con todas las comunidades indígenas involucradas.²⁷³ Si bien como se discutió en párrafos anteriores la situación sobre la representatividad indígena en el territorio de Térraba y China Kichá es un tema que ha generado conflicto en el territorio. Los instrumentos internacionales aplicables requieren que las consultas con los pueblos indígenas se ajusten a sus propias formas de representatividad y organización relativas a la toma de decisiones. La definición de la representación indígena de los pueblos indígenas a ser consultados como señaló la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs. Surinam*, no corresponde al Estado ni a ninguna de sus instituciones, sino que deber ser definida por los propios pueblos indígenas.²⁷⁴

En este mismo sentido, James Anaya reafirmó que no existía en la actualidad una clara definición de los mecanismos o instituciones que podrían legítimamente ser la vía de representación del pueblo teribe y de los otros pueblos afectados en consultas con el Estado sobre un proyecto que afecta a sus derechos colectivos. Señala que, según información recibida de varias fuentes, las ADI que existen en varios pueblos indígenas de Costa Rica son percibidas como agencias del Estado y no como instituciones verdaderamente representativas de los pueblos, siendo una imposición que ha llevado a debilitar las estructuras tradicionales de representatividad. También reconoció que tanto en el territorio Térraba como en los otros territorios afectados, existen varias organizaciones que de alguna manera representan los intereses de estos territorios y presentan voces alternativas a las ADI.²⁷⁵

Posteriormente, el ICE consideró que el derecho de consulta no es oponible respecto de todo el quehacer del Estado, por lo que la posibilidad de una afectación eventual a las poblaciones indígenas, no crea la obligatoriedad del Estado de realizar todo un proceso de consulta, hasta tanto no finalice la etapa de estudios, se integre el ESIA; se entregue a la Secretaría Técnica Nacional y esta se pronuncie denegando o autorizando la viabilidad ambiental del proyecto, la afectación en la etapa que se encontraba era eventual.²⁷⁶ Sobre

²⁷³ Sala Constitucional, Resolución de amparo de 2008-013560-2008 de las once horas y uno minutos del veintiocho de mayo del dos mil diez.

²⁷⁴ Véase Declaración, art. 10; Convenio 169, art. 6; Corte IDH, Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*, Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costa, Sentencia del 12 de agosto de 2008, Ser. C N.º 185, paras. 11-13 (aplicando la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

²⁷⁵ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*, 6.

²⁷⁶ Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 14549-2008 de las catorce horas y veinticuatro minutos del veintiséis de septiembre del dos mil ocho. Ver Sentencias 2009-06045 y 2010-013622.

este punto, James Anaya fue muy claro en considerar que debió haberse iniciado un proceso de consulta sobre el proyecto hidroeléctrico antes de haberse comenzado los estudios técnicos, lo cual hubiera permitido a las comunidades indígenas afectadas participar en las decisiones iniciales. Para Anaya, esta situación incidió en la capacidad de los pueblos indígenas de ejercer su derecho a la libre-determinación y de sentar sus propias prioridades para el desarrollo ha sido menoscabada.²⁷⁷

En nuestra región el cuestionamiento de los estudios de impacto ambiental en la ejecución de proyectos en territorios indígenas es constante, pues aún mantienen su concepción tradicional como un instrumento estrictamente técnico, sin dimensionar que tratándose de territorios indígenas está en juego la supervivencia cultural de una colectividad. Esta visión integral de la importancia de los estudios de impacto ambiental ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la cual sostiene que en la construcción de megaproyectos que implican la afectación o intervención de recursos naturales, las autoridades estatales tienen la obligación de garantizar espacios de participación que conduzcan a la realización de diagnósticos de impacto comprensivos y a concertaciones mínimas en las que tanto los intereses del proyecto u obra a realizar como los intereses de la comunidad afectada se vean favorecidos.

En su sentencia T-462A/14, la Corte Constitucional considera en primer lugar, que la participación tiene una función instrumental en el marco de las decisiones ambientales, pues sirve al propósito de realizar diagnósticos de impacto comprensivos del contexto, desde sus aspectos biológicos como socioculturales. Señala que cuando se van a realizar proyectos que afectan el ambiente, es necesario realizar estudios de impacto, los cuales sirven para verificar cuáles serán las posibles afectaciones que se producirán y, en esa medida, establecer las medidas de compensación y de corrección más adecuadas. Amplía su análisis en los siguientes términos:

“La participación es indispensable para el diseño de las medidas de compensación y corrección que deben adoptarse en los megaproyectos; éstas deben ser producto de una concertación con las comunidades locales afectadas, según sus intereses. Bien serán distintas las medidas adoptadas en una consulta previa con una comunidad indígena, que las adoptadas con una comunidad campesina en el espacio de participación con ella, toda vez que las cualidades de

²⁷⁷ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*, 3.

*ambos grupos y su relación con los recursos naturales será distinta, pero de igual importancia para su subsistencia. En síntesis, el derecho a la participación de la comunidad en el diseño, ejecución y operación de proyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente, en la medida en que sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que se verán afectadas. El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste la opinión de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes y que garanticen sus derechos.”*²⁷⁸

Sin duda, en las etapas iniciales del desarrollo de proyectos en territorios indígenas, es indispensable entonces garantizar la participación de las comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto, pues ellas tienen conocimiento de primera mano y son quienes eventualmente sufrirán los impactos, de modo que la información que aporten al proceso garantizará la realización de una evaluación completa.

Por último, otro argumento defendido por el ICE es que los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión fueron declarados de interés nacional mediante el decreto número 34312-MP-MINAE de 2008, en respuesta a la crisis energética declarada emergencia nacional en el 2007.²⁷⁹ Igualmente, hizo hincapié en que por medio del proyecto se reduciría la dependencia de combustibles importados y se aprovechará mejor las fuentes de energía renovable del país.²⁸⁰ ²⁸¹ Su criterio fue avalado por el Ministerio de Ambiente al considerar que el decreto ejecutivo regula el proyecto en estricto apego a la legislación ambiental, pues el artículo 34 de la Ley Forestal que prohíbe la tala de árboles y labores en áreas de protección, establece una excepción a favor del Poder Ejecutivo para realizar labores en áreas de protección en proyectos declarados de conveniencia nacional.²⁸²

²⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-462A/14*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm>

²⁷⁹ Sala Constitucional, Resolución de amparo de 06045-2009 de las catorce horas y cincuenta y tres minutos del veintidós de abril del dos mil nueve.

²⁸⁰ Ver Sentencia 013100-2010.

²⁸¹ Ver Sentencia 009536-2010.

²⁸² Sala Constitucional, Resolución de Acción de Inconstitucionalidad 2010-013100 de las catorce horas y cincuenta y siete minutos del cuatro de agosto del dos mil diez.

En igual sentido, la Sala Constitucional en el voto 013100-2010 consideró que la declaratoria de conveniencia nacional del PH El Diquís por el Poder Ejecutivo, estaba plenamente amparadas en su obligación de velar porque el país siga un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible, basado en producción de energía limpia.²⁸³ Asimismo, consideró que el decreto no exime el proyecto de la realización de un estudio de impacto ambiental para la obtención de la respectiva viabilidad ambiental, requisito esencial e indispensable si se desea continuar hasta la materialización del proyecto.²⁸⁴

La declaratoria de interés nacional de un proyecto (en este caso hidroeléctrico), no es per se una garantía de su realización. Tampoco significa que esté libre de requisitos legales o que es ajeno a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La percepción que tuvo el exrelator James Anaya en su visita a Térraba fue precisamente que ya se daba por un hecho el desarrollo de la hidroeléctrica. Al respecto, consideró que al iniciarse un procedimiento de consulta el Estado/ICE no debería tener como supuesto que el proyecto necesariamente vaya a realizarse, dado que la decisión final de realizar o no el proyecto debería estar sujeta al resultado de la consulta, aparte de otras consideraciones de interés social y nacional a concretarse. Además, consideró que la buena fe requiere de todas las partes de la consulta, inclusive las partes indígenas, que se reconozcan los intereses legítimos relativos al proyecto hidroeléctrico de ambas partes y que se intenta llegar a decisiones consensuadas.²⁸⁵

En Colombia, los pueblos indígenas también se han opuesto a la emisión de proyectos declarados de interés público que cada vez más limitan la autonomía indígena sobre sus territorios. En la resolución C-035-16, la Corte Constitucional de Colombia conoció una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 49, 50 (parcial), 51 y 52 (parcial) de la Ley 1753 de 2015, los cuales desarrollan el Sistema de Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINE). Estos artículos facultan a una comisión del gobierno nacional para calificar proyectos como de interés nacional y estratégico con fundamento en su alto impacto para el desarrollo económico y social del país vulnerando las funciones y competencias atribuidas a las entidades territoriales, entre ellas las indígenas. En su análisis la Corte Constitucional, consideró que, si bien la norma no generaba una violación de derechos por sí

²⁸³ Ver Sentencia 013100-2010.

²⁸⁴ Ver Sentencia N.º 013100-2010.

²⁸⁵ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*, 4.

misma, debía evaluarse la arbitrariedad en el ejercicio de la expropiación debe llevarse a cabo en cada caso concreto.²⁸⁶

En síntesis, la ejecución de proyectos de desarrollo declarados de interés público no pueden omitir los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Los efectos de este tipo de declaratorias por parte del Estado, no es un eximente del cumplimiento del derecho a de consulta previa de los pueblos indígenas. Tal como se ha expuesto en este apartado, la oposición al PH El Diquís se deriva precisamente de un procedimiento inadecuado en su planificación.

A.2. Análisis crítico del caso: ¿La ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís por el Instituto Costarricense de electricidad es violatorio del derecho a la consulta previa de los pueblos de Térraba y China Kichá?

La valoración de los argumentos anteriores por la Sala Constitucional en relación con el derecho de consulta y el desarrollo del PH El Diquís ha sido variada. En sus primeras sentencias prevaleció el criterio que no existía lesión al derecho de consulta previa de la comunidad de Térraba. En primer lugar, en el voto 14549-200 dio por acreditado que la represa no estaba en construcción, sino que el proyecto estaba en su etapa de evaluación y que las obras de perforación, galerías e investigaciones geofísicas, no correspondían a la etapa constructiva del proyecto, sino a la fase de investigación que contaba con la viabilidad ambiental otorgada mediante la resolución N.º 1584-2005-SETENA de 2005.²⁸⁷

Posteriormente, en la sentencia 06045-2009 reconoció el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas. Sin embargo, en su valoración sobre el deber de consulta en el PH Diquís concluyó que “el presente amparo es prematuro, pues se está ante un hecho futuro e incierto, por cuanto aún no se sabe con seguridad si se va a realizar o no la construcción en cuestión”. Dando por acreditado que, en la fase de factibilidad del proyecto, donde no se ha determinado aún la construcción del proyecto, no era necesario realizar un

²⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-035-16*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

²⁸⁷ Ver Sentencia 14549-2008.

procedimiento de consulta en el territorio indígena de Térraba y China Kichá.²⁸⁸ En el mismo voto, la Sala hace entrever que el ICE ha actuado de buena fe al promover un mecanismo efectivo de concertación social con la representación indígena y todos los grupos organizados de la comunidad de Térraba, tales como la Asociación de Desarrollo Indígena de Térraba, Ruta de las Aves, Asociación para la Defensa de los Derechos Indígenas Teribes, Consejo Indígena Térraba, Rincón Ecológico, Asociación para la Defensa de los Habitantes de la Cultura Indígena, Naso Lokes. Además, se han puesto en contacto con Frente de Lucha.²⁸⁹

En 2011, la Sala Constitucional emite la sentencia 12975 sobre una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 4 y 8 del Decreto Ejecutivo 34312, pese a que no declara su inconstitucionalidad realiza un desarrollo más positivo de los estándares internacionales en materia de consulta, lo cual sin duda responde a la visita del exrelator James Anaya al país y el informe sobre el PH El Diquís que emitió posteriormente. En relación con el artículo 4 del decreto, este dispone:

“Artículo 4°—El ICE dispondrá de mecanismos de información y negociación con las comunidades involucradas en el desarrollo del Proyecto, a efecto de alcanzar los acuerdos que permitan balancear los intereses locales en materia de reconocimiento del arraigo de los habitantes, con los intereses nacionales de abastecimiento energético. Los mecanismos de información y negociación deberán:

- a) Contener etapas preclusivas de negociación, de modo que lo acordado en cada etapa no podrá ser sometido a discusión en una etapa posterior y*
- b) Constituir instrumentos de transparencia, compromiso y participación comunal.*

El ICE podrá solicitar asesoría a la Defensoría de los Habitantes y al Programa Estado de la Nación, para la elaboración y ejecución de los mecanismos de información y negociación; los que se consultarán a las Municipalidades de los cantones de Buenos Aires, Osa y Pérez Zeledón, previo a su publicación en el Diario Oficial La Gaceta.”

Al respecto, el accionante estimó que esa norma es inconstitucional porque antes de dictarse, el ICE debió consultar a la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de Térraba. La Sala Constitucional rechazó el argumento considerando que esta norma busca aplicar el mandato establecido en el artículo 6 del Convenio 169 al caso concreto, pues obliga al ICE a negociar y alcanzar acuerdos y compromisos, así como la

²⁸⁸ Ver Sentencia N.º 06045-2009.

²⁸⁹ *Ibíd.*

participación de la comunidad indígena. Asimismo, el hecho de que se determinen etapas preclusivas de negociación, era razonable, pues de lo contrario se podría caer en tardanzas injustificadas por cualquiera de las partes, en detrimento de la agilidad administrativa que demanda un proyecto de declarada conveniencia nacional e interés público.²⁹⁰ La Sala Constitucional establece en este voto que la definición del procedimiento de la consulta recae en la representación indígena y el ICE, con la asesoría de la Defensoría de los Habitantes y el Programa Estado de la Nación, entre otras instituciones, pues también podrían coadyuvar otras entidades de derecho público o privado, nacionales o internacionales. En concreto, los demás elementos específicos del procedimiento de consulta deberían ser definidos de acuerdo con los pueblos indígenas afectados por el proyecto.²⁹¹

Por último, en su sentencia la Sala Constitucional dicta que la consulta deberá ejecutarse “en el plazo de 6 meses contado a partir de la notificación de este pronunciamiento”, todo antes de la decisión estatal que permita el inicio de las obras del proyecto. Asimismo, ordenó que se suspendiera toda actividad de investigación o de otra índole que implique operaciones en los territorios indígenas afectados hasta tanto no concluya la consulta estipulada en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo número 34312.²⁹²

En relación con la alegada inconstitucionalidad del artículo 8 del Decreto Ejecutivo 34312, el cual regula los sitios geográficos de desarrollo del PH Diquís:

“Artículo 8º—Los sitios para explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas; se localizan en las Hojas Topográficas General, Buenos Aires, Changuena, Cabagra, a escala 1:50 000 del Instituto Geográfico Nacional, tienen los siguientes puntos de polígonos:

Punto Inicio Punto Final

534000 E / 337700 N 536000 E / 337875 N

536000 E / 337875 N 538000 E / 337500 N

530650 E / 339603 N 531747 E / 338563 N

534939 E / 347661 N 533541 E / 346603 N

533541 E / 346603 N 532202 E / 345356 N

532202 E / 345356 N 531470 E / 343697 N

522600 E / 323750 N 520000 E / 323000 N

²⁹⁰ Ver Sentencia N.º 12975-2011.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Ibid.*

520000 E / 323000 N 518000 E / 322283 N
518000 E / 322283 N 516000 E / 322052 N
547052 E / 334121 N 546614 E / 332384 N
548576 E / 328715 N 547800 E / 326781 N”

Sobre este punto, la Sala Constitucional reconoció que existen tres sitios coincidentes (los puntos 536000 E / 337875 N, 547052 E / 334121 N y 546614 E / 332384 N) entre los límites de la Reserva Indígena de Térraba y la ubicación de los lugares que forman parte del proyecto hidroeléctrico. Sin embargo, la Sala consideró que la simple determinación de los mencionados sitios, no puede catalogarse como contraria al Convenio 169. Asimismo, reconoció que en el caso concreto no se necesita analizar los problemas de titularidad de la propiedad de una comunidad tribal (que en nuestro caso no se da dado que existe pleno reconocimiento a la propiedad comunal), pero si el otorgamiento de concesiones de explotación de recursos naturales que repercuten en la forma de vida indígena y su espiritualidad. En este sentido, la Sala menciona el criterio de la Corte Interamericana establece en el caso de los Saramaka vs. Surinam de 2007, en el cual concluyó:

“...los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías.”

La Sala Constitucional consideró que en el caso Saramaka la Corte Interamericana analizó violaciones que se consumaron, lo cual a su criterio no había ocurrido en la ejecución del PH Diquís pues se estaba en las etapas previas de análisis de factibilidad. Consideró que la norma impugnada se dictó en un período que corresponde a la fase inicial de investigación, por lo que en ese momento no resultaba razonable formular la consulta aludida en el artículo 6 del Convenio 169, pues para ello se requería, como presupuesto lógico jurídico, mayor claridad y precisión en el proyecto por realizar, lo que serviría de base para el inicio de las negociaciones. Sin embargo, reconoció que, al momento del dictado de dicha sentencia, era

público y notorio que aquella fase primaria ya precluyó, de manera que la evolución de los acontecimientos implica un cambio de circunstancias significativo, que, efectivamente, podría derivar en una inconstitucionalidad sobrevenida de la norma cuestionada de no hacerse la consulta a los pueblos indígenas afectados, como se ordena en este pronunciamiento.²⁹³

La Sala Constitucional reafirmó en todas sus sentencias el criterio del Instituto Costarricense de Electricidad respecto a que la declaratoria de interés público del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís es acorde con los principios de desarrollo sostenible. Este criterio sin duda, reforzó el apoyo de los diferentes gobiernos desde el inicio del proyecto a la fecha, dando por adelantado una confirmación de su realización y sin ser producto de un proceso democrático participativo. Al respecto, la CorteIDH ha establecido que el Estado puede restringir el derecho a la propiedad de cualquier ciudadano, si tal restricción responde “a los intereses de la sociedad”²⁹⁴. Sin embargo, para que estas restricciones puedan considerarse “de interés de la sociedad” se requiere que: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) sean proporcionales; y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.²⁹⁵

El Estado de Costa Rica, sin embargo, impone proyectos de supuesto interés público a los pueblos indígenas, sin informar adecuadamente a las personas y comunidades afectadas previamente, ni permitirles manifestarse a través de sus mecanismos de participación tradicionales en temas donde está en juego su supervivencia cultural. Al respecto, analizando los impactos de los megaproyectos, el exrelator especial James Anaya llama la atención de los gobiernos al considerar que el desconocimiento de los derechos por parte de las comunidades indígenas afectadas “genera, recurrentemente, situaciones graves de desposesión, contaminación ambiental, desplazamiento forzoso y daños permanentes a la cultura, espiritualidad y conocimiento tradicional de los pueblos indígenas”.²⁹⁶

Tal como se mencionó en este capítulo, antes de iniciar la construcción o planificación de un megaproyecto como una represa hidroeléctrica, los Estados deben conseguir el

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 127

²⁹⁵ *Ibíd.* párr. 128.

²⁹⁶ James Anaya, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* (New York: 2010).

consentimiento previo, libre e informado de los pueblos interesados. El primer elemento es cuando el proyecto implica el desplazamiento del pueblo, por ejemplo, en el caso de un embalse que requiere la reubicación de una comunidad indígena o tribal. De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, el traslado únicamente puede realizarse en situaciones excepcionales cuando se considere necesario y con el consentimiento del pueblo “dado libremente y con pleno conocimiento de causa”.²⁹⁷ La Corte Interamericana también ha reconocido que el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y tribales es necesario cuando un proyecto “puede... tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [interesado] a gran parte de su territorio”.²⁹⁸ Tal sería el caso de una gran represa que destruye o altera gravemente ecosistemas importantes en el territorio de un pueblo. Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, también indica que el consentimiento es necesario con cualquier proyecto de desarrollo en el territorio de los pueblos afectados.²⁹⁹

En su análisis sobre la violación al derecho a la consulta previa en relación con las posibles consecuencias del PH Diquís, la Sala Constitucional flexibiliza sus propios criterios sobre la protección a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho fundamental protegido por el artículo 50 constitucional. En la sentencia 8756-09, la Sala reconoció que la labor del Estado “...más allá de perturbar la existencia física de las personas, debe actuar en tutela de su protección, ante los múltiples peligros que la acechan, bien sea que ellos provengan de acciones del Estado mismo o de otras personas, e inclusive, de la misma naturaleza.”³⁰⁰ De igual manera, no es de recibo el criterio de la Sala Constitucional (siguiendo el criterio sostenido por el ICE) que el PH Diquís es positivo per se, por tratarse de un proyecto de generación de “energía limpia”, sin tener un criterio científico que lo respalde y sin atender a las diferentes denuncias en el continente americano sobre el impacto negativo del desarrollo de hidroeléctricas, principalmente en territorios indígenas donde se concentran principalmente los recursos acuíferos.

²⁹⁷ Convenio 169, artículo 16.2.

²⁹⁸ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 137

²⁹⁹ Declaración de los Pueblos Indígenas, supra nota 70, art. 32(2) (“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”).

³⁰⁰ Ver [Sentencia 8756-2009](#).

La Sala se aleja sus propios razonamientos al considerar que en materia ambiental las decisiones jurídicas deben guiarse por la ciencia y la técnica, favoreciendo la ejecución de un proyecto declarado de “interés público” un concepto ambiguo y fuera de concertación ciudadana. Al respecto, en su sentencia 14111-12 reconoce:

“...Lo que determina la norma es que, si la ciencia y la técnica proponen un tratamiento unívoco, las decisiones jurídicas como políticas deben estar guiadas por éstas. En este sentido, entre mayor peligrosidad exista en una actividad, más estrictas deben ser las exigencias; por el contrario, si una determinada práctica o actividades de bajo impacto ambiental, las exigencias políticas y jurídicas pueden relajarse, como en efecto se ha descrito en los sendos escritos de las autoridades informantes, como de los coadyuvantes. En este sentido, el derecho ambiental no podría conducir a una tiranía de la participación ciudadana privilegiándola por encima de las reglas exactas de la técnica y la ciencia, si éstas permiten relajar o flexibilizar la oportunidad, y si no existen razones al día de hoy para estimar un cambio normativo, tampoco lo sería para establecer que un tratamiento distinto al unívoco de la ciencia y de la técnica...”.³⁰¹

En Latinoamérica, ha sido recurrente las afectaciones a los pueblos indígenas por la construcción de represas, en el informe de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, “Grandes represas América, ¿Peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas (2009)”, destacan que las más importantes violaciones al ordenamiento internacional que la construcción de grandes represas en las Américas son: a. Daños irreversibles a comunidades por la afectación al derecho a un ambiente sano, la pérdida de hábitats, salud humana, formas de vida y fuentes de alimentación; b. Desplazamiento forzado de comunidades afectadas sin la posibilidad de participación y sin la formulación de planes de reubicación y compensación requeridos para estas; c. Ausencia de evaluación de impactos ambientales y sociales, integral y previa a la aprobación y al comienzo de las obras, que considere la gravedad de los daños a causar y las posibles acciones para evitarlos, incluyendo las alternativas al proyecto; d. Falta de consulta previa y participación pública, adecuada, oportuna e integral, a las comunidades y otros actores afectados; e. Violaciones a los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales; f. Falta de acceso a la información y a la justicia; y g.

³⁰¹ Ver Sentencia 14111-2012.

Criminalización de la protesta de las comunidades y personas afectadas, incluyendo presiones que han ocasionado incluso asesinatos, amenazas y hostigamientos.³⁰²

Dentro de los casos más graves en donde se ha denegado un proceso adecuado de consulta se señala el caso del pueblo indígena Ngöbe en el caso de Chan y con dos comunidades afro-ecuatorianas en el caso de la represa Baba en Ecuador. A pesar de los impactos transfronterizos probables del proyecto brasileño de Río Madeira en territorio boliviano, y habitado por pueblos indígenas, las autoridades brasileñas no han efectuado consultas adecuadas con la ciudadanía boliviana y las comunidades indígenas. También casos como el reasentamiento de grupos indígenas Guaraníes Mbya por el proyecto de Yacyretá realizado sin la consulta ni el consentimiento previo de estos, y en violación de sus derechos, como reconoció el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial.³⁰³

Las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el derecho de consulta de los pueblos indígenas de Térraba y China Kichá son muy limitadas y no se ajustan a los estándares del derecho internacional. Esto se comprueba con el análisis de cada uno de los cuatro argumentos que expone el Tribunal al respecto. En un primer razonamiento, la Sala consideró que en la fase inicial de un proyecto hidroeléctrico no es necesario realizar la consulta, sino hasta antes de la construcción. Luego como segunda referencia, el Tribunal Constitucional aprueba que sea directamente la empresa ejecutora (aunque sea estatal) quien lleve el proceso de consulta en caso de realizarse. Un tercer argumento esgrimido por la Sala Cuarta, legitima las actuaciones del Instituto Costarricense de Electricidad de mantener negociaciones con otras organizaciones presentes en el territorio sin otorgar legitimación absoluta a la Asociación de Desarrollo Integral de Térraba. La cuarta explicación de la Sala, establece que el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 34312-MP-MINAE regula el derecho de consulta para el caso concreto. Un quinto punto que surge de lo señalado por la Sala Constitucional es que en 2011 otorgó un plazo de 6 meses al Instituto Costarricense de Electricidad para que realizara el proceso de consulta que a la fecha no se ha cumplido.

³⁰² Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, *Grandes represas América, ¿Peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas* (2009), 23. Recuperado: http://www.aida-americas.org/sites/default/files/informe_aida_grandes_represas.pdf

³⁰³ Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, *Grandes represas América, ¿Peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas* (2009), 23. Recuperado: http://www.aida-americas.org/sites/default/files/informe_aida_grandes_represas.pdf

Sobre el primer punto, se ha reiterado en la presente investigación que los estándares internacionales establecen que, en cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma de la obra. Siendo que los Estados tienen la obligación de garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación de proyectos en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes³⁰⁴. Este también es el sentido del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, el cual requiere a los Estados que lleven a cabo consultas con los pueblos indígenas “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”³⁰⁵. El carácter previo de la consulta en estos supuestos se ve también confirmado por la Declaración de Naciones Unidas, que aclara que la consulta debe realizarse “antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos”.³⁰⁶

Respecto al PH Diquís, en el informe del exrelator James Anaya considera que debió haberse iniciado un proceso de consulta sobre el proyecto hidroeléctrico antes de haberse comenzado los estudios técnicos, lo que hubiera permitido a las comunidades indígenas afectadas participar en las decisiones iniciales. Por el contrario, el diseño del proyecto se encontraba en un estado avanzado y el Gobierno tomó varias decisiones comprometiéndose al estudio y la elaboración del proyecto, sin una consulta previa adecuada. Reconociendo que es claro que en dicha situación, aunque el proyecto hidroeléctrico todavía no había sido finalmente aprobado, la capacidad de los pueblos indígenas de ejercer su derecho a la libre-determinación y de sentar sus propias prioridades para el desarrollo ha sido menoscabada.³⁰⁷ Asimismo indicó que al iniciarse la consulta, el Estado/ICE no debería tener como supuesto que el proyecto necesariamente vaya a realizarse, dado que la decisión final de realizar o no

³⁰⁴ Corte IDH, *Caso Del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 147.

³⁰⁵ Convenio 169, artículo 15.2.

³⁰⁶ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 32.2.

³⁰⁷ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís*, 3.

el proyecto debería estar sujeta al resultado de la consulta, aparte de otras consideraciones de interés social y nacional a concretarse.³⁰⁸

En relación con el segundo punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al considerar que la realización de los procesos de consulta es responsabilidad del Estado y no de otras partes, tales como la empresa (estatal o privada) que busca obtener la concesión o realizar el proyecto de inversión. Se han dado casos en que se transfiere la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas o públicas. En el caso de las primeras se genera una privatización de facto de una competencia pública. Respecto al segundo, al ser la empresa parte del aparato estatal no hay imparcialidad en las negociaciones.³⁰⁹ Al respecto, James Anaya manifestó que incluso cuando las empresas privadas o públicas, en la práctica, son quienes llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, debe ser el Estado a través de una entidad imparcial quien sirva de mediador entre las partes para evitar desequilibrios de poder.³¹⁰

El estándar anterior debe analizarse en relación con las circunstancias del caso concreto. Si bien la realización del procedimiento de consulta es una competencia estatal, y el Instituto Costarricense de Electricidad como institución autónoma de carácter público es parte del Estado, no significa una garantía del respeto al derecho de consulta previa, pues resulta evidente el interés directo de la entidad en la realización del proyecto, por lo cual no habría imparcialidad en el proceso al existir intereses contrapuestos. A pesar que en Costa Rica no existe un instrumento jurídico para realizar un procedimiento de consulta, cualquier acción realizada con ese fin debe ajustarse a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales tiene como fin ajustar los desequilibrios de poder entre las empresas (públicas o privadas) ejecutoras de proyectos y los pueblos indígenas.

Seguidamente sobre el tercer aspecto, los instrumentos internacionales aplicables en materia de consulta establecen que las consultas con los pueblos indígenas se deben ajustar a sus propias formas de representatividad y organización relativas a la toma de decisiones. Se ha puesto en evidencia en esta investigación que en Costa Rica persisten conflictos en

³⁰⁸ *Ibíd.*

³⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 291.

³¹⁰ Patricia Carrión, *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador* (Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2012), 27. Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712

relación con la representatividad indígena. Sin embargo, según la Ley Indígena aún vigente las Asociaciones de Desarrollo como las autoridades locales en los territorios indígenas siguen ostentado su representación legal. Definitivamente, el criterio de la Sala Constitucional y el ICE de involucrar a diferentes organizaciones no contribuye a solucionar el conflicto y lo hace aún más complejo, debido a que no tienen parámetros claros para determinar la verdadera legitimación de quienes se aducen como representantes del pueblo indígena Térraba. Siguiendo el criterio de James Anaya, no corresponde al Estado costarricense ni a ninguna de sus agencias definir las modalidades de representación de los pueblos indígenas a ser consultados sobre el proyecto El Diquís. La asignación de sus representantes debe ser definida por los propios pueblos indígenas. En este sentido, la consulta debería ser realizada mediante los mecanismos de representación definidos por el propio pueblo teribe y los otros pueblos afectados por el proyecto, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.³¹¹

Continuando con el punto cuarto, el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 34312-MP-MINAE no puede tomarse como punto de partida para realizar un procedimiento de consulta tal como lo concibe la Sala Constitucional. Primero porque ha sido fuertemente cuestionada la legalidad de dicho decreto y segundo, porque no fue producto de un proceso participativo con los pueblos indígenas afectados por el proyecto. Como ha señalado anteriormente James Anaya, la necesidad de realizar una “consulta sobre la consulta” no solo deriva de la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas en relación con toda decisión administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente, sino que también es otro elemento necesario para “lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas”, por lo que se debe procurar que “el procedimiento consultivo en sí sea resultado del consenso”.³¹²

Por último, en relación con el punto quinto, a la fecha no se ha cumplido con el plazo de 6 meses para realización de la consulta respecto al PH Diquís, tal como lo estableció la Sala Constitucional en el voto 12975-2011. Asimismo, la Sala Constitucional ordenó en el voto mencionado que, al amparo a la buena fe, el Instituto Costarricense de Electricidad se debía suspender “toda actividad de investigación o de otra índole que implique operaciones en los territorios indígenas afectados hasta tanto no concluya la consulta”. A pesar que no se ha

³¹¹ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís*, 6.

³¹² *Ibid.* 7.

realizado ninguna de las acciones anteriores, el ICE (tal como puede observarse en su página de internet) continúa realizando una serie de actividades informativas para promocionar el proyecto.³¹³

En 2015, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial manifestó su preocupación porque no se implemente el derecho a la consulta a los pueblos indígenas en Costa Rica. En su informe reiteró que si bien el Estado manifestó haber recogido las recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas con relación a la situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís, aún no se había llevado a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada, o un proceso de “consulta sobre la consulta”. Aunque se detuvieron las obras principales del proyecto y se retiraron instalaciones del Instituto Costarricense de Electricidad en Térraba, se llevó a cabo en el mismo territorio la construcción de una galería exploratoria en ausencia de un proceso de consulta.³¹⁴ En 1970, Costa Rica ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptó de manera voluntaria la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1980 asumiendo el respeto no solo de las normas de la Convención sino también de las interpretaciones de este texto que realizó la Corte en su jurisprudencia, incluso en casos en contra de otros Estados.

De la revisión de la jurisprudencia constitucional en el presente caso se pudo corroborar que la aplicación de los estándares interamericanos sobre el derecho de consulta a los pueblos indígenas es muy laxa. Pese a que la Sala Constitucional ha reconocido en varias de sus sentencias la relevancia para la protección de los derechos fundamentales, el control de convencionalidad en la jurisdicción interna, no se ha visto reflejado en la discusión de asuntos claves como la afectación de los pueblos indígenas de Térraba por el PH Diquís. En el voto 1682-07, por ejemplo consideró que “...los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo son aplicables en nuestro país en cuanto forman parte del Derecho de la Constitución, sino que en la medida en que brindan mayor cobertura o protección de los derechos aludidos, priman por sobre la Norma Fundamental”.³¹⁵ Asimismo,

³¹³ <http://www.pheldiquis.cr/>

³¹⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19. ° a 22. ° combinados de Costa Rica* (New York: 2015), 6. Recuperado de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/217/71/PDF/G1521771.pdf?OpenElement>

³¹⁵ Sala Constitucional, Resolución de un recurso de habeas corpus 1682-2007 de las diez horas y treinta y cuatro minutos del nueve de febrero del dos mil siete.

en la sentencia 4491-13 reconoce el carácter revolucionario del control de convencionalidad desarrollado por Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad” conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. La Sala Constitucional amplía su análisis realizando las siguientes consideraciones:

“... Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad”. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del “margen de apreciación nacional”, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales...”³¹⁶

De interés es la sentencia 12975-2011, de la Sala Constitucional la cual hace una analogía del caso concreto con el discutido en el caso Saramaka vs. Surinam, considerando: “Es claro que en el caso concreto que analizo la Corte muchas de estas violaciones se consumaron, situación que no es el caso, pues está en las etapas previas de análisis y de consulta al pueblo indígena. En efecto, contrario al caso de Saramaka, en este asunto, la norma impugnada se dictó en un periodo que corresponde a la fase inicial de la investigación, por lo que en ese momento no resulta razonable formular la consulta”.³¹⁷ Más allá, de lo resuelto en el caso Saramaka vs. Surinam (donde era evidente que la violación al derecho de consulta estaba consumado), en dicha sentencia la Corte desarrolló los principales estándares

³¹⁶ Sala Constitucional, voto 4491-2013 de las diez horas del 3 de abril de 2013.

³¹⁷ Ver Sentencia 12975-2011.

interamericanos en materia de consulta, (principalmente su carácter previo) dando una guía a los Estados parte en la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tal como expone el autor Haider Miranda (2015, 15), la Corte Interamericana es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, obligándolos a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³¹⁸ En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”, esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.³¹⁹

A manera de conclusión del presente apartado, es posible determinar que no existe claridad a nivel nacional sobre la realización de un procedimiento de consulta. Asimismo, se identifica un distanciamiento doctrinario entre la protección del derecho a un ambiente sano y los derechos de los pueblos indígenas, supeditando a estos últimos a las excepciones que existen en materia ambiental en la explotación de recursos naturales sin tomar en cuenta la afectación particular que tienen los pueblos indígenas como sujeto colectivo, poniendo en riesgo su supervivencia cultural.

Por el carácter previo de la consulta no es de recibo que deba realizarse después que existan estudios de impacto ambiental, debido a que es evidente que en la realización de esas

³¹⁸ Haider Miranda Bonilla, *El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina* (San José: Revista Jurídica IUS Doctrina. N.º 12, 2015), 15. Recuperado de: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/19748/19812>

³¹⁹ Sala Constitucional, Resolución de Consulta preceptiva de constitucionalidad 03388-98 de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

investigaciones previas hay una afectación material al territorio y se introducen cambios en sus modos normal de vida (por ejemplo, la presencia de maquinaria, trabajadores, instituciones, etc.). La funcionalidad del derecho de consulta es ser un instrumento de diálogo y de prevención de conflictos entre las partes, es evidente que si la consulta se realiza en etapas posteriores a los proyectos va a existir un clima de desconfianza y oposición de los pueblos indígenas, al ser los últimos en ser tomados en cuenta tratándose del manejo de los recursos naturales de su territorio.

Por último, no puede supeditarse el beneficio de una sociedad por encima de los derechos de un pueblo indígena. Tal como se indicó en este capítulo según datos socioeconómicos en nuestro país se encuentran entre los grupos más pobres. La realización de un proyecto de la envergadura del PH Diquís pone en una situación aún más grave de vulnerabilidad a estas poblaciones, dentro de las consecuencias más graves están los desplazamientos internos, los cuales generarían un empobrecimiento para estas personas.

Dentro de la investigación el objetivo del análisis en este apartado consistía en determinar el grado de cumplimiento del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas de Térraba y China Kichá. A partir del análisis realizado del caso a la luz de los estándares internacionales se determina que no se implementa de manera eficaz el derecho a la consulta previa. A manera de resumen, principalmente por las siguientes razones:

1. El Instituto Costarricense de Electricidad no ha dado garantía real al acceso de la información pública relacionada con el proyecto, por lo cual ha limitado la participación efectiva de los pueblos indígenas afectadas, pues sin la información necesaria resulta imposible proponer comentarios, alternativas y acciones para mitigar, o realizar un control ciudadano sobre el proyecto.
2. La decisión del Estado de promover un proyecto hidroeléctrico en tierras indígenas no puede ser una decisión unilateral, debe mediar un proceso de consulta previo, libre e informado. A la fecha en el caso del PH El Diquís no se ha realizado, por lo cual sus acciones han sido fuera de un marco de legalidad y respeto a los derechos territoriales del pueblo indígena Térraba y China Kichá.
3. El Instituto Costarricense de Electricidad no tiene la potestad legal de reconocer o denegar derechos sobre las tierras dentro de los territorios de Térraba y China Kichá.

Así tampoco puede definir cuáles son las formas de representatividad y organización relativas a la toma de decisiones en los territorios para un procedimiento de consulta. Esto corresponde exclusivamente a los propios pueblos indígenas a través de sus mecanismos de toma de decisiones.

4. El proceso de consulta sobre el PH El Diquís debió haberse comenzado antes de los estudios técnicos, lo cual hubiera permitido a las comunidades indígenas afectadas participar en las decisiones iniciales. Principalmente en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental pues ellas tienen conocimiento de primera mano y son quienes eventualmente sufrirán los impactos, de modo que la información que aporten al proceso garantizará la realización de una evaluación completa.
5. El carácter “previo” de la consulta indica que esta se debe realizar desde las etapas iniciales en la planificación de un proyecto de desarrollo, principalmente tratándose de un megaproyecto como una represa hidroeléctrica. La realización de un estudio de factibilidad implica sin duda ingreso al territorio, tal como pasó en Diquís creó un clima de total desconfianza con la comunidad. Contar con un proceso de consulta y diálogo con la comunidad puede evitar conflictos y permitiría buscar consensos.
6. El Estado de Costa Rica no puede imponer el PH El Diquís a los pueblos indígenas de Térraba y China Kichá, pese a que este haya sido declarado de interés público, debido a que no ha sido informado adecuadamente a las personas y comunidades afectadas previamente, ni se ha permitirles manifestarse a través de sus mecanismos de participación tradicionales.
7. El Estado de Costa Rica no ha garantizado un proceso de consulta imparcial, pues quien ha liderado el proceso es el Instituto Costarricense de Electricidad, lo cual genera desconfianza en la población. Si bien es el ejecutor del proyecto quien asume los costos del proceso de consulta, debe ser una entidad imparcial quien sirva de mediador entre las partes para evitar desequilibrios de poder.
8. El procedimiento de consulta debe ser resultado del consenso entre las partes, se debe tener claridad de los parámetros a seguir respetando su identidad cultural. Este deber del Estado de realizar una “consulta sobre la consulta” no solo deriva de la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas en relación con toda decisión administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente, sino que también

es otro elemento necesario para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas.

Sección B. La eficacia del procedimiento de consulta aplicado en el trámite del Proyecto Legislativo N.º 14.352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos

La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, que afecten directamente sus derechos e intereses está firmemente reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos. El incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados.

Dentro de los antecedentes del caso, el primer procedimiento de consulta de medidas legislativas en Costa Rica se dio a mediados de los años noventa, cuando se introdujo en la Asamblea Legislativa un proyecto de ley con el título Ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas (en adelante PLDAPI), el cual recibió un dictamen afirmativo unánime de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa bajo el expediente N°12.032. Este fue un texto progresista en la defensa de los derechos indígenas, el cual tenía como fin instrumentalizar los términos del Convenio 169 de la OIT y llenar lagunas jurídicas que surgían de la legislación la Ley Indígena de 1977.

El proyecto de ley fue llevado a consulta a los pueblos indígenas, lo cual marcó un precedente en la legislación nacional y latinoamericana debido a que en Costa Rica no se había realizado, anteriormente una consulta de una ley. Para la consulta se destinaron fondos de la Asamblea Legislativa en la realización de 40 talleres en los que se sometió a discusión el texto del proyecto y se realizaron entre julio y agosto de 1997. En estos, los participantes tendrían que elegir a un representante del territorio, para que participara en el Foro Nacional Indígena donde revisaría la letra del proyecto. La dinámica de los talleres consistió en registrar las opiniones, reacciones y sugerencias a los artículos propuestos, para lo cual se analizó en grupos el articulado del texto.

En cada uno de los talleres, los participantes elegían una persona que sería su representante en el Foro Indígena Nacional. Se programaron 40 talleres en distintos

territorios indígenas, de los cuales no se realizaron en tres territorios: en Telire, por la dificultad de acceso; y en Jaki y en Alto Coen, porque los indígenas se negaron a la realización de la consulta. En Matambú y Alto Pacuare, aunque se realizó la consulta, los indígenas decidieron no elegir representante para el Foro Nacional Indígena.

El proceso de planificación de la consulta del proyecto 12.032 inició en agosto de 1995 mediante reuniones con miembros de la CONAI y de la Mesa Nacional Indígena para elaborar un sistema de consulta que fuera acorde con lo dictado en el Convenio 169, lo cual no dio frutos por desacuerdos entre ambos grupos. Para efectuar la convocatoria de participación a los talleres de preconsulta se recurrió a varios medios informativos, tanto prensa escrita como cuñas radiofónicas. En el caso de estas últimas, se recurre a los señores Alí García Segura, para la traducción a bribri; Severiano Fernández, para la traducción a cabécar y para la lengua ngäbe al señor Feliciano Espinoza. También se utilizaron las cuñas informativas de convocatoria se distribuyeron en las radios culturales y en las principales radios escuchadas en zonas indígenas, como lo fueron: Radio Rumbo, Radio Reloj y Columbia. Además, se preparó material informativo y descriptivo del proyecto traducido en las lenguas antes señaladas, el material fue grabado en casetes para que los indígenas pudieran tener un fácil acceso a la información por medio de la audición de los contenidos del proyecto y no por la vía escrita.³²⁰

Como segunda etapa del proceso de consulta, el texto del expediente N° 12.032 se analizó en el Foro Nacional Indígena, el cual fue consultado a más de 60 organizaciones indígenas, se incluyó a las ADI de 22 territorios indígenas y a la CONAI (Archivo PLDAPI, Asamblea Legislativa). El periodo en el que se llevaría a cabo el Foro Nacional Indígena en principio estaba pensado para durar dos días solamente; sin embargo, en el acta de la sesión ordinaria N° 24 del 8 de julio de 1997, los diputados Velázquez Acuña, Gómez Calderón y Gutiérrez Schwanhauser presentaron una moción para que el Foro Nacional de Consulta se realizará del 22 al 29 de agosto de 1997, es decir, en un total de ocho días. En agosto de 1997, se desarrolla el Foro Nacional Indígena en la Asamblea Legislativa, en donde durante una semana los indígenas costarricenses sesionaron y presentaron mociones a las propuestas de reforma de modificación de algunos artículos de dicho Proyecto de Ley. El resultado de este

³²⁰ Sugey Arias Cháves, Priscilla Barrios Alfaro, Heiddys García Brenes, Juan Sebastián Martínez Arias y César Moya Aburto, *Tesis del Seminario de Graduación "Desafíos de la autonomía indígena en Costa Rica"* (San José: 2015)

foro fue la culminación de una nueva versión del PLDAPI que incluía de manera real la visión y posición de los indígenas; quizá la modificación más significativa de fondo fue que la nueva versión incluía un marco de autonomía territorial, el cual posibilitaba y ampliaba el ejercicio de la autonomía de los pueblos indígenas.³²¹

El Foro se inició con la acreditación de los delegados y con la definición de un reglamento de trabajo que se utilizaría para guiar la discusión de los indígenas, también el trabajo en el plenario se guió bajo el reglamento de la Asamblea Legislativa, para abarcar la totalidad del articulado, los participantes se dividieron en cuatro Comisiones específicas. Las Comisiones trabajaron en las mañanas en forma grupal, para integrarse en las tardes en sesión plenaria, donde se revisaban los acuerdos tomados por las Comisiones. El trabajo en las sesiones plenarias consistió en leer las mociones presentadas por los delegados, seguidamente, se escucharon intervenciones de los delegados para aprobar o desechar las mociones presentadas.³²²

La mayoría de artículos del proyecto de ley fueron modificados por los delegados, algunos se eliminaron, otros se añadieron; sin embargo, el artículo que continuó igual fue el que dictaba la eliminación de la CONAI, lo cual sugiere que en este punto coincidía la mayoría de la población indígena nacional. El resultado del Foro Indígena Nacional fue un nuevo texto que contenía el parecer de los pueblos indígenas expresado por los delegados de los distintos territorios, como resultado del trabajo de los delegados en la Asamblea Legislativa se entrega el 27 de setiembre, mediante un acto formal, el PLDAPI con las modificaciones respectivas a un representante de la subcomisión que estudiaba el proyecto en la Comisión de Asuntos Sociales.³²³

Pese a que la discusión del expediente 12032 fue un proceso participativo se archivó por motivos reglamentarios en el año 2000, pues el Reglamento del Poder Legislativo indica que todo proyecto de ley que esté en corriente legislativa y al cabo de ese período no logre su aprobación se deberá de archivar a no ser que por votación de mayoría del plenario se decida mantener vigente. Posteriormente, se presentó en el año 2001 el mismo texto del proyecto 12032 como un nuevo expediente legislativo –el 14.352- por el diputado Walter Robinson Davis. Siendo aprobado por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales el 11 de setiembre

³²¹ *Ibíd.*

³²² *Ibíd.*

³²³ *Ibíd.*

2007, que a la fecha sigue sin discusión en la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa. Este proyecto mantenía la reivindicación esencial de la autonomía de los pueblos indígenas como eje central, el cual se traduce en el derecho a la tierra y a los territorios, la posibilidad de determinar libremente su propio camino de desarrollo, el mantenimiento y fortalecimiento de los estructuras sociales e instituciones tradicionales de los pueblos, y también el derecho consuetudinario, entre otros.³²⁴

Las percepciones y acciones de sectores y actores involucrados frente al “Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas” han sido diferentes. El sector a favor del proyecto de ley -Mesa Nacional Indígena, organizaciones y otras a favor del proyecto - considera la propuesta como una herramienta necesaria para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, se parte de que la legislación en materia indígena en Costa Rica además de que nunca ha tenido un enfoque reivindicativo, no contempla las necesidades y requerimientos actuales de las sociedades indígenas. Desde esta percepción, se impulsa la idea de que las sociedades indígenas costarricenses, al igual que cualquier otro sector social, tienen derecho al cambio cultural y social regularizado desde dentro y dicho cambio exige que la legislación nacional que se vincula directamente con sus problemas también cambie y se revitalice continuamente.³²⁵

En el sector opuesto al Proyecto de Ley - Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y asociaciones de desarrollo integral-, sus argumentos giran en torno a aspectos de carácter técnico, administrativo y económico. Desde su percepción el proyecto de ley N.º 14.352, vendría a afectar negativamente a los pueblos indígenas al proponer la desaparición de las ADI y de la CONAI. Esta entidad argumenta que desde el actual marco legal se puede alcanzar la autonomía, lo único que hay que hacer es “fortalecerlo”. Desde la CONAI se asumen representantes legales de los territorios solamente a las ADI situación que pasa por una invisibilización de otras organizaciones indígenas, dentro del discurso de oposición se argumenta que de 24 territorios solamente 6 ADI están a favor del proyecto de ley.

³²⁴ Christian Schliemann, *La autonomía de los pueblos indígenas de Costa Rica una contrastación del estándar internación del estándar internacional con la legislación nacional y su implementación* (San José: Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Volumen 23, 2012), 146 y 117.

³²⁵ Xinia Zúñiga Muñoz, *La gobernabilidad de los pueblos indígenas en Centroamérica desde la perspectiva comunitaria*. (UNED: San José, Costa Rica, 2009), 51 y 52. Recuperado: http://smtp.mesaiindigenacr.org/attachments/article/28/doc_3_Libro_gobernabilidaddelosPIdeCAdesdelaperspectivacomunitariaim4426.pdf#page=39

A continuación, se realiza un análisis del procedimiento de consulta implementado para el conocimiento y evaluación del proyecto de ley 14352 por parte de los pueblos indígenas con el objetivo de determinar si el grado de cumplimiento del derecho a la consulta previa. Cabe mencionar que esta metodología fue desarrollada e implementada inicialmente en la consulta sobre el proyecto de ley 12032, como se consignó en los antecedentes. Sin embargo, el análisis se limita al expediente 14352 por ser el texto vigente en la Asamblea Legislativa. Posteriormente, se analiza la interpretación jurídica de la Sala Constitucional en una consulta perceptiva de constitucionalidad realizada por la Asamblea Legislativa en 1998, en la cual se discute si la metodología aplicada cumplió con los estándares establecidos en el Convenio 169 en materia de consulta previa para medidas legislativas. Por último, se realiza un análisis crítico respecto a si dicho procedimiento se ajusta o no a los estándares internacionales en materia de consulta previa para medidas legislativas.

B.1. El procedimiento de consulta implementado en relación con el Proyecto Legislativo 14352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas

En sesión del 30 de noviembre 2005, la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, aprobó la moción para la Convocatoria a la Preconsulta, la metodología a utilizarse y la calendarización de los talleres a realizar en los Territorios Indígenas con la finalidad de que en los Territorios Indígenas se pronunciaran sobre el Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas. En esta etapa se nombró a la Mesa Nacional Indígena como facilitadora del proceso.³²⁶

En dicho instrumento se estableció consultar a las siguientes entidades: Autoridades tradicionales Indígenas, Asociaciones Desarrollo Integral Indígena Comunal, Grupos organizados civiles indígenas, Líderes indígenas y la Comunidad Indígena en general. Se identificaron regiones para realizar el procedimiento de consulta tomando en cuenta, entre otros, criterios geográficos y de posibilidades de acceso y traslado, siendo estas: 1. Región

³²⁶ Acta de la Sesión Ordinaria N.º 11, Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, Moción N.º 01-11, 27 de Junio del 2006.

Atlántica 2. Región Sur (Buenos Aires) 3. Región Sur (Ngöbe y Ngöbe Bugle) 4. Región Chorotega (Matambú) 5. Región Norte (Maleku Guatuso) 6. Región Central (Huetár).

Estas fechas podrían variarse por causas o motivos atinentes a las funciones de los Diputados y Diputadas responsables de las CONSULTAS, así como por causa de fuerza mayor o caso fortuito.

Calendario de Consulta

Territorio	Lugar de Consulta Pueblo		Fecha
Región Sur (Buenos Aires)			
1. Boruca	Boruca Centro	Brunka	22 de julio
2. Yimba Gajé Rey Curú	Curú	Brunka	22 de julio
3. Térraba	Térraba	Teribe	23 de julio
4. Ujarrás	Ujarrás Centro	Cabecar	23 de julio
5. Salitre	Escuela Salitre	Bribri	29 de julio
6. Cabagra	San Rafael	Bribri	29 de julio
7. China Kichá	China Kichá	Cabecar	30 de julio
8. Duchi (Cabecar de Alto Chirripó)	Tsipiri	Cabecar	30 de julio
Región Huetár Atlántica			
9. Talamanca Bribri	Suretka	Bribri	05 de agosto
10. Talamanca Cabecar	Gavilán Canta	Cabecar	05 de agosto
11. Kikóla	Escuela de Paliffo		06 de agosto
12. Duchi Nak (Cabecar de Bajo Chirripó)	Palmera	Bribri	06 de agosto
13. Cabecar de Tayni (Valle La Estrella)	Vesta	Cabecar	12 de agosto
14. Nairi Awari de Pacuarito	Jamaqueiri	Cabecar	12 de agosto
15. Cabecar de Alto Telire	Piedra Mesa	Cabecar	12 de agosto
Región Sur (Ngöbe y Ngöbe Bugle)			
16. Ngöbe de Corte Burica	Alto Conte	Ngöbe	13 de Agosto
17. Ngöbe Bugle de Altos de San Antonio	Alto de San Antonio	Ngöbe Bugle	13 de Agosto
18. Ngöbe de Abrojo Montezuma	Abrojo Montezuma	Ngöbe	19 de agosto
19. Ngöbe de Osa	Osa	Ngöbe	19 de agosto
20. Ngöbe de Coto Brus	Coto Brus	Ngöbe	20 de Agosto
Región Chorotega			
21. Matambú	Matambú	Chorotega	27 de agosto
Región Norte			
22. Maleku (Guatuso)	Palenque Tongibe	Maleku	26 de agosto
Región Central			
23. Zapotón	Zapotón	Huetár	27 de agosto
24. Quilrital de Mora	Quilrital	Huetár	26 de agosto

Fuente: Acta de la Sesión Ordinaria No. 11, Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, Moción N° 01-11, 27 de Junio del 2005.

Ilustración 6. Calendarización de actividades del proceso de consulta sobre la Ley de Autonomía Indígena.

Primera fase: La preconsulta.

Esta fase consiste en un período donde se da a conocer oficialmente a los indígenas el texto vigente del Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, se les entrega una copia del documento y se llevan a cabo talleres de preconsulta en cada uno de los Territorios Indígenas, para que sus habitantes evacuen dudas, analicen el contenido y emitan sus primeras opiniones. Respecto al mecanismo de divulgación de la información, los facilitadores del proceso se encargaban de las convocatorias oficiales, agenda, metodología, instructivos, texto del Proyecto de Ley, a las organizaciones y participantes indígenas en los talleres. Se distribuyeron 4,000 juegos de documentos y se utilizó la transmisión oral, afiches y rótulos colocados en lugares públicos, incluso utilizar la radio comunitaria y otros medios a su alcance también hubo traducciones a Bribri y Cabécar y programas radiales en esos idiomas que se coordinó con la radio emisora rural “Escuela para Todos”.

La preconsulta fue dirigida por indígenas electos al inicio del taller, se sugirió una agenda, se hizo una introducción informativa y de intercambio de opiniones, se formaron grupos de

trabajo, se agruparon los capítulos del proyecto de ley para que cada grupo profundizara en el conocimiento y se sugirió que también abordaran los demás capítulos, los resultados se presentaron en plenaria. En cada territorio, con voto a viva voz, fueron electos dos Delegados, uno Titular y uno Suplente, para que los representara en el Foro Nacional de Preconsulta.³²⁷

Segunda fase: Foro Nacional de Preconsulta.

Con la finalidad de analizar con mayor detenimiento el Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo, e incorporar los aportes resultado de la Preconsulta (talleres y otras reuniones posteriores) se realizó el Foro Nacional de Preconsulta, que contó con la participación de 44 delegado/as y dirigentes indígenas, ancianos, adultos y jóvenes de los diferentes territorios, a excepción del territorio de Matambú. El resultado del foro fue concretizar los aportes a través de una Propuesta Indígena de Texto Sustitutivo del Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, para lo cual nombró una Comisión Redactora Indígena, la que cumplió su mandato el 20 y 21 de enero 2006.

Tercera fase: Etapa de consulta.

La Consulta consistió en un mecanismo abierto para analizar y opinar sobre el contenido del texto vigente del Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, a través de talleres celebrados en cada uno de los Territorios Indígenas. Se convocaron a las Autoridades Tradicionales Indígenas; Movimiento Indígena; Asociaciones Desarrollo Integral Indígena (ADI's); Líderes indígenas; Comunidad Indígena en general. Para efectos de la Consulta, tomando en cuenta criterios geográficos y posibilidades de acceso, se agruparon los Territorios Indígenas en áreas y para cada una se nombró a un indígena como facilitador/a, quién a la vez se formó su propio grupo de colaboradores.

Se recorrieron los 24 territorios indígenas y se entregaron las convocatorias a la Consulta y los documentos: a) Metodología de trabajo en los Talleres de Consulta; Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, Expediente N.º 14,352; Ley Indígena (Ley N.º 6172); Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI); y, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes “Convenio 169” (Ley N.º 7316); a las Asociaciones de Desarrollo Integrales indígena (ADI's); Autoridades Tradicionales Indígenas; Grupos organizados civiles indígenas; Líderes indígenas; y

³²⁷ Mesa Nacional Indígena, *Proceso de Consulta Proyecto de Ley Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas de Costa Rica* (San José: 2006), 7 y 8.

Comunidad indígena en general, en el último caso jugó un papel muy importante la práctica ancestral de la transmisión oral de la convocatoria.

Entre los resultados más importantes de las consultas, celebradas en los propios Territorios Indígenas, destacan:

- a. La convocatoria fue amplia y abierta a todas las autoridades tradicionales, organizaciones y habitantes indígenas en general, en forma escrita, radial y oral.
- b. Los talleres fueron facilitados por los indígenas de sus propios territorios.
- c. Con los productos de la Preconsulta y Consulta, los indígenas elaboraron un texto sustitutivo del Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas.
- d. En los libros de actas de la Asamblea Legislativa se registra (nombre, firma y número de cédula) la participación en los talleres en un total 2,185 indígenas, de ellos el 54% hombres y el 46% mujeres.
- e. La elección de los delegados y delegadas Titular y Suplente por Territorio Indígena al Foro Nacional de Consulta, se realizó dentro de un proceso democrático muy participativo y con la intervención del Tribunal Supremo de Elecciones.³²⁸

Etapa cuatro: Foro Nacional de Consulta.

La Comisión Permanente de Asuntos Sociales, convocó a los Delegados Titulares y Suplentes, electos democráticamente en las consultas celebradas en su propia tierra, al Foro Nacional de Consulta en la Asamblea Legislativa. En el cual se discutieron entre sí y conjuntamente estructuraron mociones para el mejoramiento del Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas. Los capítulos del proyecto de ley se dividieron entre los grupos de trabajo, quienes analizaron artículo por artículo y fueron elaborando mociones con los aportes de la Preconsulta, Consulta y otras reuniones que sostuvieron en sus Territorios. El gran porcentaje de las mociones elaboradas fue por consenso; las menos por mayoría calificadas y quienes votaron en un consiente ejercicio democrático respetaron las decisiones de la mayoría.³²⁹

³²⁸ Mesa Nacional Indígena, *Informe Proceso de Consulta Proyecto de Ley Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas de Costa Rica*, 16, 17 y 18.

³²⁹ Sugely Arias Chaves, Priscilla Barrios Alfaro, Heiddys García Brenes, Juan Sebastián Martínez Arias y César Moya Aburto, *Tesis del Seminario de Graduación "Desafíos de la autonomía indígena en Costa Rica"* (San José: 2015)

B.2. Análisis de la consulta facultativa de constitucionalidad sobre el Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígena (Proyecto de Ley N°14.352) presentada por la Asamblea Legislativa ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

La ley de jurisdicción constitucional en su artículo 96 inciso b) establece que la Asamblea Legislativa tiene la facultad de presentar consultas de constitucionalidad a la Sala Constitucional, respecto “...de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.”.³³⁰ Tal como señala un estudio del Programa Estado de la Nación, si bien la Sala misma ha definido que sus resoluciones en cuanto al fondo no son vinculantes, la Asamblea Legislativa ha seguido sus criterios en el 90% de los casos. Por otro lado, si bien en la gran mayoría de los casos la Sala se ha “autocontenido” en la fijación de sus límites, en unos pocos temas ejerce un control previo activista, por ejemplo, cuando define y establece parámetros para algunos de los principios que deben respetarse en el procedimiento legislativo.³³¹

En el presente caso, la consulta legislativa de constitucionalidad sobre el proyecto de ley N°12.032 se presentó a la Sala Constitucional el 27 de abril de 1998 y fue resuelta el 5 de junio 1998.³³² Los principales cuestionamientos que se realizaron van en dos líneas principales. Primero, un aspecto formal, al cuestionar la validez del trámite dado, pues se consideraba que se omitió consultarlo a las instituciones representativas de los pueblos indígenas. En el caso concreto, se realizaron consultas a algunas comunidades indígenas,

³³⁰ Asamblea Legislativa, *Ley de la Jurisdicción Constitucional N.º 7135* (San José: 1989). Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

³³¹ Programa de Estado de la Nación, *Informe del Estado de la Justicia* (San José: 2015), 217. Recuperado de: <http://www.estadonacion.or.cr/justicia/assets/cap-7-estado-de-la-justicia.pdf>

³³² Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad interpuesta por los entonces diputados Orlando González Villalobos, Mary Albán López, Anabella Diez Martín, Elsy Corrales Blanco, Guillermo Arguedas Rivera, Alejandro Chaves Ovarés, Bienvenido Venegas Porras, Carlos Fernández Alvarado, Lorena Vázquez Badilla, Teddy Cole Escarlett, Rodolfo Brenes Gómez, Hernán Fournier Origgí, Gonzalo Fajardo Salas, Bernardo Benavides Benavides, Gerardo Trejos Salas y Ottón Solís Fallas, respecto del proyecto de «Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas», expediente legislativo número 12.032.

pero se omitió hacerlo a las instituciones oficiales representativas de los pueblos indígenas: la Comisión Nacional Indígena y las Asociaciones de Desarrollo Comunal de las Reservas Indígenas regulados en la legislación interna. El segundo aspecto, se relaciona con el contenido del Proyecto, los consultantes consideraron que el grado de autonomía que se otorga en él a las comunidades indígenas violenta principios fundamentales sobre autonomía municipal, división de poderes y asignación de competencias a órganos de relevancia constitucional, permitiéndoseles, por ejemplo, –mediante los Consejos Indígenas Territoriales– definir su propio modelo de desarrollo y su presupuesto.³³³

El presente análisis se limita al primer aspecto, es decir, el procedimiento de consulta aplicado sobre el proyecto de ley legislativo número 12.032. En cuanto al tema de forma, los diputados expusieron que “si bien (el proyecto) se aprobó previa consulta a algunas comunidades indígenas, nunca llegó a tomar en cuenta el criterio particular de las instituciones oficiales representativas de los pueblos indígenas”. Específicamente, señala la ausencia de consulta a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y a las Asociaciones de Desarrollo Comunal de las Reservas Indígenas. Esta omisión, y algunas faltas al reglamento legislativo que regula la consulta, hacen presuponer a los legisladores que dicha consulta no se efectuó de manera apropiada, y que no se hizo de buena fe.

En su análisis, la Sala Constitucional refiere a los criterios del Tribunal Supremo de Elecciones y de la Defensoría de los Habitantes, pues ambos participaron como observadores imparciales en el procedimiento de consulta. En primer lugar, el Tribunal Supremo de Elecciones dio una consideración positiva del proyecto al señalar:

“...se puede garantizar que los representantes que indicamos fueron electos de manera democrática y como expresión de la voluntad mayoritaria de los participantes indígenas en el foro de cada comunidad. Durante el proceso de consulta encontramos oposición al proyecto proveniente de tres fuentes que consideraban afectados sus intereses con la redacción actual del mismo. Algunos grupos de las propias comunidades indígenas, los dirigentes de la CONAI, y los blancos que poseen fincas dentro de territorios indígenas... Debemos reconocer el interés de los

³³³ El mismo Convenio obliga a su aplicación a los pueblos tribales regidos por una legislación especial, como lo son, en nuestro país, las Leyes número 6172 (Ley Indígena), 5251 (de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas) y los Decretos Ejecutivos número 8487-6 del 20 de diciembre de 1977 (Reglamento a la Ley Indígena), 13568-G del 30 de abril de 1982 (Reglamento que otorga a las Asociaciones de Desarrollo Integral la representación legal de las Comunidades Indígenas para que actúen como gobierno local); 5904-G del 10 de abril de 1976, 7036-G del 12 de junio de 1976, 6037-G del 15 de junio de 1976 y 7268-G del 20 de agosto de 1977 que declaran Reservas Indígenas.

funcionarios de la Asamblea Legislativa en recoger la opinión de los indígenas, cualquiera que esta fuera, sin preocuparse por defender el proyecto... (De) cuarenta comunidades no fue posible visitar Telire por su difícil acceso. En Jaki y en Alto Cuen los indígenas se negaron a la realización de la consulta y en Matambú y Alto Pacuare, aunque se hizo la consulta, las comunidades decidieron no elegir representante...". ³³⁴

Posteriormente, manifestó que cuando los funcionarios designados por este Tribunal llegaron a las comunidades en las fechas definidas para las consultas, siempre hubo asistencia y participación de los indígenas, lo que evidencia la existencia del trabajo de convocatoria previa. Inclusive, en muchos casos los indígenas traían propuestas escritas de antemano. Es claro que, sin este trabajo de convocatoria previa, las consultas no se hubieran podido realizar, dado que, por las condiciones geográficas y la dispersión de los pueblos, muchos indígenas debían trasladarse por horas para llegar al sitio señalado.³³⁵

La Defensoría de los Habitantes respaldó lo dicho por el Tribunal Supremo de Elecciones, al considerar que: "...es evidente que la Asamblea Legislativa, además de la buena disposición que tuvo para cumplir con el mandato del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adolecía de la experiencia y capacidad de ejecución para realizar en (sic) proceso de tal magnitud, lo que se evidenció en los limitados criterios técnicos en los aspectos de convocatoria y trabajo preparatorio en las comunidades indígena (sic) de cara a la Consulta. Con relación al Foro Nacional Indígena, al parecer se propició el espacio adecuado de discusión y trabajo. Además, es significativo que se brindara la oportunidad de que los mismos representantes indígenas electos en las consultas elaboraran un texto substitutivo a partir de las observaciones de una consulta a casi 3.000 indígenas, a fin de que dicha (sic) proyecto de ley represente mejor sus expectativas e intereses."

En este voto la Sala Constitucional reconoció que, a la vista de los criterios del Tribunal Supremo de Elecciones y de la Defensoría de los Habitantes, es evidente que la Asamblea Legislativa no faltó al requisito de la buena fe y además que, de manera apropiada a las circunstancias -como lo exige el Convenio 169- reconoció que los dirigentes de la CONAI participaron en la consulta y en el caso de las ADIS, fueron directamente los propios indígenas los llamados a la consulta, por lo que sí hubo representación indígena en el proceso.

³³⁴ Asamblea Legislativa, *Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, expediente legislativo 14352* (San José: 1989).

³³⁵ Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 3631-98 de las doce horas cuarenta y tres minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

La Sala concluyó que debido a esos motivos, no se configuró en el caso un vicio invalidante del procedimiento legislativo por violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas.

Los Magistrados Piza, Calzada y Batalla Bonilla salvaron el voto al considerar que el proyecto resultaba viciado por motivos de procedimiento. En primer término, consideraron que el procedimiento de consulta a las comunidades indígenas en el curso de la tramitación del proyecto de ley, aunque válido como medio preparatorio razonable para facilitar su viabilidad, no satisfizo los requerimientos del artículo 6° del Convenio N°169 de la Organización Internacional de Trabajo, en cuanto que no fue idóneo para alcanzar a la generalidad de los miembros de esas comunidades, ni para garantizar su conocimiento y participación en condiciones de igualdad.

Como segundo punto, consideraron que el proyecto resultaba viciado al no haber sido consultado específica y formalmente, con la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y con las asociaciones indígenas de desarrollo de la comunidad, las cuales son hasta ahora las únicas entidades legalmente establecidas por el Estado para canalizar la representación de las comunidades indígenas. Al respecto, consideraron que el Reglamento de la Ley Indígena (N.° 6172), Decreto Ejecutivo N.° 8487-G se estatuye, en su artículo 3°, que para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones del artículo 2° de la Ley, las comunidades adoptarán la organización prevista en la N.° 3859, de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y su Reglamento (asociaciones de desarrollo comunal). Posteriormente, por Decreto Ejecutivo N.° 13568-C-G del 30 de abril de 1982 se reiteró que las asociaciones de desarrollo integral tienen la representación legal de las comunidades indígenas y se previeron varios mecanismos para evitar que hubiera más de una por reserva.

Los magistrados disidentes concluyeron que al efectuar la consulta, a través de las instituciones representativas de los pueblos interesados tal como dispone el artículo 6 del Convenio 169, en el caso costarricense remite ineludiblemente a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y a las Asociaciones de Desarrollo Comunal de las Reservas Indígenas; y que la consulta realizada, aunque resultaba plausible, no alcanza a satisfacer las exigencias del Convenio N.° 169-OIT y que por ese motivo su tramitación está viciada de inconstitucionalidad.

B.3. Análisis crítico del caso: ¿Se ajusta el procedimiento de consulta aplicado en relación con el expediente legislativo 14352 a los estándares en materia de consulta desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos?

La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, que afecten directamente sus derechos e intereses, está firmemente reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos. El incumplimiento de la realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados.³³⁶ Asimismo, en Colombia y Costa Rica, la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales ha estimado que el incumplimiento de la consulta y sus requisitos esenciales puede implicar la nulidad de los procedimientos, actos y medidas adoptadas, sean de carácter administrativas o legislativo, en control jurisdiccional *a posteriori*.³³⁷

Como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica; la omisión de la consulta en aquellos casos en que resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

Ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias. Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida

³³⁶ Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 noviembre 2007, Serie C. N.º 172

³³⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia N.º 13832 del 11 de septiembre de 2008, consulta facultativa expediente N.º 08-011089-0007-CO; Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-030 de 2008.

legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

En ese evento, sería posible encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales.

Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que estas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una comisión legislativa por ausencia de normas específicas previamente consultadas.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia conoció una acción de inconstitucionalidad contra la Ley General Forestal 1021 de 2006, por no haberse realizado consulta previa a las comunidades indígenas ni a los pueblos afrodescendientes durante el proceso de construcción de la iniciativa legislativa que condujo a su expedición. En la sentencia C-030/08, la Corte consideró que de acuerdo con el ordenamiento constitucional y en particular con el Convenio 169 de la OIT, que en esta materia hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que esta las afectara negativamente, así como sobre el contenido mismo de las pautas y criterios, aun cuando de aplicación general pudiese tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales o sobre sus formas de vida.

Fue enfática en señalar que la consulta previa tiene unas características especiales, las cuales no se cumplieron en el caso y no puede sustituirse por un proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley. Señala que para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario poner en conocimiento de las

comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera cómo podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran. Por estas razones, la Corte concluye que dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, se declara por unanimidad la inconstitucionalidad de la ley.³³⁸

En comparación con el criterio de la Corte Constitucional de Colombia, el análisis de la Sala Constitucional de Costa Rica, ha sido más restrictivo. En 2008, conoció una consulta legislativa facultativa de constitucionalidad referente al trámite de aprobación del proyecto de Ley número 16955 que es "Reforma y Adición de varios artículos de la Ley de Procedimientos de Observancia de Derechos de Propiedad Intelectual Ley No.8039 del doce de octubre de dos mil" por falta de consulta del texto del proyecto a las comunidades indígenas de conformidad con lo exigido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Señalando que en la tramitación del proyecto de ley se incurrió en un vicio de procedimiento, en razón de que los pueblos indígenas no fueron consultados de acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, respecto a la modificación que el proyecto de ley consultado introduce a la Ley de Biodiversidad vigente, vía reforma del artículo 78.6 para permitir "el patentamiento asociado a prácticas biológicas tradiciones o culturales en dominio público", lo cual, a su juicio, afecta directamente los intereses de las poblaciones indígenas.

La respuesta a esta interrogante es que efectivamente existía una relación directa de la modificación hecha con los intereses de los pueblos indígenas -buena o mala-, que nadie ha negado durante la discusión legislativa y que no se dio la consulta, lo cual era obligatorio hacerlo, quedando comprobado el vicio señalado. En la discusión legislativa constan manifestaciones de algunos diputados en el sentido que la modificación no les afecta; no obstante, estima la Sala que de conformidad con el Convenio les corresponde precisamente a los pueblos indígenas hacer esa calificación y a la Asamblea Legislativa valorar si acepta o no las opiniones vertidas en la consulta formulada.

³³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030/08. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-030-08.htm>

Asimismo, consideró que cuando está clara la vinculación directa de un tema con los intereses de los pueblos indígenas, no cabe por parte de la Asamblea Legislativa hacer una valoración de fondo previa sobre si la afectación es o no positiva, sino que les corresponde a ellos (los pueblos indígenas) manifestarse al respecto; precisamente en ello radica el espíritu de la consulta obligatoria regulada en el Convenio citado. En caso de que no esté claro si hay o no una relación directa del proyecto consultado con los intereses de los pueblos indígenas, entonces puede entrarse a una valoración sobre la procedencia o no de la consulta del Convenio 169, que puede ser luego sometida a control constitucional, tanto previo (en consulta legislativa) como posterior (en acción de inconstitucionalidad).³³⁹ En su conclusión, la Sala determinó que pese a esta razón existe vicio de procedimiento por la omisión de consulta a los pueblos indígenas regulada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Se ha mencionado en la presente investigación que la aplicación del derecho a la consulta no significa que el Estado deba hacerlo cada vez que emita una medida legal o administrativa. La condición para realizar la consulta radica en la afectación directa, es decir, deben tratarse de medidas que modifiquen parcial o totalmente el modo de vida de los pueblos indígenas. Para el caso de las medidas legislativas, el Congreso u otra entidad que tenga la posibilidad de emitir normas con rango de ley, tiene la obligación de establecer, con la participación de los representantes de los pueblos indígenas, mecanismos de consulta para cada etapa del procedimiento legislativo, de acuerdo con su propio diseño institucional.³⁴⁰ Si bien el artículo 6 del Convenio 169 establece el deber genérico de los Estados en relación con las “medidas legislativas...susceptibles de afectarles directamente”, debe entenderse que dichas medidas legislativas incluyen también los procesos de elaboración o reformas de normas legales.³⁴¹

³³⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2008-013832. Recuperado de: <http://vlex.co.cr/vid/-499308382>

³⁴⁰ Amelia Alva Arévalo, *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional* (Bilbao: Universidad de Deusto 2014), 64. Recuperado de: https://www.researchgate.net/profile/Amelia_Arevalo/publication/264547331_El_derecho_a_la_consulta_previa_en_derecho_internacional/links/53e482150cf2fb748710bf56.pdf

³⁴¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169), presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares* (New York: 2001), párr. 83. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID_P50012_LANG_CODE:2507302,es:NO

En el presente caso de estudio es posible identificar que a pesar de la buena fe que prevaleció en el procedimiento de consulta, no se cumplió cabalmente con las exigencias de los estándares internacionales en materia de consulta de medidas legislativas, los cuales se desarrollaron ampliamente en el capítulo I y II de la presente investigación. En primera instancia, porque el asunto de consulta realizado no fue producto de un proceso participativo con los pueblos indígenas, sino que su participación en la discusión del proyecto Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas se dio después de que la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa había establecido unilateralmente la metodología de consulta. Sin embargo, es necesario hacer la aclaración de que se realizó en un contexto histórico muy distinto de hoy en día, donde los criterios de la CorteIDH han fortalecido la lucha de los pueblos indígenas en América Latina.

Un segundo aspecto, se vincula con la participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta y en sus discusiones de fondo. El número de personas indígenas que participó fue muy reducido, se contabilizaron 2500 personas de diferentes territorios indígenas. Si bien es cierto que en esa época no existían datos exactos sobre la población indígena en Costa Rica³⁴², se reconoce según el Censo poblacional de 2011 que habitan en el país alrededor de 104 143 personas indígenas, lo cual es muestra que gran parte de la población indígena no fue parte de dicho proceso.

Por último, un tema de relevancia es sobre las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Este es un debate que se mantiene hoy en día; si se sigue como se estudió en capítulos anteriores el tema de representatividad indígena se reconoce que tanto la CONAI como las ADIS no son instituciones tradicionales indígenas, sino que tienen su origen en normas legales creadas por el Estado. Asimismo, en diferentes oportunidades ante la Sala Constitucional personas indígenas han objetado la acción de estas instituciones por ir en detrimento de sus derechos dentro de los territorios. A continuación, se desarrollan los argumentos anteriormente mencionados.

³⁴² Los primeros datos sobre la población indígena se introdujeron en el Censo poblacional de 2000 y posteriormente ampliados en el Censo de 2011.

1. La construcción colectiva de un procedimiento de consulta debe ser de manera colectiva entre los pueblos indígenas y el Estado

Tal como consta en el expediente legislativo 14 352 y en la consulta perceptiva de constitucionalidad sobre el proyecto de ley 14 352, la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa fue la encargada de establecer la metodología de consulta aplicada en ese caso sin la participación de los pueblos indígenas interesados, lo cual limitaba su participación en la discusión del proyecto de ley y su capacidad de acción en las reformas que se incluirían en el texto final.

El exrelator James Anaya en diferentes oportunidades ha resaltado la importancia de crear un mecanismo de consulta donde sean los mismos pueblos indígenas quienes participen en su elaboración, lo cual asegure su legitimidad. A manera de ejemplo, durante su visita a Chile, el Relator Especial observó que podría ser de mutua utilidad y provecho, tanto para el Gobierno como para los pueblos indígenas en Chile, llevar a cabo “una consulta sobre la consulta” para determinar el procedimiento para implementar en ese país los estándares internacionales en las consultas propiamente dichas, antes de la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos indígenas o a una comunidad indígena. Dicho proceso dirigido a establecer y regularizar los mecanismos de consulta, ajustándolos a los estándares internacionales, podría ser necesario para generar confianza y crear canales de diálogo con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta que debe implementar el Estado y, de este modo, consecuentemente, alcanzar resultados sustantivos aceptables.³⁴³

De igual manera, en su informe de 2011 sobre la situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, en su calidad de experto Anaya advierte que, si bien puede ser útil la elaboración previa de propuestas sobre el procedimiento de consulta, se debería evitar que las propuestas elaboradas por una u otra parte fueran impulsadas perjudicando un proceso verdadero de construcción de consenso.

La consulta sobre la consulta debería consistir en un diálogo abierto y exhaustivo entre las partes sobre los varios aspectos del procedimiento de consulta a establecerse, inclusive la

³⁴³ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Chile* (New York: Consejo de Derechos Humanos, 2011), 8. Recuperado de: http://190.98.206.147:8080/bitstream/handle/123456789/267/2009_anaya_informe_chile?sequence=1

definición de las diversas etapas de la consulta, los plazos correspondientes y las modalidades específicas de participación, entre otros. No se debería iniciar este diálogo con posiciones predeterminadas sobre estos aspectos. Además, que el Estado no debería precipitarse en el diálogo con las partes indígenas acerca del procedimiento de consulta a realizarse. De nuevo, es necesario que los actores estatales tengan paciencia para que las partes indígenas puedan definir sus modalidades de representación y también para que puedan prepararse adecuadamente antes de iniciar el diálogo.³⁴⁴

Sobre este tema en particular, la Corte Constitucional de Colombia en su jurisprudencia ha establecido parámetros claros en protección de los pueblos indígenas sobre metodologías de consulta. En concreto, la sentencia C-175 de 2009 elaboró criterios específicos para identificar cuándo existe una vulneración directa, específica y particular sobre los grupos étnicos, derivada de una medida legislativa o administrativa, reglas formuladas de la siguiente manera:

“(i) ‘Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses’.

(ii) ‘(...) el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada’.

(iii) ‘(...) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que

³⁴⁴ James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*, 9 y 10.

inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana’.

*(iv) ‘la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas’.*³⁴⁵

Sobre las metodologías de consulta, tal como se desarrolló en el capítulo II de la presente investigación, si bien se considera que el artículo 6 del Convenio 169 es una norma autoejecutable y no acarrea una violación del derecho de consulta el hecho que no esté normada a nivel interno. Tal como lo exponen la Comisión y la Corte Interamericana por seguridad jurídica de los pueblos indígenas es recomendable que se norme una metodología de consulta la cual para su elaboración debe contar con la participación de los pueblos indígenas. El reto sin duda es definir cuál es el camino a seguir, en el capítulo II donde analizó dos vías distintas que escogieron Perú y Colombia, en estos casos se denota cuáles son esas dificultades y las respuestas de los tribunales constitucionales y la manera en que van definiendo cuáles son los parámetros de una consulta eficaz acorde con los estándares internacionales y sobre todo lo dispuesto por la Corte Interamericana, aquí es donde entra la importancia del control de convencionalidad.

Por último, los estándares establecidos por el Convenio 169 y desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son principios mínimos para implementar en cualquier procedimiento de consulta se trate de una medida legislativa o administrativa (en el capítulo I y II se desarrolla este aspecto) y deben permear el procedimiento que se trate fue lo que usted me indicó que desarrollara sobre los actos legislativos y administrativos. Le reitero, que mi posición personal (que coincide con lo que expuso James Anaya en su informe) la metodología de consulta debe ser una construcción consensuada entre los pueblos indígenas.

Tal como se señaló en párrafos anteriores en este segundo caso de estudio, uno de los principales debates ante la jurisdicción constitucional fue en relación con las instituciones

³⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-175/09* (Bogotá: 2011). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm>

representativas que participaron en el proceso. El criterio de los magistrados, en la consulta perceptiva de constitucionalidad del proyecto de ley 14352 estuvo dividido pese a que por voto de mayoría no se declaró un vicio de inconstitucionalidad. El criterio que prevaleció es que tanto la CONAI como las ADIS fueron convocadas al proceso de consulta y participaron del proceso, aunque no tuvieron injerencia en las decisiones. Asimismo, el voto salvado se alejó de esta posición considerando que a pesar de los cuestionamientos realizados a estas instituciones por diversos grupos indígenas en la legislación vigente estas ostentan la legítima representación de los pueblos indígenas.

Los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible: “[dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”.³⁴⁶ En sí, el debate sobre la representatividad indígenas ha sido recurrente, por ejemplo, en la discusión sobre de la reforma constitucional mexicana en materia indígena de 2001 el Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT tomó nota de “la dificultad que representa una consulta de alcance general, como es el caso de una reforma constitucional, y de aplicación nacional, que en este caso afecta, además, a aproximadamente 10 millones de indígenas”³⁴⁷. Asimismo, hizo hincapié en “la diferencia en cuanto a los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta entre los interlocutores [que] agregan complejidad a la tarea”, y que generaron “sentimientos de frustración y de exclusión de los indígenas”³⁴⁸ en aquel caso. No obstante, el Comité señaló que la consulta podría haber sido más adecuada si se hubieran establecido previamente “criterios claros en cuanto a la forma de la consulta y la representatividad”.³⁴⁹

A la luz de estos criterios mínimos de representatividad, podría señalarse que estos (i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas, (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos, (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos, y (iv) conforme a los

³⁴⁶ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169)*, párr. 101.

³⁴⁷ *Ibíd.* 105.

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ *Ibíd.*

principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género. Asimismo, la consulta debe ser accesible a los pueblos indígenas. Ello implica que, particularmente en ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas en relación con medidas administrativas o de carácter general, deberán buscarse procedimientos accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes.³⁵⁰

En el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional ha tenido variaciones en las interpretaciones de los casos sobre las instituciones representativas de los pueblos indígenas. En sus primeros análisis sobre el tema, prevalecía el criterio de que la CONAI es una entidad representativa de los pueblos indígenas y con ello mantener a un pequeño grupo de funcionarios de dicha institución que se manejan a su antojo, sin respeto y acatamiento de los controles jurídicos establecidos, tales como las asambleas y la elección de los miembros de la Junta Directiva, situación que se ha mantenido durante más de nueve años. Asimismo, considerar las Asociaciones de Desarrollo Comunal que son estructuras de origen externo a las comunidades indígenas, como entidades representativas en los territorios indígenas, sin reconocer las otras organizaciones propias de los pueblos indígenas y que son verdaderamente representativas.

Por su parte, en el Voto N.º 3631-99, de algún modo quebró esa posición que se llevaba, y dispuso que la consulta del Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas (Expediente Legislativo N.º 12.032) dirigida ampliamente a la comunidad indígena, era un mecanismo legítimo de consulta. Quienes impugnaban este hecho reivindicaban que solo se le consultara a CONAI y a las Asociaciones de Desarrollo. La Sala, en ese fallo da por descontada la necesidad de consultar a CONAI y a las ADI, pues refiere que, al realizarse un proceso de participación amplia, tales entidades se infieren que participaron.

Se ha sostenido que por la estructura de supeditación estatal que CONAI tiene como entidad de derecho público (artículo 1 Ley de Creación de CONAI, N.º 5251 de 1973), y en razón del carácter para estatal que asumen las ADI (Ley N.º 3859 de 1966), condicionar los

³⁵⁰ James Anaya, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de los derechos de los pueblos indígenas en Chile* (Santiago: 2009), 8. Recuperado de: [file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/InformeAnayaConsultaChile24Abril2009%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/InformeAnayaConsultaChile24Abril2009%20(1).pdf)

procesos de consulta a este tipo de “entidades representativas” violenta el carácter autonómico que el Convenio 169 de la OIT da a los pueblos indígenas, quienes bajo estos criterios quedan supeditados a que entes indígenas profundamente mediatizados por el Estado sean quienes de manera legítima en nombre de los indígenas refieran su opinión cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas que pudieren afectarlos.

La forma de organización jurídica impuesta por el Estado a los territorios indígenas han sido las Asociaciones de Desarrollo Integral (ADI), las cuales tienen la representación jurídica y extrajudicial de las comunidades, pero dicha concepción fue una imposición del Estado que no responde necesariamente a la realidad cotidiana de la vida indígena, afectándolos en muchos casos para acceder a servicios básicos reconocidos al resto de la población. Al respecto, la Sala Constitucional en el voto 3009-92 ha indicado:

“La legislación vigente no reconoce sus propias formas de organización, forzándoles a organizarse jurídicamente alrededor de las Asociaciones de Desarrollo Comunal o como simples asociaciones sin fines de lucro, que les imponen modelos de organización y competencias extrañas. No pueden obtener créditos, porque las tierras no son de ellos y la ley las declara inalienables, imprescriptibles, etc. Además, reclaman que las instituciones creadas por la ley para su defensa, no son suyas, sino estatales; mientras, por otro lado, es verdaderamente impresionante la preservación del bosque en sus reservas o territorios, al punto de que casi hay coincidencia ecológica entre las áreas que han sido declaradas parques nacionales y las de las reservas, sobre todo por el sistema de roza o de siembra de ciclos.”³⁵¹

Es hasta el año 2005, que la Sala Constitucional en el voto 6856-05 declaró contraria a la Constitución Política de la República, la jurisprudencia del Tribunal y del Juzgado – ambos agrarios- de la Provincia de Limón, que exigían que en todo proceso que presentaran entidades indígenas como las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas en reclamo de sus tierras, se tenía que traer al juicio obligadamente a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI). Este proceso fue planteado a favor de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva –Territorio- Indígena de Talamanca Cabécar.

En el considerando V de dicha resolución se consagra a analizar la naturaleza jurídica de la CONAI y establece, en lo que interesa, que: “...Se trata de una entidad gubernativa, que si bien es integrada exclusivamente por indígenas (...) es más bien la llamada a

³⁵¹ Sala Constitucional, Resolución de consulta preceptiva de constitucionalidad 3003-92 de las once horas y treinta minutos del siete de octubre de mil novecientos noventa y dos.

canalizar la acción del Estado a favor de los pueblos y comunidades indígenas...”. También explica los alcances del numeral 4 de la Ley Indígena, que le otorga a CONAI una función de asesoría y coordinación respecto a las comunidades indígenas. La Sala señala: “...Esa función de coordinación y asesoría jamás puede entenderse como sustitutiva de la voluntad de los diversos pueblos o comunidades indígenas, que son los que directamente han de velar por sus intereses por constituir el gobierno local y además por ser los propietarios de sus tierras...”. Por último, reafirma la autonomía indígena al considerar: “...las comunidades indígenas no son entidades estatales y, por ende, no pueden ser sustituidas por estas y además que son las comunidades las propietarias de las reservas indígenas y no las entidades estatales. La Comisión Nacional de Asuntos Indígenas es una entidad estatal y no puede ser considerada en modo alguno como propietaria de las reservas indígenas...”.³⁵²

Tal como indica el autor Rubén Chacón (2005) la resolución de la Sala Constitucional es de especial relevancia para la defensa de autonomía indígena. En primer lugar, evidencia el sentido paternalista de algunos juzgadores que se niegan a concebir a las comunidades indígenas como expresiones autónomas y consolidadas con facultades plenas para reclamar sus derechos. En segundo lugar, echa por la borda toda una tendenciosa campaña que desde hace algunos años viene haciendo la CONAI de referir que es un “ente representativo indígena”. Y, en tercer lugar, abre la posibilidad de que se continúen los procesos de defensa de derechos indígenas especialmente en la jurisdicción agraria de Limón (y de otras partes del país), por parte de los entes propios de las comunidades indígenas.³⁵³

Sin duda, la resolución mencionada establece criterios claros sobre la autonomía indígena y aclara el debate constante sobre la naturaleza jurídica de la CONAI, al delimitar la competencia de esa entidad en su labor asesora de las comunidades indígenas evitando que como ente gubernamental incida de manera prioritaria en la voluntad de un ente comunal indígena.

³⁵² Considerando V. Voto 6856-05, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 10:02 horas del 1 de junio del 2005.

³⁵³ Rubén Chacón Castro, Comentario sobre la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional sobre autonomía indígena (San José: 2005).

A manera de conclusión de la presente sección, es evidente que el procedimiento de consulta del proyecto de ley 14352 fue realizado de buena fe y acorde con las circunstancias de ese momento. Es comprensible, además, que siendo uno de los primeros ejercicios en materia de consulta a los pueblos indígenas en el país, se identificarían debilidades en su realización. Sin embargo, el desarrollo de los estándares internacionales señalados de previo en la presente investigación no admite “esfuerzos” o “buenas intenciones” en la implementación de un procedimiento de consulta.

La obligación internacional del Estado de Costa Rica en cumplimiento de sus obligaciones convencionales existe y su incumplimiento puede estar sujeto a un procedimiento en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si la Sala Constitucional no aplica dichos estándares y continúa dejando vacíos en la interpretación y vigencia del derecho de consulta. Es necesario llamar la atención que no se puede dejar a la libre de cada institución estatal el establecimiento de metodologías de consulta, en su mayoría sin consenso de los pueblos indígenas.

Sección C. Propuesta de una metodología de consulta previa a los pueblos indígenas de Costa Rica

Los países signatarios del Convenio 169, en el cumplimiento de sus obligaciones, deben desarrollar una acción coordinada y sistemática para garantizar que todas las disposiciones del Convenio sean implementadas plenamente. El artículo 2 del Convenio especifica que el propósito de la acción del gobierno es asegurar la calidad en términos de los derechos y oportunidades y eliminar la brecha socioeconómica entre los pueblos indígenas y otros sectores de la sociedad.

En términos prácticos, la acción coordinada y sistemática conlleva a implementar revisiones integrales de leyes, políticas, programas y proyectos para garantizar que estén alineados con las medidas tendientes a velar por los derechos de los pueblos indígenas, como así también el establecimiento de mecanismos de monitoreo adecuados para evaluar continuamente la situación de estos pueblos. Toda acción tal debería emprenderse con la

participación de los pueblos indígenas y con el debido respeto a su identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, aspiraciones y formas de vida.³⁵⁴

En relación con la consulta, un procedimiento eficaz será aquel en el cual el gobierno genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, para fin de que estas consultas se lleven a cabo de una manera aceptable para todas las partes.³⁵⁵

La Comisión Interamericana ha llamado la atención a los gobiernos para que en el cumplimiento del deber estatal de consulta regulen en su ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Ha señalado también que la ausencia de regulación no exime al Estado del deber de consulta. Estos deben aprobar legislación “que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de índole política, económica y social que afecten sus derechos y que incremente su participación política en la adopción de decisiones a nivel nacional”. Para estos efectos, los Estados deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas.³⁵⁶

En la mayoría de los casos, el derecho a la consulta se viola por la ausencia o las limitaciones de los mecanismos legislativos y administrativos que regulan el deber de consultar. En ausencia de un marco jurídico sobre esta obligación, algunos Estados han recurrido a la aplicación del derecho ambiental general, el cual frecuentemente incorpora requisitos de información y audiencias públicas para permitir la participación local en relación con los proyectos de inversión y desarrollo, generalmente en la fase de elaboración

³⁵⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica* (Nueva York: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009), 29. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 62.

³⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 297.

de los estudios de impacto social y ambiental. Sin embargo, a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos, los mecanismos de este tipo son usualmente insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses de conformidad con los criterios establecidos por los órganos del Sistema en aplicación de los estándares internacionales.³⁵⁷

El gran reto es, sin duda, que cada Estado en conjunto con los pueblos indígenas pueda establecer una metodología de consulta que logre concretar los estándares internacionales del derecho a la consulta previa y sea respetuosa de su diversidad cultural.³⁵⁸ En la presente sección, tomando como insumo principal los avances legislativos y jurisprudenciales en varios países sobre la necesidad de formular procesos de consulta a los pueblos indígenas, se esbozan las líneas generales que acorde con el derecho internacional deben considerarse en un procedimiento de consulta.

B.1. Etapa I. La preparación previa

B.1.1. La identificación de la medida administrativa o legislativa que requiere ser consultada

En primer término, la medida legislativa o administrativa sujeta a consulta debe estar perfectamente definida, individualizada y caracterizada a través de un estudio previo y con la rendición de un informe completo sobre la afectación directa en el pueblo indígena o el territorio específico. Este proceso de caracterización permitirá a los sujetos consultados conocer el contenido y alcance de la decisión sometida a consulta.³⁵⁹

Como se mencionó en párrafos anteriores, para que una medida sea obligatoria del procedimiento de consulta es porque esa decisión del Estado puede afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, es decir, la medida

³⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 298.

³⁵⁸ Red Jurídica Amazónica, *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas* (Brasil: 2013), 41. Recuperado de: http://servindi.org/pdf/Guias_Operativas_aplicacion_CLPI.pdf

³⁵⁹ James Anaya, *Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 16.

debe tener una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes.³⁶⁰

El concepto de “afectación” ha tenido diversas interpretaciones en América Latina. En Perú, por ejemplo, el Reglamento a la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en su artículo 3 sobre la afectación directa establece: “Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contienen aspectos que pueden introducir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivo de tales pueblos”.³⁶¹

Sobre este concepto, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia existe una línea jurisprudencial clara con respecto a qué constituye una afectación directa de los pueblos indígenas y tribales en el caso de medidas legislativa y administrativa. El precedente constitucional directamente aplicable para resolver el problema jurídico sobre la afectación directa derivada de una medida legislativa es la sentencia C-030 de 2008 y, en la misma línea, las sentencias C-175 de 2009 y C-366 de 2011; este precedente consagra los criterios aplicados por la Corte para determinar el impacto de medidas legislativas concretas.

En la sentencia C-030/08, la Corte explicó la regla general, en el sentido de que la obligación de realizar consulta previa se activa cuando existe una afectación directa de los grupos étnicos:

“tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual (...) la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley”. En este sentido, con base en la interpretación del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la Corte diferenció dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales por las medidas legislativas: “el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las

³⁶⁰ Ricardo López y Tania Mohr, *Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?* (Santiago: Rev. derecho (Valdivia), vol. 27, no.1, 2014), 108 y 109. Recuperado de: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v27n1/art05.pdf>

³⁶¹ Congreso de la República del Perú, Reglamento a la Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios (Lima: Decreto supremo 001-2012-MC, 2011). Recuperado de: <http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/docs/reglamento-de-la-ley-nro29785.pdf>

*medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.”*³⁶²

La Corte prosiguió con el desarrollo de esta misma línea jurisprudencial en la sentencia C-175 de 2009, en la cual señaló que a los niveles de afectación genérica y directa corresponden, de manera correlativa, los niveles general y específico del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales:

*“En lo que tiene que ver con las facetas de la participación de las comunidades tradicionales, el artículo 6° del Convenio 169 está orientado a adscribir a los pueblos indígenas y tribales dos tipos de participación. Uno de carácter general, de acuerdo con el cual los pueblos indígenas y tribales deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los niveles de adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población. A este respecto, la Corte ha resaltado que las comunidades tradicionales son titulares plenos de los derechos de participación política previstos en la Carta Política y descritos en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Sin embargo, consciente del carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa, el Texto Constitucional ha conferido espacios concretos de participación a los pueblos indígenas y afrodescendientes”.*³⁶³

Estos espacios concretos pertenecen a los escenarios de la consulta previa, en los casos de medidas legislativas que surtan una afectación directa, particular y específica sobre los pueblos indígenas:

*“En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciado, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que habida cuenta su contenido material, les conciernen”.*³⁶⁴

³⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030/08 (Bogotá: 2008). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-030-08.htm>

³⁶³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-175/09 (Bogotá: 2009). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm>

³⁶⁴ *Ibid.*

La regla general sobre obligatoriedad de la consulta previa en las hipótesis de afectación directa por las medidas legislativas fue reformulada sintéticamente en la sentencia C-063 de 2010, así:

*“La regulación que sobre el tema estableció el art. 6° del Convenio y el análisis de la jurisprudencia constitucional arroja como resultado que la consulta previa será un mecanismo que realice el derecho de participación plural y democrática de las comunidades indígenas en la determinación de políticas públicas en aquellos específicos casos en que una decisión vaya a afectarles directamente. Contrario sensu, no será obligatoria la realización de este procedimiento en los casos en que la afectación de la comunidad indígena no tenga estas específicas características. Esto no significa que cuando la afectación no sea directa las comunidades indígenas carezcan por completo de mecanismos que garanticen su derecho de participación en dichas decisiones, sino que éstas se podrán involucrar a través de otros mecanismos como la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; la posibilidad de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, puedan conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias; y en las posibilidades abiertas por las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena (...). No queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa”*³⁶⁵

Sobre el tema de la afectación, la doctrina sostiene que la razón de por qué este punto es tan conflictivo radica en que escapa al ámbito del derecho, inmiscuyéndose en el campo de la antropología; pues, en términos simples, aquello (una medida legislativa o administrativa) que no afecta a una persona o grupo de una determinada cultura sí puede afectar a una persona o grupo que provenga de una cultura distinta y viceversa, debido a que presentan diferentes referentes cognitivos.

Para López y Mohr (2014, 111), la explicación de esta fórmula la hallamos en lo que entendemos como el bien jurídico protegido por la consulta previa como es la diversidad cultural. Así, la cultura de un pueblo indígena determinado podrá verse afectada de una manera tan particular que los demás individuos no alcanzan a captar justamente por

³⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-063/10 (Bogotá: 2010). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-063-10.htm>

pertenecer a otra cultura, siendo necesario un análisis de una importancia fundamental los referentes cognitivos y del peritaje antropológico.³⁶⁶

En principio, si una medida que se prevé dictar puede afectar de manera indistinta a quienes pertenecen a un pueblo indígena y a quienes no pertenecen a uno de ellos, entonces no procede realizar una consulta previa. Si, por el contrario, un peritaje antropológico determina que sí hay una afectación diferenciada respecto de los pueblos indígenas, entonces sí habrá afectación directa y se procederá a llevar a cabo la consulta previa.³⁶⁷

B.1.2. La identificación de los sujetos a ser consultados

Es deber del Estado, a través de la entidad competente, identificar con la participación de los pueblos indígenas quiénes resultarán afectados por la medida sometida a consulta. Para hacerlo deberá definir el ámbito o nivel de impacto de la medida: si será focalizado a un espacio geográfico delimitado o si es una medida de alcance regional o nacional; y permitir que aquellos que se sientan afectados manifiesten las razones por las cuales consideran deben participar de las consultas. Para proyectos o programas de desarrollo, esta área de afectación puede abarcar más de un pueblo indígena o un pueblo, más de dos comunidades de pueblos indígenas o una comunidad.³⁶⁸

Los principales elementos determinantes de la identidad indígena: la descendencia de los pobladores originarios del territorio en cuestión, que se encuentran en condiciones sociales, culturales y económicas individualizantes frente a otros sectores de la colectividad nacional (utilizando la terminología del Convenio 169 de la OIT) y se rigen total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.³⁶⁹ Sin embargo, si no hay una definición universal de pueblos indígenas y tribales, es necesario realizar una revisión de la normativa de cada país para determinar qué reconocimiento jurídico tienen

³⁶⁶ Ricardo López y Tania Mohr, *Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?*, 111.

³⁶⁷ *Ibíd.* 115.

³⁶⁸ Red Jurídica Amazónica, *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas*, 43.

³⁶⁹ Soledad García, *Identidad indígena* (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2013), 534. Recuperado de: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/17/SoledadTorrecuadrada.pdf>

estos pueblos por parte de los Estados, pues establecer una definición normativa puede excluir comunidades por diferentes circunstancias.

En análisis del criterio sobre la continuidad histórica del pueblo indígena y su vinculación ancestral con las sociedades que preexistían a un período de colonización o conquista. La Comisión Interamericana considera que dichas características no implica que los pueblos indígenas sean sociedades estáticas que permanecen idénticas e inmutables a través del tiempo. Por el contrario, en tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen su propia trayectoria social, que se adapta al cambio de los tiempos, manteniendo en todo o en parte el legado cultural de sus ancestros.³⁷⁰ Por esta razón no deberá descalificarse un pueblo indígena como tal por poseer adaptaciones culturales a la modernidad, pues significaría un acto discriminatorio en sí mismo.

En 2010, la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Xámkok Kásek vs. Paraguay* señaló que el criterio de autodefinition es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectiva. En el plano colectivo la identificación de cada comunidad indígena es un hecho histórico y social que hace parte de la autonomía y el Estado debe limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma como esta se auto identifique.³⁷¹

En el caso *Saramaka vs. Surinam*, el primer argumento del Estado se refirió a que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo Saramaka en la “sociedad moderna” ha afectado su distinción cultural, de modo que sería difícil definirlos como una personalidad legal. Al respecto, la Corte consideró que la autoidentificación de algunos miembros del pueblo Saramaka para acceder a ciertos derechos comunales es una cuestión que debe resolver únicamente el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o la Corte.³⁷²

Un segundo argumento que se ha cuestionado para determinar a los pueblos indígenas afectados es el reconocimiento jurídico del derecho a la tierra. La Comisión Interamericana estableció que los procedimientos de consulta previa “deben efectuarse con respecto a los

³⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 35.

³⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. (San José: Serie C N.º 214, 2010), 11. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

³⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 12.

grupos que pueden resultar afectados, o bien porque poseen la tierra o territorio respectivo, o bien porque el reconocimiento de estos se encuentra en proceso de reivindicación”. En otras palabras, los pueblos indígenas y tribales que carecen de títulos formales de propiedad sobre sus territorios también deben ser consultados respecto del otorgamiento de concesiones extractivas o la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios.³⁷³ Aplicando esta regla, en el caso *Awas Tingni* la Corte Interamericana concluyó que el Estado de Nicaragua “ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni”, por haber “otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”.³⁷⁴

El tercer argumento de relevancia es identificar las instituciones que reúnan los requisitos de representatividad del pueblo indígena y que este legitimado por los pobladores. Al respecto, en 2008 el Consejo de Administración de la OIT adoptó un informe sobre la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R). En dicha oportunidad este organismo consideró:

*“Dada la diversidad de los Pueblos Indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que ésta sea el fruto de un proceso propio, interno de los Pueblos Indígenas. Pero es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados”. Continúa diciendo, “...el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta. (...) pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio.”*³⁷⁵

³⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 293.

³⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas* (San José: Serie C N.º 79, 2001), párr. 153. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

³⁷⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)* (New York: 2008), párr. 75. Recuperado de:

A manera de ejemplo, esta problemática en Costa Rica se refleja en el tipo de representación indígena que se estableció a nivel legal. El artículo 1 de la Ley Indígena de 1997 establece que son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad. Sin embargo, la representatividad indígena en nuestro país es un aspecto aun en conflicto debido a que legalmente la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y las Asociaciones de Desarrollo Indígena ostentan la representación legal (artículo 5).

En varias oportunidades, indígenas de diferentes pueblos han puesto de manifiesto inconformidades contra la CONAI. En la sentencia 3485-03 de 2003, la Sala Constitucional determinó que las cuotas para la participación y toma de decisiones de las Asambleas Generales de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, incluyen instituciones sin ninguna relación con los pueblos indígenas, generándoles un perjuicio debido a que gran cantidad de votos en esas Asambleas procede de tales órganos, que carecen de la debida legitimación para interferir en su autonomía y autodeterminación.

Otro caso sobre representación indígena se identifica en la Ley de Biodiversidad donde se establece que en los procesos relacionados con derechos intelectuales comunitarios *sui generis* de los pueblos indígenas debe intervenir la Mesa Nacional Indígena (artículo 83) La naturaleza de esta entidad es política y jurídicamente distinta a la de CONAI, la finalidad de su creación respondió a una política de Estado en que se buscaba la participación ciudadana en diversos ámbitos ambientales para cumplir con el principio ambiental de “participación comunitaria”, el cual surge de la Declaración de Río de 1992.

B.1.3. La identificación del sujeto(s) consultante(s)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al considerar que la realización de los procesos de consulta es responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión. Se han dado en que se transfiere la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización de facto de una competencia pública. Por lo que los

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID_P50012_LANG_CODE:2507187,es

procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias.³⁷⁶

Este reconocimiento es importante, pues históricamente las empresas extractivas eran quienes se encargaban de realizar los procesos de consulta a la población, como una forma de legitimar sus actividades en los territorios, pero en estos procesos no se cumplían los principios de la consulta previa, libre e informada, ni siquiera de la consulta ambiental. Al respecto, el relator de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas manifestó que incluso cuando las empresas privadas, en la práctica, son quienes llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, debe ser el Estado el responsable de celebrar las consultas de manera adecuada.³⁷⁷

Todas las empresas tienen la misma responsabilidad de respetar los derechos humanos sea cual sea su forma de propiedad. Esa responsabilidad recae sobre las empresas cotizadas en bolsa, de propiedad privada, estatales, empresas conjuntas o cualquier otro tipo, único o híbrido, de propiedad. La violación de los derechos humanos por empresas estatales, es decir, aquellas controladas por el Estado o cuyos actos pueden atribuirse a este, puede constituir un incumplimiento de las obligaciones del Estado dimanantes del derecho internacional. Cuando los Estados poseen o controlan las empresas, tienen más medios a su disposición para hacer cumplir las políticas, leyes y reglamentos en relación con el respeto de los derechos humanos. La obligación del Estado de respetar y proteger los derechos humanos se añade a la propia responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos y no la atenúa en modo alguno.³⁷⁸

³⁷⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, párr. 291.

³⁷⁷ Patricia Carrión, Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador (Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2012), 27. Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712

³⁷⁸ Organización de las Naciones Unidas, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, Guía para la implementación* (New York: 2012), 25 y 26. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

B.2. Etapa II. El desarrollo de la consulta

B.2.1. La publicidad e información sobre la medida sujeta a consulta, sus alcances y aplicaciones

La información que se relacione con la medida o proyecto debe ser provista en el idioma de los consultados y por medios socioculturalmente apropiados; incluyendo de ser el caso, los estudios realizados sobre el impacto ambiental y sociocultural, el documento de proyecto/programa o medida legislativa. Asimismo, los pueblos indígenas tienen el derecho de solicitar a la entidad encargada aclaraciones o adiciones de la información.

El acceso a la información debe ser de manera material y no solo formal. Así, por ejemplo, el Instructivo para la Consulta pre legislativa de Ecuador prevé que se publicitarán los temas a ser consultados en los idiomas de relación intercultural (artículo 9). Dichos idiomas, de conformidad con el artículo 2 de la Constitución de la República del Ecuador son el castellano, el kichwa y el shuar. Sin embargo, el mismo artículo constitucional establece que, los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los Pueblos Indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.³⁷⁹

Es interesante el planteamiento del Tribunal Constitucional de Colombia al establecer el “Criterio diferencial de accesibilidad”, el cual establece que se deben introducir medidas especiales para asegurar el acceso a la información pública a los distintos grupos étnicos y culturales del país. El Tribunal sostiene:

“...las autoridades tienen el deber de divulgar la información pública en diversos idiomas y lenguas, y elaborar formatos alternativos comprensibles para las mismas, con el fin de asegurar que las minorías étnicas puedan participar activamente en las decisiones de nuestra democracia. No obstante, dado que la publicidad de la información oficial es el principio general que rige en el Estado democrático colombiano, y que uno de los principios de esta ley estatutaria es la divulgación proactiva de la información pública, no resulta acorde con las normas constitucionales y las finalidades de la ley estatutaria, restringir la presentación de la información oficial en diversos idiomas y lenguas pertenecientes a poblaciones específicas de las comunidades étnicas y en formatos alternativos

³⁷⁹ Red Jurídica Amazónica, *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas*, p. 4.

*comprensibles para tales grupos, sólo al evento en que se haya presentado solicitud de las autoridades de dichas comunidades, máxime cuando se está frente a sujetos de especial protección constitucional. En este sentido, y puesto que la garantía más importante del adecuado funcionamiento del régimen constitucional está en la plena publicidad y transparencia de la gestión pública, y que la diversidad de idiomas y lenguas constituye una barrera para el acceso a la información pública y el consecuente ejercicio del derecho a la participación y demás derechos fundamentales que del mismo derivan, la Sala encuentra que los sujetos obligados tienen el deber constitucional de traducir la información pública en todos aquellos casos en que se presente la posible afectación de una o varias comunidades étnicas que no tienen la posibilidad de comunicarse en castellano, lengua oficial de Colombia de acuerdo con el artículo 10 constitucional, aún en el evento en que no medie solicitud de la autoridad o autoridades correspondientes. Este deber se reafirma al consagrar la misma ley el principio de publicidad proactiva. Si bien puede resultar excesivamente oneroso para el Estado traducir permanentemente a todas las lenguas indígenas los documentos públicos, así no exista una afectación de sus derechos, la norma bajo estudio sí tiene un supuesto mínimo que debe cumplirse siempre y es el deber de asegurar que dichas autoridades por lo menos tengan la posibilidad de saber que el documento público en cuestión existe, para que estas puedan estar enteradas de la información pública, para que puedan pedir la traducción de aquella información pública que les concierne, con el fin de superar las barreras del idiomáticas y culturales. De no entenderse la norma en el sentido, se estarían desconociendo valiosos principios y derechos constitucionales que obligan al Estado colombiano a otorgar especial protección a las minorías étnicas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, ejercicio que tiene como presupuesto el acceso a la información.”*³⁸⁰

Por su parte en Costa Rica, la Sala Constitucional en la sentencia 2008-011743 declaró con lugar una acción de inconstitucional contra el Instituto Costarricense de Electricidad, al constatar una infracción al citado artículo 30 de la Constitución Política sobre el derecho de acceso a información pública, pues se había denegado información administrativa de interés público relacionada con el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís a realizarse en el territorio indígena de Térraba y China Kichá. Dicha institución denegó la información solicitada por el recurrente alegando que se trataba de datos íntimos o sensibles que afectaban a terceros, lo cual fue rechazado por el pleno constitucional.³⁸¹

³⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-274/13 (Bogotá: 2013). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-274-13.htm>

³⁸¹ Sala Constitucional, Sentencia 2008-011743, 2008.

B.2.2. La evaluación interna por parte de los pueblos indígenas involucrados

Los pueblos indígenas consultados deben tener la oportunidad de evaluar internamente, sin la interferencia del Estado o de agentes promotores de la decisión consultada, la información que se les provea. El proceso interno deberá tener el formato y la duración que decidan los pueblos de conformidad con sus modelos tradicionales y consuetudinarios de toma de decisiones. En el proceso, los pueblos consultados deberán poder contar con la asesoría técnica que requieran, provista por personas o entidades seleccionadas por ellos mismos y donde el Estado no tenga injerencia.

B.2.3. El establecimiento de una metodología de consulta culturalmente acondicionada

La regla de adecuación cultural de la consulta exige que la representación de los pueblos indígenas sea definida de conformidad con sus propias tradiciones. Al respecto, la Corte Interamericana en el caso del pueblo Saramaka consideró que la consulta se debe realizar ‘de conformidad con sus costumbres y tradiciones’, siendo el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo.³⁸²

B.2.4. La adopción de la medida que corresponda

Tal como señalan los artículos 6 del Convenio 169 de la OIT y 19 de la Declaración, la finalidad de los procesos de consulta es llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado acerca de las medidas propuestas. En el caso de consultas orientadas a obtener el consentimiento libre, previo e informado. Si se obtiene, la autoridad pública competente adoptará la decisión acomodándola de acuerdo con los cambios propuestos por los consultados para posibilitar el consentimiento. Si este no se obtiene, el proceso resulta trunco e ineficaz y no puede darse por concluido. El Estado deberá acordar con los consultados un tiempo adecuado para reiniciar el diálogo o desechar la decisión que no obtuvo consentimiento.³⁸³

La Comisión Interamericana considera que en caso que no sea posible llegar a un acuerdo o al consentimiento, el gobierno podrá adoptar una decisión por motivos objetivos, razonables y proporcionales acordes a un interés legítimo en una sociedad democrática. Esa

³⁸² Corte Interamericana, *Caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 129.

³⁸³ Red Jurídica Amazónica, *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas*, p.47.

decisión, y las razones que justifican la no incorporación de los resultados de la consulta al plan final, deben ser formalmente comunicadas al pueblo indígena respectivo. Asimismo, considera que las decisiones adoptadas deben estar sujetas a revisión por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego.³⁸⁴

B.3. Etapa III. El seguimiento en el cumplimiento de la medida por el órgano correspondiente

Un aspecto trascendental para hacer efectivo el derecho de consulta previa es dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos tomados entre las partes. Los pueblos indígenas deben ser los primeros en dar vigilancia y denunciar las irregularidades en la implementación de acuerdos. Así como a órganos nacionales (defensorías del pueblo) e internacionales (Comisión de Derechos Humanos, Comité de Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros.) en la vigilancia del respeto de los derechos humanos.

Respecto a los megaproyectos que se realicen en territorios indígenas, la Corte Constitucional de Colombia ha hecho hincapié en la importancia de dar seguimientos a los acuerdos adquiridos como resultado del procedimiento de consulta. En la sentencia T-462A/14, la Corte observó que la empresa administradora de una represa se había comprometido a brindar transporte a través de la represa, lo cual no estaba cumpliendo. En una inspección judicial realizada por los gobernadores de los resguardos verificaron que el horario de las barcazas es arbitrario y que hay ocasiones en las que los conductores encargados no cumplen con su función afectando su libre circulación.³⁸⁵

En dicho caso la Corte concluye que la libre circulación de las comunidades indígenas ha sido vulnerado, por cuanto el aislamiento al que han sido sometidas por la represa Salvajina es una situación actual que se generó desde su construcción, y cuyas soluciones propuestas en el Acta de Protocolización no fueron cabalmente cumplidas pues; no se construyó la

³⁸⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, 326, 327 y 328.

³⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-462A/14 (Bogotá: 2014). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm>

carretera marginal, no hay caminos ni puentes aptos que conecten las veredas con las cabeceras municipales ni entre ellas mismas y el servicio de las barcazas que ofrece la empresa, el cual además no satisface las necesidades de las comunidades por el horario restringido y por los problemas que se generan en la época de verano.³⁸⁶

En síntesis, la realización de un procedimiento de consulta es complejo, implica el deber del Estado de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental, de manera tal que sea capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Esto conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.³⁸⁷ De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

A manera de conclusiones generales del capítulo III de la presente investigación, a partir del análisis de los casos anteriores es posible determinar que el Estado de Costa Rica no implementó de una manera eficaz el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas involucrados. Haciendo caso omiso a su obligación estatal de respetar el derecho a la consulta, que a la postre representa la salvaguarda otros derechos, tal como el derecho a la cultura y a la religión; el derecho de los pueblos indígenas de sentar sus propias prioridades para el desarrollo; o el derecho a la salud y bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable. La consulta y el consentimiento han de funcionar para identificar y evaluar los impactos sobre estos derechos que puedan tener las decisiones administrativas o legislativas estatales, y para proteger y facilitar el goce de estos derechos bajo arreglos consensuados y no de imposiciones estatales sobre el confuso “interés público”.

³⁸⁶ *Ibíd.*

³⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (San José: 2012), párr. 166. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Conclusiones

Conclusiones por capítulo

Capítulo I

1. El ejercicio de la autonomía indígena se vincula directamente con el derecho a sus tierras y al control de los recursos naturales a través de la consulta previa libre e informada.
2. El derecho de consulta previa dentro de los derechos de los pueblos indígenas debe basarse en la negociación colectiva entre el Estado y los pueblos indígenas presentes en su territorio.
3. El derecho a la propiedad indígena no es absoluto. Sin embargo, cualquier limitación debe ser mediante una consulta eficaz y adecuada.
4. El derecho de consulta no otorga a los pueblos indígenas un derecho de veto de las decisiones estatales. Sin embargo, esta proposición es discutible al considerar los avances en el control de convencionalidad de los estándares de derechos humanos. La realización de un proceso que no cumpla con dichos estándares tendría como consecuencia jurídica que las decisiones sometidas estarían en su defecto vetadas por la comunidad.
5. En casos de severas afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la medida o el proyecto propuesto por el Estado, aun cuando busque el bien común, si no es razonable y proporcional no podría llevarse a cabo, pues la mayoría no podría beneficiarse legítimamente de un sacrificio desproporcionado de una minoría.
6. La consulta y el consentimiento son mecanismos de participación indígena, los cuales se activan cuando hay medidas que los afecten directamente.
7. La ausencia de normativa interna para regular el procedimiento de consulta no implica una omisión en su realización, debido a que las disposiciones del Convenio 169 son autoejecutables.
8. No existe una fórmula única aplicable en todos los países para cumplir con el deber de consultar. Sin embargo, debe guiarse por principios como: no discriminación,

autoidentificación de los pueblos indígenas, buena fe, representatividad indígena, información previa, y reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas.

Capítulo II

1. El carácter procedimental del derecho a la consulta varía según el grado de reconocimiento de otros derechos indígenas y a su vez se ve afectado por la precariedad de otros derechos sustantivos; principalmente, el derecho a la propiedad colectiva y el control de los recursos naturales.
2. Los pueblos indígenas deben participar en la elaboración de los lineamientos del procedimiento de consulta para que constituya un instrumento legítimo y no una imposición del Estado.
3. Los procedimientos de consultas están dirigidos a lograr un acuerdo o el consentimiento según el nivel de afectación de la medida. Los dos supuestos en los que se requerirá llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas son las medidas legislativas y administrativas (artículo 6, Convenio 169). El consentimiento aplica cuando se ponga en riesgo su supervivencia cultural obtener el consentimiento de los pueblos consultados: a) en caso de desplazamiento forzoso (16.2 Convenio 169), b) en caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas (artículo 29.2, Declaración de la ONU) y c) en los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala (Corte Interamericana, Caso Saramaka vs. Surinam, párr. 134).
4. El Estado tiene la facultad de actuar aun en contra de la voluntad del pueblo indígena, si sustenta su decisión en motivos objetivos, razonables y proporcionales. No es una garantía que esa restricción de derechos sea válida y responda a un objetivo y fin legítimo. El órgano jurisdiccional defensor de derechos fundamentales y derechos humanos deberá aplicar un análisis de validez a esa restricción, a efectos de determinar si esa afectación a los derechos indígenas es una restricción válida o si, por el contrario, es una violación de derechos.

5. La ausencia de regulación del derecho de consulta a nivel interno no exime al Estado del deber de consulta. Los Estados deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas que provean seguridad jurídica a los pueblos indígenas.

Capítulo III

Colombia

1. La Corte Constitucional establece que cada metodología de consulta debe construirse con el pueblo indígena y responder a su identidad cultural.
2. En caso de no llegar a un acuerdo o al consentimiento durante el proceso de consulta, prevalece la protección de los derechos de las comunidades.
3. Se han aplicado de manera positiva los estándares internacionales y jurisprudenciales a medidas legislativas, aunque no estén reguladas por legislación específica.
4. Da énfasis a la fiscalización periódica de los acuerdos establecidos entre las partes.

Perú

5. El proceso de consulta no incluye causales de consentimiento previo, como por ejemplo proyectos mineros de gran escala.
6. No define un órgano técnico para su implementación, sino que su función recae en el Viceministerio de Interculturalidad, el cual no cuenta con participación indígena en su conformación.
7. Las medidas administrativas y legislativas anteriores a la entrada en vigencia de la ley de consulta no son revisables.
8. No reconoce a las comunidades campesinas o andinas ni a las comunidades nativas u originarias como pueblos indígenas.
9. El Tribunal Constitucional estableció que el derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas, es decir, no les otorga la capacidad de impedir que tales medidas se lleven a cabo.

Costa Rica

10. El rol más activo lo tiene el Estado y los pueblos indígenas tienen un rol pasivo.
11. Los procesos de consulta siguen teniendo las mismas deficiencias, sobre todo en relación con las convocatorias de la totalidad de las comunidades indígenas.
12. Es un proceso bastante complejo, con varias estructuras creadas que no responden a las instituciones representativas de los pueblos indígenas.
13. La norma tiene vicios en el proceso de su construcción y fue enviada a un proceso de subsanación por la Sala Constitucional.

Conclusiones de los tres casos analizados

14. *Control de convencionalidad:* en Colombia, el principal desarrollo sobre el contenido del derecho a la consulta previa y su implementación es a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Costa Rica ha seguido por la misma línea, siendo la Sala Constitucional quien aplica el control de convencionalidad motivados por acciones judiciales de personas y organizaciones indígenas. Por el contrario, en el Tribunal Constitucional de Perú prevalece una interpretación restrictiva del derecho de consulta, al considerar principalmente el Convenio 169 como una norma inferior a su Constitución Política.
15. *Naturaleza de los instrumentos jurídicos y su exigibilidad:* si bien en la doctrina se ha establecido que las normas establecidas en el Convenio 169, los Estados han optado por generar regulación sobre la consulta a nivel interno. En el caso de Perú, a pesar de contar con una ley y su respectivo reglamento con una mayor exigibilidad, su nivel de efectividad es muy bajo. En caso contrario, Colombia y Costa Rica han optado por directrices presidenciales y decretos ejecutivos específicos para el Poder Ejecutivo. Sin embargo, han sido sus respectivos tribunales constitucionales los encargados en reforzar la aplicación del derecho de consulta, a través del control de convencionalidad.
16. *Complejidad de los procesos y el nivel de participación e incidencia de los pueblos indígena:* en lo relativo al desarrollo del procedimiento de consulta en los tres sistemas, se constata que tanto la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de la metodología de consulta como su integración en el proceso es

pasivo y sin mucha capacidad de incidir en la toma de decisiones. También los procedimientos son muy homogéneos, sin considerar a fondo el factor de interculturalidad, más aun tratándose de países con un porcentaje de población indígena elevado y en contextos socioculturales tan complejos.

Capítulo IV

Sobre el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís:

1. El Instituto Costarricense de Electricidad no ha dado garantía real al acceso de la información pública relacionada con el proyecto, por lo cual ha limitado la participación efectiva de los pueblos indígenas afectados, pues sin la información necesaria resulta imposible proponer comentarios, alternativas y acciones para mitigar o realizar un control ciudadano sobre el proyecto.
2. La decisión del Estado de promover un proyecto hidroeléctrico en tierras indígenas no puede ser una decisión unilateral, debe mediar un proceso de consulta previo, libre e informado. A la fecha, en el caso del PH El Diquís, no se ha realizado; por lo cual sus acciones han sido fuera de un marco de legalidad y respeto a los derechos territoriales del pueblo indígena Térraba y China Kichá.
3. El Instituto Costarricense de Electricidad no tiene la potestad legal de reconocer o denegar derechos sobre las tierras dentro de los territorios de Térraba y China Kichá. Así tampoco puede definir cuáles son las formas de representatividad y organización relativas a la toma de decisiones en los territorios para un procedimiento de consulta. Esto corresponde exclusivamente a los propios pueblos indígenas a través de sus mecanismos de toma de decisiones.
4. El proceso de consulta sobre el PH El Diquís debió haberse comenzado antes de los estudios técnicos, lo cual hubiera permitido a las comunidades indígenas afectadas participar en las decisiones iniciales; principalmente en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, pues ellas tienen conocimiento de primera mano y son quienes eventualmente sufrirán los impactos, de modo que la información aportada al proceso garantizará la realización de una evaluación completa.

5. El Estado de Costa Rica no puede imponer el PH El Diquís a los pueblos indígenas de Térraba y China Kichá, pese a que este haya sido declarado de interés público, pues no ha sido informado adecuadamente a las personas y comunidades afectadas previamente, ni se ha permitido manifestarse a través de sus mecanismos tradicionales de participación.
6. El Estado de Costa Rica no ha garantizado un proceso de consulta imparcial, pues quien ha liderado el proceso es el Instituto Costarricense de Electricidad, lo cual genera desconfianza en la población. Si bien es el ejecutor del proyecto quien asume los costos del proceso de consulta, debe ser una entidad imparcial quien sirva de mediador entre las partes para evitar desequilibrios de poder.
7. El procedimiento de consulta debe ser resultado del consenso entre las partes, se debe tener claridad de los parámetros a seguir respetando su identidad cultural. Este deber del Estado de realizar una “consulta sobre la consulta” no solo deriva de su obligación de consultar a los pueblos indígenas en relación con toda decisión administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente, sino que también es otro elemento necesario para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas.
8. El artículo 4 del Decreto Ejecutivo 34312-MP-MINAE sobre el PH El Diquís es una norma muy laxa para regular los términos de la realización de un procedimiento de consulta. Primero, porque ha sido fuertemente cuestionada la legalidad; y segundo, porque no fue producto de un proceso participativo con los pueblos indígenas afectados por el proyecto.

Sobre el proyecto de ley 14 352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas

9. El procedimiento de consulta a las comunidades indígenas en la tramitación del proyecto de ley 14 352 Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas no satisfizo los requerimientos del artículo 6º del Convenio N°169 de la Organización Internacional de Trabajo, en cuanto no fue idóneo para alcanzar a la generalidad de los miembros de esas comunidades, ni para garantizar su conocimiento y participación en condiciones de igualdad.
10. El proceso de consulta realizado no fue producto de un proceso participativo con los pueblos indígenas, más bien su participación en la discusión del proyecto Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas se dio después de que la Comisión

Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa había establecido unilateralmente la metodología de consulta.

11. El número de personas indígenas participantes fue muy reducido, se contabilizaron 2500 personas de diferentes territorios indígenas y según el censo poblacional de 2011 habitan en el país alrededor de 104 143 personas indígenas, lo cual es muestra de que gran parte de la población indígena no fue parte de dicho proceso.
12. La forma de organización jurídica impuesta por el Estado a los territorios indígenas han sido las Asociaciones de Desarrollo Integral (ADI), las cuales tienen la representación jurídica y extrajudicial de las comunidades, pero dicha concepción fue una imposición del Estado que NO responde necesariamente a la realidad cotidiana de la vida indígena, afectándolos en muchos casos para acceder a servicios básicos reconocidos al resto de la población.
13. La aprobación de esta reforma proyecto de ley N.º 19.600, denominado “Reforma del Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica para adicionar el artículo 157 bis” que se dio a conocer el 9 de junio de 2015 al reglamento de la Asamblea Legislativa, es violatoria de la autonomía de los pueblos indígenas en Costa Rica al otorgar vía libre a los diputados de decidir si un proyecto legislativo afecta o no a un pueblo indígena, sin contar con su participación a través de un procedimiento de consulta. Así también, el plazo que se propone en la reforma es irrazonable y desproporcional para que a lo interno de un pueblo indígena se pueda discutir algún tema sin información previa alguna.

Conclusiones generales

1. El derecho de consulta previa, libre e informada es un derecho colectivo y de participación de los pueblos indígenas en Costa Rica, el cual garantiza el cumplimiento de otros derechos colectivos. No es un privilegio particular de estas colectividades, sino un requisito fundamental para mantener su identidad cultural y garantizar el derecho de autodeterminación de los pueblos. En este sentido, la normativa infraconstitucional vigente en Costa Rica no garantiza el ejercicio pleno de este derecho, de allí la necesidad de promulgar un instrumento normativo que recoja los principios y objetivos de este derecho.
2. En la elaboración de un mecanismo de consulta donde sean los mismos pueblos indígenas quienes participen en su elaboración, lo cual asegure su legitimidad, el Estado debe respetar el alcance y objetivos del proceso y apoyar los procesos locales propios que tengan como finalidad recoger el pronunciamiento de las comunidades y pueblos, pues gozan de amplia legitimidad social.
3. Se identifica un distanciamiento doctrinario entre la protección del derecho a un ambiente sano y los derechos de los pueblos indígenas, estos últimos supeditados a las excepciones existentes en materia ambiental en la explotación de recursos naturales sin tomar en cuenta la afectación particular que tienen los pueblos indígenas como sujeto colectivo, poniendo en riesgo su supervivencia cultural.
4. El derecho de consulta se vincula con una infinidad de temas de vital importancia para los pueblos indígenas, tales como el financiamiento, los procedimientos normativos y legislativos en Costa Rica; asimismo, las nuevas formas de desposesión de las tierras indígenas, lo individual y colectivo del derecho de consulta son asuntos que ameritan un estudio más profundo.
5. Una herramienta de gran utilidad para el análisis del derecho de consulta es el derecho constitucional comparado. La jurisprudencia constitucional latinoamericana es muy enriquecedora a la hora de comprender las dinámicas nacionales y la aplicación de estándares interamericanos.

Recomendaciones

1. El Estado debe reconocer que existe una situación de discriminación estructural e histórica de los pueblos indígenas. Por esta razón, debe dar un abordaje adecuado para crear un clima de confianza antes de realizar un proceso de consulta.
2. El Estado y la sociedad civil en general debe contribuir al fortalecimiento de las capacidades de los pueblos indígenas para poder promover su desarrollo local con las condiciones óptimas para participar en los procesos de consultas de cualquier medida que los afecte.
3. El Estado debe abstenerse de realizar procesos de consulta en contextos de violencia, amenazas, hostigamiento, represión, criminalización hacia los integrantes y representantes de las comunidades, trasgrediendo con ello el carácter libre de este derecho.
4. Se debe propiciar el dialogo entre el Estado y los pueblos indígenas, que permita la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos en la adopción de decisiones estatales. En caso de existir conflictos, se deben promover la resolución alterna de conflictos y herramientas como la mediación o conciliación.
5. Para garantizar una participación efectiva, los procesos de toma de decisiones deben considerar la naturaleza de la medida consultada, además de tener en cuenta las peculiaridades de los pueblos, formas de gobierno, usos y costumbres, entre otros.
6. Se debe garantizar una verdadera participación indígena no solo en cantidad, sino también fortalecer la participación de las mujeres, los niños y los jóvenes, quienes muchas veces viven situaciones de desigualdad a lo interno de sus comunidades.
7. Los procesos deben dar garantía de la idoneidad cultural, esto implica procurar que las autoridades representantes de un pueblo indígena sean determinadas de acuerdo con sus formas de elección.

Bibliografía.

Tratados internacionales

Comité de los Derechos Humanos (1989) *Observación General N.º 18, Comentarios generales adoptados sobre el principio de No discriminación*, 37º período de sesiones. Recuperado de:

<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional (1945) *Carta de las Naciones Unidas*, aprobada el 26 de junio de 1945, entrada en vigencia el 24 de octubre de 1945, San Francisco, Estados Unidos de América. Recuperada de:

<http://www.un.org/es/documents/charter/intro.shtml>

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (1990) *Declaración de Quito*, Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, reunidos en Quito del 17 al 21 de julio de 1990. Recuperado de:

http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php

Asamblea General de las Naciones Unidas (1979) *Resolución 34/46 Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Recuperado de:

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/34/46&Lang=S>

Organización de las Naciones Unidas (1980) *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, U.N. Doc A/CONF.39/27, suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980. Recuperado de:

<http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>

Cumbre Continental Indígena (1990) *Declaración de Quito*, Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, reunidos en Quito del 17 al 21 de julio de 1990. Recuperado de:

http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php

Organización de las Naciones Unidas (1969) *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptado por la resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965; entrada en vigor 4 de enero de 1969.

Recuperado de:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1981) *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptado por la resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979; entrada en vigor 3 de septiembre de 1981. Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Organización Internacional del Trabajo (1960) *Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, adoptado el 25 junio 1958; entrada en vigor 15 junio 1960. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1210_0_ILO_CODE:C111

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (1962) *Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza*, adoptado el 14 de diciembre de 1960; entrada en vigor el 22 de mayo de 1962. Recuperado de: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Organización de las Naciones Unidas (1966) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado en la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor 23 de marzo de 1976. Recuperado en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1966) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 3 de enero de 1976. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1966) *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. Recuperado de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>

Organización de las Naciones Unidas, *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas* (Nueva York: Folleto informativo N° 9/Rev.2, 2013), 4 y 10. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf

Organización Internacional del Trabajo (1989) *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, entrada en vigor el 05 septiembre 1991. Recuperado de:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314

Organización Internacional del Trabajo, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica* (Nueva York: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009), 29. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

Organización de los Estados Americanos (1969) *Convención Americana de Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) el 22 de noviembre de 1969. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Cumbre Continental Indígena (1990) *Declaración de Quito, Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios*, Quito, Ecuador del 17 al 21 de julio de 1990. Recuperado de: http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php

Organización de las Naciones Unidas (2005) *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147, IX. Reparación de los daños sufridos, punto 15. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Organización Internacional del Trabajo (1989) *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, entrada en vigor 05 septiembre 1991, adopción en Ginebra, Suiza el 27 junio 1989, artículos 6 (inciso 1), 15 y 16. Recuperado de:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO

- Organización Internacional del Trabajo, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2013), 10. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_205230.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (1966) *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. Recuperado de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>
- Organización de las Naciones Unidas (1992) *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135, artículo 27. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Minorities.aspx>
- Organización de los Estados Americanos (1969) *Convención Americana de Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) el 22 de noviembre de 1969. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de las Naciones Unidas (1966) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado en la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor 23 de marzo de 1976. Recuperado en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas (1966) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 3 de enero de 1976. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas (1981) *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptado por la resolución 34/180 de

18 de diciembre de 1979; entrada en vigor 3 de septiembre de 1981. Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Organización de las Naciones Unidas (1980) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980. Recuperado de: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>

Organización de las Naciones Unidas, *Los pueblos indígenas en sus propias voces* (New York: 2012). Recuperado de: http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf

Organización de las Naciones Unidas, *Los pueblos indígenas en sus propias voces* (New York: Foro permanente para las cuestiones de los pueblos indígenas, 2008). Recuperado de: http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf

Normativa costarricense

Asamblea Nacional Constituyente (1949) Constitución Política de la República de Costa Rica, vigencia el 08 de noviembre de 1949. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=95479&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1978) *Ley indígena N.º 6.172*, entrada en vigencia el 29 de noviembre de 1978. Recuperada de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=38110¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1973) *Ley de creación de la Comisión Nacional Indígena (CONAI) No.5251*, entrada en vigencia el 11 de julio de 1973. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38110¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp

[pleto.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=32713&nValor3=34524&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=32713&nValor3=34524&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Proyecto de ley N.º 19.600, denominado “Reforma del Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica para adicionar el artículo 157 bis”*, 9 de junio de 2015.

Asamblea Legislativa, *Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135* (San José: 1989).

Recuperado de:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

Asamblea Legislativa, Acta de la Sesión Ordinaria N.º 11, Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, Moción N° 01-11, 27 de Junio del 2006.

Asamblea Legislativa, *Ley Indígena número 6172* (San José: 1997), artículo 3. Recuperado de:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=38110¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp

Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Ley de Biodiversidad número 7788* (San José, 1998), artículo 83. Recuperada de:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=39796&nValor3=74714&strTipM=TC

Normativa latinoamericana

Presidencia de la Republica de Colombia, *Directiva Presidencial N.º 10 "Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas"* (Bogotá: 2010).

Recuperado de:

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Directivas/Documents/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%20N%C2%B0%2010%20DEL%2007%20DE%20NOVIEMBRE%202013.pdf>

Presidencia de la Republica del Perú, *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización*

Internacional del Trabajo (OIT) (Lima, 2011). Recuperado de:
<http://www.presidencia.gob.pe/ley-de-consulta-previa-promulgada-hoy-en-bagua>

Congreso de la República de Guatemala, *Iniciativa de Ley sobre Protección y desechos peligrosos* (Ciudad de Guatemala: 2013), 20. Recuperado de:
<http://www.congreso.gob.gt/manager/images/3847DF55-D11E-5E40-B7DB-76B82FD9CDC3.PDF>

Congreso de la República del Perú, Reglamento a la Ley N. 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios (Lima: Decreto supremo 001-2012-MC, 2011). Recuperado de:
<http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/docs/reglamento-de-la-ley-nro29785.pdf>

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, *Ley sobre sustancia materiales y desechos peligrosos* (Caracas: 2001). Recuperado de:
http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ley_sus_%20mat_%20des_%20pel.pdf

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (1992) *Voto 3003-92*, considerando 8 y 9. Recuperado de: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Centro%20de%20Jurisprudencia/JURISPRUDENCIA%201989-2012/1-CONSULTAS%20LEGISLATIVAS/4-Consultas%20Legislativas%201992.htm>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2012) *Expediente 12-000615-0007-CO Resolución. N° 2012008742*, considerando VII. Recuperado de:
<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2012/12-008742.pdf>

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco. Expediente. 0421-S-90.-N° 2313-95., párr. VII. Recuperado de: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/1995/2313-95.htm>

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas con veinticuatro minutos del veinticuatro de noviembre del dos mil. Resolución 2000-10473, Expediente 00-009237-0007-CO. Recuperado de: <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2000/10473-00.htm>

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y treinta minutos del veintitrés de setiembre del dos mil once. Res. N° 2011012975, Exp: 08-009215-0007-CO, Considerando IV. Recuperado de: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS&nValor1=1&nValor2=543393&strTipM=T

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y treinta minutos del siete de octubre de mil novecientos noventa y dos. Expediente: 92-003235-0007-CO, voto 3003-92. Recuperado de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS&nValor1=1&nValor2=83515&strTipM=T

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas treinta y nueve minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis. EXP. N 4320-P-92 N2253-96, voto 02253 . Recuperado de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS&nValor1=1&nValor2=81973&strTipM=T

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución de Recurso de Amparo 2006-007247 de las catorce horas y treinta y uno minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

Sala Constitucional de Costa Rica, Voto N° 1786-93 de las dieciséis horas veintiún minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución de consulta preceptiva de constitucionalidad 09685-2000 de las diez horas del 1 de noviembre de 2000.

Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 2005-09805 de las catorce horas del 27 de julio de 2005.

Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 11743-2008 de las doce horas y dieciséis minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho.

Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 14549-2008 de las catorce horas y veinticuatro minutos del veintiséis de septiembre del dos mil ocho.

Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 13560-2008 de las diez horas y veinte minutos del cinco de septiembre del dos mil ocho.

Sala Constitucional, Resolución de recurso de inconstitucionalidad 12975-2011 de las catorce horas y treinta minutos del veintitrés de setiembre del dos mil once.

Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 09536-2010 de las once horas y un minuto del veintiocho de mayo de dos mil diez.

Sala Constitucional, Resolución de recurso de inconstitucionalidad 12975-2011 de las catorce horas y treinta minutos del veintitrés de setiembre del dos mil once.

Sala Constitucional, Resolución de Sentencia N.º 2008-011743 de las doce horas y dieciséis minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho.

Sala Constitucional, Resolución de amparo de 2008-013560-2008 de las once horas y uno minutos del veintiocho de mayo del dos mil diez.

Sala Constitucional, Resolución de amparo de 06045-2009 de las catorce horas y cincuenta y tres minutos del veintidós de abril del dos mil nueve.

Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 14549-2008 de las catorce horas y veinticuatro minutos del veintiséis de septiembre del dos mil ocho.

Sala Constitucional, Resolución de Acción de Inconstitucionalidad 2010-013100 de las catorce horas y cincuenta y siete minutos del cuatro de agosto del dos mil diez.

Sala Constitucional, Resolución de Consulta preceptiva de constitucionalidad 03388-98 de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional, Resolución de un recurso de habeas corpus 1682-2007 de las diez horas y treinta y cuatro minutos del nueve de febrero del dos mil siete.

Sala Constitucional, voto 4491-2013 de las diez horas del 3 de abril de 2013.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia N° 13832 del 11 de septiembre de 2008, consulta facultativa expediente N° 08-011089-0007-CO; Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-030 de 2008.

Sala Constitucional, Resolución de recurso de amparo 3631-98 de las doce horas cuarenta y tres minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia N° 13832 del 11 de septiembre de 2008, consulta facultativa expediente N° 08-011089-0007-CO; Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-030 de 2008.

Sala Constitucional, Resolución de consulta preceptiva de constitucionalidad 3003-92 de las once horas y treinta minutos del siete de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de Costa Rica en el voto 3003-92 considerandos 8 y 9.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 8724-11.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 3002-92.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2253-96. Ver otras sentencias: sentencia N.º 337-91 de las 14:56 horas del 8 de febrero de 1991.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 10473-2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 3515-1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2253-96.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2623-02.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 880-90.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 17432-14.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto C-891-02.

Jurisprudencia de Tribunales Constitucionales de América Latina

Corte Constitucional de Colombia (2011) *Sentencia T-693/1*, expediente T-2.291.201, punto 4.3. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-693-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia T-376/12*, expediente T-3331151, párr. 32-33. Recuperado: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2011) *Sentencia T-693/11*, punto 3.2.10. . Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-693-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2011) *Sentencia C-366/11*, párr. 24 Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2011) *Sentencia T-129-2011*, p. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2004) *Sentencia T-025/04*, punto 4. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia (1997) *Sentencia SU-039/97*, párr. 2. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia (1993) *Sentencia T-380*, Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-175/09* (Bogotá: 2011). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-693/1* (2011: expediente T-2.291.201), punto 4.3. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-693-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-030/08* (Bogotá: 2008). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-030-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-175/09* (Bogotá: 2009). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-063/10* (Bogotá: 2010). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-063-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-274/13 (Bogotá: 2013). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-274-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-462A/14 (Bogotá: 2014). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-039* (Bogotá: 1997). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm> . Véanse además, las sentencias T-652 de 1998, C-891 de 2002, C-418 de 2002, SU-383 de 2003.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-769/09*, Bogotá: 2009). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-769-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11 (Bogotá: de 2011. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169/01(Bogotá: de 2001. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-169-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030/ 08 (Bogotá: de 2008. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-715/ 08. (Bogotá: 2008). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-715-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-769/09* (Bogotá: 2011), párr. 24. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-769-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-737/05 (Bogotá: 2005). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-737-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-380-93, punto resolutive primero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693/11 2011, punto 3.2.10.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Controversia constitucional 32/2012* (México: 2012) , párr. VII y IX. Recuperado de: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5361089&fecha=23/09/2014

Tribunal Constitucional de Perú, *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos* (Lima: Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, 2009), párr. 24. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 0045/2006.

Tribunal Constitucional del Perú, expediente N.º 03343-2007-PA/TC de los 19 días del mes de febrero de 2009.

Tribunal Constitucional del Perú (2009) *Sentencia 03343-2007-AA*, expediente 03343-2007-PA/TC, párr. 31. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2009) *Expediente N.º 03343-2007-PA/TC*, párr. 34 y 35. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú, *Caso Asociación Interétnica de desarrollo de la selva peruana* (AIDSESP) (Lima: Expediente N.º 06316-2008-PA/TC, 2008), párr. 26. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú, *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y 5000 ciudadanos* (Lima: 2009). Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001) *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79, p. 57.* Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) *Caso Yatama Vs. Nicaragua Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, San José, Costa Rica, p. 95 (párr. 225) y párr. 21. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124, p. 47.* Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, p. 77. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146, p. 69 y 70. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, pp. 2 y 40 (párr. 127), p. 43 (párr. 134), párr. 102 y 103. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010) *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N.º 214, p.44. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N.º 245, párr. 159, 164, 177 y 186. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, 22. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. (San José: Serie C N.º 214, 2010), 11. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastin Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas (San José: Serie C N.º 79,*

2001), párr. 153. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (San José: 2012), párr. 166. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* (San José: Serie C N.º, 2007.), 43. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* (San José: Serie C N.º 2007.), 43. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.* Serie C N.º 125, p. 151. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Organización Internacional del Trabajo, “*Observación (CEACR) sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Costa Rica*” (New York: publicado en 103ª reunión CIT, 2014), 3. Recuperado de:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3142869

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009) “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, resolución OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 p. 72, p. 108 (párr. 273), p.112 (párr. 286), p.126 (párr. 333, 334). Recuperado de:
<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Washington: Resolución OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009), párr. 277. Recuperado de: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

Comisión IDH Comunidades Indígenas Mayas del distrito de Toledo vs. Belice Caso N° 12.053 Informe N° 40/04 12 de octubre 2004, párr. 96 y 163. Recuperado de: <https://cejil.org/sites/default/files/III.%20Informes%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>

Informes de organismos de protección de derechos humanos regional e internacional la Organización de las Naciones Unidas

Comisión Económica para América Latina (2014) *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, a través del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población, pp. 15, 19, 53. Recuperado de: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/S1420783_es.pdf?sequence=4

Comité de Derechos Humanos (2009) *Dictamen Comunicación N° 1457/2006. Ángela Poma Poma (representada por abogado, Tomás Alarcón) contra Perú*, párrs. 7.2, 7.3 y 10. Recuperado de: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/01/2009.04.24_No.1457.2006_%C3%81ngela-Poma-Poma-v.-Per%C3%BA_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2015) *Primera Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe*, p.84. Recuperado de: http://crpd.cepal.org/sites/default/files/go_c1500860_web1.pdf

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169), presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares* (New York: 2001),

párr. 83. Recuperado de:
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_CO
MPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507302,es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_CO MPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507302,es:NO)

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación al Estado de Costa Rica del cumplimiento de Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169)* (New York: Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT, 2010), párr.1. Recuperado de:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2306456,102599,Costa%20Rica,2009

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre países de América Latina y el Caribe (2002) *Compilación de observaciones finales (1970-2006)*, CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párrafo 16. Recuperado de:
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD-concluding-obs.pdf>

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1996) *Recomendación general N° 21 relativa al derecho a la libre determinación*, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 245 (1996), párrafos 4 y 5. Recuperado de:
<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgencom21.html>

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19.º a 22.º combinados de Costa Rica* (New York: 2015), 6. Recuperado de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/217/71/PDF/G1521771.pdf?OpenElement>

Comité de Derechos Humanos, Dictamen Comunicación N° 1457/2006. Ángela Poma Poma contra Perú (New York: 2009), párrs. 7.2, 7.3 y 10. Recuperado de:
http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/01/2009.04.24_No.1457.2006_%C3%81ngela-Poma-Poma-v.-Per%C3%BA_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf

Comisión Económica para América Latina, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos* (Santiago: Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población, 2014), 15. Recuperado de:

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/S1420783_es.pdf?sequence=4

Comité de Derechos Humanos, *Organización de las Naciones Unidas, Caso “Apirana Mahuika et al vs. Nueva Zelanda”* (New York: Comité de Derechos Humanos, 2000), párr. 9.2. Recuperado de: <https://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/547-1993.html>

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación general N° 21 relativa al derecho a la libre determinación* (48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 245, 1996), párr. 4 y 5. Recuperado de: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgencom21.html>

Cumbre Continental Indígena, *Declaración de Quito, Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios* (Quito: Cumbre Continental Indígena, sección II, 1990), párr. 2. Recuperado de: http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre países de América Latina y el Caribe, *Compilación de observaciones finales (1970-2006)* (New York: CERD/C/62/CO/2, 2003), párr. 16. Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD-concluding-obs.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012)

Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del convenio núm. 169 de de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales de América Latina* (New York: 2009), 11. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

Organización Internacional del Trabajo, *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación Guía sobre el Convenio núm. 111 de la OIT* (2007), 11. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100512.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2009) *Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Conferencia Internacional del Trabajo, pp. 742 y 743 .Recuperado de:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2009) *Los derechos indígenas en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, p. 60. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (2002) *Informe del relator Rodolfo Stavenhagen*, presentado de conformidad con la resolución 2002/65* de la Comisión de Derechos Humanos, p. 30. Recuperado de: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/04d811ca50395529c1256e54002e0113?Opendocument>

Organización Internacional del Trabajo (2009) “*Aplicación del convenio núm. 169 de de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales de América Latina*”, p. 11, 57, 71. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2013) “*Observación (CEACR) sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Costa Rica*”, publicado en 103ª reunión CIT (2014), párr. 3. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3142869

Organización de las Naciones Unidas (2002) *Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, p.5. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf

Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas (2013) *Informe del James Anaya*, presentado de conformidad con la resolución 21/24 del Consejo de Derechos Humanos, p. 19. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/593/Reporte%20anual%202013?sequence=1>

Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas (2013) *Informe del relator James Anaya*, presentado de conformidad con la resolución 21/24 del Consejo

de Derechos Humanos, p. 19. Recuperado de:
<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/593/Reporte%20anual%202013?sequence=1>

Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2012) Declaración del relator James Anaya sobre Colombia. Se debe avanzar con el diálogo para resolver, conforme a las normas internacionales, la cuestión de la presencia militar en territorios indígenas en el norte del Cauca, párr. 8. Recuperado de: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/colombia-se-debe-avanzar-con-el-dialogo-para-resolver-conforme-a-las-normas-internacionales-la-cuestion-de-la-presencia-militar-en-territorios-indigenas-en-el-norte-del-cauca>

Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (2009) *“Informe del relator James Anaya”*, p. 18 (párr. 47). Recuperado de:
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>

Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (2010) Informe del relator James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, p. 67. Recuperado de:
http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/countries/2010_report_colombia_sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1992) *Caso “Länsman y otros vs. Finlandia”*, Comité de Derechos Humanos, p.170. Recuperado de: <http://acnurdh.org/wp-content/uploads/2012/08/CCPR-511-1992-Lansman-v-Finland2.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (2000) *Caso “Apirana Mahuika et al vs. Nueva Zelanda”*, Comité de Derechos Humanos, párr. 9.2. Recuperado de:
<https://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/547-1993.html>

Organización Internacional del Trabajo (2009) *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, publicado por Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, pp. 49, 50 y 69. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

- Organización Internacional del Trabajo (2007) *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación Guía sobre el Convenio núm. 111 de la OIT*, p. 11 y 12. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100512.pdf
- Organización de las Naciones Unidas, *Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación* (New York: 2010), 3. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf
- Organización de las Naciones Unidas, *Caso “Länsman y otros vs. Finlandia”* (New York: Comité de Derechos Humanos, 1992), 170. Recuperado de: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/CCPR-511-1992-Lansman-v-Finland2.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)* (New York: 2008), párr. 75. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507187,es
- Organización de las Naciones Unidas, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, Guía para la implementación* (New York: 2012), 25 y 26. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

Doctrina.

- Aguilar et al. (2010) *Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina*, publicado en *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 2, N° 2, p. 3-4. Recuperado de: http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%C%81rica_Latina%20Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf

- Alpízar Jiménez, Idalia. *Derechos humanos en Costa Rica* (San José: Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 22, 2011), 21. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/4147-8943-1-SM.pdf>
- Alva Arévalo, Amelia. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional* (Bilbao: Universidad de Deusto 2014), 64 y 83. Recuperado de: https://www.researchgate.net/profile/Amelia_Arevalo/publication/264547331_El_derecho_a_la_consulta_previa_en_derecho_internacional/links/53e482150cf2fb748710bf56.pdf
- Álvarez, N. (2008) *Pueblo indígenas y derecho de autodeterminación ¿Hacia un derecho internacional multicultural?*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, p.26. Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho47.pdf>
- Aylwin, José. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales* (Chile: Universidad de la Frontera, 2002), p. 4. Recuperado de: http://www.cepes.org.pe/pdf/observatorio_tierras/derecho_pueblos_indigenas_tierra.pdf
- Ameller, V, et al (2013) *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, p. 29, 30 Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-4-30.pdf?130221162840
- Anaya, J. (2013) Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas: Las industrias extractivas y los pueblos indígenas, p.17, 18 y 19. Recuperado: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>
- Anaya, J. (2013) *El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional*, Conferencia en el Evento "El rol de los Ombudsmen en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas" Lima, Perú – 25 de abril de 2013, párr. 5, 6 y 13. Recuperado de: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>

Anaya, J. (2012) *Colombia. Se debe avanzar con el diálogo para resolver, conforme a las normas internacionales, la cuestión de la presencia militar en territorios indígenas en el norte del Cauca*, p. 7, 8 y 9. Recuperado de: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/colombia-se-debe-avanzar-con-el-dialogo-para-resolver-conforme-a-las-normas-internacionales-la-cuestion-de-la-presencia-militar-en-territorios-indigenas-en-el-norte-del-cauca>

Anaya, James. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de los derechos de los pueblos indígenas en Chile (Santiago: 2009), 8. Recuperado de: [file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/InformeAnayaConsultaChile24Abril2009%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/InformeAnayaConsultaChile24Abril2009%20(1).pdf)

Anaya, James. *La situación de los pueblos indígenas en Chile* (New York: Consejo de Derechos Humanos, 2011), 8. Recuperado de: http://190.98.206.147:8080/bitstream/handle/123456789/267/2009_anaya_informe_chile?sequence=1

Anaya, James. *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica* (New York: 2011), 5. Recuperado de: Anaya, James. Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas (New York: resolución 21/24 del Consejo de Derechos Humanos, 2013), 19. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/593/Reporte%20anual%202013?sequence=1>

Anaya, James. *Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* (New York: Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, resolución A/HRC/12/34, 2009), 16. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>

Anaya, James. *Informe sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas* (New York: Consejo de Derechos Humanos 24º período de sesiones, resolución A/HRC/24/41, 2013), 7. Recuperado de: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>

- Aranda Escalante, Mirva. *Los desafíos de la implementación de la consulta en el Perú* (Lima: 2012), 202. Recuperado: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3511/10.pdf>
- Armijo, Gilbert. *La tutea supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica* (San José: Ius et Praxis v.9 n.1 Talca, Revista Ius et Praxis · Año 9. N° 1, 2003, sección I, párr. B. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100005&script=sci_arttext
- Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, *Grandes represas América, ¿Peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas* (2009), 23. Recuperado: http://www.aida-americas.org/sites/default/files/informe_aida_grandes_represas.pdf
- Asociación de Ambiente y Sociedad, *Impacto de las Industrias Extractivas en los Derechos Colectivos sobre Territorios y Bosques de los Pueblos y las Comunidades* (Bogotá: Iniciativa para los Derechos y Recursos (RRI), 2013), 23 y 79. Recuperado: http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_5914.pdf
- Aparicio Wilhelmi, Manuel. *Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas "500 años de resistencia indígena, negra y popular"* (Quito: Conaie-Ecuadorunari-CDDH, Comisión de Prensa, 1990), párr. 20, Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/124/art/art1.htm>
- Bárceñas, F. (2008) *Autonomía y derechos indígenas en México*, p. 13 y 14. Recuperado de: <http://www.lopezbarceñas.org/sites/www.lopezbarceñas.org/files/Autonom%C3%ADas%20y%20Derechos%20Ind%C3%ADgenas%20en%20M%C3%A9xico.pdf>
- Bartolomé, M. (1992) *Presas y relocalizaciones de indígenas en América Latina*, p. 23. Recuperado de: <http://tesiuami.uam.mx/revistasuam/alteridades/include/getdoc.php?id=19&article=16&mode=pdf>
- Bartolomé, M. (1997) *Gente de costumbre y gente de razón: las identidades étnicas en México*, p. 5. Recuperado de: https://books.google.co.cr/books?id=ewgWiJbrf-0C&pg=PA5&lpg=PA5&dq=proceso+de+revitalizaci%C3%B3n+cultural+interesante+o+etnogenesis&source=bl&ots=C3Wlmm2_6r&sig=7uf4LSf014fKn_R

[5y4n5HNF8_Y8&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=proceso%20de%20revitalizaci%C3%B3n%20cultural%20interesante%20o%20etnogenesis&f=alsev](http://www.redalyc.org/pdf/747/74711363002.pdf)

- Bartolomé, Miguel Alberto. *Presas y relocalizaciones de indígenas en América Latina* (México: Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 2, núm. 4, 1992), 19. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/747/74711363002.pdf>
- Bayefsky, Anne. *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional* (EEUU: publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1, 1990. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>
- Bebbington, Anthony, Humphreys Bebbington, Denise. (2009) Actores y ambientalismos: conflictos socio-ambientales en Perú. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, p. 118. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/Actores%20y%20ambientalismos-%20conflictos%20socio-ambientales%20en%20Per%C3%BA.pdf>
- Chacón, C. *Datos de los pueblos indígenas de Costa Rica*, (San José: Instituto de investigaciones jurídicas, 2012), p. 16.
- Clavero, B. (2009) *Los Pueblos Indígenas siguen siendo Minorías Étnicas*, párr. 1 y 7. Recuperado de: <http://www.alainet.org/es/active/32935>
- Clavero, B. (2011) *Comité de Derechos Humanos y la libre autodeterminación indígena*, p. 2. Recuperado de: <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/08/comite-de-derechos-humanos-y-pueblos-indigenas.pdf>
- Clavero, Bartolomé. *Consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del derecho internacional*, (Madrid: 2012), punto 2. Recuperado de: <http://servindi.org/actualidad/69682>
- Clavero, Bartolomé. *La consulta desde el derecho internacional* (Perú: Exposición realizada en el seminario «Aspectos críticos para la implementación del derecho a la consulta previa en el Perú: mejorando la democracia y el desarrollo», 2012), 10.
- Clavero, Bartolomé, *Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas* (México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), Recuperado de: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2482/17.pdf>

- Calderón, F. (2012) *Diez tesis de la conflictividad social en América Latina*”, Revista CEPAL 107, 2012, p. 7. Recuperado de:<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/47598/RVE107Calderon.pdf>
- Calderón, F. (2012) *La protesta social en América Latina*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 100 y 233.
- Clavero, B. (2012) *Consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del derecho internacional*, punto 2. Recuperado de: <http://servindi.org/actualidad/69682>
- Cançado, A. (2013) *El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas* , pp. 26 y 31. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31645.pdf>
- Cardozo, L. (2011) *Reflexiones sobre la riqueza de la biodiversidad americana*, párr. 5. Recuperado de: <https://www.veoverde.com/2011/08/america-el-continente-con-la-mayor-biodiversidad/>
- Carrión, Patricia. *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador* (Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2012), 5 y 27. Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712
- Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (2009) *Los Censos 2010 y la inclusión de pueblos indígenas y poblaciones afrodescendientes: Recomendaciones del CELADE*, p.3, Santiago, Chile. Recuperado de: http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/0/37790/CELADE_recomendaciones_indigenas.pdf
- Chacón Castro, Rubén. *Reconocimiento y exigibilidad de derechos de los pueblos indígenas* (San José: Décimo octavo informe del Estado de la Nación, 2013), 83. Recuperado de:http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/018/chacon_derechos_pueblos_indigenas.pdf
- Comisión Mundial de las Represas (2000) *Represas y Desarrollo: Un Nuevo Marco para la toma de decisiones*, pp. 104-114. Recuperado de: http://www.internationalrivers.org/files/attached-files/wcd_espanol.pdf

- Cimadamore Alberto y otros, *Pueblos indígenas y pobreza* (Buenos Aires: CLACSO, 2006), 29 . Recuperado de: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/clacso-crop/20100620065831/pueblos.pdf>
- Campregher, Christoph. *Propuesta de acercamiento al estudio de políticas indígenas y el desarrollo: El caso Terraba/Proyecto Hidroeléctrico El Diquís* (San José: Cuadernos de Antropología No.19, 183-196, 2009), 193. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/6881-9464-1-SM.pdf>
- Clavero, Bartolomé. *Perú: Convenio necesario y ley innecesaria* (Sevilla: Universidad de Sevilla, 2008), 2. Recuperado de: <http://www.servindi.org/actualidad/5211>
- Carballo, Juan. *Los grupos indígenas costarricenses* (San José: 2005), 1 y 2. Recuperado de: http://www.una.ac.cr/bibliotecologia/grupos_eticos/documentospdf/indigenas_decr.pdf
- Cordero, Jose Antonio. *El crecimiento económico y la inversión: El caso de Costa Rica* (Santiago: Proyecto “Crecimiento, empleo y equidad: América Latina en los años noventa”, 2000), 32. Recuperado de: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7533/S2000554_es.pdf?sequence=1
- Del Toro, M. (2009) *Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas*, p. 24. Recuperado de: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro_Spanish.pdf
- Díaz Azofeifa, Gisela. *Identidad en el pueblo indígena Térraba: un caso de revitalización* (Cuadernos de Antropología No.19, 123-140, 2009), 127. Recuperado: [file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/6877-9456-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/6877-9456-1-SM%20(1).pdf)
- Fundación para el debido proceso legal, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú* (México: 2011), 2. Recuperado de: <http://dplf.org/sites/default/files/1301596126.pdf>

- Gaete Uribe, Lucia. El Convenio 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa (Chile: Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012), 91. Recuperado de: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art04.pdf>
- Garrido, J. (2008) *Análisis de la Aplicación de Criterios de Diversidad en las Reparaciones a Pueblos Indígenas, Dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p 60. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/337/1/T705-MDH-GarridoAn%C3%A1lisis%20de%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20criterios%20de%20diversidad%20en%20las%20reparaciones....pdf>
- García, E. (Sin fecha) *Validez formal y validez material*, p. 84. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/460/6.pdf>
- García, Soledad. *Identidad indígena* (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2013), 534. Recuperado de: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/17/SoledadTorrecuadrada.pdf>
- González, Jesús. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Civitas Madrid, 1983), 35. Recuperado de: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/discursos/D32.pdf>
- Guevara Víquez, Federico. *Impactos sociales y culturales del Proyecto Hidroeléctrico Diquís hacia los pueblos indígenas de Buenos Aires* (San José: Cuadernos de Antropología No.19, 167-181, 2009), 175. Recuperado de: <http://kerwa.ucr.ac.cr/bitstream/handle/10669/13256/6880-9462-1-SM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guevara Berger, Marcos. *Perfil de los pueblos indígenas de Costa Rica* (San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 2000), párr. 12 y 15. Recuperado de: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_online/perfil%20costa%20rica.htm
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Censo poblacional y de vivienda 2011* (San José: INEC, 2013), 31. <http://www.inec.g.o.cr/Web/Home/GeneradorPagina.aspx>
- Indian Law Resource Center (2012) *Solicitud de Consulta y Verificación de Observancia Proyecto Eólico Mareña Renovables ME-L1107*, p.13. Recuperado de: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37522111>

- Instituto Nacional de Estadística y Censos (2011) *X Censo Nacional de Población y VI de Vivienda: Resultados Generales*, San José, Costa Rica, pp. 94, 96 y 97. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/Resultados%20Generales.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (2009) *Separata No . 2 Propuesta Inicial sobre el Tema Pueblos Indígenas*, San José, Costa Rica, pp. 5, 6 y 7. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/Separata%20N%C2%B0%202%20Pueblos%20Indigenas.pdf>
- Islas, Roberto. *Principios jurídicos, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo: 2011), 401 y 402. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf>
- Gamboa y Snoeck, Cesar y Sébastien (Editores), *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta Previa y su reglamento* (Lima: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2012, 15. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31020.pdf>
- González, J. (1983) *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas Madrid, p. 35. Recuperado de: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/discursos/D32.pdf>
- Guevara, M. (2000) *Perfil de los pueblos indígenas de Costa Rica*, párr. 12. Recuperado: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_online/perfil%20costa%20rica.htm
- Gros Espiell, Hector. *El derecho a la libre determinación de los pueblos y los derechos humanos* (1985), 208. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2033/12.pdf>
- Holguín Tafur, Carolina. *Autodeterminación de pueblos indígenas desde el constitucionalismo colombiano*, *Journal Of International Law* (Bogota: 2012), 71. Recuperado de: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/1092/984>

- Hernández, A. y De La Piedra, C. (2011) *Implementación y evolución de los derechos contenido en el Convenio 169*, p. 73. Recuperado de; http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4766_2888/rev121_AFernandez_CDelaPiedra.pdf
- Instituto Costarricense de Electricidad, *Plan de Expansión de la Generación Eléctrica 2014–2035* (San José: 2013), 38.
- Deschênes, J. (1985) *Propuesta Relativa a una Definición del Término ‘Minoría’*, E/CN.4/Sub.2/1985/31 par, 181. Citado por la Organización de las Naciones Unidas en *Promoción y protección de los derechos de las minorías Guía para defensores*, p. 7. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-12-07_sp.pdf
- Fundación Konrad Adeunauer, *El derecho de consulta indígena en América Latina* (Perú: 2013), . Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-1-30.pdf?130411230553
- González Solano, Gustavo. *El control cconstitucional en Costa Rica. Sobre incoherencias, paradojas e inconstitucionalidades de nuestro control de constitucionalidad* (San Jose: Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2000), 177. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/13400-22601-1-SM.pdf>
- Hernández y De La Piedra, Andres y Christian. *Implementación y evolución de los derechos contenido en el Convenio 169* (2011), 73. Recuperado de; http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4766_2888/rev121_AFernandez_CDelaPiedra.pdf
- Garrido, Juan. *Análisis de la Aplicación de Criterios de Diversidad en las Reparaciones a Pueblos Indígenas, Dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2008), 60. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/337/1/T705-MDH-GarridoAn%C3%A1lisis%20de%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20criterios%20de%20diversidad%20en%20las%20reparaciones....pdf>
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho* (Argentina: EUDEBA, 1982), 49 y 50. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1956/10.pdf>

- Léger, M. (2002) “*El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: ¿Amenaza o ventaja?*” Marie, ponencia en el Seminario Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas, Nueva York, pp. 5 y 6. Recuperado de: <http://www.ops.org.bo/textocompleto/ley31780.pdf>
- Lopez, M. (2009) *Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, párr. 23. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792009000200012&script=sci_arttext
- López Bárcenas, Francisco. *Autonomía y derechos indígenas en México* (2008), párr. 13 y 14. Recuperado de: <http://www.lopezbarcenass.org/sites/www.lopezbarcenass.org/files/Autonom%C3%ADas%20y%20Derechos%20Ind%C3%ADgenas%20en%20M%C3%A9xico.pdf>
- López Bárcenas, Francisco. *Pueblos indígenas y megaproyectos: las nuevas rutas del despojo* (México: 2012), párr. 1. Recuperado de: <http://contralinea.com.mx/archivo-revista/index.php/2012/10/21/pueblos-indigenas-megaproyectos-las-nuevas-rutas-del-despojo/>
- Lopez, Carlos. *Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2009), párr. 23. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792009000200012&script=sci_arttext
- Lux de Cojti, Otilia. (2008) *Pueblos Indígenas, Democracia y Participación Política, Indigenous Peoples, Democracy, and Political Participation*, Georgetown, párr. 3. Recuperado de: http://pdba.georgetown.edu/IndigenousPeoples/introduction_s.html
- Mancera Cota, Adrian. *Consideraciones durante el proceso comparativo* (México, 2008). Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/121/art/art7.htm>

- Mereminskaya, Elina, *El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (Chile: Revista de Estudios Públicos N° 121, 2011), 227 y 228. Recuperado de: [http:// www.cepchile.cl/dms/lang_1/autor_2077.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/autor_2077.html)
- Mesa Nacional Indígena, Informe sobre *Proceso de Consulta Proyecto de Ley Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas de Costa Rica* (San José: 2006), 7 y 8, 16, 17 y 18.
- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, *Plan Nacional de Desarrollo Jorge Manuel Dengo Obregón 2006-2010* (San José: 2007), 78.
- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, *Plan Nacional de Desarrollo María Teresa Obregón Zamora 2011-2014* (San José: 2010), 81 y 82.
- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, *Plan Nacional de Desarrollo Alberto Cañas Escalante 2015-2018* (San José: 2014), 473.
- Miranda Bonilla, Haider. *El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina* (San José: Revista Jurídica IUS Doctrina. N° 12, 2015), 15. Recuperado de: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/19748/19812>
- Molleda, Juan. *Perú: Las reparaciones a los pueblos indígenas en serio* (Lima: 2012), párr. 21. Recuperado: <http://www.flacsoandes.edu.ec/observatoriodiscriminacion/index.php/notas/350-peru-las-reparaciones-a-los-pueblos-indigenas-en-serio>
- Montt Oyarzún, Santiago y Matta Aylwin, Manuel. “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Estudios Públicos N° 121, Verano 2011), 148 y 149. Recuperado de: www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4767.html
- Molina, E. (Sin fecha) Educación, Multiculturalismo e Identidad, Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias de la Educación. Universidad de Lleida (España), párr. 3. Recuperado de: <http://www.oei.es/valores2/molina.htm>
- Molleda, J. (2012) *Perú: Las reparaciones a los pueblos indígenas en serio*, párr. 21. Recuperado: <http://www.flacsoandes.edu.ec/observatoriodiscriminacion/index.php/notas/350-peru-las-reparaciones-a-los-pueblos-indigenas-en-serio>

- Molina Duque, Fidel. Educación, *Multiculturalismo e Identidad* (España: Facultad de Ciencias de la Educación, sin fecha), párr. 3. Recuperado de: <http://www.oei.es/valores2/molina.htm>
- Mohr, Ricardo y Tania. *Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?* (Santiago: Rev. derecho (Valdivia), vol. 27, no.1, 2014), 108 y 109. Recuperado de: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v27n1/art05.pdf>
- Murcia Riaño, Diana. *Revisión crítica del derecho a la consulta previa de proyectos y sus procedimientos* (Bogotá: Revista N.º 55/56 Conflictos ambientales y territoriales en Colombia, 2014). Recuperado de: <http://semillas.org.co/es/revista/revisi>
- Novelli y Colmegna, Celeste y Pablo. *¿Qué tan previa deber ser la consulta previa? Reflexiones en torno al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y la consulta previa* (Madrid: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VII, Número 11, 2013), 135 y 136. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0011A007_0008_investigacion.pdf
- Ponce de León Armenta, Luis. *La metodología de la investigación científica del derecho* (México: Universidad Autónoma de México, 1996), 69. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/205/dtr/dtr4.pdf>
- Programa de Estado de la Nación, *Informe del Estado de la Justicia* (San José: 2015), 217. Recuperado de: <http://www.estadonacion.or.cr/justicia/assets/cap-7-estado-de-la-justicia.pdf>
- Rodríguez Saldaña, R. (2005) *Los pueblos indígenas y el uso de los recursos naturales*, p. 270. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3218/15.pdf>
- Rodríguez, Gloria Amparo. *De la consulta al consentimiento previo, libre e informado a pueblos indígenas en Colombia* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2014), 55, 56 y 57. Recuperado de:

https://www.nmbu.no/sites/default/files/pdfattachments/consulta-previa-al-consentimiento-previo-colombia-gloriaar_0.pdf

Red Jurídica Amazónica, *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas* (Brasil: 2013), 41. Recuperado de:

http://servindi.org/pdf/Guias_Operativas_aplicacion_CLPI.pdf

Ruiz O. y Donoso G. (2012) *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, p. 72, 79 y 80. Recuperado de:

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

Rivera, Ginna. *Reparación a pueblos indígenas. Debates, aprendizajes y perspectivas* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011), 15. Recuperado de:

<http://www.bdigital.unal.edu.co/6221/1/905098.2011.pdf>

Rodríguez, A. (2014) *De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia*, p.15, 19 y 168. Recuperado de:

https://www.nmbu.no/sites/default/files/pdfattachments/consulta-previa-al-consentimiento-previo-colombia-gloriaar_0.pdf

Ribotta, Bruno. *Diagnóstico Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Perú* (Lima: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) – Fundación Ford, 2010), 15. Recuperado de:

http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/6/40386/peru_julio2010.pdf

Rivas, A. y Lara, P. (2001) *Deuda ecológica de REPSOL-YPF en Ecuador*, p. 20. Recuperado de:

<http://www.ekologistakmartxan.org/files/2013/10/Deuda-Ecol%C3%B3gica-de-Repsol-M.pdf>

Ruiz Molleda, Juan Carlos. *Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla* (Lima: 2015), 181. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12474/13036>

Ruiz O. y Donoso G., *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones* (Madrid: 2012), 72. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

Salmon, Elizabeth y otros, *La consulta previa libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos* (Lima: Instituto

Interamericano de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012), 49 y 50. Recuperado de: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/10/La-consulta-previa-VERSI%C3%93N-FINAL-INTEGRADO-28-08-2012-1.pdf>

Solano, E. (2001) *La población indígena en Costa Rica según el censo 2000, publicado por el Instituto Nacional de Censos y Estadísticas*, San José, Costa Rica, p.343. Recuperado de: <http://ccp.ucr.ac.cr/noticias/simposio/pdf/solano.pdf>

Solano, Luis. A veinte años de la Sala Constitucional (San Jose: 2000), 280 Recuperado de: http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/info15cap7.pdf

Schliemann, C. (2012) *La autonomía de los pueblos indígenas de Costa Rica una contrastación del estándar internacional con la legislación nacional y su implementación*, Vol 23, No 1, publicado por la Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Costa Rica, p.150. Recuperado de: <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/5292>

Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos* (Mexico: 1992), 99. Recuperado de: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>

Stavenhagen, R. (1992) *Los derechos de los indígenas algunos problemas conceptuales*, p. 99. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/43/pr/pr9.pdf>

Sepúlveda, R. (2011) Principio de la buena fe y responsabilidad en la administración pública, p.191 y 192. Recuperado de: [file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/8634-25472-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/8634-25472-1-PB%20(2).pdf)

Solano, Elizabeth. *La población indígena en Costa Rica según el censo 2000, publicado por el Instituto Nacional de Censos y Estadísticas* (San José: 2001), 342. Recuperado de: <http://ccp.ucr.ac.cr/noticias/simposio/pdf/solano.pdf>

Observatorio de desarrollo, Atlas de los pueblos indígenas de Costa Rica (San José: Universidad de Costa Rica, 2015). Recuperado de: <http://www.pueblosindigenas.odd.ucr.ac.cr/index.php/mapoteca/mapoteca-etnias/mapoteca-teribe>

- Observatorio Petrolero de la Amazonía Norte, *Nuevo derrame de petrolero en territorio Achuar a puertas del fin del contrato de pluspetrol en el lote 1AB* (Brasil: 2015), 3. Recuperado de: <http://observatoriopetrolero.org/derrame-de-petroleo-en-territorio-de-la-comunidad-pampa-hermosa-en-el-rio-corrientes/>
- Oliva Muñoz, Julio. *Organizaciones indígenas ecuatorianas* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010), 67. Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/11076/1/T32206.pdf>
- Ospina Sepúlveda, Roosevelt. *Principio de la buena fe y responsabilidad en la administración pública* (Bogotá: 2011), 197. Recuperado de: [file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/8634-25472-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/8634-25472-1-PB%20(2).pdf)
- Orduz, N. (2011) *Tejiendo nuestros derechos. La reparación a los pueblos indígenas*, elaborado por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DEJUSTICIA y la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, y publicado en el año 2011., p. 16. Recuperado de: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.213.pdf
- Oviedo, G. (2009) *Gobernanza de Territorios Indígenas y Áreas Protegidas – procesos y temas*, p. 2. Recuperado de: http://congresomesoamericano.conanp.gob.mx/pdf/simposio3/s1/S3s1M1_Gonzalo_Oviedo.pdf
- Ordoñez, J. (1994) *Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público Moderno y la Sociología del Derecho: Indio, Pueblo y Minorías*” p. 63 y 64. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1041/4.pdf>
- Pérez Stéfanov, Bohián. *Reflexiones sobre el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus impactos sociales en las comunidades de Terraba, Buenos Aires y Ceibo* (San José: Revista Reflexiones 90 (2): 9-25, ISSN: 1021-1209, 2011), 2. Recuperado de: <http://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/view/14493/13774>
- Valdivia, (2011) *Alcances jurídicos del Convenio 169*, Centro de Estudios públicos, Universidad de Chile, p. 68. Recuperado de: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4765_2887/rev121_JMValdivia.pdf

- Yrigoyen Fajardo, Raquel. *¿En qué casos se requiere el consentimiento previo, libre e informado? Parte I* (Lima: Revista Ius 360, 2012), párr. 6. Recuperado de: <http://www.ius360.com/publico/constitucional/en-que-casos-se-requiere-el-consentimiento-previo-libre-e-informado-parte-i/>
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. “*Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta y consentimiento*”, (Madrid: publicado como el Capítulo 15 del libro: Álvarez, Natalia et al, eds. (2009) *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Madrid: Los Libros de la Catarata, Serie ensayos UNESCO, 2009), 2. Recuperado: http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/01_ryf_consulta.pdf
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta y consentimiento* (Lima: publicado como el Capítulo 15 del libro: Álvarez, Natalia et al, Los Libros de la Catarata, Serie ensayos UNESCO, 2009), 11. Recuperado: http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/01_ryf_consulta.pdf
- Zalaquett, José. *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Anuario de Derechos Humanos* (Santiago: Universidad de Chile: 2008), 144. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/13508-34831-1-PB.pdf>
- Zúñiga Muñoz, Xinia. *La gobernabilidad de los pueblos indígenas en Centroamérica desde la perspectiva comunitaria*. (UNED: San José, Costa Rica, 2009), 51 y 52. Recuperado: http://smtp.mesaiindigenacr.org/attachments/article/28/doc_3_Libro_gobernabilidaddelosPIdeCAdesdelaperspectivacomunitariaim4426.pdf#page=39

Anexos.

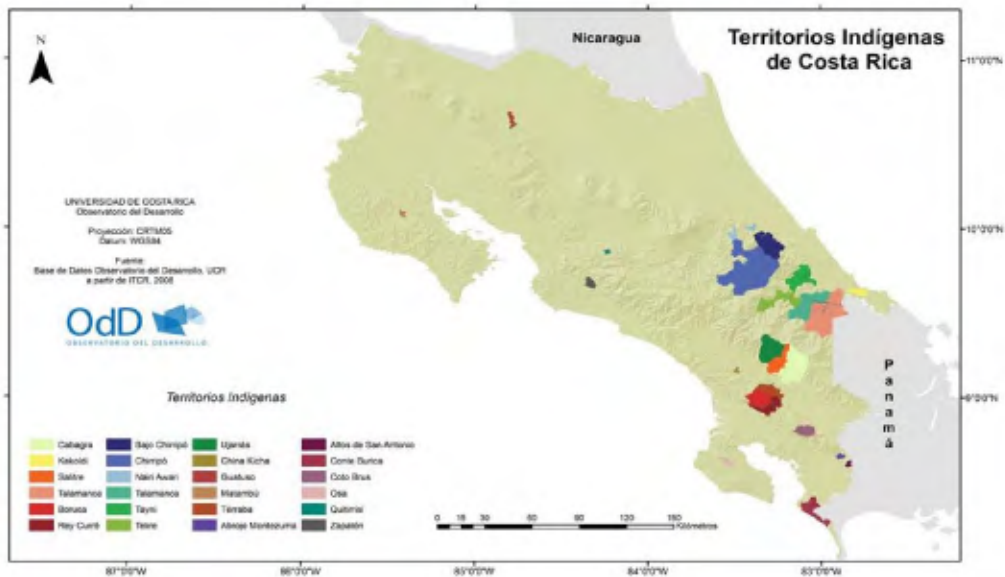
Anexo 1. Resumen de las entrevistas realizadas a actores claves. Fuente: elaboración propia.

Resumen de las ideas principales recopiladas en las entrevistas sobre la aplicación del derecho de consulta.			
Nombre	Fecha de entrevista	País	Ideas principales
Jay Jartling OIT consultora internacional	25/10/2013	Canadá	<p><i>Existe un temor en América Latina sobre la realización de la consulta. En Canadá la aplicación del procedimiento de consulta es recurrente. En la que cada provincia tiene su política de consulta, acorde con la legislación de consulta a nivel nacional.</i></p> <p><i>El proceso de creación de un mecanismo de consulta debe partir de la concientización a la ciudadanía y a las instituciones públicas.</i></p>
Manuel García OIT consultor internacional	25/10/2013	España	<p><i>El elemento operativo de la participación indígena es la consulta previa tiene. La consulta previa previene aplicada previamente previene la conflictividad social. La institucionalidad pública debe tener en cuenta la participación de los pueblos indígenas.</i></p> <p><i>En el caso de Costa Rica, el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas debe basarse en un marco de respeto para plantear una ruta de acción.</i></p>
Javier Rodríguez IIDH	25/10/2013	Costa Rica	<p><i>La consulta previa debe ajustarse a la realidad de un país. Señala como elemento más importante la representatividad, y que en Costa Rica no existe claridad al respecto. Para solucionarlo se debe trabajar directamente con cada comunidad para identificar las formas y expresiones reales de las instituciones indígenas y los liderazgos reales dentro de las comunidades indígenas. Dentro de los espacios de participación se insertan los espacios de consulta se debe tomar en cuenta en los diálogos entre el Estado y los Pueblos Indígenas. Señala que según los informes de la CERD, el Estado de Costa Rica debe organizar el tema de la territorialidad. Asimismo, atender los conflictos internos en los territorios entre los no indígenas y los indígenas.</i></p>
Carlos Elguera Instituto Internacional de Derecho y Sociedad	21/02/2014	Perú	<p><i>En el caso Saramaka vs. Surinam de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fija el estándar del consentimiento previo, libre e informado. El cual debe ser obtenido a través de un procedimiento de consulta, de lo contrario el Estado no podría adoptar la medida. Sin embargo, en el caso Sarayaku vs. Ecuador no retoma el estándar fijado, lo</i></p>

			<p><i>cual fue un retroceso en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.</i></p> <p><i>En Perú, la ley de consulta previa no ha sido implementada de manera eficiente. Además, tiene consideraciones que son contrarias al Convenio 169. Principalmente, al excluir a rondas campesinas y</i></p>
<p>Jorge Zambrano</p> <p>Instituto de Democracia y Derechos Humanos</p>	24/02/2014	Perú	<p><i>El derecho internacional establece estándares generales, los cuales deben ser operativizados a través de un instrumento normativo, preferiblemente una ley por mayor seguridad jurídica. El procedimiento de consulta no debe ser formalista, debe seguir el principio de flexibilidad, dando prioridad al aspecto cultural.</i></p> <p><i>En el caso de Costa Rica, antes de iniciar con la elaboración de un procedimiento de consulta debe hacerse un mapeo de actores y un diagnóstico de la situación de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el derecho a la tierra.</i></p>
<p>Conversación con los Representantes de Organizaciones Indígenas del Perú</p> <p>-Gladys Vila Pihue</p> <p>-Karin Anchulia Jesusi</p> <p>-Mery Laurente</p> <p>-Jorge Prado Suman</p> <p>-Enrique Riberos Yabar</p>	28/02/2014	Perú	<p><i>Conversando con los representantes indígenas, manifestaron que en el caso de Perú el gobierno nunca ha tenido la voluntad de respetar sus derechos. Que el procedimiento de consulta, no es real si no un simple trámite. No se respeta sus diferencias culturales ni sus formas de organización. Al respecto, señalan que están luchando para que se aplique la consulta a las rondas campesinas, ya que la ley los excluye. Señalan además que la ejecución de proyectos mineros en sus tierras los ha dejado en condiciones de pobreza y lo ha sometido a la explotación laboral.</i></p>
<p>Fabiana del Popolo</p> <p>Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE)</p>	28/02/2014	Argentina	<p><i>El censo es una herramienta para visibilizar a los grupos étnicamente diferentes. La identificación de la población indígena dentro de los Estados, permite determinar la cantidad de ciudadanos a los cuales se les niega sus derechos y determina las brechas de equidad. Se han utilizado diferentes criterios para establecer quién es indígena. En primer momento se relaciono con la lengua, sin embargo fue insuficiente porque muchas personas indígenas aunque han perdido su idioma siguen manteniendo su cosmovisión a través de costumbres y tradiciones. Posteriormente, se desarrolló el criterio de auto identificación, que incluye una serie de elementos como la descendencia histórica de indígenas, las manifestaciones culturales y el auto identificación de la persona.</i></p> <p><i>Los procedimientos de consulta deben tener como herramienta las estadísticas poblacionales y el conocimiento previo de la población la cual va a ser partícipe del proceso. Asimismo, se logra determinar si hubo una participación real o no.</i></p>
<p>Donald Rojas</p> <p>Mesa Nacional Indígena</p>	25/03/2014	Costa Rica	<p><i>Los modelos de organización del Estado se han impuesto a los pueblos indígenas. Sin reconocer sus autoridades ni sus formas de gobierno. Se han excluido de la vida política del país y de la negociación y elaboración de políticas públicas en general. Principalmente, a través de la creación de instituciones como la CONAI que no responden verdaderamente al interés indígena. Toda situación se vive al margen de la gran</i></p>

			<i>discriminación y exclusión de los pueblos indígenas de Costa Rica. Es difícil hablar de consulta sin tocar el tema de la tierra o la pobreza.</i>
Karine Rinaldi GIZ Agencia de Cooperación Alemana / Especialista en derecho ambiental.	27/01/2015	Costa Rica	<p><i>Si bien este megaproyecto hidroeléctrico Diquís fue declarado de interés público por decreto ejecutivo en 2008, y mediante sentencia del 23 de setiembre de 2011 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia este decreto fue interpretado a la Constitución “siempre y cuando la consulta [a los pueblos indígenas interesados] se realice en el plazo improrrogable de 6 meses”, ni las actuaciones del ICE, ni el decreto ejecutivo, ni esta sentencia, parecen tomar en cuenta la jurisprudencia interamericana relativa a los derechos diferenciados de los pueblos indígenas, jurídicamente vinculante para el Estado.</i></p> <p><i>Sobre la base del “derecho a la propiedad privada” enunciado en la Convención Americana, la Corte IDH ha reconocido el derecho inherente de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos tradicionalmente utilizados. Lo anterior desembocó, por un lado, en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la restitución de sus territorios tradicionales, y, por otro, en un endurecimiento de las condiciones para la expropiación de estos. De lo que se trata es de garantizar que las restricciones impuestas a los derechos de estos pueblos no impliquen una denegación de su existencia como tales.</i></p>
Marco Guevara Berger Antropólogo Universidad de Costa Rica	15/12/2015	Costa Rica	<i>Las normas jurídicas son abstracciones que deben adecuarse sucesos locales y la cultura del pueblo indígena. Existe una concepción de la cultura como una sola; sin embargo, la cultura es dinámica. En Costa Rica, respecto a la representatividad indígena debe hacer un análisis de legitimidad de las instituciones existentes. Se debe tomar en cuenta que en Costa Rica hay un desconocimiento de los pueblos indígenas, de sus sistemas democráticos y de toma de decisiones. Cuando se habla de pueblos indígenas se habla de un “sujeto colectivo”, por lo cual su representación debe ser de todas las personas de la comunidad y no solo unos cuantos. Respecto a la metodología de consulta, es el pueblo indígena que debe decidir que es la consulta y como se hace si no constituiría un procedimiento impuesto ajeno a su cultura y necesidades. Asimismo, los pueblos indígenas debe estar ligado a la cultura del pueblo indígena, que incluye el patrimonio material e inmaterial.</i>

Anexo 2: Mapas de los territorios indígenas en Costa Rica. Fuente: elaboración propia.³⁸⁸



³⁸⁸ Universidad de Costa Rica, *Atlas digital de los pueblos indígenas* (San José: Observatorio de Desarrollo, 2015). Recuperado de: <http://pueblosindigenas.odd.ucr.ac.cr/index.php/mapoteca/territorios-indigenas>

Anexo 3: Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales. Fuente: elaboración propia.

Sentencias relacionadas con el art 21 sobre el derecho a la propiedad y la relación con el acceso a recursos naturales	
<p>2001</p> <p>Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.</p> <p>Fondo, Reparaciones y Costas.</p> <p>Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79</p> <p>http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf</p>	<p><i>“Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo y sociólogo. Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos. La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos”. (p.25)</i></p> <p><i>“Hay dos conceptos de tierra colectiva: el territorio, en su generalidad, que la comunidad considera común, pero internamente existen mecanismos para asignar utilización y ocupación eventual a sus miembros y que no permite enajenación a personas que no son miembros de la comunidad; y lo que son áreas exclusivas de utilización colectiva, “commons”, que no se dividen en parcelas. Casi todas las comunidades indígenas tienen una parte de “commons”, de uso colectivo, y luego otra parte que puede ser dividida y asignada a familias o a unidades domésticas. Sin embargo, se mantiene el concepto de propiedad colectiva, que cuando no está titulada es cuestionada por otros, por el Estado mismo muchas veces. Cuando hay problemas surge la necesidad de que existan títulos de propiedad porque la comunidad se arriesga a perderlo todo. La historia de América Latina ha consistido en un despojo prácticamente permanente de comunidades indígenas por intereses externos”. (p.25)</i></p> <p><i>“En lo atinente a la ocupación ancestral de la tierra, la continuidad se establece en términos de continuidad histórica de un grupo que durante siglos ha mantenido una identidad y de la cual deriva precisamente su situación actual en el país del que se trate. El hecho es que por razones de cambios históricos, depresiones económicas, violencia, guerras civiles y presiones del sistema económicamente dominante, que durante siglos ha presionado y confinado a los indígenas a zonas que los primeros invasores, los colonos y luego las grandes empresas, no han apetecido, los grupos de indígenas se han visto obligados a buscar nuevos hábitats, para poder mantener esa continuidad histórica sin la intervención de fuerzas extrañas, para mantener su libertad y su derecho de vivir como ellos lo entienden. Se pueden dar muchos ejemplos de comunidades que se han ido moviendo de un lugar a otro, en épocas históricas relativamente recientes”. (p.26)</i></p>

	<p><i>“Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.</i> (p.78)</p>
<p>2005</p> <p>Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam.</p> <p>Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.</p> <p>Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124</p> <p>http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf</p>	<p><i>“Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexo comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”</i> (p.57)</p> <p><i>“En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N’djuka, poseen una “relación omnicomprendiva” con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes – lo cual ha sido reconocido y respetado durante años por los clanes N’djuka y por las comunidades indígenas vecinas (supra párr. 86.4) – debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad”.</i> (p.57-58)</p>
<p>2005</p> <p>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.</p> <p>Fondo Reparaciones y Costas.</p> <p>Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125</p>	<p><i>“Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente¹⁹¹, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho (supra párr. 51)”.</i> (p.77)</p> <p><i>“La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos</i></p>

<p>http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf</p>	<p><i>su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. (p.78)</i></p> <p><i>“En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor” (p.80)</i></p> <p><i>Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”.</i></p> <p><i>“Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas”. (p.82)</i></p> <p><i>“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”. (p.83)</i></p>
<p>2005</p>	<p><i>“Una vez más, la Corte fija el alcance de la propiedad cuando se trata de integrantes de comunidades indígenas, o mejor dicho: una vez más asume el alcance que aquélla tiene y</i></p>

<p>Caso Yatama Vs. Nicaragua.</p> <p>Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.</p> <p>Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N.º 127</p> <p>http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_1_27_esp.pdf</p>	<p><i>que el Estado debe respetar, al amparo de una cultura ancestral en la que ese derecho hunde su raíz y del que toma sus características principales. En estos casos, la propiedad posee caracteres diferentes de los que tiene --válidamente también, desde luego-- en otros medios; implica una relación singular entre el titular del derecho y el bien sobre el que éste se despliega. Es más que un derecho real, conforme al sentido que se atribuye corrientemente a esta expresión. Atrae otros componentes, que también interesan --o que sobremanera interesan-- para redefinir la propiedad a la luz de la cultura indígena en la que se ejerce la propiedad. En mi concepto, la Corte afirma con ello la relectura del artículo 21 de la Convención, a fin de que bajo éste hallen amparo tanto los derechos de propiedad en su versión clásica -- que los principios liberales prevalecientes en el siglo XIX trasladaron a nuestro Continente--, como los derechos de propiedad que subyacían y finalmente reaparecieron. La relectura se hace con la mirada con que debe practicarse". (no tiene numero de página)</i></p>
<p>2006</p> <p>Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.</p> <p>Fondo, Reparaciones y Costas.</p> <p>Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146</p> <p>http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_1_46_esp2.pdf</p>	<p><i>"Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana 186. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio N.º 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación." Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta "no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad". Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término "bienes" utilizado en dicho artículo 21, contempla "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor" (p.69, 70)</i></p>

Anexo 4: Observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre el derecho de consulta previa. Fuente: Elaboración propia.

Observaciones de la CEAR a Costa Rica en relación con la consulta previa.	
<p>Observación (CEACR) - Adopción: 2000, Publicación: 89ª reunión CIT (2001) http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2191045_102599_Costa%20Rica,2000</p>	<p>3. <i>Artículo 16.</i> La memoria del Gobierno declara que el Instituto Eléctrico de Costa Rica (ICE) está barajando la posibilidad de trasladar las poblaciones indígenas para poder construir una presa hidroeléctrica. La Comisión recuerda que el <i>artículo 16</i> del Convenio establece varios mecanismos para velar por la seguridad de los pueblos indígenas en sus territorios y dispone que cuando el traslado de pueblos indígenas se considere necesario como medida excepcional, este traslado tendrá lugar únicamente con su consentimiento libre y voluntario, y tras haber sido informados al respecto. Cuando no se obtenga su consentimiento, este traslado tendrá lugar sólo siguiendo los procedimientos apropiados establecidos por la legislación nacional, incluyendo investigaciones públicas cuando sea necesario, que ofrezca a los pueblos interesados la oportunidad de ser representados de un modo eficaz. La Comisión pide al Gobierno que proporcione información sobre el proyecto propuesto y sobre las personas afectadas, incluyendo su número, el tamaño de sus territorios y la cantidad de dichos territorios que el ICE desea apropiarse. La Comisión también pide información sobre los procedimientos existentes para consultar a los pueblos afectados y disponer su representación efectiva en cualquier proceso de traslado que se considere.</p>
<p>Observación (CEACR) - Adopción: 2003, Publicación: 92ª reunión CIT (2004) http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2225926_102599_Costa%20Rica,2003</p>	<p>7. <i>Artículo 16 (Traslados).</i> En su observación anterior, el Gobierno se refirió a la eventual decisión del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) de trasladar poblaciones indígenas para poder construir una presa hidroeléctrica. La Comisión pidió al Gobierno que proporcione información sobre el proyecto propuesto y sobre las personas afectadas, incluyendo su número, el tamaño de sus territorios y la cantidad de dichos territorios que el ICE deseaba apropiarse. También solicitó información al Gobierno sobre los procedimientos existentes para consultar a los pueblos afectados y disponer su representación efectiva en cualquier proceso de traslado que se considere. La Comisión toma nota de la información del ICE citada en la memoria por el Gobierno indicando que para cubrir las futuras necesidades energéticas del país se hace necesario construir una nueva planta hidroeléctrica en Boruca. Señala el ICE que se han realizado estudios a tal efecto durante 30 años evaluándose las perspectivas técnicas, económicas, ambientales y sociales. Destaca el ICE que la inversión promoverá el desarrollo y el bienestar de la sociedad costarricense y menciona la necesidad de lograr un entendimiento con los pueblos Brunca, Teribe, Cabécar y Bribri que habitan en la zona a través del diálogo y la comprensión y el respeto de las leyes y del Convenio. Informa el ICE que se verán afectados principalmente, 3.000 miembros indígenas de los pueblos Teribe y Brunca con motivo de la inundación del 14,7 por ciento del total de 332,8 km² pertenecientes a las reservas indígenas. Manifiesta el ICE que deberán trasladarse aproximadamente 500 indígenas y que se llevarán a cabo negociaciones de conformidad con lo indicado en el Convenio. La Comisión confía que el Gobierno la mantendrá informada, y en detalle, sobre las características del proceso de información, participación, consulta y negociación</p>

	<p>que se efectúe con los representantes de las comunidades indígenas afectadas directa o indirectamente con este proyecto.</p>
<p>Observación (CEACR) - Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2306456_102599,Costa%20Rica,2009</p>	<p><i>Artículos 2, 6 y 7 del Convenio. Legislación indígena y consulta.</i> La Comisión toma nota de que, según la memoria del Gobierno, en reemplazo del ya archivado proyecto de ley núm. 12032 para el desarrollo autónomo de los pueblos indígenas, se encuentra en trámite otro proyecto de ley núm. 14352 sobre el mismo tema. El Gobierno informa de que el actual proyecto persigue la consolidación de los derechos de autodeterminación que implica el derecho de los pueblos indígenas a negociar con los Estados en condiciones de igualdad. Indica el Gobierno que el proyecto de ley núm. 14352 se sometió a consultas con los pueblos indígenas entre el 22 de julio y el 9 de septiembre de 2006, en los 24 territorios indígenas y que, el 11 de septiembre de 2007 obtuvo el Dictamen Afirmativo de Mayoría de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa. La Comisión toma nota de que el Gobierno reitera los esfuerzos y la voluntad política de mantener esta iniciativa viva en la Asamblea Legislativa. La Comisión solicita al Gobierno que se sirva informar sobre la manera en que se han llevado a cabo las consultas sobre el proyecto de ley núm. 14352, incluyendo información sobre las instituciones representativas de los pueblos indígenas con las que se han realizado consultas y sobre los demás requisitos establecidos en el artículo 6 del Convenio a la luz de su observación general de 2008, y sobre los resultados de dichas consultas.</p> <p><i>Artículos 7 y 16. Proyectos de desarrollo, participación, consulta y traslados.</i> Con relación a las cuestiones tratadas en su anterior observación, sobre el proyecto hidroeléctrico de Boruca, que podría provocar el traslado de pueblos indígenas, la Comisión toma nota de que el proyecto aún no se ha realizado, que han cambiado sus características y nombre y actualmente se conoce como proyecto hidroeléctrico «El Diquís». El Gobierno indica que se ha mantenido informada a la población pero que en la etapa actual del proyecto aún no se ha realizado una consulta formal porque el proyecto aún se encuentra en la fase de estudios de factibilidad. El Gobierno indica que según el decreto ejecutivo núm. 32966-MINAE, para proyectos en los que existan poblaciones indígenas o existan posibilidades de conflictos se debe llevar a cabo un proceso participativo-interactivo. Asimismo, señala que hasta ahora el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) ha mantenido una relación de respeto mutuo con las comunidades, las cuales se han mantenido abiertas al diálogo y la participación. La Comisión ha tomado nota, en sus últimos comentarios, de que se preveía que 3.000 indígenas de los pueblos Teribe y Brunca se vieran afectados por la inundación del 14,7 por ciento del total de sus tierras.</p> <p>La Comisión toma nota de que según informaciones provenientes de la CONAI, anexas a la memoria del Gobierno, inicialmente el ICE fue a la comunidad del Territorio Indígena de Térraba con el fin de obtener el consentimiento de la comunidad para la realización de estudios preliminares. Dicho consentimiento fue otorgado por la comunidad bajo la condición de suscribir un convenio entre el ICE y la comunidad en el que se consignaran en detalle los términos y condiciones en virtud de los cuales se daba esa autorización. Al no cumplirse esos términos y condiciones, la comunidad inició una serie de acciones, incluso ante</p>

	<p>la justicia, para expulsar al ICE en tanto no se lograra un acuerdo por el cual la comunidad resultara beneficiada por la eventual realización del proyecto. La CONAI indica que el Gobierno, a fin de apoyar al ICE declaró de interés nacional la construcción de la represa y que la comunidad ha impugnado esta decisión ante la Corte Suprema de Justicia por considerarla violatoria del derecho de propiedad y del derecho de consulta.</p> <p><i>La Comisión, recordando que en el tema de actividades de desarrollo la consulta y la participación previstas en el Convenio están estrechamente relacionadas y que según el artículo 7 del Convenio, los pueblos indígenas deberán participar desde la etapa de la formulación de planes de desarrollo (apartado 1) y en estudios que evalúen la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre ellos (apartado 3), invita al Gobierno a garantizar a la brevedad a los pueblos indígenas interesados el derecho de participación previsto en este artículo y a proporcionar información sobre el particular. Además, recordando que los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas, la Comisión invita al Gobierno a proporcionar información sobre los resultados de dichos estudios y la consideración que se les haya dado. En el caso de que se pudieran prever traslados, se solicita al Gobierno que asegure que ese tema sea objeto de otra consulta en virtud del artículo 16 del Convenio y que proporcione información al respecto.</i></p>
<p>Observación (CEACR) - Adopción: 2013, Publicación: 103ª reunión CIT (2014)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3142869_102599,Costa%20Rica,2013</p>	<p>Artículos 2, 6 y 7. Legislación indígena y sobre la consulta. En su precedente comentario, la Comisión se había referido al proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas (expediente legislativo núm. 14352). Según las indicaciones proporcionadas por el Gobierno en la memoria recibida en septiembre de 2013, dicho proyecto se encuentra en conocimiento de la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, habiéndose dado inicio a un proceso de consulta en el año 2006. La CTRN manifiesta su preocupación por la demora en la adopción de dicho proyecto legislativo y considera que, de ser aprobado, se subsanaría la situación de desprotección en la que se encuentran los pueblos indígenas de Costa Rica. También la OIE, refiriéndose a la obligación de consulta establecida en los <i>artículos 6, 7, 15 y 16</i> del Convenio, expresó su preocupación por el impacto negativo que puede tener el incumplimiento de dicha obligación por los Estados parte, en los proyectos que llevan a cabo empresas tanto públicas como privadas. Por otra parte, el Gobierno indica que, en enero de 2013, se instauró una mesa de diálogo permanente integrada por varios representantes de los pueblos indígenas, especialmente del sur de Costa Rica. Dicha mesa se reúne mensualmente, habiendo sido instaurada con el ánimo de que el Estado dé pasos concretos hacia una efectiva implementación de las obligaciones internacionales relativas a los derechos indígenas. El Gobierno manifiesta que el diálogo abierto que existe actualmente en el país busca no solamente resolver las dificultades históricas del abordaje estatal hacia los pueblos indígenas, sino también establecer una fórmula para normar o reglamentar el derecho a la consulta previa, que, como tal, aún no está reglamentado en Costa Rica. <i>La Comisión invita al Gobierno a hacer lo posible para culminar el proceso legislativo del proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas. La Comisión pide al Gobierno que en su próxima</i></p>

memoria también indique los resultados de las labores de la mesa de diálogo sobre la obligación de la consulta previa. Sírvase incluir indicaciones sobre el recurso que se haya hecho a los mecanismos existentes de consulta y participación hasta tanto no se adopten nuevos procedimientos apropiados.

Artículos 6, 7, 15 y 16. Proyecto hidroeléctrico El Diquís (Puntarenas). En respuesta a los comentarios anteriores relativos al proyecto hidroeléctrico El Diquís, el Gobierno indica que se decidió rectificar el procedimiento para lograr un proceso de consulta adecuado y conforme a las normas internacionales correspondientes. El Gobierno aclara que el tipo de afectación generada por el proyecto sobre los pueblos indígenas se encuentra en Térraba, por embalse y obras, en 792,93 hectáreas del territorio del pueblo teribe; y, en China Kichá, por embalse, en 97,37 hectáreas del territorio del pueblo cabécar. El Gobierno menciona también la resolución núm. 6045-2009, dictada en abril de 2009, en la que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consideró que la acción de amparo interpuesta en contra del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) por violación al *artículo 6* del Convenio era prematura, por encontrarse el proyecto en cuestión en su primera fase, la de factibilidad, y estar ante un hecho futuro e incierto. Además, la Sala Constitucional estimó que la autoridad recurrida había realizado esfuerzos para acercarse a los habitantes indígenas de la comunidad de Térraba, ello a pesar de que todavía no se había concretizado de manera definitiva la construcción de la presa. La Sala Constitucional también consideró que era menester recordar que, en caso de decidirse el desarrollo del proyecto, deberían asegurarles a los pueblos indígenas una efectiva participación en el proceso y en la toma de decisiones. El Gobierno indica que, como consecuencia de la resolución de la Sala Constitucional, el ICE solicitó la suspensión del plazo para la presentación del estudio de impacto ambiental, que le fue concedida en septiembre de 2012 por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA). La Comisión toma nota de la declaración del Gobierno de que no se ha previsto el traslado de pueblos indígenas; no obstante, el Gobierno indica que el ICE tiene presente que en caso de que futuros estudios arrojen resultados diferentes, se deberá llevar a cabo la consulta respectiva de conformidad con el *artículo 16* del Convenio. El Gobierno señala que se detuvo el proceso informativo iniciado en Boruca y Curé, en razón de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en contra de la Ley Indígena vigente; dicha iniciativa causó reservas por parte de algunos de los pueblos involucrados. La Comisión toma nota de que se procedió a la creación de una Comisión de Alto Nivel y se instauró una mesa de diálogo permanente entre representantes del Gobierno y representantes de los pueblos indígenas de Buenos Aires y Pérez Zeledón; y que el ICE aguarda los resultados obtenidos en la mesa de diálogo. ***La Comisión invita al Gobierno a incluir, en su próxima memoria, informaciones sobre las actividades de la mesa de diálogo, así como el resultado de los estudios realizados en el marco del proyecto hidroeléctrico El Diquís (artículo 7, párrafo 3, del Convenio).***

Solicitudes directas de la CEACR a Costa Rica	
<p>Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 1996, Publicación: 85ª reunión CIT (1997)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2149465,102599,Costa%20Rica,1996</p>	<p>13. Artículo 15. La Comisión solicita informaciones complementarias sobre el procedimiento de consulta a las comunidades indígenas cuando el Estado decide ejercer su derecho a explotar los recursos existentes en las reservas y cuando la Asamblea Legislativa decide otorgar una concesión a un particular. También solicita información sobre si ha habido casos de "estudios de impacto" previos a la concesión de explotación o exploración de los recursos y si existen formas de compartir los beneficios de la explotación de esos recursos con las comunidades concernidas.</p> <p>14. Artículo 16. La Comisión solicita mayores informaciones sobre la situación actual del traslado de poblaciones indígenas en vista de que el Gobierno tiene la potestad de explotar los recursos que se encuentren en tierras indígenas cuando esto sea de su interés. El Gobierno respondió a una pregunta hecha en el marco de una solicitud directa sobre el Convenio núm. 107, en 1978, que no se había dado el caso de traslado de poblaciones indígenas.</p>
<p>Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 1998, Publicación: 87ª reunión CIT (1999)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_C</p>	<p>13. Artículo 15. La Comisión solicita informaciones complementarias sobre el procedimiento de consulta a las comunidades indígenas cuando el Estado decide ejercer su derecho a explotar los recursos existentes en las reservas y cuando la Asamblea Legislativa decide otorgar una concesión a un particular. También solicita información sobre si ha habido casos de "estudios de impacto" previos a la concesión de explotación o exploración de los recursos y si existen formas de compartir los beneficios de la explotación de esos recursos con las comunidades concernidas.</p>

<p>COMMENT YEAR:2167203.102599_Costa%20Rica,1998</p>	<p>14. Artículo 16. La Comisión solicita mayores informaciones sobre la situación actual del traslado de poblaciones indígenas en vista de que el Gobierno tiene la potestad de explotar los recursos que se encuentren en tierras indígenas cuando esto sea de su interés. El Gobierno respondió a una pregunta hecha en el marco de una solicitud directa sobre el Convenio núm. 107, en 1978, que no se había dado el caso de traslado de poblaciones indígenas.</p>
<p>Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 1999, Publicación: 88ª reunión CIT (2000)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2181616.102599_Costa%20Rica,1999</p>	<p>8. Artículo 6. La Comisión toma nota con interés de lo afirmado por el Gobierno en su memoria de que dentro de su proceso de consulta, así como la Asamblea Legislativa, se ha tomado en cuenta a la representación indígena y a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, en relación con todos los asuntos que involucran a los pueblos interesados. La Comisión pide al Gobierno que envíe informaciones concretas sobre la manera en que la representación indígena se asegura en la práctica.</p>
<p>Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2000, Publicación: 89ª reunión CIT (2001)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2192116.102599_Costa%20Rica,2000</p>	<p>7. <i>Artículo 3.</i> La Comisión recuerda que en la primera memoria del Gobierno éste indicaba que existía la necesidad de asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales a los pueblos indígenas y tribales y promover el conocimiento de la ley que protege a estos pueblos. La Comisión toma nota de la información proporcionada por el Gobierno sobre las consultas llevadas a cabo con los pueblos indígenas (ver bajo el <i>artículo 6</i> más adelante). La Comisión espera que el Gobierno continuará manteniéndole informada de todas las medidas especiales adoptadas para aplicar las disposiciones de este artículo.</p> <p>11. <i>Artículo 6.</i> La Comisión toma nota con interés de la declaración del Gobierno en su memoria respecto a que en el proceso de consultas y en la Asamblea Legislativa se ha tenido en cuenta la representación de los indígenas y de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas en conexión con todos los asuntos que atañen a los pueblos a los que esto concierne. La Comisión pide al Gobierno que envíe información específica sobre el modo en que la representación de los indígenas se asegura en la práctica. La Comisión también toma nota con interés de que una comisión especial sobre las poblaciones indígenas ha completado una consulta nacional sobre el proyecto de ley núm. 12032. La Comisión también toma nota de que una comisión <i>ad hoc</i> de poblaciones indígenas se reunió en mayo de 1999, y pide al Gobierno que proporcione información adicional sobre los métodos utilizados para consultar a los pueblos indígenas y sobre las formas prácticas usadas para aplicar las conclusiones que se derivan de las consultas mencionadas en la memoria del Gobierno.</p> <p>12. <i>Artículo 7.</i> La Comisión de nuevo pide al Gobierno que envíe copias de los estudios sobre el impacto sobre los pueblos indígenas de las actividades de desarrollo planificado que fueron mencionadas en su primera memoria. La Comisión querría saber, específicamente, cómo se están involucrando los pueblos indígenas en la preparación y ejecución de estos estudios, y agradecería recibir información sobre las medidas tomadas o previstas para proteger y conservar el medio ambiente en esos territorios.</p>

	<p>13. <i>Artículos 8 y 9.</i> La Comisión toma nota de las sentencias del Tribunal Constitucional núms. 3003-92, 1786-93, y 1867-95, que confirman la posibilidad de invocar las costumbres de los pueblos indígenas y las leyes consuetudinarias en el sistema legal de Costa Rica. La Comisión pide al Gobierno que proporcione información sobre cualquier acción judicial, legislativa o administrativa a través de la cual estas costumbres y leyes consuetudinarias han sido invocadas.</p> <p>22. La Comisión toma nota de que el artículo 5 del proyecto de ley núm. 12032 dispone que los pueblos indígenas pueden explotar los recursos de sus territorios de acuerdo con las disposiciones pertinentes. La Comisión también toma nota de que el artículo 8 del proyecto de ley dispone que, antes de que se lleven a cabo proyectos de desarrollo en territorios indígenas, se deberían hacer las consultas y los estudios con los habitantes requeridos por la ley. La Comisión pide al Gobierno que proporcione información sobre la aplicación de los artículos 5 y 8 del proyecto de ley una vez que hayan sido adoptados, incluyendo información detallada sobre la naturaleza de estas consultas así como sobre el alcance y el contenido de los estudios requeridos.</p>
<p>Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2003, Publicación: 92ª reunión CIT (2004)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:P11110_COUNTRY_ID:P11110_COUNTRY_NAME:P11110_COMMENT_YEAR:2225256,102599,Costa%20Rica,2003</p>	<p>6. <i>Artículo 6 (Consultación y participación).</i> La Comisión solicita al Gobierno que proporcione información en su próxima memoria sobre las consultas llevadas a cabo con los pueblos interesados en relación con medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos, y en particular sobre la participación de las comunidades indígenas en la ejecución y evaluación de las acciones emprendidas en el marco del Plan Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas mencionado por la Comisión al analizar la aplicación del <i>artículo 2</i> del Convenio.</p> <p>7. <i>Artículo 7 (Preservación del medio ambiente).</i> La Comisión toma nota de la información contenida en el Informe de Labores de la Defensoría de los Habitantes (2000-2001) denunciando la existencia del proyecto hidroeléctrico de Boruca. También toma nota del establecimiento de corredores biológicos en territorios indígenas. La Comisión solicita al Gobierno que proporcione información detallada sobre las consultas efectuadas con la participación de los representantes de las comunidades afectadas para evaluar el impacto de estas obras, incluyendo información sobre las características de los «corredores biológicos». Asimismo, la Comisión toma nota de la indicación del Gobierno según la cual no se conservan los estudios de impacto ambiental. La Comisión agradecería al Gobierno que adopte las medidas necesarias para que puedan conservarse estos estudios.</p> <p>8. <i>Artículos 8, 9 y 10 (Derecho consuetudinario).</i> La Comisión toma nota que existe en la actualidad un significativo reconocimiento en la legislación de Costa Rica, tanto en su derecho escrito como en el sistema judicial, del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. La Comisión requiere al Gobierno que tome en cuenta el contenido de la circular núm. 20-2001 de 5 de marzo de 2001 de la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de consultar a las comunidades indígenas acerca de los alcances de conflictos que le conciernan. La Comisión solicita al Gobierno que proporcione información sobre la aplicación en la práctica de esta circular en su próxima memoria. Refiriéndose a comentarios anteriores, la Comisión solicita al Gobierno que contemple la posibilidad de imponer métodos de castigo diferentes al confinamiento en prisiones de los miembros de los pueblos indígenas.</p>

<p>Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2306463.102599_Costa%20Rica.2009</p>	<p><i>Artículos 6 y 7. Consulta, participación y proyectos de desarrollo.</i> La Comisión toma nota de que según la memoria del Gobierno el 11 de septiembre de 2008 los Magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución núm. 2008-013832, declararon inconstitucional el trámite del último proyecto de la agenda de implementación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana por falta de consulta de cuestiones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas sobre recursos naturales y su papel en la preservación del medio ambiente. La Comisión solicita al Gobierno que proceda a informar si posteriormente se llevó a cabo la consulta referida y de qué manera. Asimismo, refiriéndose a su observación general de 2008, la Comisión solicita al Gobierno que tenga a bien proporcionar las informaciones solicitadas en el último párrafo de la observación referidas a medidas adoptadas sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> <i>i) establecimiento de mecanismos de participación para la formulación de proyectos de desarrollo;</i> <i>ii) inclusión del requisito de consulta previa en la legislación relacionada con la exploración y explotación de los recursos naturales;</i> <i>iii) establecimiento de mecanismos eficaces de consulta que tengan en cuenta la concepción de los gobiernos y de los pueblos indígenas y tribales sobre los procedimientos a seguir.</i> <p><i>Artículo 14. Tierras.</i> La Comisión se refiere a sus comentarios formulados en su observación. Y toma nota de las informaciones proporcionadas por el Gobierno, en particular sobre las actividades del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) y el Plan de regularización de derechos de propiedad en las áreas bajo regímenes especiales (ABRE) que tiene entre sus objetivos un levantamiento de la situación catastral completo y la aplicación del derecho de consulta previsto en el Convenio. La Comisión solicita al Gobierno que continúe proporcionando informaciones sobre las actividades del Plan ABRE en lo relacionado con los territorios indígenas.</p> <p><i>Artículos 15 y 16. Recursos naturales.</i> La Comisión recuerda que la consulta prevista en los <i>artículos 15 y 16</i> del Convenio no se limita a las tierras de las reservas indígenas sino que en virtud del <i>artículo 13, 2)</i> incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. La Comisión solicita al Gobierno que proporcione informaciones sobre las consultas realizadas en virtud de estos artículos y la manera en que se ha regulado la participación en los beneficios, incluyendo informaciones sobre el proyecto referido por el Gobierno de la Refinadora Costarricense del Petróleo (RECOPE).</p>
<p>Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2013, Publicación: 103ª reunión CIT (2014)</p> <p>http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_C</p>	<p><i>Artículo 15. Recursos naturales.</i> El Gobierno recuerda que, como parte del procedimiento interno de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), al ingresar un formulario de evaluación de impacto ambiental, se procede a la revisión de la ubicación geográfica del proyecto; en caso de estar el proyecto inmerso en una reserva indígena o si el área de influencia directa o indirecta establecida por el desarrollador incluye una reserva indígena, se procede a indicarle al desarrollador que contemple dicho elemento dentro de la evaluación ambiental. La Comisión toma nota de que el manual de la Refinería Costarricense de Petróleo contempla que «la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará bajo su</p>

[COMMENT_YEAR:3142865.10
2599.Costa%20Rica.2013](#)

consentimiento (previa consulta) y debe realizarse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas». ***La Comisión invita al Gobierno a incluir informaciones sobre las consultas efectuadas por la SETENA durante el período cubierto por la próxima memoria para autorizar aquellos proyectos que puedan perjudicar los intereses de los pueblos indígenas. Sírvase indicar la manera en que se asegura la participación en los beneficios de las comunidades indígenas interesadas que reporten tales proyectos (artículo 15, párrafo 2).***

Anexo 5: Observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en relación con los derechos indígenas y el derecho de consulta. Fuente: elaboración propia.

OBSERVACIONES DE LA CERD PARA COSTA RICA		
<p>Distr. GENERAL CERD/C/60/CO/3 24 de mayo de 2002 ESPAÑOL Original: INGLÉS COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL 60° período de sesiones 4 a 22 de marzo de 2002 EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCIÓN Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.</p> <p>file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/G0242186.pdf</p>	<p><i>C. Motivos de preocupación y recomendaciones 10. Preocupa al Comité que, con arreglo a la legislación del país, la discriminación racial en Costa Rica sólo se considere un delito menor punible con el pago de una multa. Se invita al Estado Parte a que examine la cuestión de si esa pena está proporcionada a la gravedad de los hechos. 11. El Comité está preocupado por la situación de los indígenas, en particular: a) La información en el sentido de que los indígenas que viven en regiones apartadas carecen de, entre otras cosas, atención de la salud, educación, agua potable y fluido eléctrico; b) Los problemas en cuanto a la propiedad de la tierra; que la tierra habría sido apropiada por migrantes o empresas transnacionales; CERD/C/60/CO/3 página 3 c) Las dificultades que enfrentan los indígenas para recibir fondos públicos para mejorar sus condiciones de vida; d) Que al parecer la tasa de mortalidad infantil en las comunidades indígenas es tres veces superior a la media nacional. El Comité invita al Estado Parte a seguir prestando la atención que corresponde a las necesidades específicas de esta población. Recomienda que el Estado Parte adopte las medidas necesarias para que las tierras de los indígenas no sean invadidas y para que sean la restituidas aquellas que hayan sido ocupadas por no indígenas. 12. El Comité toma nota de que en la Asamblea Legislativa se ha retirado el proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas, cuya finalidad era la completa autonomía de los indígenas y el reconocimiento de su derecho a disfrutar de su propia cultura, así como del derecho a administrar sus territorios. El Comité observa que en junio de 2001 se sometió a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley de contenido similar al proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas. Pide que el Estado Parte informe sobre lo que ha sucedido a este respecto. 13. El Comité observa con preocupación la deficiente realización de actividades en favor de los indígenas en el Estado Parte, como ha comentado la Defensoría de los Habitantes, en particular la incapacidad de las autoridades para mantener la comunicación con la población indígena y la falta de planes oficiales destinados a ella. En este contexto, el Comité desea referirse a su Recomendación general N° XXIII, en que exhorta a los Estados Partes a que garanticen que la población indígena goce de igualdad de derechos con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su informado consentimiento.</i></p>	
<p>Distr. GENERAL CERD/C/304/Add.71 7 de abril de 1999 ESPAÑOL Original : INGLÉS COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL 54° período de sesiones</p>	<p><i>10. El Comité sigue preocupado por la situación relativa a los derechos de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas en el Estado Parte. A pesar de los esfuerzos desplegados persisten diversos problemas relativos a la asignación de tierras y/o compensación por éstas. Son motivos de especial preocupación los enfrentamientos originados por la titularidad de la CERD/C/304/Add.71 página 3 propiedad de la tierra en el curso de los cuales murieron varios indígenas y se produjeron actos de vandalismo, como ocurrió en Talamanca. 11. Observando que son pocos los casos</i></p>	

<p>EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCIÓN Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial</p> <p>file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/G9941145.pdf</p>	<p><i>de discriminación racial que se han llevado a los tribunales u órganos administrativos, el Comité expresa su preocupación por la eficacia del acceso a la protección y a los recursos contra los actos de discriminación racial, en particular contra la población indígena, la minoría negra, los refugiados y los inmigrantes.</i></p> <p><i>12. El Comité observa con preocupación que el informe del Estado Parte se dedica principalmente al marco jurídico y administrativo existente para lograr la protección contra la discriminación racial, pero no proporciona información suficiente para evaluar el disfrute efectivo de los derechos previstos en la Convención, en particular por parte de la población indígena, la minoría negra, los refugiados y los inmigrantes.</i></p> <p><i>13. Con respecto al artículo 7 de la Convención, el Comité toma nota de que se ha proporcionado escasa información sobre la decisión del Estado Parte de adoptar medidas inmediatas y eficaces, particularmente en los campos de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, con el fin de combatir los prejuicios que llevan a la discriminación racial.</i></p>
<p>file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/N9325581.pdf</p>	<p><i>101. Con referencia al artículo 5 de la Convención, los miembros del Comité querían saber qué porcentaje de indios y de negros participaban en las elecciones; a qué nivel y en qué número estaban los indios y los negros representados en el Gobierno; si los indios que vivían en las reservas disfrutaban de una libertad total de movimientos; de qué manera ejercían los indios que vivían en las reservas el derecho de propiedad; qué alternativas se ofrecían a los indios que no estaban satisfechos con los servicios de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas; de qué manera se garantizaba a los indios el derecho a la nacionalidad; y cómo se ejercía el derecho a la libertad religiosa en el caso de los grupos indígenas y minoritarios. Observando que anteriormente los indios sólo habían tenido permisos temporales de residencia, se preguntó si el Gobierno estaba llevando adelante sus planes para expedir cédulas de identidad, particularmente en el caso de los indígenas que no hablaban español ni conocían su fecha de nacimiento. Refiriéndose al párrafo 67 del informe, los miembros pidieron más información acerca de los abusos mencionados, los criterios para la distribución de la tierra y de qué manera esa distribución había mejorado la situación de los indios afectados por esos abusos.</i></p> <p><i>102. En relación con el artículo 6 de la Convención los miembros del Comité querían saber de qué recursos disponían los indios en caso de que se violaran sus derechos; cuántas denuncias por discriminación se habían presentado y en cuántos juicios se había pronunciado una condena; qué porcentaje de denuncias habían sido presentadas por indios, negros y refugiados; y qué medidas se -29- habían tomado para dar a conocer a la población, indígena y no indígena, su derecho a presentar peticiones conforme al artículo 14 de la Convención.</i></p> <p><i>103. En cuanto al artículo 7 de la Convención, los miembros del Comité deseaban tener más información sobre el papel de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas en lo relativo al patrimonio cultural; el número y los tipos de escuelas a que asistían los indígenas; el nivel de educación que alcanzaban los indios; los programas de televisión, radio o vídeo que se hubieran producido en idiomas locales indios y las medidas adoptadas para proteger los bienes culturales de los grupos indígenas.</i></p> <p><i>104. En su respuesta el representante del Estado parte señaló que la finalidad de las reservas no era confinar a la población indígena de ningún modo, sino garantizar el mantenimiento de la propiedad colectiva de la tierra por los grupos indígenas. En consecuencia, cada familia indígena que vivía en una reserva tenía</i></p>

	<p><i>su propia tierra y solamente podía venderla a otros indios. Ese requisito tenía por objeto evitar la pérdida de tierras comunales como consecuencia de la especulación. El sistema había logrado poner término a las intrusiones constantes en los territorios indígenas, con la inevitable retirada de sus poblaciones. Al mismo tiempo, los indios tenían libertad para viajar a donde quisieran. Tenían la obligación legal de avisar cuando fueran a abandonar la reserva, no para limitar su libertad de movimiento sino simplemente para proteger el sistema de propiedad colectiva de la tierra. Los indios también tenían libertad para poseer bienes fuera de la reserva si lo deseaban. 105. Respecto a la situación de los indios que vivían en las reservas, el representante explicó que el principal problema era el de la salud. Aunque el 96% de la población de Costa Rica en general tenía acceso a los servicios de salud, había problemas en cuanto a la atención sanitaria en las reservas debido a factores como la dificultad de llegar a la población de dichas reservas y a los conflictos entre las prácticas de la medicina tradicional y la tecnología médica moderna. Sin embargo, el Gobierno había establecido programas de nutrición, había alentado la medicina preventiva y estaba concentrando sus esfuerzos en la lucha contra el cólera. 106. También había problemas en las reservas en lo relativo a la educación, por falta de maestros, materiales docentes y en particular textos paralelos. También había un conflicto en lo referente al principio de la enseñanza del español, porque se temía que la población indígena pudiera perder su identidad cultural. Por esa razón el Gobierno estaba tratando de conseguir que la educación se impartiera tanto en español como en los idiomas locales. En cuanto a las actividades mineras, correspondía a la Asamblea Legislativa otorgar las concesiones mineras en las reservas, y todos los grupos indígenas estaban representados en la Asamblea. 107. En relación con la cuestión de los documentos de identidad, se había pedido a los guaymies, tribu nómada de la zona fronteriza entre Costa Rica y Panamá, que decidieran si pensarían asentarse en Costa Rica o en Panamá. Se había preparado un proyecto de ley para dar cédulas de identidad a los miembros de la tribu y se habían concertado acuerdos bilaterales entre Panamá y Costa Rica para reglamentar la cuestión del pueblo guaymí. Se señaló que otros grupos indígenas del país ya poseían documentos de identidad y además podían solicitar pasaportes. 108. Aunque era cierto que antes de 1948 no se permitía a los negros residir en la parte central del país, hacía tiempo que se habían suprimido esas restricciones y hoy la población negra disfrutaba de total libertad de movimiento en todo el país. Además, la población negra estaba plenamente -30- integrada en el desarrollo político y económico de la nación. En cuanto al problema de los refugiados, se remitió al Comité al último informe presentado por Costa Rica al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que trataba con detalle esa cuestión.</i></p>
<p>CERD/C/CRI/CO/19-22 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial Distr. General 25 de septiembre de 2015 Original: español Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Observaciones finales sobre los</p>	<p><i>Derecho a la consulta 23. Preocupa al Comité que no se implemente el derecho a la consulta previa, libre e informada cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. El Comité nota con preocupación que a pesar de que el Estado manifestó haber recogido las recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas con relación a la situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís (véase A/HRC/18/35/Add.8), aún no se ha llevado a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada, o un proceso de “consulta sobre la consulta”. Si bien se detuvieron las obras principales del proyecto, y se retiraron</i></p>

informes periódicos 19.º a 22.º combinados de Costa Rica* 1. El Comité examinó los informes periódicos 19.º a 22.º de Costa Rica, presentados en un único documento (CERD/C/CRI/19-22), en sus sesiones 2357.^a y 2358.^a (CERD/C/SR.2357 y 2358), celebradas los días 5 y 6 de agosto de 2015. En sus sesiones 2379.^a y 2380.^a, celebradas los días 20 y 21 de agosto de 2015, aprobó las siguientes observaciones finales.

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/217/71/PDF/G1521771.pdf?OpenElement>

instalaciones del Instituto Costarricense de Electricidad en Terraba, se llevó a cabo en el mismo territorio la construcción de una galería exploratoria en ausencia de un proceso de consulta. El Relator Especial destacó también la necesidad de establecer un ambiente de CERD/C/CRI/CO/19-22 5 confianza entre las partes. Sin embargo, según información recibida, aún persisten barreras para la difusión de la información sobre el proyecto en las comunidades afectadas. Así mismo, el Comité nota que el derecho a la consulta previa en el Estado parte no se aplica para la población afrodescendiente (art. 5). 24. El Comité, a la luz de su recomendación general núm. 23 (1997), exhorta al Estado parte a desarrollar, en consulta con los pueblos indígenas, mecanismos prácticos para la implementación del derecho a la consulta previa, libre e informada y a garantizar la implementación sistemática y de buena fe de dichas consultas. El Comité recuerda que corresponde a los pueblos indígenas determinar mediante sus propios procedimientos sus instituciones representativas. El Comité recuerda que el Convenio núm. 169 de la OIT es de aplicación directa, y que por lo tanto la ausencia de una norma interna al respecto no excluye la obligación de implementar el derecho a la consulta. El Comité también recomienda considerar la aplicación de la consulta previa en relación con la población afrodescendiente. El Comité recomienda al Estado seguir implementando las recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas con relación a la situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís. Derecho a la libre determinación 25. Preocupa al Comité que instancias creadas por el Estado parte, tales como las Asociaciones de Desarrollo Integral (ADI) o la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), suplantaron a las instituciones propias de los pueblos indígenas en su relación con el Estado. Como lo señaló el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, y como lo reconoció la delegación del Estado parte durante el diálogo con el Comité, las ADI constituyen una figura impuesta que no representa adecuadamente a los pueblos indígenas. Preocupa al Comité que dichas instancias tengan poderes extendidos, por ejemplo en el proceso de titulación de tierras en los territorios indígenas (art. 5). 26. El Comité recomienda, a la luz de su recomendación general núm. 21 (1996), relativa al derecho a la libre determinación, y del Convenio núm. 169 de la OIT, que se reconozca a las autoridades e instituciones representativas de los pueblos indígenas de manera conforme a su derecho a la libre determinación en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales. Asimismo, el Comité reitera su recomendación (A/62/18, párr. 297) de eliminar cuanto antes los obstáculos legislativos que impiden la aprobación del proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas. Acceso a las tierras 27. Si bien el Estado parte reconoce en su informe que el marco legal actual en materia de recuperación y tenencia de tierras para pueblos indígenas no es suficiente para la debida protección de los derechos de las comunidades indígenas, y que está consciente del estado de vulnerabilidad en el cual se encuentran los pueblos indígenas por ello y por la graves tensiones generadas por la ocupación ilegal de sus tierras, el Comité nota con preocupación que salvo el establecimiento de una mesa de diálogo, pocas acciones hayan sido tomadas. Preocupa también al Comité el derecho a las tierras de personas afrodescendientes, en particular del Caribe Sur. Preocupa en particular al Comité la falta de acciones sistemáticas para el desalojo en caso de ocupaciones ilegales, así como la falta de implementación sistemática de tales decisiones. Asimismo, preocupa al Comité la falta de acciones judiciales en casos

	<p><i>de ocupación y venta ilegal de tierras, y por hechos de violencia generados en este marco. Preocupa al Comité que, según información proporcionada, los territorios indígenas reconocidos por el Estado, y que son en gran parte ocupados CERD/C/CRI/CO/19-22 6 ilegalmente, no abarcan la totalidad de las tierras que los pueblos indígenas reivindican como el territorio que tradicionalmente ocupan (art. 5). 28. El Comité reitera su recomendación (A/62/18, párr. 303) de redoblar los esfuerzos para garantizar el derecho de los afrodescendientes y de los pueblos indígenas a la tenencia de la tierra. Asimismo, recomienda que, de manera prioritaria, se tomen pasos decisivos para buscar soluciones en las que los pueblos indígenas puedan recuperar las tierras dentro de sus territorios, incluso en casos de ocupación y compra ilegales y enfrentamientos o amenazas vinculadas a la conflictividad generada por esta situación, mediante acciones administrativas y judiciales que incluyan el desalojo y el enjuiciamiento de responsables. El Comité recomienda también un proceso de consulta para la delimitación y titulación de los territorios.</i></p>
--	---

Anexo 6: Resumen del Proyecto de ley 17 150: Reforma constitucional del artículo 1 para establecer el carácter multiétnico y pluricultural de Costa Rica. Fuente: elaboración propia.

b.- Segundos debates

EXPED.	NOMBRE	PROponente	FECHA PRES.	SITUACIÓN ACTUAL
17.150	REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 1 PARA ESTABLECER EL CARÁCTER MULTIÉTNICO Y PLURICULTURAL DE COSTA RICA	VARIOS DIPUTADOS	01-09-2008	LUGAR N.º1 DICTAMEN UNANIME AFIRMATIVO 05-08-2014 (SE ENCUENTRA SUSPENDIDA LA DISCUSIÓN POR LAS CONSULTA PRECEPTIVA ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA)
ARTÍCULO ÚNICO.- Refórmase el artículo 1 de la Constitución Política para que se lea:				
"Artículo 1.- Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural."				

DEPARTAMENTO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS - UNIDAD DE ANÁLISIS DE LA GESTIÓN PARLAMENTARIA

Resumen

- En el año 1998, la exdiputada Joyce Sawyers Royal presentó una propuesta de reforma en igual sentido bajo el expediente N.º 13825, el cual, después de recibir el trámite de enmienda constitucional y el Dictamen Unánime Afirmativo en el año 2000, se remitió al Departamento del Archivo en el año 2004.
- En 2008, se presenta a la corriente legislativa nuevamente el proyecto de Reforma Constitucional por un total de 23 diputados. La enmienda se publicó en el diario oficial La Gaceta N.º 152, del 6 de agosto de 2009.
- El 26 de octubre de 2011, se realizó la primera lectura en el plenario legislativo: *“En el orden constitucional y con el fin de conceptualizar la reforma constitucional que pretendemos impulsar, debemos recurrir a los orígenes de nuestra Carta Magna. Así, en el momento en que nuestros constituyentes aprobaron la Constitución Política de 1949, se retomó el texto que ha sido el mismo desde los orígenes de nuestra historia independiente y republicana. Aquel 1 de diciembre de 1821, el grupo de hombres sorprendidos por las noticias presentes de Guatemala escribieron aquel documento histórico denominado: Pacto Fundamental Interino de Costa Rica, se llamaron a sí mismo “hombres libres”. Determinaron así los elementos definatorios de la Patria “democrática, libre e independiente”. En aquel momento, estos tres conceptos se consideraban no solo fundamentales, si no suficientes para la definición. Hoy, no solo es oportuno reconocer la integración multiétnica de nuestra nación, sino una necesidad y una obligación. Es además, enmendar un error histórico que ha invisibilizado el aporte de los grupos que conforman este país. Decir que Costa Rica es una República democrática, libre e independiente, no es suficiente y no demuestra su conformación. Así lo han considerado no pocas naciones del mundo. Dentro de los confines de un país, la coexistencia de los diferentes grupos nacionales, étnicos, lingüísticos y religiosos en una ventaja y una fuente de enriquecimiento social y cultural. La comunidad internacional ha establecido normas en materia de derechos humanos que se aplican a todos los seres humanos y por consiguiente, a los miembros de todos los grupos minoritarios que conviven en el país. [...] El principio de no discriminación y el*

principio positivo de reconocimiento de todos los grupos humanos, están presentes en todos los acuerdos y declaraciones internacionales especializadas como la declaración y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación. [...] Nuestro país también ha reconocido su carácter pluricultural y multiétnico”³⁸⁹.

- El 5 de agosto de 2014, la Comisión Especial (encabezada por los diputados Gerardo Vargas, Carmen Quesada, Epsy Campbell, Maureen Clarke, Gerardo Vargas y Luis Vásquez) emitió el dictamen afirmativo unánime del Proyecto de Ley “Reforma constitucional del artículo 1 para establecer el carácter multiétnico y pluricultural de Costa Rica” (Expediente legislativo N.º 17 150).
- En este se resalta la importancia de reconocer la diversidad cultural: *“En virtud de lo anterior consideramos que estamos ante un momento decisivo para fortalecer nuestra democracia trasciende el concepto de una identidad étnica y cultural homogéneo hacia el reconocimiento desde el punto de vista constitucional, como lo han hecho otras naciones, ese carácter pluricultural y multiétnico, que nos enorgullece a todas las personas costarricense que nos permite valorar a otras poblaciones como la indígena y afro descendiente como poseedoras de una historia en tradiciones y cuyos aportes a la construcción de la identidad nacional han sido invisibilidades. Por otro lado, ante las constantes demandas por el respeto de los derechos de los afro descendientes, desde distintos países, en el año 2001, en Durban, Sudáfrica, se llevó a cabo la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia. Debemos señalar, que, aunque Costa Rica se comprometió a elaborar un plan de acción contra el racismo y la discriminación racial, compromiso que reiteró en el marco de su Examen Periódico Universal, EPU, ante el Consejo de Derechos Humanos en diciembre de 2009 y lo ratificó en marzo de 2010, en la aprobación del informe sobre EPU en ese consejo aún no se ha cumplido. Estas situaciones que se viven en nuestro país no son compatibles con las premisas de un país que aboga por la paz social y el desarrollo humano. Por ello, Costa Rica ha comprendido que debe atender de manera comprometida y sistemática las diversas manifestaciones de discriminación racial que se presentan en el país. [...] Por lo tanto la lucha contra la discriminación racial deber ser necesariamente una acción institucional y sistemática, que una de las responsabilidades del Estado con el convencimiento y los esfuerzos de la sociedad civil y demás actores involucrados [...] Claro que no podemos obviar la visión oficial de identidad nacional en donde se destaca la hegemonía de una sociedad blanqueada y europeizada desde los textos escolares hasta la composición actual Asamblea Legislativa, en donde se invisibiliza diversidad étnica y cultural del país con lo que se desconocen los aportes de los pueblos indígenas a la construcción de la identidad nacional, pero peor aún se han desconocido los derechos de estos pueblos a participar activamente en la toma de decisiones sobre aquellos aspectos que afectan su desarrollo individual y colectivo, cercenando su derecho a la participación política y al reconocimiento de las estructuras organizaciones originarios. La libertad e independiente construir*

³⁸⁹ Acta número 91. Primera lectura del Proyecto de Ley 17 150: Reforma constitucional del artículo 1 para establecer el carácter multiétnico y pluricultural de Costa Rica de 26 de octubre de 2011.

desde las acciones de vida cotidiana de los pueblos, pero definido como multiétnicas y pluricultural es dar un paso adelante para reconocer lo que en realidad somos un conglomerado social en donde coexisten etnias y culturas de diferentes procedencias y que dinamizan y construyen el crisol de nuestra identidad nacional. En nuestro país, ajeno a la realidad nacional y al imaginario simbólico, se sugiere que existe una herencia cultural y étnica que prácticamente se extinguió con el proceso de colonización. [...] En 1856 se establecieron grupos étnicos específicos en correspondencia a su color de piel y se definieron algunas categorías taxativas y raciales: raza blanca, caucásica, amarilla, cobriza, negra. La aceptación de esta terminología en Costa Rica no fue la excepción. Posteriormente, en el siglo XX, nuevamente Costa Rica recibe población mayoritariamente afrodescendiente para contribuir en las tareas de construcción de las líneas de ferrocarril hacia el Caribe del país. Desde la generación de los procesos colonizantes esta invisibilidad evidente se acentúa cuando no se reconoce el aporte productivo, significativo del desarrollo económico gestado desde antes de la instrucción de nuestra sociedad, o bien, en la formulación de la identidad nacional. Otro factor que fortalece este distanciamiento e invisibilización se afianza en la explicación del desarrollo de la institucionalidad del Estado.

El concepto de un país multiétnico y, por lo tanto, pluricultural viene a sustentar la tesis de que durante las últimas décadas se viene impulsando como parte del patrimonio de la humanidad, estableciéndose el concepto de que este mundo es para todos y todas. Se ha involucrado a la humanidad en esfuerzos conjuntos y sistemáticos por proteger la gran diversidad de especies, de flora y fauna del planeta y patrimonios de la humanidad, deben ser conservados y reconocidos para el bien de las futuras generaciones y de la humanidad en general. Cuando hablamos de reformas constitucionales, y especialmente de esta, estamos reconociendo que por primera vez en este pequeño país, cuna de la democracia, le debemos su desarrollo y su idiosincrasia a los diferentes grupos étnicos que han venido participando en el desarrollo nacional a lo largo de los años, compartiendo su cultura y sus tradiciones para conformar una sola república multiétnica y pluricultural, por lo que los diputados y las diputadas compartimos en todos sus extremos la propuesta de enmienda.

En estos tiempos en que la identidad cultural se convierte en piedra angular del ciudadano y un mundo globalizado, cuando las raíces históricas de los pueblos se manifiestan por su inexorable proyección hacia el futuro y las diferencias étnicas afloran para exponer al juicio de la opinión pública los regímenes de opresión y de injusticia, es necesario hacer patente de forma constitucional el carácter multiétnico de nuestras naciones. El ideal de democracia que hemos proyectada durante muchos años ha institucionalizado discriminaciones inconfesadas y exclusiones inaceptables en las coyunturas actuales del desarrollo nacional, por lo tanto estamos obligados a cambiar sustancialmente y

*convertir en una realidad los principios de igualdad, tolerancia y solidaridad mediante estos dos conceptos”.*³⁹⁰

- El 3 de diciembre de 2014 , el Presidente de la Republica y el Ministro de la Presidencia emitieron el Decreto N° 38743-MP, el cual establece como prioridad la discusión de la aprobación de la reforma constitucional: *“Artículo 1°—Ampliase la convocatoria a Sesiones Extraordinarias a la Asamblea Legislativa, hecha por el Decreto Ejecutivo N° 38734-MP a fin de que se conozcan los siguientes proyectos de Ley: Expediente N° 17.150: Reforma Constitucional del artículo 1 para establecer el Carácter Multiétnico y Pluricultural de Costa Rica”.*³⁹¹
- El proyecto de ley fue asignado a la Comisión de Redacción, **“APROBADO EN SEGUNDO DEBATE”** en sesión ordinaria N.º 131 de 22 de enero de 2015. La reforma que establece el carácter multiétnico y pluricultural de Costa Rica fue firmada el 24 de agosto por el Presidente de la República.

³⁹⁰ Comisión especial para el proyecto de ley “Proyecto de ley 17 150: Reforma constitucional del artículo 1 para establecer el carácter multiétnico y pluricultural de Costa Rica”, Dictamen afirmativo unánime de 5 de agosto de 2014.

³⁹¹ Diario Oficial La Gaceta, Decreto N.º 38743-MP de 3 de diciembre de 2014. Recuperado de: https://www.imprentanacional.go.cr/gaceta/#ui-accordion-ct100_MainContentPlaceholder_ContentGacetaDiv-header-1